
REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA
LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCIÓN N° 78/2023

Santiago, tres de julio de dos mil veintitrés.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso
ROL: NC N° 490-21
CONSULTANTE: Socofar S.A.
OBJETO: Consulta relativa a si el trato diferenciado otorgado por los laboratorios farmacéuticos que operan en el mercado, en la determinación del precio de sus productos a clientes públicos y clientes privados que participan en el segmento de la distribución farmacéutica, se encuentra o no conforme con la libre competencia, de acuerdo con las condiciones de mercado involucradas.

APORTANTES DE ANTECEDENTES:

1. Fiscalía Nacional Económica
2. Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud
3. Novo Nordisk Farmacéutica Limitada
4. Laboratorios Andrómaco S.A.
5. Sanofi-Aventis de Chile S.A.
6. Medical International Laboratories Corporation S.A.
7. Laboratorios Recalcine S.A.
8. Asociación de Farmacéuticos y de Farmacias Independientes
9. Cámara de Innovación Farmacéutica de Chile A.G.
10. Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos A.G.

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

I.	PARTE EXPOSITIVA.....	3
	A. LA CONSULTANTE Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES.....	3
	B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE	3
	C. RESOLUCIÓN QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO	7
	D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES.....	7
	E. AUDIENCIA PÚBLICA	25
II.	PARTE CONSIDERATIVA.....	25
	A. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA. ESTRUCTURA DE LA RESOLUCIÓN.	25
	B. INDUSTRIA Y CONDICIONES DE COMPETENCIA.....	26
	C. DIFERENCIACIÓN DE PRECIOS Y JUSTIFICACIONES.....	42
	D. CONCLUSIONES Y MEDIDAS.....	67
III.	PARTE RESOLUTIVA.....	72

I. PARTE EXPOSITIVA

A. LA CONSULTANTE Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

A.1. Consultante

- Socofar S.A. (“Socofar” o “Consultante”);

A.2. Entidades que aportaron antecedentes y formularon observaciones dentro de plazo en este expediente

- Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”);
- Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (“Cenabast”);
- Novo Nordisk Farmacéutica Limitada (“Novo Nordisk”)
- Laboratorios Andrómaco S.A. (“Andrómaco”);
- Sanofi-Aventis de Chile S.A. (“Sanofi”);
- Medical International Laboratories Corporation S.A. (“Milab”);
- Laboratorios Recalcine S.A. (“Recalcine”);
- Asociación de Farmacéuticos y de Farmacias Independientes (“AFFI”);
- Cámara de Innovación Farmacéutica de Chile A.G. (“CIF”); y
- Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos A.G. (“Asilfa”);

A.3. Entidades que respondieron oficios y no aportaron antecedentes

- Superintendencia de Salud; y
- Ministerio de Salud.

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

1. A folio 7, el 25 de febrero de 2021, Socofar solicitó el inicio de un procedimiento no contencioso con el objeto de que este Tribunal se pronuncie acerca de si –en los hechos– el trato diferenciado otorgado por laboratorios farmacéuticos que operan en el mercado, en la determinación del precio de sus productos a clientes públicos y privados que participan en el segmento de distribución farmacéutica, se encuentra o no conforme con la libre competencia, de acuerdo a las condiciones de mercado involucradas, estableciendo –si procediere– las condiciones que las aludidas empresas deberán cumplir a este respecto (“Consulta”).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. La Consultante destaca que tal diferenciación de precios ha sido aún más manifiesta desde la entrada en vigencia de la Ley N° 21.198, publicada el 8 de enero de 2020, que autorizó la intermediación de medicamentos por parte de Cenabast a almacenes farmacéuticos, farmacias privadas y establecimientos de salud sin fines de lucro (“Ley Cenabast”). En particular, la ley referida faculta a Cenabast para proveerles medicamentos, artículos farmacéuticos y de laboratorio, material quirúrgico, instrumental y demás elementos e insumos que se requieran. Según la Consultante, Cenabast parecería contar con condiciones diversas a las que Socofar y otras empresas de distribución pueden acceder, lo que además podría derivar en un acceso a condiciones disímiles para las farmacias no abastecidas por Cenabast y, por consiguiente, para los clientes de estas últimas.

3. Respecto del mercado farmacéutico, indica que puede segmentarse en tres etapas: producción, distribución y comercialización de productos farmacéuticos. Precisa que Socofar participa en la etapa de aprovisionamiento o distribución mayorista de tales productos. En esta etapa distingue: (a) la distribución realizada por los representantes de los laboratorios, que comercializan exclusivamente sus propios productos; (b) los distribuidores cerrados, que realizan el aprovisionamiento exclusivo de la cadena de farmacias de su propiedad; (c) los distribuidores abiertos, que aprovisionan a farmacias independientes y a todos los agentes interesados en general; y (d) los distribuidores mixtos, que aprovisionan tanto a los clientes de los distribuidores abiertos como a cadenas de farmacias relacionadas. Socofar es de este último tipo, pues abastece a su farmacia relacionada Cruz Verde y también a farmacias independientes. En la distribución abierta de medicamentos, la participación de mercado de Socofar, a 2019, era cercana a un 50%.

4. Agrega que la FNE ha precisado la existencia de dos submercados relevantes de acuerdo con el canal de distribución de los productos, atendidos los diferentes patrones de demanda, y que el proveedor puede explotar dicha diferencia: (a) un mercado de aprovisionamiento o distribución mayorista de medicamentos, para su posterior comercialización minorista en el canal *retail* (“mercado o canal *retail*”); y (b) un mercado de aprovisionamiento o distribución mayorista de medicamentos, para su posterior uso (y, en algunos casos, eventual comercialización), en el canal institucional (“mercado o canal institucional”).

5. A continuación, la Consultante se refiere al estudio de mercado de medicamentos de la FNE, de enero de 2020 (“Estudio de Medicamentos”, que rola a folio 1), en que la Fiscalía señaló que existían diferencias relevantes en los precios que los laboratorios cobran a sus distintos compradores para productos iguales y para los mismos volúmenes de compra. Según los datos recopilados por la Fiscalía, las grandes cadenas de farmacias pagan en promedio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

un 70% más que el sector público y un 60% más que compradores institucionales privados, sin que existan diferencias en volúmenes de adquisición que expliquen estas diferencias. Para el caso de medicamentos con patente, dicha disparidad disminuye a un 50% más respecto del sector público y un 14% más en relación con el sector institucional privado. Tratándose de medicamentos con denominación de fantasía o marca, la diferencia entre lo pagado por las grandes cadenas y el sector público llega a un 83%, mientras que la diferencia para los medicamentos que no tienen nombre de fantasía alcanza un 52%.

6. Enseguida, señala que el Estudio de Medicamentos constata que un mismo producto comercial con el mismo *sku* es vendido en promedio un 89% más caro a las grandes cadenas de farmacias que a los compradores del sector público, y que el sector institucional privado (clínicas y centros médicos de diferentes tamaños) adquiere los productos en promedio un 62% más barato que las cadenas de farmacias.

7. La Consultante señala que la Ley Cenabast ha iniciado una importante transformación en la industria farmacéutica, dado el mayor protagonismo del Estado en la adquisición de medicamentos y el hecho de que todos los almacenes farmacéuticos, farmacias privadas y establecimientos de salud sin fines de lucro podrán beneficiarse de las condiciones preferentes que obtenga Cenabast, aunque no todos a partir de una misma fecha. Precisa que Cenabast solo se puede negar a la intermediación si no se cumplen los supuestos previstos en la norma o si la compra no supone una ventaja en las condiciones comerciales. En todo caso, Cenabast debe priorizar las solicitudes de convenios con las empresas de menor tamaño.

8. En cuanto a la aplicación y consecuencias prácticas del trato diferenciado objeto de la Consulta, manifiesta que, en los procesos licitatorios a través de los cuales Cenabast adquiere productos farmacéuticos, pareciera que los laboratorios ofrecen a Cenabast precios notoriamente inferiores a los otorgados a Socofar y probablemente a las demás distribuidoras, lo que podría dar cuenta de una diferenciación entre actores públicos y privados, sin que exista certeza de si para ello existe una justificación económica. Esto sería especialmente notorio tratándose de medicamentos de marca y genéricos de marca propia.

9. Sobre la base de datos públicos recientes, Socofar revisó diversos precios a los que accedió Cenabast mediante licitaciones realizadas desde la entrada en vigencia de la Ley N° 21.198, y pudo advertir que existen disparidades sustantivas en relación con los precios pagados por la Consultante a los laboratorios, por idénticos productos y presentaciones. Con la información disponible, las disparidades exceden por mucho las eventuales diferencias en las condiciones de comercialización que hipotéticamente podrían explicar las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

diferencias en ciertos casos. A modo de ejemplo, indica que el medicamento Elvenir, del laboratorio Recalcine, fue licitado por Cenabast a \$4.800, mientras que Socofar pagó \$12.580 por el mismo producto, a pesar de que adquirió seis millones de unidades y Cenabast doscientas mil.

10. A continuación, se refiere a la relevancia que tiene para la industria farmacéutica el precio cobrado por los laboratorios. Señala que, en Chile, en particular tratándose de fármacos con nombre propio, el costo que el laboratorio cobra por un medicamento constituye el componente más importante de su costo total, por lo que determina en gran medida su precio de venta en farmacias.

11. En cuanto a los eventuales efectos de las disparidades de los precios determinados por los laboratorios en el segmento de distribución abierta de productos farmacéuticos y en la industria farmacéutica en general, sostiene que en la práctica el Estado se ha convertido en un competidor directo de las empresas de distribución y eventualmente podría tener ciertas ventajas irreplicables –producto de los precios aparentemente preferentes otorgados por laboratorios farmacéuticos–. Argumenta que esta situación podría afectar en el mediano plazo la viabilidad económica de dichas distribuidoras privadas, a menos que exista claridad a la luz de la libre competencia respecto de los criterios aplicados por los laboratorios en esta materia y de las condiciones que las empresas distribuidoras debieran cumplir para acceder a precios y condiciones análogas, y así poder seguir compitiendo en el mercado. De lo contrario, en el mediano y largo plazo podría dificultarse el acceso y cobertura a aquellos lugares del país a los que Cenabast (por restricciones logísticas o de capacidad) no llegue. Lo anterior adquiere mayor relevancia tratándose de medicamentos que no están cubiertos por la Ley Cenabast, y que son imprescindibles para muchos consumidores. Incluso, un escenario en que la compra y distribución de fármacos se concentre en un servicio del Estado podría dejar al mercado en una situación en que cualquier falla de este organismo afectaría el abastecimiento nacional de medicamentos en forma grave.

12. Plantea que, como explica la FNE en el Estudio de Medicamentos, los laboratorios gozan de poder de mercado, el que se manifiesta, por ejemplo, en la comercialización directa o indirecta de productos a las farmacias que tienen una demanda por determinadas marcas de fármacos, lo que no ocurre necesariamente cuando es el Estado el que realiza compras mediante licitaciones. Ello explicaría, a juicio de la Fiscalía, el sobrecobro detectado de entre un 60% y un 70% en los precios fijados por los laboratorios farmacéuticos, dependiendo de la base de comparación.

13. Concluye que, en definitiva, a partir de la información disponible, Socofar no está en condiciones de establecer si la diferenciación de precios constatada en el Estudio de Medicamentos constituye o no una discriminación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

arbitraria, y que no existe claridad respecto a cuáles son los criterios objetivos que justifican dicha disparidad. Tampoco es posible apreciar la existencia de volúmenes de compra que justifiquen tal diferenciación.

14. Solicita al Tribunal que, de estimar que el trato diferenciado otorgado por los laboratorios farmacéuticos en la determinación del precio a sus clientes públicos y privados no es acorde a la libre competencia, establezca remedios tales como el deber de los laboratorios de establecer tablas objetivas, transparentes, uniformes y no discriminatorias, tanto de precios como de descuentos por volúmenes u otros, sin discriminar injustificadamente entre tipo de clientes.

C. RESOLUCIÓN QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

15. A folio 14, el 18 de marzo de 2021, el Tribunal resolvió no admitir a tramitación la Consulta, por entender que contenía alegaciones propias de un procedimiento contencioso, resolución que fue objeto de un recurso de reclamación. El 3 de noviembre de ese mismo año, la Excm. Corte Suprema acogió el recurso de reclamación de Socofar, ordenando que la Consulta fuese conocida por este Tribunal.

16. En consecuencia, a folio 21, el 18 de noviembre de 2021, se dio inicio al proceso respecto de la consulta formulada por Socofar relativa a *“las condiciones de comercialización de los productos de laboratorios farmacéuticos a sus clientes, ya sean organismos públicos o privados que participan en el segmento de distribución farmacéutica”* y se ordenó oficiar a la Fiscalía Nacional Económica, el Ministerio de Salud, la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos A.G., la Cámara de Innovación Farmacéutica A.G., la Subsecretaría de Redes Asistenciales, la Subsecretaría de Salud Pública y la Superintendencia de Salud, a fin de que éstos, así como quienes tuvieran interés legítimo, aportasen antecedentes.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

17. A folio 63, aportó antecedentes la **Asociación de Farmacéuticos y de Farmacias Independientes** o **AFFI**. Manifiesta que es de su interés lo solicitado por cuanto redunda de manera importante en el mercado del cual asociados de AFFI también son actores, en su calidad de pymes (pequeñas y medianas empresas).

18. Señala que no le constan los motivos por los cuales existe el nivel de diferencia entre lo cobrado por los laboratorios al Estado y a las empresas particulares, y plantea que Cenabast no puede ser el único proveedor, ya que, a pesar de ser beneficioso, no compra todos los productos que las farmacias

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

requieren para construir su oferta para el público final. Concluye señalando que el artículo segundo de la Ley N° 20.742 prohíbe la discriminación de precios que se solicita sea declarada.

19. A folio 69, aportó antecedentes la **Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud o Cenabast**. Da cuenta de que la FNE, en el marco de la investigación rol N° 2679-21, abierta a propósito de la consulta de autos, le solicitó información, entre ella: el listado de medicamentos que Cenabast se encuentra intermediando de conformidad con la Ley N° 21.198; el listado de establecimientos a los cuales Cenabast ha intermediado; copia de las bases de licitación tipo utilizadas en procesos licitatorios relacionados con dicha ley; explicar la forma en que se desarrollan dichos procesos; que informe si el tipo de presentación de productos en procesos licitatorios relacionados a la Ley N° 21.198 presenta diferencias con aquellos destinados completamente al abastecimiento de instituciones públicas; describir el procedimiento mediante el cual ha determinado la lista de medicamentos a intermediar; y, en relación con la determinación de precios máximos de venta al público para medicamentos adquiridos con ocasión de la Ley N° 21.198, indicar los integrantes del consejo consultivo y la metodología empleada para la determinación de precios máximos. En su presentación, Cenabast hace una síntesis de su respuesta e indica los documentos que acompañó a la FNE.

20. Respecto de la afirmación de Socofar de que en los procesos licitatorios convocados por Cenabast los laboratorios ofrecen precios notoriamente inferiores a los otorgados a Socofar y a las demás distribuidoras, señala que no le es posible realizar una comparación, ya que requeriría de información propia de la Consultante. Agrega que Socofar ha participado y se ha adjudicado licitaciones y tratos directos en el canal de compras de Cenabast, lo que denota que posee todas las capacidades de competir directamente con los laboratorios.

21. A folio 70, aportó antecedentes la **Cámara de Innovación Farmacéutica de Chile A.G. o CIF**. Manifiesta que la Consulta debiese ser rechazada, porque su amplitud, en términos de la regulación genérica que busca y la falta de mercados concernidos concretamente definidos, es propia de una instrucción de carácter general o de una recomendación normativa, la que tampoco debiese prosperar dado el avanzado estado de la tramitación de un proyecto que tiene como elemento basal y esencial la capacidad de Cenabast de acceder a mejores precios: la ley de Fármacos II.

22. Plantea que, en términos sustantivos, Socofar no solo debe acreditar la disparidad de precios de medicamentos que alega, sino también demostrar que ello es arbitrario, que carece de justificación y, además, que tiene un efecto negativo en la competencia. Añade que, en cualquier caso, las discrepancias de precios que pudieran encontrarse tienen como fundamento la existencia de un mercado público institucional, separado y diferenciado de los mercados *retail* e

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

institucional privado. En concreto, difieren sus mecanismos de compra, distribución y administración, las formas de comercialización, los volúmenes involucrados, las regulaciones sectoriales y las decisiones de políticas públicas, entre otros, de forma tal que la pretensión de Socofar de que el Tribunal equipare sus condiciones comerciales con las de Cenabast es completamente improcedente. Incluso, afirma, hay muchos medicamentos que no pueden ser administrados fuera de un hospital o clínica y, en consecuencia, ni siquiera están disponibles a nivel *retail*.

23. Luego, señala que los mercados públicos suelen emplear licitaciones regidas por la estricta normativa pública en que se agrupan las necesidades de diversos establecimientos e involucran compromisos de compras significativas por largos períodos, mientras que el sector privado se inclina por soluciones como compras *spot* y negociaciones que no son comparables con las condiciones que se generan en el ámbito público. Subraya que, incluso cuando en los mercados privados se utilizan licitaciones, la cantidad solicitada en cada proceso es menor a la que consolida Cenabast, y en ocasiones ni siquiera tiene aparejado un compromiso de compra.

24. Añade que Socofar realiza cobros adicionales a los laboratorios por distintos conceptos que impiden comparar a simple vista los precios efectivos que éste obtiene con los valores adjudicados en las licitaciones de Cenabast.

25. Luego, afirma que, en cualquier caso, una diferencia de precios entre los mercados público y privado no afectaría a los pacientes que requieren medicamentos, ya que la regulación actual –en especial la Ley Cenabast– y otra que podría promulgarse a futuro –Fármacos II– facilita que los menores precios que consiga Cenabast beneficien a todos los consumidores, y no solo a aquellos pacientes que se atienden en el sector público.

26. Concluye que, así las cosas, lo que motivaría a Socofar probablemente no es aumentar la competitividad del mercado, sino intentar resguardar su negocio y los márgenes que obtiene su grupo empresarial, incluso a costa de perjudicar a los consumidores.

27. A folio 73 aportó antecedentes la **Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos A.G. o Asilfa**, quien expresa que sus laboratorios miembros tienen una baja participación en el total del mercado de *retail* y mercado institucional público, por lo que no cuentan con una posición en el mercado que les permita realizar una discriminación arbitraria de precios.

28. Agrega que existen otros factores que permiten descartar posiciones dominantes de estos laboratorios, tales como la ausencia de barreras legales a la entrada y de costos hundidos en investigación y desarrollo; la ausencia de costos de cambio para los consumidores; y la presencia de pocas marcas reconocidas que puedan generar fidelidad en pacientes o médicos recetantes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

29. Manifiesta que no es posible concluir que existan diferencias de precios abusivas, ya que dicha conducta solo puede ser acreditada respecto de medicamentos específicos que conformen un mercado relevante y en relación con una o más empresas en particular, que tengan poder en ese mercado relevante, requisitos indispensables para configurar una conducta de abuso unilateral.

30. Enseguida, señala que una conducta de precios abusivos podría configurarse en la medida en que concurran los siguientes elementos: (a) que la conducta sea realizada por una empresa dominante en el mercado relevante; (b) que los precios cobrados generen o tiendan a generar efectos anticompetitivos; y (c) que no exista una justificación objetiva para la diferencia de precios que pueda mitigar los efectos anticompetitivos que generaría la conducta. Luego, afirma que Socofar no ha entregado ningún antecedente respecto de dichos requisitos, los que no se configuran en este caso.

31. A continuación expone que, como ha señalado la FNE y la Excma. Corte Suprema, en el mercado de aprovisionamiento o distribución mayorista de medicamentos es posible identificar dos mercados relevantes distintos: el mercado *retail* y el mercado institucional, y esgrime que la sola existencia de diferencias de precios entre ambos no constituye por sí sola una conducta anticompetitiva.

32. En cuanto a las características del mercado *retail*, plantea que el aprovisionamiento o distribución mayorista de medicamentos se encuentra altamente concentrado, con Socofar como el actor dominante. Esta posición en el mercado aguas arriba se encontraría apalancada por la participación que tiene aguas abajo a través de su farmacia relacionada Cruz Verde, y por la venta que realiza a farmacias independientes. Esto le otorgaría a Socofar un gran poder de negociación de cara a sus proveedores, los cuales estarían prácticamente obligados a comerciar con esta empresa para acceder a cerca de la mitad de la demanda en el canal *retail*. Aduce que el poder de mercado es aún mayor cuando los laboratorios no cuentan con medicamentos originales o con patente (como es el caso de los miembros de Asilfa), dado que éstos enfrentan competencia actual y/o potencial, por lo que pueden ser fácilmente sustituidos. Además, los medicamentos prescritos pueden ser sustituidos en el punto de venta, lo que diluye el poder que pudieran haber tenido los laboratorios.

33. Respecto de la venta minorista, señala que la oferta está altamente concentrada en tres grandes cadenas, las que en el período 2015-2018 representaron cerca del 80% de las ventas en el segmento farmacéutico minorista. Durante dicho período, el actor más relevante de la industria fue Cruz Verde, propiedad de Socofar, con al menos un 38% de las ventas totales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

34. En lo relativo al mercado institucional, afirma que éste comprende el abastecimiento de productos farmacéuticos a prestadores institucionales de salud privados y públicos. Del lado de la demanda, sería un mercado concentrado, donde Cenabast es el mayor comprador. Argumenta que este mercado opera principalmente bajo la modalidad de licitaciones públicas, lo que tiene consecuencias para el análisis de competencia. Refiere que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido clara en señalar que el mercado relevante se encuentra constituido por el objeto o derecho que se pretende adjudicar en cada proceso de licitación.

35. Luego, plantea la inexistencia de discriminación arbitraria de precios por parte de los laboratorios miembros de Asilfa, lo que justifica en tres razones. En primer lugar, porque sus laboratorios miembros no tienen poder de mercado y que, en cambio, quien efectivamente detentaría tal poder es Socofar. Añade que las cifras son un reflejo de la creciente importancia que tiene el grupo Socofar para los laboratorios miembros de Asilfa para acceder al canal *retail* e institucional, y que la capacidad de una empresa como Socofar para ejercer poder de compra se funda en la existencia de elementos suficientes que le permiten realizar presión competitiva sobre sus proveedores: tamaño del comprador, existencia de fuentes alternativas de suministros, existencia de fuentes alternativas de demanda y eficacia de negociación. Al respecto, concluye que Socofar es un socio comercial inevitable para los laboratorios y un *gatekeeper* (“llave de paso”).

36. En segundo lugar, afirma que existe una justificación económica que explica la diferencia de precios entre ambos canales, pues se trata de mercados distintos. En concreto, se diferencian en la forma en que se realiza la compra (licitaciones de largo plazo vs. *spot*); la existencia de ventajas económicas para los laboratorios en el caso de clientes institucionales (por ejemplo, mejor programación); los cobros realizados por farmacias (pues los clientes públicos no efectúan cobros ni imponen condiciones a proveedores); las características de las negociaciones (en el canal institucional cada negociación es diferente e independiente de las demás); la lógica detrás de la adquisición de productos dependiendo de cada cliente (en el canal institucional hospitalario los destinatarios finales son, en general, pacientes hospitalizados, mientras que en el canal *retail* son consumidores finales); que los costos son mayores para los laboratorios por los tipos de envases en el canal *retail*; y que existen costos por visitantes médicos en el canal *retail* en los que no se incurre en el canal institucional.

37. En tercer término, señala que las diferencias de precios entre ambos canales de distribución no tienen un carácter exclusorio ni explotativo. Plantea que no existe relación causal entre las supuestas prácticas de los laboratorios y la supuesta desventaja competitiva en que queda Socofar, por cuanto dicha

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

desventaja, si es que se materializa, tiene un evidente origen regulatorio, y no es causado por conductas anticompetitivas de los laboratorios miembros de Asilfa.

38. Por último, expone las consecuencias para la industria en caso de que se acepte la tesis de Socofar. Señala que se estaría instando la realización de una discriminación arbitraria, que significaría que los laboratorios apliquen condiciones comerciales y precios similares a situaciones distintas y a clientes cuya atención implica costos diferentes, lo que podría traducirse en una grave distorsión en la competencia del mercado farmacéutico, y podría implicar la salida de laboratorios o algunos de sus productos del mercado al no resultar rentable su comercialización.

39. A folio 74, aportó antecedentes **Novo Nordisk Farmacéutica Limitada** o **Novo Nordisk**, quien señala que las condiciones bajo las cuales Cenabast adquiere los medicamentos son una consecuencia, por una parte, del gran volumen de medicamentos que se adquieren por parte del Sistema Nacional de Servicios de Salud; y, por la otra, del hecho de que se realiza un proceso de licitación sumamente competitivo entre los laboratorios interesados. Por lo tanto, comparar sin más dichos precios con aquellos acordados en una relación en que estas dos variables no están presentes, no parece adecuado.

40. Agrega que, más relevante todavía, al día de hoy, toda y cualquier farmacia privada, almacén farmacéutico y establecimiento de salud sin fines de lucro puede acceder a los precios de Cenabast.

41. Luego, se refiere a la distribución de medicamentos de Novo Nordisk. Al respecto, señala que ésta se realiza a través de dos canales, el privado y el institucional. El canal privado incluye: (a) grandes cadenas farmacéuticas; (b) farmacias medianas y pequeñas; (c) fundaciones, asociaciones y corporaciones de carácter privado; y, (d) empresas distribuidoras de medicamentos que, en ocasiones, actúan como representantes o intermediarios de las grandes cadenas de farmacias o Instituciones de Salud Previsional.

42. Por su parte, en el canal institucional se distribuye por medio de: (a) Cenabast; (b) la Dirección de Compras y Contratación Pública; (c) compras mediante trato directo o licitaciones que realizan ciertas instituciones públicas, como el Fondo Nacional de Salud o los hospitales públicos, con cargo a su presupuesto; y, (d) las farmacias municipales. Así, el canal institucional comprendería el abastecimiento de productos farmacéuticos en prestadores institucionales de salud, donde el Estado es quien actúa como comprador relevante, generalmente, a través de licitaciones públicas.

43. Plantea que una diferencia relevante entre ambos canales dice relación con la magnitud de las contrataciones y su reiteración en el tiempo. En el canal privado, los productos de Novo Nordisk son adquiridos en cantidades reducidas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y mediante transacciones cuya frecuencia depende de las necesidades del cliente, ya que sus clientes en este segmento mantienen inventarios acotados de productos. Por contraste, en el canal institucional, el comprador principal es Cenabast, el que realiza licitaciones públicas en las que agrega la demanda de todo el Sistema Nacional de Servicios de Salud. Estas licitaciones consideran al menos un año de abastecimiento, pudiendo considerar incluso tres años cuando se tiene certeza de la demanda constante de determinado medicamento y su magnitud.

44. Enseguida se refiere a la regulación de la industria farmacéutica en Chile, y enfatiza que se trata de una industria sumamente intensa en regulación. En particular, en lo que dice relación con asegurar el acceso a los medicamentos que requieren los pacientes, al menos desde 2004 se ha desarrollado un cuerpo normativo robusto, tanto destinado a asegurar el acceso a medicamentos de calidad, como a asegurar el acceso desde una perspectiva financiera. Así, el sistema GES, la Ley Fármacos I, la Ley Ricarte Soto y la más reciente Ley Cenabast, han asegurado a las personas que requieran de medicamentos que podrán contar con ellos y, en los casos en que deban pagar por ellos, que lo sean a precios asequibles.

45. A folio 76 aportó antecedentes **Laboratorios Andrómaco S.A.** o **Andrómaco**. En primer lugar, plantea ciertas consideraciones sobre la naturaleza del procedimiento y sus efectos en la decisión del Tribunal. Señala que lo que se busca por medio del presente procedimiento no es el conocimiento de una situación concreta de un producto, un tipo de contrato, o las condiciones de uno o varios laboratorios determinados, sino que el objetivo planteado en la Consulta es, por la vía de acusar un supuesto trato discriminatorio, obtener derechamente la regulación de las condiciones comerciales aplicables en todo el mercado.

46. Arguye que, el problema práctico que plantea la Consulta –aunque con efectos sustanciales respecto del fondo– es que solicita analizar la conducta de “*los laboratorios farmacéuticos que operan en el mercado*” (más de 60 entidades, según se señala en la nota al pie N° 1 de la Consulta) incluyendo a todas estas entidades como si se tratara de un grupo uniforme de agentes económicos con poder de mercado, todos ellos operando bajo las mismas condiciones y estrategias de comercialización.

47. Plantea que, de manera general, la jurisprudencia de este Tribunal ha sido consistente en analizar las condiciones de discriminación de precios o tarifas bajo una perspectiva de abuso de posición dominante, lo que requiere, al menos, identificar si existe tal posición respecto de los agentes económicos involucrados y, además, determinar si las condiciones de competencia en el mercado hacen posible que se generen efectos anticompetitivos derivados de la supuesta discriminación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

48. Expresa que en la Consulta existen problemas de procedimiento que no permitirán efectuar un análisis adecuado de los elementos constitutivos de una discriminación de precios con efectos anticompetitivos. No, al menos, sin afectar gravemente garantías de un debido proceso tan esenciales como el derecho a defensa y la determinación de la carga de la prueba.

49. A continuación, refiere algunas consideraciones respecto de posibles diferenciaciones de precios. Afirma que no toda diferenciación de precios constituye una discriminación y, dentro de éstas últimas, solo algunas, que son consideradas arbitrarias, pueden llegar a constituir una conducta que afecte la competencia.

50. Añade que, tal como señala la Fiscalía en el Estudio de Medicamentos, estas diferencias podrían estar explicadas por distintos volúmenes de compra. Sin embargo, ésta es solo una de las tantas razones por las cuales la teoría económica reconoce que pueden darse diferencias, existiendo otras, de manera tal que el hecho que las diferencias de precios señaladas en la Consulta no estén explicadas por mayores volúmenes de compra, no transforma inmediata y necesariamente a la diferenciación de precios en una arbitraria o injustificada.

51. Además de los volúmenes de compra y posibles economías de escala, pueden existir diversos costos que redunden en la aplicación de precios diferenciados, pero que no son necesariamente discriminatorios. Así, por ejemplo, se pueden considerar diversos costos de transporte y distribución, almacenaje, formas de pago, variaciones en razón de la periodicidad de las órdenes de compra, la importancia de otras condiciones o términos (más o menos beneficiosos) en los respectivos contratos, entre otras.

52. Adiciona que en esta industria debe considerarse la importancia de las licitaciones, tanto públicas como privadas, y las actividades de promoción que se desarrollan respecto de los profesionales de la salud. Esta industria se caracterizaría por su carácter altamente competitivo y dinámico, lo que, en algunos casos, puede hacer necesario tener precios diferenciados para agregar volumen sobre todo en licitaciones que, generalmente, corresponden a períodos extensos de contratación y que se adjudican normalmente solo a un proveedor por molécula.

53. Luego esgrime que, bajo el supuesto de que existiera un trato diferenciado, en este procedimiento será necesario analizar si la Consultante, efectivamente, sufre un daño como consecuencia de ello o, al menos, si la diferenciación le genera una desventaja competitiva.

54. Sostiene que, sobre todo en mercados donde existen algunos productos diferenciados y otros con un mayor grado de homologación, la aplicación de distintos precios puede ser eficiente y tener efectos beneficiosos, lo que deberá analizarse caso a caso, para cada laboratorio y cada cliente, teniendo siempre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en cuenta que no existe una regla que transforme a una diferenciación en anticompetitiva *per se*, ni siquiera en casos en los que se acredite la existencia de posición dominante por parte de quienes efectúan tal diferenciación.

55. Por último, señala que la normativa de libre competencia no impone – al menos respecto de Andrómaco y otros laboratorios– la obligación de ofrecer precios y condiciones comerciales idénticas a cada uno de los distribuidores con los que se relaciona. Destaca que, en cualquier caso, las condiciones comerciales aplicadas por Andrómaco son públicas y se encuentran contenidas en su sitio *web*.

56. A folio 77 aportó antecedentes **Sanofi-Aventis de Chile S.A.** o **Sanofi**, que expone, en primer lugar, que la potestad consultiva es jurídicamente inidónea para imponer condiciones que limiten en abstracto la autonomía de la voluntad de los agentes económicos que participan en el mercado farmacéutico.

57. Plantea que la presente Consulta adolece de falta de oportunidad, ya que los precios en la industria farmacéutica se ven afectados por la regulación establecida en la legislación vigente y en la que está pronta a dictarse, motivo por el cual la intervención del Tribunal podría resultar, con una probabilidad significativa, sobreabundante, disruptiva e incluso incompatible con la normativa sectorial.

58. Luego sostiene que la discriminación de precios como práctica anticompetitiva corresponde a un abuso de posición dominante, por lo que requiere acreditar dominancia en el mercado relevante que se defina. Así, sería completamente desaconsejable imponer *ex ante* (y menos en un proceso de esta naturaleza) prohibiciones o regulaciones abstractas en materia de discriminación desde la óptica del bienestar general.

59. Añade que los canales de venta públicos y privados no forman parte de un mismo mercado relevante, por lo que es erróneo comparar los precios que se ofrecen en uno y otro desde la perspectiva del abuso de posición dominante de discriminación de precios. Argumenta que, con todo, la sola existencia de discriminación de precios de segunda línea no es un acto contrario a las normas de libre competencia, sino que debe dilucidarse primeramente si los afectados por la discriminación compiten en un mismo mercado y, en segundo lugar, si esa discriminación busca eliminar rivales de la empresa que los aplica. Advierte que su prohibición en abstracto no elimina –y más bien puede incrementar– el riesgo para la competencia.

60. Señala que la Fiscalía ha identificado algunas razones que explican las diferencias de precios de los medicamentos que los laboratorios suministran a los distintos canales de venta, y destaca que algunas de ellas se relacionan directamente con el comportamiento de compra de los consumidores de las grandes farmacias y, por tanto, impactan también en los precios aguas arriba.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

61. A continuación, manifiesta que una diversidad de políticas públicas y normativas legales existentes y en vías de promulgarse están destinadas directamente a incidir o regular materias relacionadas con los precios en el mercado farmacéutico, a saber: (a) la Ley Cenabast (ya en plena vigencia), que posibilita a un número mayoritario de farmacias y almacenes farmacéuticos a adscribirse al sistema de compras públicas que implementa Cenabast; (b) la tramitación –y próxima promulgación– de la ley Fármacos II, que posibilita la regulación de precios en prácticamente todos los eslabones de la cadena de producción, distribución y comercialización en la industria farmacéutica; y, (c) la Política Nacional de Medicamentos, que busca redirigir la demanda de medicamentos al terreno de los bioequivalentes, corrigiendo así las asimetrías de información que aumentan los precios a las grandes cadenas.

62. Plantea que la inminencia de la dictación de la ley Fármacos II dificulta –o derechamente impide– hacer en el procedimiento de autos cualquier análisis de las dinámicas de competencia actuales o prospectivas acerca de la estructura y funcionamiento de los mercados en los que incide la Consulta, con miras a resolverla.

63. Concluye que el examen de una industria que está en proceso de cambios regulatorios, la mayoría de los cuales impactarán directamente en los precios, dificulta la tarea de cuantificar y cualificar el efecto que cualquier intervención en la materia tendría en las condiciones de competencia, particularmente la ponderación de los beneficios y costos asociados a cualquier medida que se pudiese imponer, dados los otros bienes jurídicos que es relevante tutelar en el sector, como el fomento de la innovación.

64. A folio 78, aportó antecedentes **Medical International Laboratories Corporation S.A.** o **Milab**, quien indica que, si bien pertenece al mismo grupo económico que la Consultante, la mayor parte de sus ventas corresponde a canales externos a sus empresas relacionadas, respecto de las cuales los incentivos económicos no necesariamente se encuentran alineados, dados los diversos segmentos de mercado a los que cada empresa pertenece.

65. Reconoce la efectividad de la existencia de una diferenciación de precios que realizan los laboratorios farmacéuticos que operan en Chile, respecto de los canales público y privado. Desconoce cuándo y por qué razones económicas grandes laboratorios farmacéuticos implementaron tal estrategia en el mercado chileno, pero sostiene que es un hecho que tal diferenciación existe y que así se ha constatado.

66. Destaca la importancia que reviste para el mercado farmacéutico el pronunciamiento del Tribunal sobre la Consulta, dada la certeza jurídica que se requiere respecto de la señalada diferenciación de precios entre clientes públicos y privados.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

67. A folio 81, aportó antecedentes **Laboratorios Recalcine S.A.** o **Recalcine**, quien señala que Socofar ha intentado promover –por la vía de un procedimiento de Consulta– un pronunciamiento del Tribunal relativo a si la diferenciación de precios existente en la comercialización de medicamentos entre los canales *retail* e institucional corresponde o no a una hipótesis de discriminación de precios, y si la misma se encontraría o no económicamente justificada. Dicho de otro modo, la materia sometida a Consulta corresponde en esencia a un asunto de naturaleza contenciosa, razón por la cual no corresponde discutir en sede no contenciosa una cuestión como la planteada.

68. Añade que el planteamiento de Socofar incurre en un error basal desde el momento en que intenta hacer sinónimas las dinámicas competitivas existentes a nivel *retail* versus a nivel institucional, pues corresponden a mercados relevantes perfectamente diferenciados, lo que ciertamente influye en las particularidades propias y características de la oferta y demanda en cada uno de ellos.

69. Adicionalmente, debe tenerse presente que es la propia normativa de contratación pública y regulación vigente la que impone limitaciones de diversa naturaleza a la actuación de los agentes económicos involucrados.

70. Por otra parte, pretender imponer medidas tendientes a homogeneizar el comportamiento de los laboratorios en mercados relevantes diversos podría afectar seriamente la eficiencia en los mercados involucrados, especialmente en el canal institucional, por la vía de aumentar precios.

71. Sostiene que, de todos modos, las diferencias de precios señaladas en estos mercados tienen justificación en costos. Por lo demás, el informe económico presentado por Socofar, elaborado por Joaquín Poblete y que rola a folio 155, no se hace cargo de esta justificación ni resulta idóneo para sustentar su tesis.

72. Plantea que Socofar es un agente económico que concentra una cuota relevante de participación de mercado en el segmento de distribución mayorista, pero que también se encuentra verticalmente integrado tanto a nivel de manufactura e importación de medicamentos (a través de Laboratorios Milab y Droguería Munich), como a nivel de distribución minorista en el canal privado (a través de farmacias Cruz Verde y farmacias Cesfar), en virtud de su pertenencia a la división salud de la multinacional mexicana Femsa. Esta circunstancia le permite contar con un alto poder de negociación aguas arriba (con los laboratorios) y aguas abajo (a nivel de farmacias independientes).

73. Por último, argumenta que la determinación de un precio de oferta en el canal institucional obedece a criterios diversos del canal *retail*. Tal habría sido el caso del medicamento Elvenir, citado como ejemplo por Socofar en su Consulta.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

74. A folio 98, aportó antecedentes la **Fiscalía Nacional Económica** o **FNE**. En primer lugar, se refiere a la normativa relevante para la Consulta de autos. En ese contexto, menciona la Resolución N° 634/2001 de la Comisión Resolutiva, modificada por las Resoluciones N°s 638/2002 y 729/2004, y la Resolución N° 12/2006 de este Tribunal, que en su conjunto establecen que los laboratorios, droguerías, depósitos, centrales de distribución e importadores de productos farmacéuticos, de medicamentos u otros artículos del rubro, tienen la obligación de mantener permanentemente a disposición de sus clientes en forma actualizada, íntegra, expedita y clara, en relación a productos, medicamentos y artículos, las condiciones de comercialización, precios, descuentos por volumen, formas de pago, garantías, y cualquier otra modalidad y sus variaciones. Esta obligación debe cumplirse mediante pizarras, informativos murales, terminales computacionales u otros medios similares, ubicados en lugares visibles en sus oficinas y sucursales, y debe ser actualizada permanentemente y difundida mediante una página *web* o portal electrónico accesible en internet si los tuvieren.

75. La Fiscalía señala que el fin último de esta normativa sería lograr una mayor competencia en el mercado de venta de productos farmacéuticos a consumidores finales, logrando una mayor transparencia y mejorando las posibilidades de las farmacias más pequeñas para competir en igualdad de condiciones con las grandes cadenas de farmacias.

76. Indica que la Resolución N° 12/2006 estableció dos precisiones respecto del alcance de las obligaciones contenidas en la Resolución N° 634/2001: (a) no deben entenderse referidas a la comercialización de productos farmacéuticos destinada a satisfacer la demanda de centros hospitalarios públicos o privados; y (b) sólo rigen para el territorio nacional, por lo que no deben hacerse extensivas a los precios y condiciones comerciales relativas al comercio internacional.

77. Por otra parte, destaca que el artículo 2° de la Ley N° 20.724 que Modifica el Código Sanitario en Materia de Regulación de Farmacias y Medicamentos (“Ley de Fármacos”) establece una regulación análoga, al señalar que “[l]os proveedores de productos farmacéuticos, ya sean laboratorios farmacéuticos, importadores o distribuidores, estarán obligados a publicar los precios de los productos que expenden y los descuentos por volumen que apliquen en sus ventas, indicando cada tramo de descuento. Además, no podrán realizar prácticas que impliquen discriminar a las farmacias o almacenes farmacéuticos en razón de su tamaño o por no pertenecer a una cadena de farmacias o a una asociación o agrupación de compra”.

78. Precisa que la Ley de Fármacos se encuentra bajo la fiscalización del Instituto de Salud Pública (“ISP”), que ha señalado que la venta de medicamentos por parte de los laboratorios a instituciones en procesos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitatorios –entre ellas Cenabast– a un precio distinto al indicado en sus listas de precios, no puede ser considerada discriminatoria *per se*.

79. A continuación, se refiere a la Ley Cenabast. Al respecto, señala que permite la intermediación de medicamentos por parte de Cenabast a farmacias y establecimientos de salud sin fines de lucro. Precisa que Cenabast deberá fijar un precio máximo de venta al público respecto de aquellos medicamentos de que abastezca a las farmacias y almacenes farmacéuticos en virtud de esta ley, el que será determinado al momento de la venta a la farmacia. Para la definición de estos precios máximos se conformará un consejo consultivo, constituido por el Director de dicho Servicio o a quien éste designe, un representante del Fondo Nacional de Salud, un representante del ISP y tres economistas con experiencia en mercados regulados, debiendo al menos uno de ellos poseer conocimientos en economía de la salud.

80. Por su parte, las farmacias se obligan a: (a) informar al público los medicamentos que tienen disponibles en virtud de esta ley, así como su precio, de forma separada de los demás productos que comercien; (b) respetar el precio máximo de venta al público fijado por Cenabast, lo que será fiscalizado por el ISP; y (c) mantener en existencias los petitorios mínimos establecidos en el Formulario Único Nacional.

81. En cuanto a la forma en que ha intermediado medicamentos a la fecha, Cenabast señaló a la FNE que, para seleccionar los medicamentos que intermediará a las farmacias, éstos deben pertenecer a la canasta de la red pública, lo cual implica que el Servicio no puede licitar un medicamento exclusivamente para la Ley Cenabast. De entre este grupo de medicamentos, Cenabast elige los más solicitados por las farmacias y respecto de ellos realiza los procesos de compra.

82. Acerca del modo en que se desarrollan estos procesos de compra, Cenabast informó que los medicamentos se adquieren conforme a las bases de licitación tipo. En lo referido a la forma en que se determina el precio máximo de venta al público, Cenabast señaló que, una vez que la licitación se encuentra adjudicada y se conoce el precio al que se adquirió el medicamento, se calcula el precio máximo conforme a una metodología interna presentada al consejo consultivo, que a esa fecha se encontraba en revisión por parte del servicio.

83. A continuación, la Fiscalía se refiere a la industria farmacéutica. Señala que ésta se divide en tres segmentos o etapas: producción o importación, distribución mayorista; y comercialización y dispensación. En cada etapa participan diversos actores y se pueden distinguir dos canales: uno privado o *retail*, y otro institucional.

84. Plantea que en la etapa de producción e importación participan laboratorios nacionales e internacionales y droguerías. Por su parte, en la etapa

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de distribución mayorista existen distintos tipos de distribuidores: cerrados, abiertos y mixtos. Asimismo, dependiendo del tipo de cliente al que abastecen, pueden ser clasificados como distribuidores *retail*, institucionales o mixtos.

85. En el segmento de comercialización y dispensación también se distingue entre el canal *retail* y el institucional. El primero está constituido por las farmacias y almacenes farmacéuticos, mientras que en el canal institucional participan establecimientos privados y públicos, así como Cenabast, que realiza una función de intermediación.

86. Añade que con la entrada en vigencia de la Ley N° 21.198, Cenabast ha pasado de abastecer exclusivamente al canal institucional, a proveer también medicamentos al sector *retail*.

87. En lo relativo a la diferenciación de precios, constata que entre los canales *retail* e institucional existen diferencias de precios considerables. En particular, se refiere a los hallazgos del Estudio de Medicamentos, entre los que destaca los siguientes: (a) comparando un mismo *sku*, es decir, un mismo producto farmacéutico con su respectivo envase, el medicamento es vendido en promedio un 89% más caro a las grandes cadenas de farmacias que a los compradores del sector público; (b) el sector institucional privado adquiere productos un 62% más barato que las cadenas de farmacias; (c) las diferencias de precios no estarían explicadas por los volúmenes de compra en cada canal; y (d) la existencia de estas diferencias de precios podría indicar un ejercicio de poder de mercado por parte de los laboratorios en el canal *retail*, así como de la dificultad para arbitrar por parte de los agentes del mercado.

88. A continuación, se refiere a las diferencias de precios detectadas en su investigación abierta para efectos de la presente Consulta. Al respecto, señala que: (a) los resultados son consistentes con lo revisado por la FNE en estudios anteriores: la mayoría de los medicamentos se ofrecen a menor precio al canal institucional; (b) aproximadamente un 66% de los medicamentos que constituyen las muestras anuales se cobran más caro en el canal *retail*; (c) los productos que son vendidos a un mayor precio en el canal *retail* son relevantes en el mercado de comercialización de productos farmacéuticos en ambos canales de distribución; (d) los remedios de marca son los que mayormente son vendidos a un precio más elevado en el canal *retail*, seguidos por el grupo de los medicamentos innovadores; y (e) en relación a los medicamentos genéricos, no se observa que haya una diferencia de precios relevante de venta entre ambos canales.

89. En seguida, señala que el principal factor que explica el poder de mercado de los laboratorios en el canal *retail* es la lealtad o preferencia por marca de los consumidores finales, lo que permite a los proveedores vender a un precio mayor del que comercializan a establecimientos públicos y privados, pues las farmacias privilegian contar con una variedad de productos antes que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

demandar fármacos por precio. En cambio, en el canal institucional la demanda tiene un comportamiento distinto, ya que no existen incentivos a privilegiar marcas o disponer de variedad de medicamentos, sino que se prefiere y se hace competir a los laboratorios por precio.

90. Agrega que en el canal *retail* la mayoría de los medicamentos tienen marca y se promocionan como tales. Estos esfuerzos de *marketing* se concentran en los profesionales habilitados para prescribir medicamentos a través de “visitas médicas”, que representan un 12,5% del total de costos de fabricación de los laboratorios.

91. En cuanto a los procesos de compra en el canal institucional, señala que son competitivos, ya sea que se realicen mediante licitaciones o en negociaciones directas con proveedores. Precisa que los laboratorios no están obligados a vender en el canal institucional a los precios publicados en sus listas de precios. Las variables que consideran los compradores en este canal suelen ser: (a) la reputación del laboratorio; (b) el precio ofertado; y (c) el comportamiento anterior del proveedor.

92. En el caso de las instituciones públicas, quienes adquieren medicamentos son los Servicios de Salud, las Municipalidades y Hospitales, mientras que Cenabast tiene un rol de intermediación y agregación de demanda. Precisa que en estos procesos Cenabast actúa como mandatario, por lo que no paga por los medicamentos, sino que gestiona la compra y luego son los adquirentes los que deben pagar a los proveedores y, a su vez, estos últimos gestionan su bodegaje y entrega. Agrega que Cenabast no recibe aporte fiscal, sino que financia sus gastos operacionales con las comisiones que cobra a los usuarios de sus servicios de intermediación, que ascienden a un 7% del monto total facturado por el proveedor.

93. Luego, respecto de la justificación de las diferencias de precios entre ambos canales, plantea que los laboratorios mencionaron principalmente tres causas que explicarían dicha diferenciación: la forma de compra, los volúmenes de compra y las diferencias de costos de proveer ambos canales. En cuanto a la forma de compra, ésta se realizaría mediante negociación directa en el canal *retail*, mientras que vía licitación en el canal institucional. Los laboratorios señalaron que en las bases de licitación del canal institucional se identifican volúmenes, características de productos y plazos de suministro que le aseguran al adjudicatario la venta de la totalidad del volumen licitado. Esto exige a los laboratorios precios diferenciados respecto a los cobrados para el sector privado, con la finalidad de ganar la licitación y sumar volumen, ya que generalmente abarcan períodos largos de abastecimiento y solamente se adjudican a un proveedor por molécula.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

94. Asimismo, sostuvieron que la licitación proporciona mayor previsibilidad operativa y financiera para el período contratado. El período de suministro explicaría la diferencia de precios entre ambos canales, considerando que muchas de las compras en el canal institucional se realizan por períodos superiores a 12 meses. Por el contrario, en el canal *retail*, al no adquirirse productos con una frecuencia determinada, la compra no sería tan previsible. En este canal el abastecimiento se realizaría mediante mecanismos de compras mensuales o compra *spot*, que cambiarían mes a mes y que no implicarían un compromiso de compra de grandes volúmenes a largo plazo, lo cual impacta en la planificación de la demanda.

95. Adicionalmente, los laboratorios identificaron otras condiciones de compra en el canal *retail* que explicarían su diferencia con el institucional, tales como canjes realizados a propósito de productos no vendidos dentro de plazo y la logística de almacenamiento y transporte.

96. Ante ello, la Fiscalía manifiesta que la previsibilidad de la demanda del segmento institucional no sería infalible. Sostiene que se encontraron casos en que los laboratorios habrían incurrido en pérdidas, porque se proyectó en dicho canal de distribución un volumen superior al alcanzado. Con todo, señala que no cuenta con antecedentes suficientes como para determinar la frecuencia de situaciones como la anterior en comparación con el segmento *retail*.

97. En el canal público, por regla general, las licitaciones involucrarían volúmenes mucho mayores que en el canal *retail*, lo que explicaría los bajos precios del canal institucional.

98. La FNE sostiene que, en lo referido a los volúmenes de compras, los laboratorios explicaron que, al ser el volumen de ventas mayor en el canal institucional, los descuentos que se otorgan son mayores. Asimismo, señalaron que los volúmenes también son más predecibles, lo que tiene incidencia en el costo medio de cada producto en laboratorios con planta farmacéutica en el país. Conocer el volumen anual de largo plazo, más otras condiciones, posibilita ofrecer mejores precios porque le permite al productor planificar la producción. Por el contrario, en el canal *retail* se compra generalmente de forma mensual y según las necesidades de corto plazo, lo que dificulta la previsión certera de adquisición de volúmenes futuros e incide en una serie de aspectos comerciales y logísticos.

99. Frente a este argumento de los laboratorios, la Fiscalía se remite a lo indicado en el Estudio de Medicamentos, donde concluye que la diferencia de precios entre ambos canales no estaría explicada por el volumen de compra.

100. En cuanto a las diferencias en costos, los laboratorios sostuvieron ante la Fiscalía que en cada canal se incurre en costos distintos. En el canal *retail*, destacaron los costos relativos a cursos y congresos, fabricación, *marketing*,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

muestras médicas, promoción, publicidad y visitadores médicos, estando éstos últimos presentes sólo en dicho canal, porque por el modelo de compra existen varias alternativas para el mismo producto farmacéutico, lo que vuelve crucial su promoción, sin que ésta sea necesaria en el modelo público.

101. Por otra parte, el precio es fijo en las licitaciones y no está sujeto a descuentos adicionales ni estacionales, lo que permitiría ofrecer un precio promedio inferior al de lista en algunos casos. Además, habría una serie de pagos que se realizan a los distribuidores del canal *retail* que no deben desembolsarse en el mercado público. Agregan que los productos para cada canal serían diferentes, vendiéndose en envases genéricos en el canal institucional y en grandes cantidades, lo que es una ventaja en cuanto a costos, mientras que en el canal *retail* se envasan en formatos más desarrollados y en menor cantidad (consumo individual), lo que los vuelve más caros.

102. La Fiscalía replica que las diferencias de costos por tipo de envase no explicarían las diferencias de precios revisadas por ella, dado que las comparaciones de precios se hicieron para el mismo *sku*, esto es, respecto de un producto idéntico en ambos canales de distribución. Añade que la “estacionalidad” de los precios tampoco sería una justificación de la diferencia entre ambos canales, pues se consideraron precios anuales promedio.

103. Continúa señalando que realizó el ejercicio de restar una estimación de los costos asociados a visitas médicas y otros gastos de promoción a los precios promedio por año en el canal *retail*, y que se compararon con el precio de cada medicamento en el canal institucional. En la mayoría de los casos, el precio de los medicamentos de marca en el canal *retail*, incluso ajustado por los costos de promoción, sigue siendo mayor que el precio en el canal institucional. En efecto, considerando el ajuste mencionado, se observó que los laboratorios cobraron un 58% más en el canal *retail* durante 2018, y un 28% más en 2021.

104. Posteriormente, la Fiscalía se refiere a los efectos de la Ley Cenabast para las distribuidoras de productos farmacéuticos. Expone que hay una serie de factores por los cuales Cenabast no podría sustituir por completo a droguerías como Socofar, volviendo poco plausible que su entrada al canal *retail* pueda afectar la expansión de los actores existentes o la entrada de nuevos competidores. Identifica, entre otros, los siguientes factores: (a) Cenabast no puede responder a la variedad de marcas para un mismo principio activo que demandan las farmacias, ya que licita por principio activo, adjudicando, por lo general, sólo a una marca por cada uno de ellos; (b) las farmacias consideran que si sólo se abasteciesen de Cenabast, estarían sujetas a un riesgo de quiebre de *stock* de los medicamentos que obtienen a muy bajo precio, y en tal caso tendrían que proceder a abastecerse de droguerías o de laboratorios a un precio mayor –ya que compran al precio de lista–, lo que genera un riesgo de confianza con el cliente; (c) la premura con que se responde a los pedidos de las farmacias:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1,5 semanas por parte de Cenabast, versus entrega el mismo día o al siguiente por parte de droguerías; (d) la Ley Cenabast establece un precio máximo de reventa al paciente, lo que para algunas farmacias no es suficiente para compensar los costos operacionales; (e) las droguerías ofrecen ciertas facilidades de pago a las farmacias que Cenabast no otorgaría y, además, no entrega la posibilidad de canje o devolución de los productos; (f) al ser las farmacias fiscalizadas por el ISP para verificar el cumplimiento de los precios máximos, el ente fiscalizador aprovecharía la instancia para verificar el cumplimiento de otras normativas sanitarias, lo que incrementa el riesgo de ser objeto de un sumario; (g) Cenabast no cuenta con una capacidad patrimonial suficiente para sustituir a las droguerías; y (h) en los hechos, las ventas intermediadas por Cenabast no han absorbido el crecimiento de las ventas en el canal *retail*.

105. A modo de conclusión, la FNE plantea la necesidad de modificar la normativa de competencia aplicable, con el objeto de permitir a las droguerías y a farmacias que liciten la adquisición de medicamentos por su denominación común internacional ("DCI").

106. Si bien en la práctica estas licitaciones se estarían realizando ocasionalmente para medicamentos genéricos, de acuerdo con las Resoluciones N^{os} 634/2001, 638/2002 y 729/2004 de la Comisión Resolutiva y N^o 12/2006 del Tribunal, los laboratorios y las droguerías tienen la obligación de vender al canal *retail* sólo mediante listas de precios y conforme a los descuentos que en éstas se contemplen. En consecuencia, solicita al Tribunal modificar las resoluciones referidas en el sentido de eximir a los laboratorios y los demás proveedores de la obligación de vender a través de listas de precios cuando participen en licitaciones convocadas por farmacias, asociaciones de compras conformadas por éstas, y droguerías, cuyo objetivo sea abastecer al canal *retail*. En cualquier caso, la FNE señala que los laboratorios y las droguerías deberán mantener publicadas sus listas de precios con los respectivos descuentos y demás condiciones comerciales respecto de aquellas ventas que no efectúen por licitaciones, con la finalidad de asegurar la no discriminación entre sus clientes.

107. A folio 34, la **Superintendencia de Salud** respondió el oficio señalando que la materia objeto de la Consulta escapa de su competencia. El **Ministerio de Salud**, por su parte, informó a folio 55 que, atendido que es Cenabast quien se relaciona con los laboratorios para la adquisición de productos farmacéuticos, remitiría el oficio recibido del Tribunal a dicha entidad.

108. La Consultante presentó informes económicos de Joaquín Poblete (folio 155), Marcelo Villena (folio 182) y Nicolás Figueroa (folio 178), y un informe en derecho de Francisco Agüero (folio 180). Por su parte, Recalcine acompañó un informe económico de Aldo González (folio 79); la CIF acompañó tres

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

informes económicos de Econsult (folios 151, 174 y 191); y la AFFI ofreció un informe económico de Gonzalo Escobar (folio 176).

E. AUDIENCIA PÚBLICA

109. A folio 185 consta la resolución que citó a la audiencia pública de seis de diciembre de 2022, a las 10:00 horas. El 16 de noviembre del mismo año se publicó un extracto de la citación en el Diario Oficial, según consta a folio 186, mientras que la publicación en el sitio *web* del Tribunal se realizó el 27 de octubre de 2022.

110. En la audiencia pública, como consta a folio 226, intervinieron los apoderados de la Consultante; Socofar, y de los siguientes intervinientes: Fiscalía Nacional Económica, Cenabast, Novo Nordisk, Andrómaco, Sanofi, Milab, Recalcine, AFFI, CIF y Asilfa.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA. ESTRUCTURA DE LA RESOLUCIÓN.

1. La Consulta tiene por objeto que este Tribunal se pronuncie acerca de si el trato diferenciado otorgado por los laboratorios farmacéuticos en la determinación del precio de sus productos a clientes públicos y privados que participan en el segmento de la distribución farmacéutica, se encuentra o no conforme con la libre competencia, de acuerdo con las condiciones de mercado involucradas, para establecer, en caso que lo estime procedente, las condiciones que los referidos laboratorios deberán cumplir a ese efecto. La Consulta afirma que este trato diferenciado puede tener consecuencias para la actividad de Socofar, en cuanto la Ley Cenabast convierte al Estado en competidor de las empresas de distribución, al poder distribuir directamente productos farmacéuticos a farmacias.

2. Conociendo de un recurso de reclamación contra la resolución de este Tribunal que no dio curso al procedimiento no contencioso de autos, la Excm. Corte Suprema declaró, por resolución de 3 de noviembre de 2021, que la pretensión de la consultante era “*conocer las condiciones en que el mercado se desenvuelve*”, para que los actores cuenten con “*reglas claras y conocimiento acabado de todas las circunstancias que puedan afectarles en el desarrollo de su actividad*” (c. 11°).

3. En consecuencia, la Excm. Corte concluyó que en este proceso se debía analizar “*la efectividad del trato diferenciado que postula la actora que, de constatarse, debiera estar provisto de una racionalidad económica*” para no facilitar conductas anticompetitivas y, de ser procedente, adoptar medidas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

generales para evitar que tal riesgo se materialice, pudiendo imponer lineamientos en las transacciones que se desarrollen en este mercado (ídem, c. 12°).

4. De esta forma, la correcta resolución de la Consulta requiere establecer la efectividad de que los laboratorios farmacéuticos otorgan un trato diferenciado a clientes públicos y privados que participan en la distribución de productos farmacéuticos, para luego determinar si esa diferenciación, sumada a la posibilidad de distribución de fármacos por parte de Cenabast, tiene o puede tener un efecto anticompetitivo.

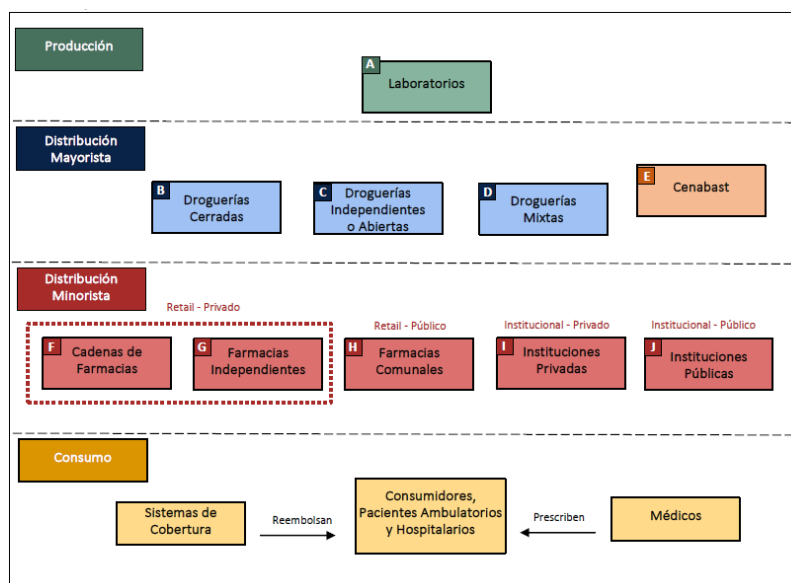
5. Para ello, es necesario, primeramente, detallar las características de la industria en que inciden los hechos y conductas objeto de la Consulta y conocer las condiciones de la misma y los mercados involucrados, incluyendo el marco regulatorio aplicable y el impacto de la Ley Cenabast. Luego, se analiza bajo ese prisma la diferenciación de precios alegada, para establecer su existencia y si ésta encuentra una justificación en esas condiciones de mercado y regulatorias. Finalmente, en la última sección, se señalarán las conclusiones sobre el asunto sometido a conocimiento, así como la medida que se adoptará para resguardar la libre competencia.

B. INDUSTRIA Y CONDICIONES DE COMPETENCIA

6. De conformidad con los aportes de antecedentes recibidos y de manera consistente con la jurisprudencia anterior de este Tribunal (véase, Resolución N° 15/2006, c. 6°), la industria farmacéutica puede segmentarse en tres etapas distintas: (a) producción o importación; (b) distribución mayorista; y (c) comercialización y dispensación. Socofar (Consulta, folio 7, p. 2) y la FNE (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, p. 14) coinciden con esta caracterización.

7. Esta segmentación se muestra en la Figura N° 1 a continuación.

FIGURA N° 1:
Estructura de la industria farmacéutica



Fuente: Informe Econsult, folio 151, p. 21, acompañado por la CIF a folio 152.

8. Con el objetivo de contar con mayor claridad, previo a ahondar en el análisis anterior, se describen brevemente algunos aspectos relevantes para el entendimiento de la industria.

B.1. Clasificación de medicamentos

9. Siguiendo lo señalado por la Fiscalía en su Estudio de Medicamentos, los productos farmacéuticos pueden ser clasificados en base a su naturaleza, forma de dispensación, comercialización y tipo de droga. Según la forma de dispensación, se distingue entre medicamentos que requieren una receta médica extendida en forma previa a su venta (denominados éticos o de prescripción) y aquellos de venta directa u *over the counter* ("OTC"). Según su forma de comercialización o identificación en farmacias, se distingue entre medicamentos innovadores, originales o referentes, que corresponden a los lanzados al mercado bajo la protección de una patente de invención, y genéricos, que son copias de los innovadores que entran al mercado una vez que termina la protección de la patente. A su vez, los medicamentos genéricos se subdividen en tres grupos: (a) similares de marca (copias de medicamentos innovadores comercializados bajo un nombre de fantasía o marca comercial); (b) similares de marcas propias (similares de marca, pero comercializados por una farmacia que está integrada verticalmente con el laboratorio productor); y (c) de denominación genérica (comercializados con el nombre de su principio activo) (Estudio de Medicamentos, folio 1, pp. 31-32).

10. Adicionalmente, este Tribunal concuerda con la FNE en cuanto a que una dificultad es identificar adecuadamente cuáles medicamentos son intercambiables desde la perspectiva terapéutica, pues en principio sólo lo son aquellos certificados por la autoridad como bioequivalentes. En efecto, los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

medicamentos genéricos que no cuentan con esta certificación pueden presentar diferencias en sus excipientes, materias primas u otras variables de producción, aun cuando contengan los mismos principios activos que los medicamentos originales. Para obtener la certificación de bioequivalencia, el medicamento debe ser un equivalente farmacéutico del referente y realizar un estudio de bioequivalencia. Quien otorga la certificación en Chile es el ISP, conforme al art. 59 del DFL N° 1, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469; y al art. 3° del Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano.

11. Otros términos relevantes para analizar la intercambiabilidad entre medicamentos son el de producto comercial y medicamento clínico. Asimismo, tiene importancia si éstos tienen asociado un envase particular (esto es, un cierto número de dosis). Medicamento clínico (“MC”) es un término utilizado en la Guía Editorial de Terminología Farmacéutica Chilena, definido como *“un concepto abstracto que representa las propiedades de uno o más medicamentos clínicamente equivalentes. El MC describe a los preparados según sus nombres técnicos, sin incluir proveedor o nombre comercial. El MC es el que provee la intercambiabilidad de prescripción. Incluye concentración y forma farmacéutica agrupada”*. Por su parte, el “producto comercial” identifica una unidad de dosis individual de una forma farmacéutica definida atribuible a un proveedor identificado que contiene una cantidad especificada de una sustancia. Así, para una categoría de MC pueden existir distintos productos comerciales (ídem, p. 33).

B.2. Canal *retail* y canal institucional

12. Los medicamentos se comercializan tanto en el canal *retail* como en el canal institucional, según fueron definidos estos conceptos en la parte expositiva (vid, *supra*, Parte Expositiva, §4). A este respecto, la Sentencia N° 184/2022 estableció que se podía concluir que se trataba de mercados diferentes, sobre la base de: (a) las características del producto, pues si bien en ambos se comercializan medicamentos, algunos suelen utilizar envases distintos, que no son directamente intercambiables (por ejemplo, en el canal *retail* un antiinflamatorio se vende en pastillas, mientras que en el institucional puede venderse en ampollas); (b) el modo en que se adquiere el producto, pues existen reglas y condiciones de comercialización sustancialmente distintas en cada canal y sector (cuestión que se revisará en la sección B.4 *infra*); y (c) la forma en que eventualmente se utiliza el producto, en cuanto los destinados al *retail* se venden directamente a consumidores, mientras que, en el caso del canal institucional, la mayor parte de los medicamentos forman parte de un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tratamiento médico que está definido y es suministrado por un profesional del área de la salud, en un establecimiento habilitado para ello (c. 81°).

13. A la misma conclusión llegó la Excm. Corte Suprema, afirmando que “no es posible (...) estimar que estas dos modalidades de venta puedan asimilarse entre sí, de modo de formar parte de un mismo mercado (...)” (21 de diciembre de 2017, Rol 11.779-2017, c. 4°).

14. En la presente resolución se adoptará la misma distinción entre canales de distribución, al no haberse aportado antecedentes en autos que hagan variar la conclusión antes referida. En efecto, dicha conclusión se reafirma en autos, como se detalla en la sección B.3 *infra*, por cuanto: (a) la modalidad de compra en ambos canales es distinta, primando las licitaciones en el caso del canal institucional y las negociaciones directas en el caso del canal *retail*; y (b) los principales factores considerados para realizar compras de medicamentos difieren, pues en el canal institucional se compite principalmente por precio, mientras que en el canal *retail* se privilegia la variedad de marcas por sobre los precios.

B.3. Actores de la industria

B.3.1. Producción o importación de medicamentos

15. Desde el punto de vista de la oferta, y de acuerdo con el Estudio de Medicamentos, la producción e importación de medicamentos en Chile se lleva a cabo por más de 200 laboratorios (Estudio de Medicamentos, folio 1, p. 14). Adicionalmente, la Fiscalía señala que las droguerías, si bien no producen medicamentos, pueden importarlos (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, p. 14). En un sentido similar, un informe aportado en autos sostiene que actualmente existen más de 100 laboratorios farmacéuticos que operan en Chile, tanto de carácter nacional como internacional (Informe Econsult, folio 151, pp. 5, 17, 22, y 43).

16. Así, aun cuando existen diferencias significativas entre las cifras indicadas en el Estudio de Medicamentos de la FNE y el Informe Econsult, en cualquier caso, no hay controversia en cuanto a que el número de oferentes de medicamentos es muy alto.

17. Utilizando un indicador distinto, el mismo Informe Econsult señala que ninguno de los laboratorios a que se refiere superó el 8% de las ventas de medicamentos en el mercado *retail* durante 2021 (ídem, pp. 5, 17, 19, 22, 43 y 49).

18. Otros antecedentes aportados son consistentes con lo indicado por el referido informe. La CIF señala que, en términos generales, la participación en el mercado *retail* de sus miembros es baja dada la naturaleza de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

medicamentos que ofrecen (innovadores) y que están dedicados mayormente a investigación y desarrollo de nuevos medicamentos. Esta asociación agrega que, de acuerdo con la FNE, la participación de mercado de los medicamentos referentes (originales o innovadores) a nivel minorista fue de un 12% en valor y de un 10% en unidades en 2018 (Aporte de antecedentes CIF, folio 70, p. 6).

19. Asilfa sostiene que sus miembros (fabricantes de medicamentos no innovadores) tienen una baja participación de mercado, tanto en el canal institucional como en el canal *retail*, y que los que tienen una participación relevante, enfrentan competencia actual o potencial. En términos de ventas, los laboratorios de Asilfa participan en 1.870 *sku* de un total para el mercado de 7.250, representando solo un 25,8%. Por su parte, respecto de la participación de sus laboratorios (medida como la participación en el total de ventas de medicamentos al consumidor final, en monto y unidades), señala que ésta oscila entre un rango de 10,5% y 0,3% dependiendo del laboratorio, según se desprende de la tabla a continuación (Aporte de antecedentes Asilfa, folio 73, pp. 13-14).

TABLA N° 1
Participación laboratorios pertenecientes a Asilfa

Laboratorio	Monto					Unidades				
	2017	2018	2019	2020	nov-21	2017	2018	2019	2020	nov-21
Recalcine	10,5%	10,5%	10,5%	10,4%	9,2%	7,9%	7,8%	7,4%	7,5%	6,7%
Bago	3,2%	3,2%	3,3%	3,1%	3,5%	6,9%	7,1%	7,3%	7,2%	7,6%
Deutsche Pharma	0,3%	0,3%	0,4%	0,5%	0,5%	0,2%	0,2%	0,3%	0,3%	0,4%
Eurofarma	1,8%	2,0%	2,1%	2,1%	2,3%	3,7%	5,1%	4,5%	4,1%	3,8%
Ferrer	0,4%	0,4%	0,4%	0,5%	0,5%	0,2%	0,2%	0,2%	0,2%	0,3%
Gador	2,1%	2,4%	2,3%	2,2%	1,9%	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%
Heel	0,4%	0,4%	0,4%	0,4%	0,4%	0,3%	0,3%	0,3%	0,4%	0,3%
ITF-Labomed	1,7%	1,8%	2,0%	2,0%	2,0%	1,4%	1,5%	1,8%	1,8%	2,0%
Raffo	0,3%	0,3%	0,3%	0,4%	0,3%	0,2%	0,2%	0,2%	0,3%	0,2%
Sanitas	1,0%	1,0%	1,0%	1,0%	0,9%	3,5%	3,2%	3,2%	3,4%	3,3%
Synthon	0,9%	0,8%	0,8%	0,8%	0,8%	1,0%	0,9%	0,9%	1,0%	1,0%
Tecnofarma	3,3%	3,4%	3,4%	3,4%	3,5%	2,0%	2,0%	1,9%	1,9%	2,0%
Varifarma	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Total	25,9%	26,5%	26,9%	26,8%	25,8%	27,4%	28,6%	28,1%	28,2%	27,7%

Fuente: Elaboración propia en base a Aporte de antecedentes Asilfa, folio 73, pp. 13-14.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20. Finalmente, Milab, laboratorio relacionado a Socofar, declara tener una participación de 4,9% en el mercado total de medicamentos (Aporte de antecedentes Milab, folio 78, p. 3).

21. De esta forma, los antecedentes anteriores dan cuenta de que en esta industria participa un importante número de laboratorios. Con todo, para establecer correctamente la participación de mercado y los niveles de concentración presentes, más que la determinación de porcentajes en relación con la totalidad de la distribución de medicamentos, es necesario evaluar la intercambiabilidad o sustitución de los medicamentos, particularmente desde el punto de vista de quienes los adquieren o prescriben. En efecto, distintos tipos de medicamentos son prescritos por médicos y utilizados por pacientes con diversas finalidades, por lo que no necesariamente podrán considerarse como sustitutos. Por ejemplo, para tratar alergias, probablemente se prescribirá el uso de un antihistamínico, por lo que el precio o características de un medicamento utilizado para el alivio de síntomas gástricos no ejercerá presión competitiva sobre el fabricante o importador del primero y, en consecuencia, no podrá considerarse como partícipe de un mismo mercado.

22. El Estudio de Medicamentos sostiene que, desde el punto de vista del paciente que debe consumir un medicamento, el mercado relevante es el de cada medicamento clínico en el caso de medicamentos éticos, dado que el consumidor no puede sustituir ni entre principios activos, ni entre las dosis recetadas (a diferencia del caso de los productos OTC, donde el paciente no se encuentra limitado a la prescripción de un profesional). Por el contrario, si quien toma la decisión puede escoger entre principios activos, o dentro de ellos, un medicamento clínico en particular, como podría ocurrir en el caso de los profesionales médicos, el mercado relevante corresponderá a cada categoría terapéutica (Estudio de Medicamentos, folio 1, p. 118).

23. Esta definición de mercado relevante del producto señalada en el Estudio de Medicamentos de la FNE resulta correcta, en cuanto incluye a todos los productos que pueden ejercer presión competitiva sobre el fabricante o importador de un determinado medicamento.

24. El mismo estudio muestra que un 72% de los medicamentos clínicos vendidos tienen un único laboratorio proveedor en el canal *retail*. A su vez, esos medicamentos con proveedor único representan el 34% de las ventas totales de medicamentos, lo que sugiere que existe una concentración alta en la mayoría de los medicamentos clínicos, desde el punto de vista de los consumidores. La abundante mayoría de esos mercados se encontrarían sobre los 2.500 puntos, límite sobre el cual la FNE sugiere que un mercado se considera altamente concentrado (ídem, pp. 120-121).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

25. Así, desde la perspectiva de los consumidores o pacientes en el canal *retail*, como se señaló, la imposibilidad de sustituir un medicamento por otro determina la existencia de un mercado relevante que está compuesto solo por ese medicamento. Existiendo medicamentos intercambiables, como puede ser en el caso de aquellos con un mismo principio activo, o cuando respondan a un mismo fin terapéutico (como analgésicos o antiinflamatorios), cobra especial relevancia la publicidad e información con que cuenten los consumidores respecto de la sustituibilidad de los medicamentos en función de su nivel de eficacia u otros factores, para efectos de tomar una decisión de compra.

26. Desde el punto de vista de los profesionales médicos, es decir, de quienes prescriben el medicamento, el Estudio de Medicamentos señala que el número de casos en que un único laboratorio provee los medicamentos sería menor, pese a que –dependiendo del Código de clasificación Anatómica, Terapéutica y Química (“ATC”)– aún persistirían mercados que están altamente concentrados (ídem, pp. 121-127).

27. Como complemento al análisis anterior, tanto en su aporte de antecedentes como en el Estudio de Medicamentos, la Fiscalía ha resaltado que en el canal *retail* las farmacias demandan distintas variedades y marcas de un mismo principio activo y no solo distintos principios activos o medicamentos, por lo que la competencia privilegia la variedad por sobre la variable precio (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, pp. 27-30). Esto se explica por la preferencia de los consumidores finales por medicamentos de marca, la que confiere poder de mercado a los laboratorios y les permite vender sus medicamentos a un precio mayor que aquel al cual se venden en el canal institucional. En particular, el estudio de la FNE indica que en el canal *retail*: (a) la mayor parte de los medicamentos tiene marca y se promocionan en base a ésta, centrándose así los esfuerzos de *marketing* en profesionales habilitados para prescribir medicamentos a través de “visitas médicas”, que representarían un 12,5% del total de los costos directos e indirectos de fabricación de los laboratorios (adicionalmente, existen otros gastos de promoción asociados a patrocinio corporativo, donaciones, financiamiento de investigaciones, profesionales externos al laboratorio e informes, que representarían el 13,1% de los costos de fabricación); y (b) los laboratorios cuentan con programas de fidelización a través de descuentos (Estudio de Medicamentos, pp. 27, 116 y 142).

28. Por el contrario, en el canal institucional, se privilegia la variable precio como elemento determinante para la adquisición de medicamentos. Lo que se demanda es un determinado principio activo al menor precio de compra posible y éste se adjudica por medio de una licitación que asegura el abastecimiento por 12, 18 o 24 meses, o el plazo que se establezca en dicho concurso. De acuerdo con la FNE, siguiendo lo señalado en la Norma Técnica N° 113 del Ministerio de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Salud sobre Organización y Funcionamiento de los Comités de Farmacia y Terapéutica para la Red Asistencial de Salud Pública, las instituciones de salud cuentan con un Comité de Farmacia que define el arsenal farmacológico, para que luego las unidades o departamentos de abastecimiento de cada establecimiento proceden a su adquisición. Agrega que las variables que consideran los compradores en este canal suelen ser: (a) la reputación del laboratorio; (b) el precio ofertado; y (c) el comportamiento anterior del proveedor, esto es, el cumplimiento del cronograma de compras (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, p. 29).

29. A partir de los antecedentes anteriores, a juicio de este Tribunal, estaríamos en presencia de dos canales de distribución diferentes. En uno de ellos, la competencia se da principalmente en base al menor precio de medicamentos intercambiables (canal institucional, sin perjuicio de que se considera, además, la reputación del laboratorio y el comportamiento anterior de los proveedores), mientras que en el otro la competencia responde a factores adicionales al mero precio, resultando relevante la necesidad de contar con una variedad de distintos medicamentos, aun cuando sean intercambiables entre sí (canal *retail*). De acuerdo con lo señalado previamente, los laboratorios contarían con poder de mercado en el canal *retail* en la medida que los consumidores no cuenten con un sustituto, por ejemplo, producto de que no existen bioequivalentes o medicamentos con el mismo principio activo, o bien no cuenten con la información necesaria para determinar si existen sustitutos de los medicamentos, información que usualmente es conocida y solo eventualmente entregada por los profesionales médicos.

B.3.2. Distribución mayorista

30. La Resolución N° 15/2006 de este Tribunal afirmó que en el segmento de distribución participan distintos tipos de distribuidores, a saber: (a) cerrados: que realizan aprovisionamiento exclusivo de cadenas de farmacias, generalmente de su propiedad; (b) abiertos: que realizan el aprovisionamiento a todo agente interesado, sean estas farmacias independientes, grupos de farmacias o cadenas de éstas; y (c) mixtos: que realizan el aprovisionamiento tanto a los clientes de los distribuidores abiertos como a cadenas de farmacias relacionadas (Resolución N° 15/2006, c. 6°).

31. Por su parte, la FNE señala que, dependiendo del tipo de cliente al que abastece el distribuidor, se pueden clasificar en distribuidores *retail* (que proveen de productos farmacéuticos a farmacias y almacenes farmacéuticos) e institucionales (que abastecen a instituciones de salud, tanto del sector privado como del sector público). Existen también distribuidores que abastecen al sector institucional y al sector *retail* (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, p. 15).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

32. Según la Consulta, Socofar es un distribuidor mixto, pues abastece tanto a las farmacias que operan bajo la marca Cruz Verde, como a farmacias independientes. La Consultante agrega que, según información entregada por IQVIA, a abril de 2019 su participación de mercado –considerando únicamente la distribución abierta– era cercana a 50%, medida en unidades. Añade que en este segmento participan también otros distribuidores mayoristas abiertos tales como Droguerías Ñuñoa, Farma 7 y Toledo; y que existen otros distribuidores como Novasur, Redfarma, Ethon, Hospipharma y Droguería ByB, además de varios otros que habrían ingresado al mercado en los últimos cinco años. Finalmente, agrega que existe una alta capacidad de distribución mayorista por parte de distribuidores cerrados, como los que abastecen a las cadenas Fasa y Salcobrand (Consulta, folio 7, pp. 3-4).

33. En cuanto a otros participantes en el segmento de distribución mayorista, el Estudio de Medicamentos detalla que una de sus principales fuentes de información se refiere a tres droguerías de gran tamaño, sumada a información reducida de más de 100 droguerías pequeñas (Estudio de Medicamentos, folio 1, p. 12). En base a lo anterior, se desprende que, además de Socofar y los distribuidores mencionados por ésta, existen otros agentes de menor tamaño que participan del mismo segmento.

34. Existe controversia respecto de la magnitud de la participación de Socofar en el mercado. En particular, Recalcine sostiene que, de acuerdo con información histórica de este Tribunal, se estima que actualmente Socofar debe contar con una participación cercana a un 70% en el mercado de distribución mayorista, atendido el bajo grado de desafiabilidad de este mercado (Aporte de antecedentes Recalcine, folio 81, p. 18).

35. Con independencia de lo anterior, y al contrario de lo declarado en la Consulta, los laboratorios han señalado que sería Socofar quien posee poder de mercado en el mercado de distribución mayorista. En efecto, Asilfa sostiene que la participación de Socofar, de 50% por sí sola (*supra*, §32), sería indicativa de la posición dominante de ésta (Aporte de antecedentes Asilfa, folio 73, p. 4).

36. Adicionalmente, diversos intervinientes han resaltado en este proceso la integración vertical de Socofar en el segmento de manufactura e importación de medicamentos (a través de Laboratorios Milab y Droguería Munich), y en el de distribución minorista en el canal privado, principalmente con Cruz Verde (Aporte de antecedentes Recalcine, folio 81, p. 3). Asilfa indica que debe analizarse el poder de mercado aguas abajo de Socofar, por cuanto, desde el punto de vista de los laboratorios, Socofar no sólo es indispensable para la distribución de sus productos, sino también para su comercialización en el mercado de venta minorista (Aporte de antecedentes Asilfa, folio 73, p. 4).

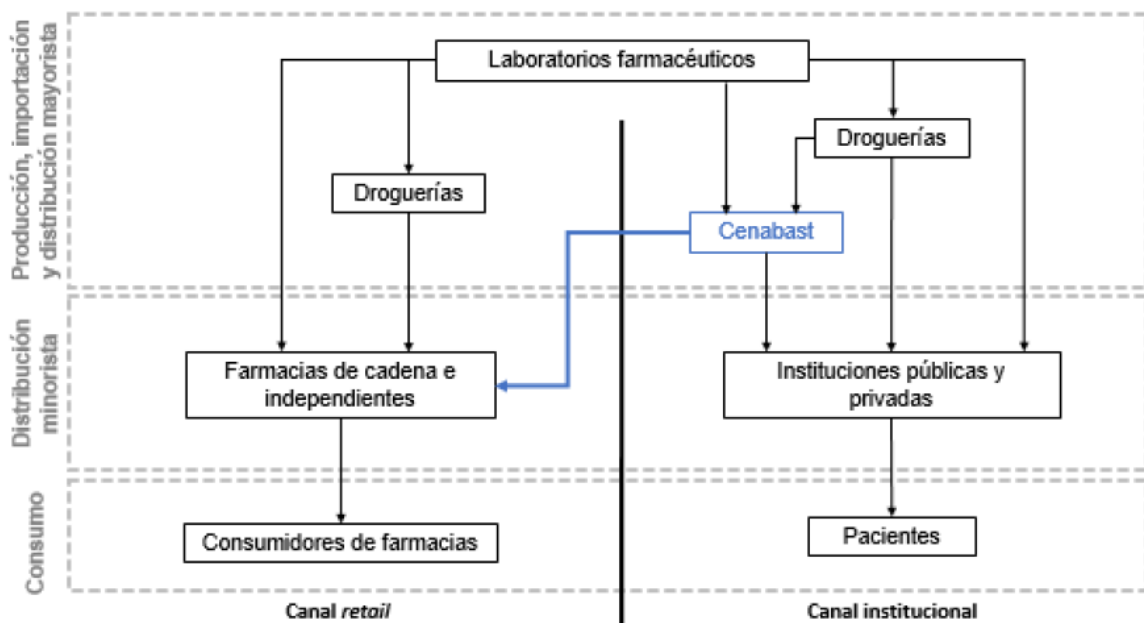
37. En base a los antecedentes anteriores, ha sido argumentado en el proceso que, producto de la alta participación de Socofar y su relación con agentes de otros segmentos de la industria, los laboratorios no tendrían cómo contrarrestar el poder de compra de Socofar, toda vez que sería un distribuidor necesario para acceder a una parte importante del mercado (Aporte de antecedentes Asilfa, folio 73, p. 56).

38. Con todo, aun cuando no es descartable que las características de Socofar, en particular, su participación de mercado en el segmento de la distribución de medicamentos, puedan incidir en la determinación del precio de los mismos, como se verá (*infra*, §80), los antecedentes aportados dan cuenta de que, aunque la diferenciación de precios en relación a las droguerías es inferior a la que se da respecto de farmacias, esta sigue siendo significativa.

39. En el canal institucional, el principal agente es Cenabast, el cual tiene un rol como intermediador o aglutinador de demanda para establecimientos de salud. De acuerdo con lo señalado por Asilfa, históricamente Cenabast representa entre el 31% y 52% de las ventas del canal institucional (Aporte de antecedentes Asilfa, folio 73, p. 33).

40. Cabe señalar que, como se indicó en la parte expositiva (*supra*, Parte Expositiva, §2), producto de la Ley Cenabast, actualmente Cenabast puede proveer también a farmacias y almacenes farmacéuticos privados, así como a los establecimientos de salud sin fines de lucro indicados en el artículo 121 del Código Sanitario, de medicamentos, artículos farmacéuticos y, en general, de otros elementos e insumos que requieran para el ejercicio de las acciones de salud. Esto se aprecia con mayor claridad en la Figura N° 2 a continuación.

FIGURA N° 2
Incorporación de Cenabast al canal *retail*



Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 98, p.16.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

41. Por ello, Socofar afirma que, en la práctica, el Estado se ha convertido en un competidor directo de las empresas de distribución, y que eventualmente podría tener ventajas irreplicables, lo que podría afectar en el mediano plazo la viabilidad de las distribuidoras privadas (Consulta, folio 7, p. 13). Esta ventaja consistiría en el acceso a los precios de los medicamentos en el canal institucional por parte de Cenabast, para su posterior distribución al canal *retail*, ventaja de la que no gozarían las distribuidoras privadas como Socofar.

42. Con todo, la FNE indica que, si bien la entrada en vigencia de la Ley Cenabast ha implicado la oferta de productos a un menor valor en comparación con los prevalecientes en el canal *retail*, ello no parece haber afectado las ventas de las droguerías en dicho canal. Esta circunstancia podría explicarse, en parte, porque: (a) Cenabast en el canal *retail* parece operar a una escala más bien menor, como se indica en la sección C.3 *infra*; (b) las farmacias independientes demandan una mayor variedad de productos que la ofrecida por Cenabast; (c) la modalidad de venta de dicha entidad no se ajustaría a la frecuencia y rapidez en la entrega de los productos ligadas al modelo de compra de las farmacias pequeñas; y (d) persisten los mecanismos de los laboratorios para impedir el arbitraje entre ambos canales de distribución (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, p. 46).

43. Finalmente, de acuerdo con lo señalado en uno de los informes de Econsult, las droguerías han participado en procesos de compra de clientes institucionales privados y en licitaciones de Cenabast. En particular, Socofar se ha adjudicado licitaciones en que han participado también laboratorios, siendo el tercer actor (de un total superior a 100 participantes) con mayor número de unidades intermediadas por Cenabast entre 2015 y 2017 (Informe Econsult, folio 151, p. 25). Cenabast corrobora que Socofar ha participado en su canal de compras entre 2019 y 2022, adjudicándose licitaciones y tratos directos (Responde oficio Cenabast, folio 69, pp. 10-11).

44. En base a los antecedentes anteriores, este Tribunal estima que la entrada de Cenabast en 2020 como intermediador de compra de farmacias de *retail* y organizaciones sin fines de lucro ha sido positiva, ya que ha permitido que éstas accedan a los menores precios de compra de Cenabast en el canal institucional, con la condición de establecer un precio máximo de venta a cliente final de esos productos fijado por Cenabast, con la recomendación de un consejo consultivo, tal como lo establece la ley. Sin embargo, a diferencia del canal institucional, donde Cenabast solo agrega demanda y participa de las licitaciones, en el canal *retail* Cenabast compra los medicamentos con recursos propios y luego los vende a las farmacias. Este hecho por sí solo pone un freno a la cantidad de compras que podrá realizar Cenabast para dicho canal, dado que sus recursos propios se limitan a lo que recauda por comisiones por intermediación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

45. Asimismo, el bajo número de medicamentos distribuidos por Cenabast en comparación con el total de medicamentos en venta en farmacias y laboratorios farmacéuticos –AFFI sostiene que, de cerca de 10 mil productos farmacéuticos que son comercializados en el país, el organismo adquiere una cifra cercana a las 200 prestaciones, es decir, menos de un 5% del total (Aporte de antecedentes AFFI, folio 63, pp. 2-3)–, así como las condiciones de competencia antes referidas relativas a la información y preferencias de los consumidores, permiten estimar que el efecto de la Ley Cenabast en la competencia en este segmento es acotado.

46. Finalmente, la modalidad de compra a través de Cenabast no se ajustaría correctamente a los plazos de entrega en el canal *retail*, por cuanto, como se detalla más adelante, los clientes de dicho canal realizan compras específicas o puntuales, las que no se encuentran necesariamente ligadas a compromisos de mediano ni largo plazo.

B.3.3. Comercialización y dispensación

47. En esta etapa, el canal *retail* se compone de farmacias independientes, farmacias franquiciadas y cadenas de farmacias (Resolución N° 15/2006, c. 6°). Por su parte, en el canal institucional participan los establecimientos privados y públicos que adquieren productos farmacéuticos.

48. De acuerdo con lo señalado por Asilfa, este mercado tiene una oferta que está altamente concentrada en tres grandes cadenas de farmacias –Cruz Verde, Salcobrand y Fasa–, lo cual se ha mantenido históricamente. En efecto, en el período 2015 a 2018, las grandes cadenas de farmacias representaron cerca del 80% de las ventas en el segmento farmacéutico minorista. Durante tal período, el actor más relevante de la industria fue Cruz Verde con al menos un 38% de las ventas totales, mientras que Salcobrand y Fasa tuvieron un 25% y un 17%, respectivamente. En el mismo período, el resto de las cadenas y farmacias independientes representaron un 20% del mercado (Aporte de antecedentes Asilfa, folio 73, pp. 32-33).

B.4. Regulación relevante

49. Las condiciones de competencia en la comercialización de medicamentos están sujetas a un marco regulatorio complejo, compuesto por normas de diferente jerarquía, incluyendo leyes, instrucciones de carácter general, reglamentos y decretos.

50. Ante todo, la Ley de Fármacos, en su artículo 2°, establece que:

“Los proveedores de productos farmacéuticos, ya sean laboratorios farmacéuticos, importadores o distribuidores, estarán obligados a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

publicar los precios de los productos que expendan y los descuentos por volumen que apliquen en sus ventas, indicando cada tramo de descuento. Además, no podrán realizar prácticas que impliquen discriminar a las farmacias o almacenes farmacéuticos en razón de su tamaño o por no pertenecer a una cadena de farmacias o a una asociación o agrupación de compra. La infracción a este artículo será sancionada conforme al artículo 174 del Código Sanitario”.

51. De acuerdo a la historia fidedigna de su establecimiento, esa disposición tenía por objeto evitar la discriminación hacia las farmacias independientes en relación con las farmacias pertenecientes a cadenas. Con todo, durante la discusión parlamentaria quedó en evidencia que los descuentos por volumen eran en principio lícitos, y que por ello eran referidos explícitamente en la norma, de modo que no podían considerarse *per se* como una forma de discriminación hacia farmacias o almacenes farmacéuticos de menor tamaño (Historia de la Ley N° 20.724, Primer Trámite Constitucional: Senado, p. 307, disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4424/HLD_4424_b251bbe0511cee32434b9ed5b61c9929.pdf).

52. La primera parte del citado artículo 2° es una norma de publicidad cuyos objetivos declarados durante la tramitación legislativa apuntaban a una mejor información disponible para los consumidores, aun cuando el destinatario de la norma sean los laboratorios, importadores y distribuidores de productos farmacéuticos. La regla busca fomentar la competencia entre distribuidores minoristas por medio de generar una mayor transparencia en relación a los costos de adquisición de los distintos medicamentos.

53. A este respecto, cabe señalar que durante la tramitación de la Ley de Fármacos se soslayaron, en general, los aspectos de libre competencia. Salvo por referencias genéricas y una constante remisión al caso de colusión entre tres cadenas de farmacias conocido por este Tribunal, la regulación sobre esta materia realizada por los órganos propios de esta sede, la Comisión Resolutiva, mediante la Resolución N° 634/2001, y este Tribunal, mediante la Sentencia N° 12/2006, no fue siquiera referida en la discusión parlamentaria, aun cuando parece haber inspirado la indicación parlamentaria que dio lugar al artículo 2° de la Ley de Fármacos.

54. La Resolución N° 634/2001, en su versión refundida y actualizada, establece instrucciones de carácter general sobre la difusión de las condiciones de comercialización para productos farmacéuticos, consistentes en que:

“1.- Los laboratorios de producción farmacéutica, droguerías, depósitos, centrales de distribución e importadores de productos farmacéuticos, de medicamentos u otros artículos del rubro, en adelante los proveedores, deberán mantener permanentemente a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

disposición de sus clientes, en forma actualizada, íntegra, expedita y clara, toda la información y antecedentes que en el presente instructivo se detallan respecto de tales productos, medicamentos y artículos, en relación a sus condiciones de comercialización, precios, descuentos por volumen, formas de pago, garantías y cualquier otra modalidad, así como de sus variaciones. Todo lo anterior, mediante pizarras, informativos murales, terminales computacionales u otros medios similares, ubicados en lugares visibles, en sus oficinas y sucursales.

Además, toda esta información deberá ser actualizada permanentemente y difundida mediante una página web o portal electrónico accesible en Internet, si los tuvieren [reemplazado por Resolución N° 729/2004].

2. El hecho de dar a conocer sus precios y condiciones de comercialización por correo u otros medios informativos a sus clientes, o el mantenerlos a disposición del público en sus oficinas, no exime a los proveedores de difundirlos en la forma dispuesta en el numeral anterior.

3. Los proveedores mantendrán en sus respectivas páginas web, si las tuvieren, una lista permanentemente actualizada de los productos que producen o importan y comercializan en Chile. Dicha lista deberá incluir columnas que indiquen al menos lo siguiente, claramente especificado:

- a. Denominación genérica del producto, si correspondiere;*
- b. Marca comercial o de fantasía del producto;*
- c. [suprimido por Resolución N° 638/2002];*
- d. Precio por la unidad, envase o presentación que corresponda (caja, frasco, estuche, lata, otros debidamente especificados). El precio podrá establecerse con o sin IVA, indicándose expresamente;*
- e. Precios y duración de las ofertas temporales por tipo de producto, si las hubiere.*

4. Junto con la lista de precios, los proveedores farmacéuticos darán a conocer las condiciones de crédito y descuentos que concedan a sus clientes, especificando al menos lo siguiente:

- a. Tasa de interés aplicada en el crédito, por plazo;*
- b. La eventual inclusión de otros cobros permitidos;*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

c. Tabla con las condiciones de crédito y descuentos por plazo, pronto pago, volumen de compra y otros criterios (tipo de producto, periodicidad de la compra, localización geográfica del comprador), si correspondieren;

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 periodo se entenderá por pronto pago y qué se entenderá por cualquier otro criterio que dé lugar a descuentos, si fuere el caso.

5. Los proveedores deben facturar en forma específica, y separada de otros pagos, los que efectúen a las farmacias por concepto de comercialización (vitrinaje, promociones u otros)”.

55. Posteriormente, a raíz de una consulta de Asilfa solicitando la modificación de la Resolución N° 634/2001, la Resolución N° 12/2006 de este Tribunal aclaró que:

“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” (...).

“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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de productos farmacéuticos destinada a satisfacer la demanda de centros hospitalarios públicos o privados”.

56. Como puede apreciarse, el artículo 2° de la Ley de Fármacos elevó a rango legal algunas obligaciones de los laboratorios, importadores y distribuidores de medicamentos establecidas bajo la Resolución N° 634/2001, relativas a la publicación de los precios de los distintos productos que comercializan y los descuentos por volumen que apliquen en sus ventas. Ahora bien, la justificación de ambas normativas es esencialmente la misma, mejorar la transparencia e información disponible en el mercado de distribución de productos farmacéuticos. Son, en esencia, obligaciones de información. Con todo, la FNE señala que, de conformidad a la Resolución N° 634/2001, *“los laboratorios y droguerías tienen la obligación de vender al canal retail sólo mediante listas de precios y conforme a los descuentos que en éstas se contemplan”* (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, p. 51).

57. Otro aspecto relevante del artículo 2° de la Ley de Fármacos se refiere a los descuentos por volumen y al hecho que, en principio, no se consideran ilícitos. Tanto la Ley de Fármacos como la Resolución N° 634/2001 mencionan explícitamente los descuentos por volumen; adicionalmente, esa última normativa da cuenta de la aceptación, en general, de los descuentos por plazo y pronto pago, y otros relativos al tipo de producto, periodicidad de la compra y localización geográfica del comprador.

58. Finalmente, la Resolución N° 12/2006 aclaró, a propósito de una aseveración de Asilfa, que las reglas de la Resolución N° 634/2001 no eran aplicables a la comercialización de productos farmacéuticos para centros hospitalarios públicos o privados. Por su parte, el Estudio de Medicamentos afirma que, de acuerdo con la interpretación del Instituto de Salud Pública, la obtención de un menor precio de un producto farmacéutico en una licitación no constituye discriminación bajo los términos del artículo 2° de la Ley de Fármacos, y que los precios cobrados en una licitación están fuera de la hipótesis regulada en esa norma (Estudio de Medicamentos, folio 1, pp. 89-90).

59. En opinión de este Tribunal, ni el artículo 2° de la Ley de Fármacos, ni las instrucciones de carácter general establecidas por Resolución N° 634/2001, son aplicables a la adquisición de medicamentos mediante licitaciones. Ambas regulaciones se refieren, ante todo, a la publicidad de las condiciones generales de comercialización de los proveedores de productos farmacéuticos, con miras a asegurar que se trate de condiciones objetivas y no discriminatorias respecto de actores del mercado de menor tamaño, sin perjuicio de la posibilidad de realizar descuentos por volumen de compra u otros factores objetivos. En este sentido, se concuerda con la interpretación que ha dado a esa norma el Instituto de Salud Pública.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

60. Luego, si bien los ordenamientos referidos incluyen ciertas restricciones, éstas están acotadas al ámbito de las condiciones generales de comercialización de los proveedores de productos farmacéuticos, de modo que no alcanzan a los mecanismos de adquisición utilizados por droguerías o distribuidores minoristas, como serían las licitaciones para la compra de medicamentos de un determinado principio activo.

61. En cualquier caso, para evitar problemas interpretativos, en la parte resolutive se establecerá expresamente la posibilidad de que se desarrollen licitaciones por parte de farmacias y droguerías para la adquisición de medicamentos por DCI (Denominación Común Internacional).

C. DIFERENCIACIÓN DE PRECIOS Y JUSTIFICACIONES

62. La discriminación de precios ha estado presente en la jurisprudencia de este Tribunal y de las antiguas Comisiones Resolutiva y Preventiva Central. En particular, esos organismos generaron un cuerpo de decisiones a partir de la Resolución N° 171, de 1982, la cual estableció que “[l]a discriminación jamás puede fundarse en características o circunstancias especiales del comprador, que hagan de él, un caso especial”. Con todo, diferencias tarifarias asociadas a características de la venta como explicación de las diferencias de precios, debido a diferencias de volumen, de forma de pago, entre otras, se estimaron lícitas (v.g., Resoluciones 99, 127, 175, 259, 260 y 371).

63. La Comisión Resolutiva consideró la diferencia de costos como un motivo que podía explicar una diferenciación de precios, calificando como lícitas las diferenciaciones de precios que *respondan a economías efectivas en los costos del proveedor* (véase, Resolución N° 258/1987); la Comisión Preventiva Central también aplicó el mismo criterio, v.g., Dictamen 1079/1999.

64. Por lo anterior, una diferenciación de precios justificada en costos no es considerada contraria a la libre competencia. Por su parte, la discriminación de precios ha sido definida en esta sede como “*la venta de diferentes unidades del mismo producto a diferenciales de precios que no corresponden a diferencias de costo*” (Sentencia N° 156/2017, c. 128°, citando a Niels, G., Jenkins H. y Kavanagh J. *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, 1ª ed., 2011, p. 181).

65. Con todo, incluso la discriminación de precios constituye una conducta que, *prima facie*, no merece reproche desde la perspectiva de la libre competencia. Para configurarse como una conducta anticompetitiva, es necesario que se cumplan ciertos requisitos, ante todo, la concurrencia de un elemento estructural, esto es, la posición de dominio. La posición de dominio ha sido definida como la que posee “(...) *un agente económico que tiene un poder de mercado sustantivo y que puede actuar con independencia de otros*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

*competidores, clientes y proveedores, porque no existe una presión competitiva eficaz que pueda ser ejercida contra él – esto es, un poder disciplinador por parte de los competidores actuales o potenciales o bien, de un eventual poder de contrapeso-, de modo que está en posición de fijar condiciones que no habrían podido ser obtenidas de no mediar la existencia de ese alto poder de mercado (v.gr. Faull, J. y Nikpay, A. *The EU Law of Competition*, 3ª ed., Oxford University Press, 2014, p. 358 y 359)” (Sentencia N° 174/2020, c. 88°).*

66. Adicionalmente, la calificación de ilicitud de una discriminación de precios requiere de un elemento conductual. A este respecto, esta magistratura ha señalado que *“los servicios prestados deben ser comparables en términos de costos para poder determinar si existió una discriminación arbitraria de precios o condiciones comerciales”* (Sentencia N° 156/2017, c. 129°). En ese sentido, se ha resuelto que *“(…) no siendo directamente comparables los servicios prestados en cada uno de los casos señalados, y dado que por sus diferentes características ellos implicaban costos esperados distintos para la empresa eléctrica, no es posible establecer si efectivamente existió o no una discriminación arbitraria en el precio cobrado”* (Sentencia N° 93/2010, c. 47°); y que *“(…) a pesar de que el cobro es uniforme al interior de cada categoría de clientes, resulta discriminatorio entre empresas de distintos rubros o que requieren atravesos para diferentes usos o de distinto tipo, pero que imponen costos similares”* (Sentencia N° 76/2008, c. 51°). Por otra parte, se ha señalado que *“(…) los precios cobrados por los OMR a los clientes minoristas no son comparables en términos de costos con aquellos que cobran a los OMV en el mercado mayorista, toda vez que (…) tales mercados tienen características particulares que los diferencian de manera esencial (…) por lo que las diferencias de precios ofertados a uno y a otro pudieren tener su explicación en costos distintos”* (Sentencia N° 156/2017, c. 130°).

67. La Excma. Corte Suprema, por su parte, ha establecido que la diferencia de tarifas atenta contra la libre competencia cuando es arbitraria y explica que, para no ser considerada arbitraria, debe tener una justificación de carácter económico (27 de diciembre de 2019, rol N° 24.828-2018, c. 19°; 18 de abril de 2022, rol N° 125.433-2020, c. 27°).

68. Entre las justificaciones económicas posibles, la Excma. Corte principalmente ha mencionado la diferencia de costos. En ese sentido, ha resuelto que *“[u]n comportamiento como el descrito [diferenciación de tarifas], como aparece con nitidez, no se condice con la libre competencia, en especial si se tiene presente que, en la especie, Banco del Estado no probó que, al prestar el servicio de recepción de transferencias electrónicas, incurra en costos de diferente cuantía en función de las dimensiones del banco emisor de la operación, de lo que se deduce que, en uno y otro evento, el demandado enfrenta costos de igual entidad”* (18 de abril de 2022, citada, c. 30°). Por otra parte, ha señalado que la diferenciación será considerada arbitraria si *“atiende únicamente a la*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

envergadura o importancia relativa del establecimiento de comercio en el mercado relevante respectivo, hecho que no está reflejado en el modelo de negocio o en la prestación del servicio en concreto, puesto que, independientemente del volumen, éste corresponde realizarlo sobre iguales bases de eficacia, en que podrán establecerse medidas de seguridad y eficiencia general y particular que incidirán, precisamente, en toda la prestación del servicio” (27 de diciembre de 2019, ídem).

69. Con todo, de forma coincidente con lo resuelto por este Tribunal en cuanto a que la discriminación de precios no es constitutiva de un ilícito *per se*, la Excm. Corte ha recogido la doctrina que “[p]ara juzgar debidamente la legalidad de las prácticas discriminatorias deben aplicarse los criterios y estándares que se emplean para el análisis de otras prácticas potencialmente monopolizadoras como son los contratos exclusivos o los precios predatorios. No es conveniente darle un carácter de ofensa *per-se* a la discriminación de precios, sino que debe aplicarse un enfoque caso a caso. En consecuencia, se debiera investigar si la práctica discriminatoria conduce o no la exclusión de rivales y que si dicha exclusión es o no negativa desde el punto de vista del bienestar económico. O bien, si no hay riesgo de exclusión, si las prácticas que involucran discriminación tienden a debilitar la competencia (González T., Aldo. Análisis competitivo de las prácticas discriminatorias en las relaciones verticales entre empresas. Revista *Anales Derecho UC: Temas de libre competencia* - Año 2008 No. 4, pág. 129)” (8 de agosto de 2022, rol N° 82.422-2021, c. 19°).

70. En consecuencia, bajo este estándar, un examen de discriminación arbitraria o abusiva de precios a clientes finales requiere un análisis de costos que incluye no sólo los costos de producción, sino también los asociados a la venta misma de cada bien, como el costo o riesgo de hurto, de mermas, de no pago y los asociados a la forma de venta (por ejemplo, si el pago es al contado o a crédito, entre otros). En consecuencia, la existencia de diferencias de precios entre clientes finales no constituiría *a priori* una discriminación ilícita si puede explicarse en base a dichos criterios, pues no podría calificarse de arbitraria al contar con una justificación económica.

71. Por su parte, la OECD ha definido discriminación de precios desde el punto de vista económico como la que “(...) ocurre cuando dos productos similares, que tienen el mismo costo de producción, son vendidos por una firma a precios diferentes. El significado de la palabra ‘similar’ en esta definición es importante ya que los productos pueden diferir en cantidad, calidad, propósito, a través del tiempo y en las circunstancias en que son vendidos. La necesidad de que sea el mismo costo marginal significa que la discriminación de precios no incluye diferencias de precios de productos que son más baratos de producir debido a economías de escala o de ámbito, o debido a menores riesgos del comprador” (OECD (2016), *Price Discrimination*, DAF/COMP (2016)15, § 12, p. 6).

72. La OECD también sostiene que la discriminación arbitraria de precios es señal de que los mercados no están funcionando de manera adecuada. Sin embargo, reconoce la ambigüedad de los efectos de esta práctica, al indicar que la discriminación de precios puede ser positiva para la sociedad si bajan los precios para un grupo de consumidores, permitiendo abastecer a un mayor número de ellos, comparado con los que accedían a dicho bien a un precio uniforme (OECD 2016, *Executive Summary of the Roundtable on Price Discrimination*, DAF/COMP/M(2016)2/ANN5/FINAL). La literatura corrobora lo anterior (véase, por ejemplo, Inderst y Valletti (2009), *Price discrimination in input markets*, *RAND Journal of Economics*, Vol 40, pp. 1-19, y Varian, Hal R. (1985), *Price Discrimination and Social Welfare*, *The American Economic Review*, Vol. 75, no. 4, pp. 870–75). No obstante, la discriminación de precios también puede ser negativa, si (a) genera un efecto exclusorio en empresas rivales y con ello un efecto explotativo en los consumidores finales (alza de precios); (b) genera un efecto explotativo en los consumidores finales (alza de precios); (c) en el mercado aguas arriba genera un efecto explotativo (alza de precios) para los distribuidores y con ello genera efectos que distorsionan y dañan a los consumidores finales en el mercado aguas abajo (OECD, ídem). En todos estos casos, lo que determina si la discriminación es aceptable o no, es el efecto en los consumidores y no un análisis en base a si la discriminación es justa o injusta.

73. Dados los distintos escenarios posibles, la OECD recomienda analizar los motivos o razones del cobro de precios diferentes que realiza el productor aguas arriba con el fin de evaluar si genera o no efectos distorsionadores en el mercado aguas abajo (por ejemplo, si con el cobro de precios diferentes aguas arriba aumentan los costos de cambio para los consumidores aguas abajo).

C.1. Diferencias de precios en las ventas de medicamentos

74. De acuerdo con lo señalado *supra*, no existe controversia en autos respecto a la existencia de diferencias entre aquellos precios a los cuales se adquieren los medicamentos en el canal institucional y en el canal *retail*. No obstante, a partir de lo constatado en base a los aportes de antecedentes e informes acompañados por las partes al proceso, sí existe controversia respecto a la magnitud de estas diferencias y su justificación.

75. Considerando lo señalado precedentemente, en esta sección se ahonda en la evidencia que ha sido aportada por los intervinientes respecto a la magnitud de las diferencias de precios entre el canal institucional y el canal *retail*, así como también en lo que se refiere a las justificaciones para dichas diferencias.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

76. Ante todo, Socofar señala que la diferenciación de precios objeto del presente asunto es una realidad que ya pudo constatar la Fiscalía Nacional Económica con ocasión del Estudio de Medicamentos (Consulta, folio 7, p. 4).

77. A modo ejemplar, la Consultante indica que el fármaco Elvenir, comercializado por Recalcine, fue licitado en 2020 a un valor de \$4.800, en circunstancias que el precio pagado por Socofar (considerando descuentos) ese mismo año fue de \$12.580. Esta diferencia se dio a pesar de que –considerando un mismo producto y formato– Socofar habría adquirido casi seis millones de unidades, mientras que el monto licitado fue menor a 200 mil unidades (ídem, p. 10).

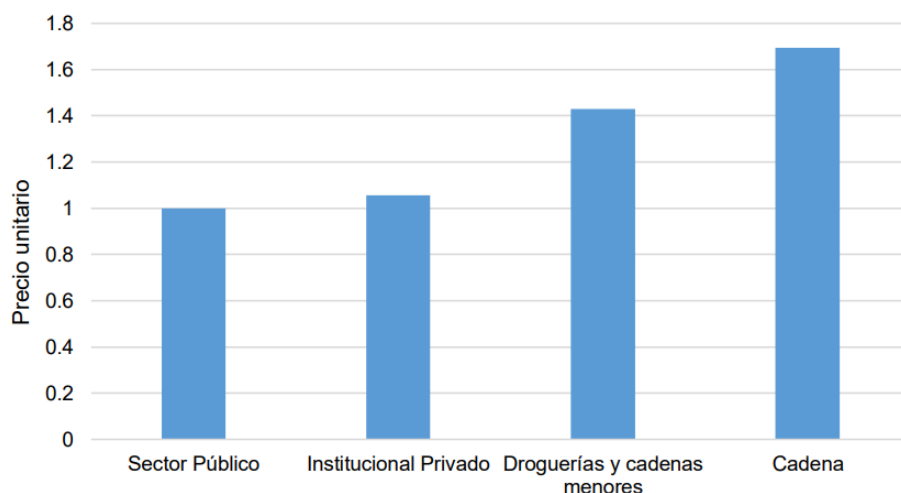
78. El Estudio de Medicamentos de la FNE sostiene que un mismo producto comercial con envase, es decir, el mismo *sku*, es vendido en promedio un 89% más caro a grandes cadenas de farmacias que a compradores del sector público. También identifica diferencias con el sector institucional privado, que incluye clínicas y centros médicos, el que adquiere los productos en promedio un 62% más barato que las grandes cadenas de farmacias (Estudio de Medicamentos, folio 1, p. 127).

79. La FNE resalta que al comparar por *sku* se está realizando una estimación conservadora, ya que puede haber dos productos iguales con un mismo registro ISP, pero con envases que son distintos, por lo que serían productos diferentes. Si se realiza la comparación, no por *sku*, sino que por registro ISP, se observa que el precio al que compran las cadenas de farmacias llega a ser el doble del precio comprado por el sector público y 69% más caro que en instituciones privadas (ídem, p. 129).

80. Por su parte, la FNE sostiene que estas diferencias podrían explicarse por distintos volúmenes de compra (ídem, p. 130), pero concluye que se explicarían en una proporción muy menor en base a esta variable (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, p. 53). Sin perjuicio de que sus resultados se analizan en mayor profundidad más adelante (véase sección C.2 *infra*, relativa a justificaciones de las diferencias de precios), cabe adelantar que la Fiscalía revisa las diferencias según distintos tipos de compradores para un mismo producto y concluye que los laboratorios cobran una *prima* (una diferencia *en el precio* que no se explica por un volumen de compra distinto) a las cadenas de farmacias, que se traduce en un precio 70% más caro por el mismo producto. En el caso de las droguerías, entre las cuales se encuentra Socofar, la diferencia es menor, pero sigue siendo significativa. Estos resultados se muestran en la Figura N° 3 a continuación, donde se observa qué precio pagarían los distintos compradores por un mismo producto, suponiendo que el sector público paga \$1 por éste (Estudio de Medicamentos, folio 1, p. 135).

FIGURA N° 3

Diferencias de precios entre canales, por tipo de comprador



Fuente: Estudio de Medicamentos FNE, folio 1, p. 135.

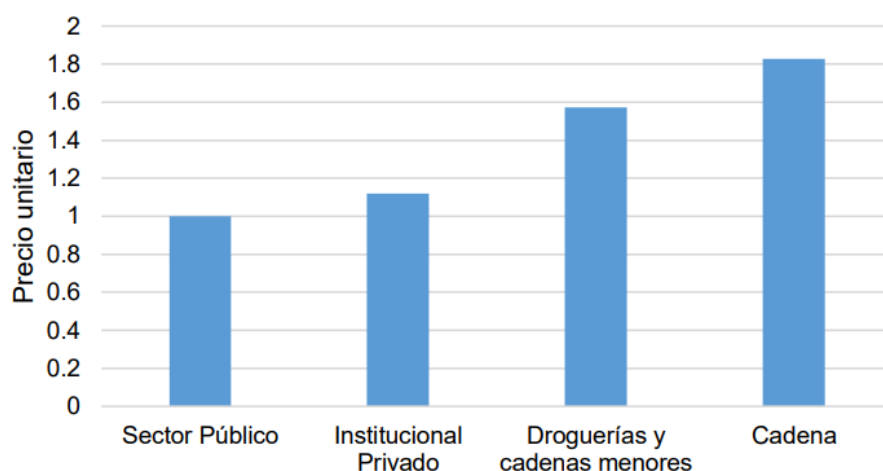
81. Como se aprecia de la figura anterior, las droguerías, entre las cuales la principal es la Consultante, enfrentan precios que, si bien son mayores que los que se pagan en el canal institucional, son significativamente más bajos que los cobrados a las farmacias que se abastecen directamente.

82. La Fiscalía acota que el análisis anterior no considera características clave de este mercado, como es la presencia de patentes, que garantizan un monopolio sobre un principio activo (ídem, p. 136). Al incorporar el efecto de la patente sobre la diferencia de precios, la FNE encontró que, en presencia de un producto patentado, las diferencias entre canales son menores que en el caso de productos sin patentes. En efecto, la diferencia de precio entre grandes cadenas de farmacias y el sector público es de 46% cuando el producto está patentado, mientras que, cuando el producto no tiene patente, la diferencia llega al 80%. Este organismo agrega que, cuando el producto tiene patente, las diferencias de precio entre grandes cadenas, droguerías y cadenas menores son pequeñas, mientras que cuando no hay patentes la diferencia llega a un 30% (ídem, p. 137).

83. Otra característica relevante del mercado es la presencia de marcas. Reiterando el ejercicio empleado para analizar el efecto de patentes, a partir de los resultados de la FNE es posible concluir que, cuando el producto tiene marca, la diferencia de precios entre el sector público y las grandes cadenas asciende a 83%, mientras que, en el caso de las droguerías, la diferencia en comparación con el sector público asciende a cerca de un 60% (ídem, pp. 138-139). Los resultados de la FNE, considerando productos que tienen marca, se muestran en la Figura N° 4 a continuación.

FIGURA N° 4

Diferencias de precios entre canales, por tipo de comprador, en productos con marca



Fuente: Estudio de Medicamentos FNE, folio 1, p. 139.

84. En conclusión, la FNE muestra que “las grandes cadenas, siendo compradores de volúmenes considerables, obtienen precios peores (de manera sistemática) en relación a otros compradores de menor tamaño, como son las clínicas privadas” (idem, p. 16).

85. En forma adicional al análisis realizado en el Estudio de Medicamentos, en su aporte de antecedentes, la Fiscalía estudió la diferencia de precios (según *sku*) cobrados por los laboratorios en el canal *retail* y el institucional. También revisó la diferencia entre aquellos ofrecidos por los laboratorios al canal *retail* y los conseguidos por Cenabast en particular, como uno de los demandantes del canal institucional (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, pp. 19 y ss.).

86. El organismo señala que los resultados de su análisis son consistentes con sus informes y estudios anteriores, en el sentido que la mayoría de los medicamentos se ofrecen a un menor precio en el canal institucional. Respecto de un primer ejercicio realizado por la FNE, ésta sostiene que más de 600 medicamentos, de aproximadamente 900 que constituyen las muestras anuales, se cobran más caro en el canal *retail*, representando aproximadamente un 66%. Agrega que los productos que son vendidos a un mayor precio en el canal *retail* son relevantes en el mercado de comercialización de productos farmacéuticos en ambos canales de distribución y que, considerando las ventas anuales en montos de cada medicamento, los laboratorios cobraron, en promedio ponderado, un 51% más caro en el canal *retail* durante el 2018, y un 34% más caro durante el 2021. La Fiscalía también realiza el análisis distinguiendo entre medicamentos. Al respecto, advierte que en el caso de productos innovadores se pagó, en promedio, un 37% más caro en el canal *retail* en 2018, y un 28% más en 2021, mientras que en el caso de medicamentos de marcas, la diferencia, en promedio, fue de un 70% adicional en el canal *retail* en comparación con el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

institucional en 2018, y de 44% en 2021. En el caso de los medicamentos genéricos, los laboratorios cobraron, en promedio, 5% más en el primer canal de distribución en 2018, y un 14% en 2021 (ídem, pp. 21-22).

87. Adicionalmente, la FNE realiza un ejercicio para controlar por diferencias entre canales asociadas a los mayores costos en el canal *retail* relacionados a visitas médicas y otros gastos de promoción. Para esto, considera una estimación de dichos costos en el canal *retail*, y restringiendo la muestra a medicamentos de marca (respecto de los cuales es esperable que existan mayores esfuerzos de venta) y a aquellos respecto de los cuales contaba con información de costos, concluye que, aun cuando se realiza el ajuste, se observa que los laboratorios cobraron un 58% más en el canal *retail* durante 2018, y un 28% más en 2021 (ídem, pp. 38- 40).

88. Respecto de las diferencias de precios en casos de venta directa, la FNE, usando una muestra más pequeña de productos en relación a los análisis previos (pues sólo considera medicamentos intermediados por Cenabast y, por lo tanto, no todas las marcas), estima que, en promedio, los laboratorios vendieron un 228% más caro al canal *retail* en comparación con el precio promedio anual del mismo medicamento adquirido por Cenabast, en 2018, y 127% más caro en 2021 (ídem, p. 24).

89. Finalmente, en lo relativo a la diferencia entre los precios cobrados por los laboratorios al canal *retail*, cuando la venta se hace directamente, y los precios de adquisición de farmacias independientes en virtud de la Ley Cenabast, el organismo estima que los laboratorios cobraron un precio 123% superior en 2020, y 101% en 2021, en comparación con las ventas realizadas a Cenabast en virtud de la referida ley. Sin perjuicio de lo anterior, la FNE destaca que, en atención al tamaño de la muestra (la cual en este caso es aún más pequeña que en el caso anterior, pues se considera un menor conjunto de medicamentos), no es posible extrapolar los resultados a la generalidad de medicamentos comprendidos en la Ley Cenabast (ídem, pp. 24-25).

90. En efecto, cabe señalar que Cenabast no intermedia la compra de todos los medicamentos comercializados por los laboratorios. AFFI señala que este órgano del Estado no compra la totalidad de los productos que las farmacias requieren para construir su oferta de cara al público final, por lo que a estas les resulta imposible tener como único proveedor a Cenabast. Especifica que, en lugar de adquirir los cerca de 10 mil productos farmacéuticos que se comercializan en el país, el organismo adquiere una cifra cercana a 200 presentaciones (Aporte de antecedentes AFFI, folio 63, pp. 2-3).

91. Otros aportantes de antecedentes también se refieren a la magnitud de la diferencia de precios entre ambos canales. El informe de Aldo González (2022), acompañado por Recalcine, estima la diferencia de precios de venta de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

medicamentos por parte de laboratorios entre el canal Cenabast y el canal farmacias a través de modelos de regresión lineal de efectos fijos, lo cual permitiría identificar el efecto del canal de venta en el precio de medicamentos, aislándolo de otros factores que pudieran estar influyendo en dicho precio (Informe Aldo González, folio 79, pp. 15-18).

92. Este informe sostiene que, en promedio, los medicamentos en el canal farmacias son entre 55% y 59% más caros que en el canal Cenabast. Al controlar por diversas características, como molécula, volumen de compra, entre otras, reflejaría el impacto aislado del canal de venta en el precio. El informe también realiza estimaciones separadas por tipo de medicamentos, mediante lo cual obtiene que la diferencia de precios en fármacos genéricos entre el canal farmacias y Cenabast es de entre 7,2% y 20%, mientras que, para productos con marca, innovadores y similares, tal diferencia es entre un 54,3% y 59,7%. Cabe indicar que el autor hace ciertas prevenciones respecto a sus resultados, en lo que se refiere a una posible subestimación del efecto descuento por volumen.

93. El informe de Joaquín Poblete (2022), acompañado por Socofar, analiza las diferencias que existen en los precios de medicamentos entre el sector público a través de las licitaciones que realiza Cenabast y el canal de distribución farmacéutico, en particular los precios a los que accede Socofar. El autor detalla que su análisis de la diferenciación considera tres etapas: (i) un análisis de costos de canastas (que realiza comparando el costo que significaría para Socofar comprar a los precios de Socofar la canasta de Cenabast versus el costo de la canasta Cenabast y viceversa; al utilizar canastas, el análisis considera los distintos productos que adquiere cada uno de los compradores y su relevancia); (ii) un análisis a partir de lo que el autor denomina “diferencias en diferencias” (en el cual se muestran las diferencias en precios ponderando todos los medicamentos por igual, y la diferencia entre productos que se comercializan con marca y productos genéricos); y (iii) un análisis de regresión (los análisis a través de regresiones son utilizados para estimar las diferencias, controlando o “aislando” otros factores que podrían interferir en las diferencias o resultados que se intentan probar. En el caso del informe, este analiza a través de dicho método las diferencias de precios que no pueden ser explicadas por factores como descuentos por cantidad o cantidades de compra) (Informe Joaquín Poblete, folio 155, pp. 5-11).

94. Respecto del costo de canastas, el informe sostiene que Socofar pagó por su canasta un 72% más de lo que habría pagado si hubiera comprado a los precios a los que tuvo acceso Cenabast, y que si Socofar hubiese comprado la canasta de Cenabast a los precios a los que tuvo acceso Socofar habría pagado un 206% más que Cenabast.

95. Por su parte, en base al análisis que denomina “diferencias en diferencias”, considerando licitaciones para las cuales Cenabast tiene la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

potestad de vender los medicamentos comprados a farmacias, el informe sostiene que, por medicamentos genéricos, Socofar pagaría un sobreprecio de 99%. Por productos que se comercializan por marca, Socofar pagaría, en promedio, un sobreprecio de 64%. El autor destaca que el análisis no considera correcciones por volúmenes, por lo que procede a realizar un análisis de regresión.

96. En lo relativo al análisis de regresiones, el informe indica que, para una misma cantidad, Socofar paga un sobreprecio en genéricos en torno a un 75%, y un sobreprecio en marca de alrededor de 160%. Por su parte, sostiene que los descuentos por cantidad comprada son de 18% (es decir, al comprar el doble de cantidad, el precio cobrado en promedio baja en este porcentaje).

97. A partir de los análisis anteriores el informe concluye que las diferencias de precios no pueden ser explicadas por descuentos por cantidad o por la cantidad o volumen de compra. Esto sería particularmente cierto para el caso de productos que se comercializan con marca, que presentan un sobreprecio en torno a 160%.

98. En base a los antecedentes detallados precedentemente, en la Tabla N° 2 se resumen las diferencias de precios estimadas por la Fiscalía y aquellas contenidas en los informes económicos que han sido acompañados al proceso.

TABLA N° 2
Resumen de estimaciones de diferencias de precios por canal

	Diferencia de precios (cuánto más elevado es el precio en el canal <i>retail</i> o para clientes de éste)
Estudio de Medicamentos FNE (1)	
Dif. precios grandes cadenas de farmacias (canal <i>retail</i>) vs. compradores del sector público (canal institucional)	89%
Dif. precios grandes cadenas de farmacias (canal <i>retail</i>) vs. sector institucional privado (canal institucional)	62%
Aporte de antecedentes FNE (2)	
Dif. ventas canal <i>retail</i> vs. canal institucional	51% (2018) / 34% (2021)
Dif. ventas canal <i>retail</i> vs. adquisición por Cenabast (canal institucional)	228% (2018) / 127% (2021)
Dif. ventas canal <i>retail</i> vs. adquisición de farmacias indep. por Ley Cenabast (canal institucional)	123% (2020) / 101% (2021)
Informe Aldo González (3)	
Dif. canal farmacia (canal <i>retail</i>) vs. canal Cenabast	55%-59%
Informe Joaquín Poblete (4)	
Dif. Adquisición Socofar (canal <i>retail</i>) vs. sector público (licitaciones Cenabast, canal institucional)	72%

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fuente: elaboración propia en base a Estudio de Medicamentos (folio 1), Aporte de antecedentes FNE (folio 98), Informe Aldo González (folio 79) e Informe Joaquín Poblete (folio 155).

Notas: De acuerdo con lo señalado en la presente sección, los aportes de antecedentes e informes acompañados en autos analizan las diferencias de precios por canal. Sin embargo, cabe tener presente que dichos análisis no consideran siempre la misma definición de los canales *retail* e institucional, sin perjuicio de que todos encuentran diferencias en los precios a los cuales se acceden en dichos canales. Por lo tanto, resulta pertinente acotar que: (1) en su Estudio de Medicamentos, la Fiscalía no segmenta sus estimaciones sólo entre el canal *retail* y el canal institucional. En este caso, se comparan las diferencias, entre otros, de los siguientes canales: (a) grandes cadenas de farmacias (Cruz Verde, FASA y Salcobrand), que forman parte de lo que en esta resolución se considera parte del canal *retail*; (b) compradores del sector público (multiplicidad de organismos que adquieren medicamentos, los principales actores son los servicios de salud, municipalidades y hospitales -incluye también a Cenabast-), que forman parte de lo que en esta resolución se define como el canal institucional; (b) sector institucional privado (clínicas y centros médicos de distintos tamaños), que en esta resolución también forman parte del canal institucional; (2) en el caso de su aporte de antecedentes, la Fiscalía distingue entre los dos canales definidos en esta resolución. En este caso, la FNE considera en el canal *retail* a farmacias y almacenes farmacéuticos (cadenas de farmacias, franquiciadas a estas últimas y farmacias independientes) y en el institucional a establecimientos privados y públicos, así como a Cenabast. Adicionalmente, en su aporte de antecedentes, la Fiscalía analiza la diferencia de precios del canal *retail* en comparación con las compras de Cenabast y las compras realizadas solo por farmacias independientes en aplicación de la Ley Cenabast (en lugar de todo el canal institucional); (3) el informe de Aldo González, por su parte, realiza sus estimaciones considerando, por un lado, a grandes cadenas de farmacias o distribuidores que a su vez venden a farmacias independientes (que en esta resolución forman parte del canal *retail*), y por otra, las compras públicas que realiza Cenabast (esto corresponde a las compras del canal institucional, pero excluyendo las de instituciones privadas de salud); (4) el informe de Joaquín Poblete, para sus estimaciones, considera dentro del canal *retail* sólo a Socofar (es decir, excluye a otras distribuidoras y a farmacias), y compara los precios a los que dicha distribuidora accede con aquellos a los cuales Cenabast accedió considerando todas las licitaciones en que esta institución participó.

99. Atendido que en el informe de Joaquín Poblete (2022) se analiza, en particular, las diferencias que existen entre los precios a los que accede Socofar y aquellos a los que se comercializan los medicamentos en el sector público, resulta pertinente destacar que las diferencias observadas por dicho informe son, en varios casos, menores que las observadas por otros autores y la FNE respecto del canal *retail* en comparación con el institucional. Lo anterior sugiere que las diferencias de precios entre el canal institucional y las droguerías serían inferiores a las diferencias de precios entre el canal institucional y otros compradores, como las cadenas de farmacias. Esto coincide con las conclusiones del Estudio de Medicamentos de la FNE, en cuanto se establece que las diferencias de precios entre el sector público y las droguerías serían de menor magnitud en comparación con las diferencias respecto del primero y las cadenas de farmacias, sin perjuicio de que ambas diferencias son significativas (véase *supra*, §80).

100. Finalmente, previo a ahondar en el análisis de posibles justificaciones entregadas para explicar los diferenciales de precios, cabe señalar que otros

informes económicos aportados en autos han cuestionado las estimaciones de la Fiscalía y aquellas realizadas por los autores de los informes previamente citados. En particular, el informe de Econsult sostiene que los cálculos aportados por Socofar y la FNE (tanto los de su aporte de antecedentes como del Estudio de Medicamentos) contienen una serie de errores metodológicos que llevan a sobreestimar el diferencial de precios de las ventas de laboratorios (Informe Econsult, folio 151, p. 19). No obstante, dichos informes no niegan la existencia de un diferencial de precios, sino que indican que este se encontraría justificado, lo cual se aborda en la sección siguiente.

101. En resumen, y siguiendo lo señalado al inicio de esta sección, a pesar de que existe controversia respecto a la magnitud de las diferencias de precios a los cuales los laboratorios venden los medicamentos a sus distintos clientes, no hay cuestionamientos respecto de la existencia de dichas diferencias. Este Tribunal hará suya esta conclusión a partir del análisis realizado y los antecedentes aportados en autos, en particular, considerando que las diferencias entre los distintos canales se mantienen con independencia de si los análisis se realizan a partir de diferencias simples, en base a modelos complejos, o incorporando variables que permiten controlar las diferencias de precios por los distintos efectos que podrían incidir en dichas diferencias. A partir de lo anterior, resulta relevante ahondar en si existen factores que puedan explicar todo o parte de esa diferenciación de precios y –de existir– cuál sería la implicancia de cada uno en las mismas.

C.2. Justificaciones de las diferencias de precios

102. Socofar afirma que, de conformidad al Estudio de Medicamentos de la FNE, las grandes cadenas, aun siendo compradoras de volúmenes considerables, pagan precios más altos en relación con otros compradores de menor tamaño, sin que exista claridad respecto a los criterios que justificarían dicha disparidad (Consulta, folio 7, p. 5).

103. A este respecto, distintos aportantes de antecedentes han levantado justificaciones para las diferencias de precios observadas. A continuación, se abordan los siguientes argumentos que explicarían las diferencias de precios entre las ventas realizadas a cada canal: (a) la forma de compra utilizada en uno y otro canal; (b) los volúmenes de compra; (c) la existencia de diferencias de costos; (d) la diversidad de medicamentos adquiridos; y (e) el poder de mercado de los laboratorios en el canal *retail*. Cada una de estas justificaciones se analizarán por separado en las secciones siguientes.

C.2.1. Condiciones de compra

104. La FNE sostiene que, de 22 laboratorios consultados, 14 indicaron que la diferencia de precios se debe a que el canal institucional y el canal *retail* operan sobre la base de distintos modelos de compra. En el canal institucional, las compras se llevarían a cabo a través de procesos de licitación, mientras que en el canal *retail* se realizarían mediante negociaciones directas con las cadenas de farmacias (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, p. 31). El organismo afirma que ello tiene consecuencias en la determinación de precios, atendido que existen diferentes plazos, volúmenes u otras condiciones entre un mecanismo de compra y otro.

105. En efecto, distintos laboratorios se han referido en autos a la relevancia de la forma en que se realizan las compras en los distintos canales. Asilfa coincide con la FNE en que las adquisiciones en el mercado institucional público generalmente se realizan a través de licitaciones, lo que no ocurre en el caso del canal *retail*. Señala que las licitaciones normalmente derivan en contratos de suministro que son de largo plazo e implican volúmenes significativos. Por el contrario, los clientes del canal *retail* realizan compras en el mercado *spot*, esto es, compras puntuales, sin compromisos de mediano ni largo plazo de volúmenes de compra (Aporte de antecedentes Asilfa, folio 73, p. 67).

106. En el mismo sentido, la CIF, al referirse al rol de Cenabast en el canal institucional, indica que este organismo puede anticipar las unidades de cada medicamento que necesita, facilitando la combinación de toda su labor de intermediación para un único producto en una gran transacción, que probablemente tenga la forma de una licitación que cubra largos períodos de tiempo (12, 18 o 24 meses), comprometiéndose a adquirir la totalidad de lo licitado al proveedor respectivo. Esto otorgaría estabilidad a los laboratorios, fundamental en una industria caracterizada por altos costos fijos y la necesidad de invertir en innovación y desarrollo. La CIF agrega que, incluso cuando los actores de mercados privados logran reunir un gran volumen en una transacción, es común que ello involucre una amplia variedad de medicamentos, lo que tendría ciertos costos asociados (Aporte de antecedentes CIF, folio 70, pp. 14-15).

107. Otros intervinientes también destacan la diferencia en la forma de compra entre ambos canales como una justificación para la existencia de precios diferentes en ellos (véase, Aporte de antecedentes Novo Nordisk, folio 74, p. 6; Aporte de antecedentes Sanofi, folio 77, p. 7; Aporte de antecedentes Recalcine, folio 81, pp. 15 y ss.).

108. El Informe Econsult (folio 151, p. 13) también resalta la relevancia que la modalidad de compra podría tener en los precios a los cuales se venden los medicamentos en los distintos canales. Este informe sostiene que el uso de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitaciones como mecanismo de compra genera importantes reducciones en los precios, dado el gran tamaño de la demanda del sector público, así como también por los largos períodos de adjudicación existentes. Ello lleva a que la decisión de venta se vuelve del tipo “todo o nada”, pues perder la licitación implica quedar fuera de un mercado que tiene un volumen relevante de venta por alrededor de 18 meses. Al respecto, agrega que la evidencia internacional muestra que la implementación de licitaciones públicas para la compra de medicamentos ha sido exitosa, reduciendo los precios de compra hasta en 76% en algunos casos analizados.

109. Con todo, si bien diversos estudios internacionales efectivamente han encontrado que la introducción de las licitaciones en el sector farmacéutico se asocia con reducciones en los precios de los medicamentos genéricos, dichas conclusiones han de tomarse con cautela, en cuanto los resultados no son, *per se*, extrapolables a otros escenarios. En efecto, Wouters *et al.* (2019), citados en el Informe Econsult, sostienen que los hallazgos de la literatura no necesariamente pueden generalizarse a otros países –producto, por ejemplo, de diferencias regulatorias–, y que la mayoría de los análisis han sido realizados en países de altos ingresos, cuestionando así la aplicabilidad de los resultados a países menos desarrollados. Finalmente, los autores agregan que la mayoría de los estudios previos no consideran períodos extensos de tiempo, no permitiendo así concluir que luego de los años las caídas en los precios de medicamentos producto de las licitaciones se mantengan (Wouters, O., Sandberg, D., Pillay, A. y Kanavos, P. (2019), The impact of pharmaceutical tendering on prices and market concentration in South Africa over a 14-year period, *Social Science & Medicine*, Vol. 220, pp. 362-370).

110. El Informe Econsult también destaca que existe un menor riesgo para las ventas de laboratorios en el mercado institucional público asociado a la certeza de la demanda. Señala que los efectos de la incertidumbre en la demanda por medicamentos afectarían los costos de los laboratorios, lo que habría sido documentado en la literatura económica (Informe Econsult, folio 151, pp. 35-36). Como ejemplo, el informe sostiene que el Estudio de Medicamentos detalla que, en el caso de los productores de medicamentos, el 13,6% del costo de producción corresponde a costo de inventarios, el cual es menor en un escenario de certeza de la demanda (mercado institucional público).

111. Al respecto, cabe señalar que el Informe Econsult no dimensiona la vinculación entre incertidumbre e inventarios y por ende, no permite afirmar que en el caso chileno el canal institucional esté asociado con menores costos producto de una mayor previsibilidad de la demanda, lo que, sumado a otros antecedentes como se verá a continuación, lleva a que no sea posible establecer

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que exista un riesgo asociado a la variabilidad de la demanda que se traduzca en una diferencia de costos entre ambos canales.

112. La FNE, en su aporte de antecedentes, ahonda en algunas razones entregadas por laboratorios respecto de por qué la forma de compra tendría efectos en el precio de venta de los medicamentos entre canales, y si estas razones permiten justificar las diferencias de precios.

113. En particular, este organismo señala que existen casos en que laboratorios habrían incurrido en pérdidas en el canal institucional, por haberse proyectado un volumen superior al alcanzado, aunque afirma no contar con antecedentes suficientes para determinar la frecuencia con que situaciones como esta ocurren en comparación con el sector *retail*. Adicionalmente, la Fiscalía afirma que, considerando que tres cadenas de farmacias concentran el 81% de las ventas que laboratorios realizan en el canal *retail* para el conjunto de medicamentos revisados por la FNE, la justificación de la diferencia de precios basada en la baja predictibilidad de la demanda en dicho canal pareciera contradecir el hecho que es también del interés de esas cadenas el contar con una buena proyección de demanda (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, p. 34).

114. Finalmente, la FNE sostiene que parece razonable esperar un menor costo por logística de almacenamiento y transporte cuando las ventas se realizan a cadenas de farmacias y droguerías, ya que ellas se harían cargo de costos de almacenamiento y distribución (*ídem*).

115. Cabe señalar que, en forma adicional a lo constatado por la Fiscalía, más allá de las justificaciones entregadas por los laboratorios y de la evidencia denotada en informes económicos, mayoritariamente internacional, respecto de cómo la forma de compra incidiría en la diferencia de precios entre el canal institucional y el canal *retail*, no se han aportado antecedentes en autos que den cuenta de la magnitud de su impacto.

116. No obstante, como se explicará más adelante, cuando la competencia se da principalmente en base a quien ofrece el menor precio de compra (como sucede en el canal institucional), es de esperar que los precios resultantes sean inferiores a aquellos que se obtendrían cuando se compra el mismo volumen bajo condiciones de competencia distintas que determinan que el menor precio no sea el factor relevante de adjudicación. Por lo tanto, no resulta posible descartar que las condiciones de compra sean una razón que explique, al menos en parte, la diferencia de precios cobrados por los laboratorios en ambos canales, tema que se analiza más adelante.

C.2.2. Volúmenes de compra

117. Una segunda razón que justificaría la diferenciación de precios entre los canales institucional y *retail* serían los distintos volúmenes de compra en uno y otro. A este respecto, la Fiscalía señala que, de los antecedentes recabados por ella, observó que 17 de los 22 laboratorios consultados mencionaron que este factor impactaría en el precio. Así, a mayor volumen de compra, habría una mayor posibilidad de obtener precios menores, al otorgarse mayores descuentos (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, pp. 34-35).

118. De acuerdo con lo indicado en la sección previa, los laboratorios indican que las licitaciones del canal institucional estarían asociadas con mayores volúmenes de compra, lo cual conllevaría que los precios fuesen menores en ese canal, en comparación con el canal *retail*. Al respecto, distintos intervinientes del proceso coinciden en que en el canal institucional las compras generalmente involucran volúmenes mayores a los comercializados en el canal *retail* (véase, por ejemplo, Aporte de antecedentes Asilfa, folio 73, p. 67, y Aporte de antecedentes CIF, folio 70, pp. 10-11). Así también lo identifican informes acompañados en autos, como el Informe Econsult, en el cual se indica que la agregación de demanda realizada por Cenabast, con un mayor volumen, lleva a disminuir el costo para laboratorios en el mercado institucional público. Respecto de este factor, el informe sostiene que existiría evidencia internacional referente a iniciativas agrupadoras de demanda a lo largo del mundo que han logrado acceder a mejores precios, como es el caso Estados Unidos, Brasil y la Unión Europea (Informe Econsult, folio 151, pp. 34-35).

119. Para el caso de Chile, la Fiscalía afirma en su Estudio de Medicamentos que existe una relación negativa entre cantidad y precio en el mercado público, que se relaciona con el volumen de compra, esto es, a mayor cantidad adquirida, menor es el precio de cada unidad. Atendido que Cenabast es el agente que agrupa mayor volumen, sería quién más se beneficia de este efecto (Estudio de Medicamentos, folio 1, p. 197).

120. Sin perjuicio de lo anterior, el Estudio de Medicamentos concluye que la diferencia de precios entre el canal institucional y el canal *retail* no estaría explicada en su totalidad por el volumen de compra. En dicho estudio, la FNE realiza diferentes ejercicios para determinar el efecto de la cantidad comprada sobre el precio, controlando por distintas características de medicamentos (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, pp. 35-36).

121. Para cuantificar el efecto de la cantidad comprada sobre el precio, el estudio de la FNE estima varios modelos. Sostiene que el efecto de la cantidad sobre el precio unitario es más bien pequeño, y que solo en un 44% de los productos se puede asegurar que existe evidencia de descuento por volumen. Por su parte, detalla que existe un mayor precio cobrado a las cadenas, que no

se explica por diferencias en el volumen de compra (Estudio de Medicamentos, folio 1, pp. 130 y ss.). En línea con lo identificado por la Fiscalía, el informe de Joaquín Poblete concluye que, en base a su análisis, las diferencias de precios no pueden ser explicadas por descuentos por cantidad o cantidad de compra. Esto sería particularmente cierto para el caso de los productos que se comercializan con marca, que presentan un sobreprecio en torno a 160% (Informe Joaquín Poblete, folio 155, p. 11).

122. Al igual que en el caso de la modalidad de compra, cabe resaltar que, más allá de las justificaciones de los laboratorios respecto de que un mayor volumen de compra en el canal institucional explicaría, al menos en parte, el menor precio en este canal en comparación con el canal *retail*, no han aportado antecedentes en autos que den cuenta de la magnitud de su impacto en la diferencia de precios. En contraste, el Estudio de Medicamentos de la FNE descarta un efecto relevante del volumen de compra en la diferencia de precios observada, por lo que no es posible concluir que este factor corresponda a una justificación que explique en su totalidad la diferencia de precios entre ambos canales.

C.2.3. Diferencias en costos

123. En lo relativo a las diferencias en costos alegadas en autos, la Fiscalía sostiene que, en el marco de su investigación, ocho laboratorios justificaron la existencia de diferencias en precios entre canales sobre la base de este factor. En particular, los costos relativos a cursos y congresos, fabricación, *marketing*, muestras médicas, promoción, publicidad y visitadores médicos, estarían presentes sólo en el canal *retail*, mientras que en el canal institucional se incurriría en costos de publicidad y *marketing*, pero en menor cantidad (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, p. 36).

124. En línea con lo señalado por la FNE, la CIF indica que comercializar a través del *retail* es más costoso para laboratorios, porque las droguerías y farmacias realizan cobros por conceptos como distribución, centralización, presencia y cobertura en salas o puntos de venta. El interviniente agrega que, incluso cuando actores de mercados privados logran reunir un gran volumen en una sola transacción, este involucra comúnmente una amplia variedad de medicamentos, circunstancia que impone costos de transacción asociados a la negociación de términos y condiciones separados y específicos para cada medicamento. Adicionalmente, las exigencias técnicas y sanitarias para el manejo y transporte de los medicamentos pueden ser diferentes, generando costos de transporte. Finalmente, agrega que la rotación en cada punto de venta o distribuidor del mercado *retail* implica desplegar esfuerzos de venta y logísticos adicionales, lo que envuelve costos y exigencias distintas de las del mercado público (Aporte de antecedentes CIF, folio 70, pp. 12 y 15).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

125. Recalcine afirma que el costo de atender a cada canal de distribución es sustancialmente diverso. Los gastos en que incurrirían las firmas para incentivar la venta de medicamentos sólo tendrían sentido respecto de los medicamentos con marca comercial comercializados a través del canal *retail*. Así, tomando la información del Estudio de Medicamentos, que señala que el gasto en actividades promocionales representa un 25,6% del costo total de producción de medicamentos, Recalcine afirma que es posible calcular el mayor costo promedio de atender al canal *retail* respecto del canal institucional, en base a la información del tamaño de mercado por sector para 2018 y la distribución de los costos directos e indirectos de fabricación. En base a sus cálculos, el interviniente indica que el costo unitario de atender al canal *retail* sería aproximadamente 58% superior al de atender al canal institucional, en promedio. Para llegar a ese resultado, Recalcine atribuye el total del costo de actividades promocionales a las unidades de medicamentos vendidas en el canal *retail*, que representan un 59% del total (Aporte de antecedentes Recalcine, folio 81, pp. 24-25).

126. Asilfa, por su parte, sostiene que los clientes públicos no efectúan cobros ni imponen condiciones a los laboratorios, a diferencia de los grandes clientes del *retail*, como Socofar. Algunos de estos cobros serían de *rappel* o inversión; distribución de productos entre locales de la propia cadena; canje, que implica la prerrogativa de la cadena de devolver un producto que se hubiere vencido sin vender y su reposición por otro con vida útil suficiente a costa del proveedor; y cobro por el ingreso de medicamentos nuevos a distribución. Adicionalmente el interviniente indica que debe tenerse en cuenta la existencia de costos mayores para los laboratorios por tipos de envases de canal *retail* y costos por visitantes médicos en el canal *retail* en los que no se incurre en el canal institucional (Aporte de antecedentes Asilfa, folio 73, pp. 67-69).

127. Los informes económicos acompañados en autos también hacen referencia a que atender el mercado *retail* significaría un mayor costo para los laboratorios. Así, el informe de Econsult se refiere a un mayor costo asociado, entre otras cosas, a descuentos a pacientes, programas de usos crónicos, *fill rate*, cobro logístico, mermas y devoluciones, cobertura en sala, descuentos GES, e incluso gastos en inversión en difusión científica y educación (Informe Econsult, folio 151, p. 36). Por su parte, el informe de Aldo González sostiene que existen diferencias entre los canales en cuanto a costos de provisión, formatos de competencia y niveles de demanda (Informe Aldo González, folio 79, p. 33).

128. Como en el caso de los demás factores analizados, la FNE también se refiere a la relevancia de las diferencias en costos alegadas en la determinación de los precios por canal.

129. Ante todo, la FNE descarta las diferencias en envases como un costo que explique la diferencia en precios, en cuanto en su Estudio de Medicamentos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comparó medicamentos del mismo *sku*, esto es, con un mismo formato de envasado, y aun así se mantenía la diferenciación. Asimismo, en cuanto a una eventual “estacionalidad” de los precios que le habría sido entregada como justificación de la diferencia en ambos canales, en el sentido que, a diferencia del canal *retail*, en el canal institucional el precio sería fijo, la FNE indica que el Estudio de Medicamentos consideró precios anuales promedio, lo que evitaría que la estacionalidad incidiera en sus resultados (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, pp. 37-38).

130. Respecto de la justificación sobre la base de un mayor costo en el canal *retail* asociado a visitas médicas y otros gastos de promoción, la FNE realizó el ejercicio de restar una estimación de estos costos a los precios promedio por año determinados en el canal *retail*, para luego comparar ese nuevo precio con el determinado para cada medicamento en el canal institucional. El análisis, que se restringió únicamente a remedios de marca, concluyó que, en la mayoría de los casos, el precio de los medicamentos de marca en el canal *retail*, incluso ajustado por los costos de promoción, sigue siendo mayor que el precio en el canal institucional. Finalmente, en cuanto a los mayores costos debido a canjes en el segmento *retail*, a productos que venden a punto de vencer entre el canal institucional en comparación con el *retail* y a las variaciones del precio del dólar, no se habría entregado a la Fiscalía ningún antecedente que permitiera evaluar su incidencia en la diferencia de precios observada. En efecto, la FNE concluye que, aun si se ajustan los precios de los medicamentos de marca por los gastos de promoción en el canal *retail*, persiste una diferencia de hasta 58% en 2018, y hasta 28% en 2021, en promedio, que no logra ser explicada por dichos costos (Aporte de antecedentes FNE, folio 98, pp. 36-40 y p. 53).

131. El ejercicio simple realizado por Recalcine daría cuenta que, tomando como base los datos del Estudio de Medicamentos, existen mayores costos para los laboratorios al comercializar sus productos en el canal *retail*. Con todo, el cálculo realizado no permite establecer con certeza cuánto de la diferencia de precios podría justificarse en estos costos. Adicionalmente, como se señala en el párrafo anterior, la FNE concluye, utilizando los mismos datos sobre el porcentaje que representa el gasto en actividades promocionales respecto del costo total de producción de medicamentos (equivalente a 25,6%), que aun si se ajustan los precios de los medicamentos de marca por esos gastos de promoción en el canal *retail*, persiste una diferencia que no logra ser explicada por dichos costos.

132. En consecuencia, en relación con estos costos existen antecedentes, particularmente en el Estudio de Medicamentos, que dan cuenta de una diferencia relevante entre el canal institucional y el canal *retail* relativa a los gastos asociados a promoción y *marketing* en uno y otro. Sin embargo, la

diferencia en costos referida por la FNE dista de explicar la totalidad de la diferenciación de precios entre esos canales.

133. De esta forma, no es posible concluir que existan diferencias en costos en la venta de medicamentos en ambos canales que expliquen, por sí solos, la diferencia de precios entre los mismos.

C.2.4. Diversidad de medicamentos

134. En autos se ha manifestado la existencia de otro factor que podría influir en las diferencias de precios entre los medicamentos comercializados en ambos canales, el cual correspondería a la necesidad de ofrecer una mayor variedad de medicamentos en el canal *retail*.

135. Asilfa sostiene que en el canal institucional el comprador tiende a adquirir una variedad acotada de medicamentos. Así, respecto del abastecimiento de los medicamentos que forman parte de los programas ministeriales para Centros de Salud Familiar (Cesfam) por parte de Cenabast, se observa una concentración del volumen en pocas alternativas de medicamentos. Por el contrario, las farmacias, para maximizar sus ventas, deben ofrecer una gran variedad de productos con la finalidad de atraer a la mayor cantidad de consumidores, los que buscan medicamentos específicos. En otras palabras, si las farmacias no contaran con los medicamentos específicos requeridos por sus clientes, les significaría perder a parte de ellos. Adicionalmente, además de no comprar el medicamento en cuestión, los clientes podrían dejar de comprar otros bienes comercializados por las farmacias (Aporte de antecedentes Asilfa, folio 73, p. 68).

136. Respecto de este factor, nuevamente, no se han aportado antecedentes en autos que den cuenta de su impacto en las diferencias de precios de comercialización entre el canal *retail* y el canal institucional. Adicionalmente, y como se analiza a continuación, la FNE sostiene que, por el contrario, la amplia variedad de productos que buscan los compradores del sector *retail* otorga poder de mercado a los laboratorios en este segmento.

C.2.5. Poder de mercado de laboratorios en el canal *retail*

137. Como se ha señalado, los antecedentes aportados permiten afirmar, sin mayor controversia, la existencia de una diferenciación en los precios de los medicamentos entre el canal institucional y el canal *retail*. Sin perjuicio de ello, no se han aportado antecedentes en autos que justifiquen en razones de costos la total magnitud de las diferencias de precios de medicamentos observables entre ambos canales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

138. Aun cuando se han esgrimido distintas explicaciones o justificaciones para esta diferenciación de precios, sobre la base de diferentes costos de producción, volúmenes de compra u otros factores, más allá de la información relativa a costos de *marketing* y promoción, no hay mayores datos aportados sobre el impacto que cada uno de esos factores tendría en los precios del canal *retail*. Adicionalmente, el Estudio de Medicamentos de la FNE da cuenta que las diferencias de precios entre ambos canales se dan incluso entre un mismo *sku*, esto es, en un mismo producto, comercializado en envases y dosis idénticas. Así, aunque se estimare que las justificaciones señaladas por los laboratorios en autos tienen una base de razonabilidad y verosimilitud, estas resultan insuficientes para explicar la diferenciación de precios existente.

139. La FNE plantea que la parte no explicada de la diferencia de precios para un mismo *sku* da cuenta del poder de mercado de que gozan algunos laboratorios en el canal *retail*, especialmente en relación con los medicamentos de marca.

140. En línea con lo indicado por la FNE, este poder de mercado puede explicarse en base a las diferencias existentes entre ambos canales.

141. Así, en el canal institucional la competencia se da principalmente en base al menor precio de venta de un determinado producto o *sku*, toda vez que así es como se diseñan generalmente las licitaciones. En efecto, de acuerdo con el Estudio de Medicamentos, en 2018, el 71,7% de las compras realizadas por Cenabast, por lejos el principal adquirente de medicamentos en el sector público, se realizan mediante este mecanismo (Estudio de Medicamentos, folio 1, pp. 198-199 y 201). Por su parte, en el canal institucional privado, entre un 60% y un 80% de las compras realizadas entre 2017 y 2018 derivarían de un proceso con a lo menos tres oferentes. Esta competencia en base al menor precio contrarresta el poder de mercado que pueden tener los laboratorios, salvo en aquellos casos en que existe un único oferente de un determinado medicamento.

142. Adicionalmente, como se señaló, las compras que se realizan en el canal institucional refieren un período de tiempo relativamente extenso, superior a los 12 meses, de acuerdo con la información proporcionada por los laboratorios a la FNE (Aporte de Antecedentes FNE, folio 98, p. 32, notas al pie 93 y 94), esto es, se asegura un abastecimiento por un determinado plazo a un precio conocido, como resultado de un concurso o licitación que premia el menor precio ofrecido.

143. En el canal *retail*, la dinámica competitiva es distinta. Los laboratorios invierten en promocionar el valor terapéutico de su propio producto farmacéutico entre los médicos, con el fin de que en base a esa información éstos indiquen a sus pacientes el consumo de un medicamento de una cierta marca. La marca permite al laboratorio diferenciar su producto y evitar el efecto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de *free riding* que se generaría si la promoción se realizara en función del principio activo de que se trata. De esta forma, la competencia deviene en una que se da entre productos diferenciados, caracterizados por una marca comercial, y no en base a precio (véase, Estudio de Medicamentos, folio 1, p. 116).

144. Por otra parte, las inversiones promocionales realizadas por los laboratorios hacia los médicos responden a las asimetrías de información presentes en este canal. En efecto, para los consumidores, el medicamento de marca recetado por el médico es diferente a otros bioequivalentes y genéricos, los cuales son vistos como un producto de inferior calidad (véase Estudio de Medicamentos, pp. 18-20). Ello implica que el canal *retail* debe demandar medicamentos de marca, lo que otorga poder de mercado a los laboratorios, pues el cliente o consumidor valora más un medicamento de una determinada marca recomendada por su médico que uno genérico o bioequivalente, y está dispuesto a pagar más por ello.

145. Así, en el canal *retail*, atendidas las características de la competencia en esta industria, derivadas de los factores señalados a lo largo de esta resolución, las farmacias requieren adquirir distintas presentaciones y marcas de un mismo principio activo. En otras palabras, la competencia en el canal *retail* exige que los oferentes cuenten con una variada oferta de medicamentos, aun cuando estos tengan efectos terapéuticos equivalentes.

146. En conclusión, a juicio de este Tribunal, el poder de mercado que poseen los laboratorios en el canal *retail* se sustenta en que, en el mismo, los consumidores adquieren los medicamentos recetados por los médicos (marca y presentación), lo que sumado a las asimetrías de información que los afectan, deriva en un menor nivel de sustitución entre productos intercambiables. Este fenómeno no se replica en el canal institucional, en consideración a sus características y la forma en que en él se compete, así como por factores relacionados con la regulación del mercado de los medicamentos.

147. Así lo reconoce explícitamente el laboratorio Recalcine en estos autos. Al criticar la caracterización realizada por la Consultante respecto de la diferenciación de precios en los canales institucional y *retail* del medicamento Elvenir, Recalcine señala que la licitación referida por Socofar había sido el primer proceso de contratación pública recaído sobre el principio activo de ese medicamento, por lo que no existía un *benchmark* o precio de referencia anterior y que una licitación suponía competir *por la cancha* (Aporte de antecedentes Recalcine, folio 81, p. 45). En otras palabras, Recalcine da cuenta de cómo el mayor grado de incertidumbre e intensidad competitiva presente en una licitación pública generó incentivos para ofertar el menor precio posible para un medicamento.

148. La Ley de Fármacos trató de disminuir el problema de información asimétrica obligando a los médicos a recetar el principio activo además de distintas marcas de cada medicamento. En ese sentido, dispuso que el profesional médico debe agregar en la receta “(...) *a modo de información, la denominación común internacional que autorizará su intercambio, en caso de existir medicamentos bioequivalentes certificados (...)*” (Código Sanitario, art. 101). Sin embargo, como se desprende de los antecedentes aportados en autos, ello no ha sido suficiente para eliminar las diferencias de precio de los medicamentos entre un canal de distribución y el otro.

C.3. Incidencia de la Ley Cenabast en los precios de distribución de medicamentos

149. Socofar ha afirmado que, tras la dictación de la Ley Cenabast, el Estado se ha convertido en un competidor directo de las empresas de distribución mayorista en el canal *retail*, y que la diferenciación de precios existente entre ambos canales determinaría que Cenabast podría tener ventajas irreplicables que amenazan su viabilidad económica. Adicionalmente, la norma transitoria de esa ley impediría a las grandes cadenas de farmacias acceder a los precios obtenidos por Cenabast hasta el año 2022, manteniéndose el trato diferenciado (Consulta, folio 7, pp. 8 y 13). Atendido el tiempo transcurrido, este último argumento debe ser desechado desde ya.

150. Sin perjuicio de lo anterior, si bien Cenabast accede a precios inferiores que Socofar, los antecedentes aportados en autos dan cuenta de que el impacto de la Ley Cenabast es limitado. A pesar de que ha permitido arbitrar los precios de ciertos medicamentos, no ha logrado disciplinar el poder de mercado de los laboratorios. Cenabast opera como distribuidor de una canasta de medicamentos acotada, de alrededor de 200 presentaciones (Aporte de antecedentes AFFI, folio 63, p. 3), por lo que no es capaz de proveer la variedad de medicamentos que las farmacias necesitan. Adicionalmente, se han esgrimido dificultades logísticas y de distribución, que impiden que aún una farmacia pequeña pueda operar únicamente sobre la base de la oferta intermediada por Cenabast (véase, Aporte de Antecedentes de la FNE, folio 98, p. 41).

151. A mayor abundamiento, las droguerías como Socofar, en comparación con otros actores del canal *retail*, estarían menos afectadas por la diferenciación de precios respecto del canal institucional, de modo que, sujeto al efecto de la medida que se establecerá en esta resolución, es esperable que puedan mejorar su posición competitiva.

C.4. Medidas propuestas por la Consultante y los intervinientes

152. Algunos intervinientes y estudios presentados en autos han recomendado distintas medidas tendientes a disminuir la brecha de precios de los medicamentos existente entre el canal *retail* y el canal institucional. Principalmente se propone establecer: (a) precios máximos o márgenes máximos de venta a los laboratorios en el canal *retail*, (b) cláusulas de nación más favorecida; (c) medidas tendientes a implementar licitaciones para la venta de medicamentos de los laboratorios a las farmacias y droguerías; y (d) otras medidas cuyo objetivo es disminuir la información asimétrica de los consumidores o pacientes en el canal *retail*. A continuación, se detallan algunas de estas medidas y luego se analizan desde la perspectiva de sus efectos en la libre competencia.

153. Así, Socofar a folio 180 (Informe Agüero) y a folio 155 (Informe Poblete) propone que se establezcan precios máximos de venta en el canal *retail* o márgenes máximos a los laboratorios con posición de dominio de mercado. Específicamente, el Informe Poblete propone un margen máximo de venta en el canal *retail* de 20% respecto del canal institucional, es decir, que los precios en el canal *retail* no puedan ser mayores al precio del mismo medicamento en el canal institucional más un margen de 20%. AFFI, a folio 176 (Informe Escobar), está de acuerdo con establecer topes máximos de precios a partir de las licitaciones de Cenabast o estableciendo porcentajes máximos de diferenciación en cada canal. Finalmente, Socofar a folio 178 (Informe Figueroa) propone, entre otras medidas, que cada oferta de un laboratorio en una licitación de Cenabast, aumentada en un 25%, se transforme en un precio máximo al cual el laboratorio debe estar dispuesto a transar con las distribuidoras privadas en la ventana de tiempo correspondiente.

154. Luego, Socofar a folio 180 (Informe Agüero) propone establecer una cláusula de nación más favorecida o un mecanismo análogo, para compras a laboratorios respecto de las compras que hagan actores como el sector público.

155. En tercer lugar, tanto la FNE en su aporte de antecedentes (folio 98), como Socofar a folio 182 (Informe Villena), proponen que se permita que las farmacias puedan realizar licitaciones para la adjudicación de sus procesos de compra de medicamentos.

156. Finalmente, se recomiendan otras medidas tendientes a disminuir la información asimétrica de los clientes en el canal *retail*. A modo ejemplar, Socofar (folio 182) propone defender normas y políticas que apoyen la aprobación acelerada de productos biosimilares adecuados y económicos, y la apertura a la importación de medicamentos desde otros países, entre otras.

157. A juicio de este Tribunal, la fijación de precios máximos o márgenes máximos de precio de venta de los laboratorios en el canal *retail*, o el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecimiento de cualquier tipo de bandas de precio en dicho canal no resulta apropiada. En efecto, por una parte, este tipo de medida eventualmente: (a) podría desincentivar la innovación por parte de los laboratorios y su importación a Chile, al disminuir el beneficio económico que estos obtienen en las ventas de medicamentos; (b) afectaría negativamente la disponibilidad de medicamentos y sus distintas variantes o marcas en el país, toda vez que se trata de empresas con presencia multinacional, por las mismas razones antes señaladas; y (c) ante la eventual escasez, generaría incentivos para la comercialización de medicamentos fuera de los canales formales. Por otra parte, existe una medida que, sin generar los riesgos de la fijación de precios, contribuye a enfrentar el problema detectado, como es la implementación de licitaciones en el canal *retail*, como se detalla en las conclusiones y en lo resolutivo.

158. Por otra parte, el establecer un vínculo entre el precio al cual compra Cenabast y el precio al cual se abastece el canal *retail*, ya sea mediante la fijación de un precio máximo, o de un margen o porcentaje máximo a cobrar en el canal *retail* respecto del institucional, o la exigencia de cobro de un precio uniforme por DCI en ambos mercados (institucional y *retail*), hace esperable que el resultado sea un incremento del nivel general de precios para los medicamentos en el canal institucional. En efecto, como se ha señalado, la diferencia de precios se explica principalmente por los incentivos que se generan en uno y otro mercado, cuestión que tiene su origen en el efecto de las prácticas de diferenciación de productos, mediante el uso de marcas y mecanismos promocionales, así como en limitaciones regulatorias. Por lo mismo, imponer medidas tendientes a alinear o asimilar precios entre el canal institucional y el canal *retail*, pero que no se hacen cargo de las causas de la diferenciación de precios, solo lograrán aumentar los precios en el canal institucional, el cual en la actualidad funciona correctamente con una competencia basada en precio. A una conclusión análoga llega el Informe González (folio 79).

159. A mayor abundamiento, el estudio de Roberto Álvarez y Aldo González (2020), “Análisis comparativo de los precios de los medicamentos en América Latina”, muestra que el precio de los remedios en Chile es más bajo que en países como Colombia y Brasil, que han incorporado controles de precios. También muestra que los precios de los genéricos en Chile (y Perú) son los más bajos de la región (Revista de la Cepal N° 130, abril 2020).

160. La cláusula de nación más favorecida cuya inclusión ha sido propuesta, consiste en una cláusula vertical presente en contratos entre vendedores y compradores, que asegura al comprador que el vendedor no venderá el bien en términos más favorables o a menores precios a competidores del comprador y que, si lo hace, ese menor precio de venta o mejores condiciones también le serán aplicables a él. Si bien la inclusión de este tipo de cláusula reduce el riesgo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para el comprador favorecido por ella, puede resultar en precios mayores para todos los compradores en su conjunto, ya que el vendedor no tendrá incentivos a negociar descuentos mayores al que otorgó al primer comprador (Baquer, J. y Chevalier, J. The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions, *Antitrust Magazine*, (2013) Vol. 27, No. 2).

161. Además, estas cláusulas pueden operar como un incentivo para la colusión y podrían otorgar mayor poder de negociación a los vendedores, al disminuir los incentivos a competir por menores precios. Por ejemplo, si una gran cadena de farmacias tiene un contrato de abastecimiento con un laboratorio y dicho contrato contiene este tipo de cláusulas, será difícil para un laboratorio rival disputar a dicho cliente, dado que el primero tiene mucho que perder. Por lo tanto, se desincentiva la competencia en precios, que es justamente lo que este Tribunal entiende debe incrementarse en el canal *retail*.

162. Por todo lo anterior, este Tribunal priorizará una medida tendiente a generar más competencia en precios en el canal *retail* aguas arriba, es decir en su relación con los laboratorios, la cual se espera que incremente la competencia en el canal *retail* aguas abajo de cara al consumidor o cliente final, como se detallará a continuación.

D. CONCLUSIONES Y MEDIDA

163. Como se señaló supra (sección C.1), los antecedentes aportados dan cuenta de que existen diferencias de precios relevantes entre los canales institucional y *retail*, lo cual no ha sido controvertido por las aportantes. Con todo, hay diferencias respecto de la magnitud de esa diferencia de precios, la que, de acuerdo a los distintos estudios e informes aportados en autos, va entre el 55-59% señalado por el Informe González (folio 79, p. 16) entre el canal *retail* y Cenabast, al 89% detectado por el Estudio de Medicamentos entre el canal *retail* y el canal institucional público, y que incluso podría superar el 100% de acuerdo con el aporte de antecedentes de la FNE (folio 98, pp. 23-24), dependiendo de las variables consideradas y la metodología utilizada.

164. Asimismo, de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista en este proceso, la magnitud de la disparidad de precios observada no puede explicarse completamente por diferencias de costos, incluyendo las derivadas de diferentes volúmenes de compra u otras variables indicadas en los párrafos precedentes. En efecto, los intervinientes en autos, si bien han esgrimido diversas justificaciones, no han aportado antecedentes relativos a la cuantificación de los efectos señalados. Por el contrario, la FNE, tanto en su aporte de antecedentes (folio 98), como en su Estudio de Medicamentos, entrega datos que permiten descartar que las alegaciones de los laboratorios tengan una significación relevante para justificar las diferencias de precios establecidas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

165. El único factor de los alegados que tiene un impacto significativo en los costos de los medicamentos es la existencia de costos de promoción y *marketing*, los cuales se concentrarían en el canal *retail*, siendo menores en el canal institucional. Con todo, estos sólo alcanzan el 25,6% de los costos totales de producción de los medicamentos (Estudio de Medicamentos, folio 1, p. 142). Sólo si se asignaran la totalidad de los costos de promoción y *marketing* (incluyendo visitas médicas) al canal *retail*, como propone Recalcine (Aporte de antecedentes Recalcine, folio 81, p. 25), se llega a una diferencia de costos asimilable a la parte más baja de las estimaciones de diferenciación (58% en 2018 y 28% en 2021). Sin embargo, ese razonamiento debe descartarse, porque los propios laboratorios señalan que los costos promocionales en el canal institucional son menores, pero en ningún caso inexistentes (véase, *supra*, §123).

166. En consecuencia, debe descartarse que la diferencia de precios existente entre el canal *retail* y el canal institucional esté justificada en su totalidad por una disparidad de costos.

167. En opinión de este Tribunal, la diferencia de precios observada responde y es consistente con las características de cada uno de los canales de distribución analizados en estos autos. En particular, los mayores precios de los medicamentos en el canal *retail* se explican por: (a) la ausencia de incentivos para que la competencia se dé en base a precios, toda vez que la demanda por medicamentos privilegia contar con una amplia variedad de productos, aun cuando se trate de medicamentos con un mismo principio activo y dosis y presentaciones equivalentes; (b) el hecho que parte significativa de la generalidad de la adquisición de medicamentos se realiza por trato directo, bajo contratos de corto plazo o en modalidad *spot*; (c) la regulación que obliga a revelar los precios de lista de cada laboratorio y que limita las variables que pueden dar lugar a descuentos; y (d) la relevancia que las marcas tienen en la decisión de los médicos, a raíz de la actividad promocional desplegada por los laboratorios para con ellos, y en los consumidores, que asignan un valor reputacional y perciben diferencias en la calidad de productos equivalentes a partir de la prescripción que realizan los médicos de ellos. Este último efecto es particularmente relevante, en cuanto una encuesta realizada por la FNE mostró que alrededor de un 80% de los consumidores no compara precios de medicamentos alternativos, de los cuales un 56% no lo hizo porque siguió la recomendación de su médico, mientras que, para medicamentos con receta médica, el 96% declaró comprar el medicamento prescrito por su médico (Estudio de Medicamentos, folio 1, pp. 220-221). Más aún, el 90% de los medicamentos básicos tienen algún tipo de receta (*ídem*, p. 106).

168. Este último factor explica que las mayores diferencias de precios se den en relación con los medicamentos de marca. El Estudio de Medicamentos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

muestra que los productos con marca comercial tienen una diferencia de precios entre canales de un 83%, y los que no la tienen, muestran una diferencia del 51% (ídem, p. 139). A su vez, el mismo estudio da cuenta que, entre los años 2015 y 2018, un producto con marca tiene un valor tres veces superior a uno del mismo principio activo, pero sin marca (ídem, p. 112).

169. Tal como lo sostiene la OECD (2016), la discriminación arbitraria de precios en el canal *retail* es una señal de que ese mercado no está funcionando de manera adecuada. En este caso, la estructura de la industria, los incentivos derivados del comportamiento de los consumidores, la existencia de asimetrías de información y la baja sustituibilidad de los medicamentos de marca, son factores que otorgan poder de mercado a los laboratorios en el canal *retail*, permitiéndoles, en ausencia de constreñimientos competitivos o regulatorios, cobrar el mayor precio posible en ese canal y así extraer excedente de los consumidores.

170. De conformidad al numeral 2) del artículo 18 del D.L. N° 211, el objeto de un procedimiento no contencioso es establecer si un hecho, acto o contrato existente o por celebrarse puede infringir las normas de defensa de la competencia. A este respecto, la Excm. Corte Suprema ha señalado que *“en el caso de una consulta antimonopólica no existe un conflicto o litis trabada entre partes en las que éstas reclaman ante un tribunal que mediante una sentencia ponga fin a la controversia por la vía de decir el derecho de cada una de ellas. Si bien el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aclara si la conducta consultada es jurídica o antijurídica en relación con la libre competencia, la potestad consultiva no es jurisdiccional, puesto que falta la controversia entre partes que exigen un justo arreglo. Lo que caracteriza esta potestad consultiva es determinar si un hecho, acto o contrato consultado pugna con la libre competencia en un mercado relevante específico [...]. No se pretende que se juzgue la responsabilidad monopólica de los operadores de ese mercado ni en el caso que se concluyere un atentado contra el bien jurídico tutelado en el D.L. N° 211, que sus autores sean sancionados [...] no siendo el objetivo de la consulta reprimir conductas consideradas ilícitas sino que, si correspondiere, establecer condiciones para que el desempeño de tales actividades se realice de manera más acorde con la normativa de la libre competencia”* (Excm. Corte Suprema, 29 de enero de 2016, rol N° 30.190-2014, c. 3° y 4°). En ese sentido, la misma magistratura ha expresado que la potestad consultiva *“permite al órgano jurisdiccional determinar, además, de qué manera ‘ese hecho, acto o convención puede ser corregido a fin de ajustarse al bien jurídico tutelado, de forma que no ponga en riesgo o lesione este último”* (Excm. Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019, rol N° 24.828-2018, c. 14°), y que *“el tribunal cuenta con amplias facultades para definir cuáles son las medidas que se han de adoptar para evitar que el hecho, acto o convención de que se trata transgreda el bien jurídico protegido; en otras*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

palabras, y tal como acertadamente lo declaran los sentenciadores del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es posible afirmar que ‘el legislador ha entregado plena libertad al Tribunal para definir el tipo de condición o medida que el hecho, acto o contrato debe satisfacer para no atentarse contra la libre competencia’” (ídem, c. 16°).

171. Por otra parte, uno de los objetivos de las normas de defensa de la competencia es velar porque exista libre competencia en los mercados. En ese sentido, la Excma. Corte Suprema ha señalado que *“el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica [...]”* (25 de julio de 2022, rol 40.775-2021, c. 2°), y que *“el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la prerrogativa en estudio, puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado. Sin embargo, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, dado que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares quienes, esgrimiendo su propia libertad, pretendan alcanzar y ejercer un poder indebido en el mercado, violentando así, no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, consecuencia que, en último término, se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación”* (ídem). En ese entendido, resulta necesario establecer medidas para promover la competencia en el canal *retail* y contrarrestar el poder de mercado de los laboratorios, de modo que se otorgue un rol más relevante al precio ofrecido como factor determinante.

172. Sin perjuicio de lo anterior, la magnitud de la diferenciación de precios entre el canal institucional y el canal *retail*, evidenciada en la información aportada en autos y en el Estudio de Medicamentos de la FNE, se explica por un determinado contexto fáctico-económico y normativo, según se ha expuesto en esta resolución.

173. En este sentido, si bien podría avanzarse en introducir competencia en el canal *retail*, por ejemplo, mediante la comercialización de remedios OTC a clientes finales en canales de distribución distintos de las farmacias, como los supermercados u otros establecimientos de comercio, ello requeriría de modificaciones normativas que exceden las facultades del Tribunal en este procedimiento. Asimismo, tal como sugiere la FNE en su Estudio de Medicamentos (folio 1, pp. 230-232), la homologación de la certificación de medicamentos que hacen agencias de medicamentos de determinados países también podría significar un incremento de la oferta que podría dar lugar a mayor competencia y menores precios en el canal *retail*. Sin embargo, este

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mecanismo también requeriría de la intervención del legislador para su implementación. Ambas medidas fueron incluidas en la recomendación normativa expedida por la FNE en su resolución de 30 de enero de 2020, dirigida al Ministro de Salud y Ministro de Economía, Fomento y Turismo (ver https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/res_cierre_EM03_2018.pdf).

174. Algo análogo ocurre con otras medidas que fueron propuestas en el Estudio de Medicamentos, y que fueron recogidas en parte por el proyecto de ley denominado coloquialmente como Fármacos II (Boletín N° 9914-11). Este proyecto de ley modifica el Código Sanitario y otros ordenamientos legales, incorporando normas para fortalecer la política de bioequivalencia e intercambiabilidad de medicamentos, tales como la obligatoriedad de la prescripción de medicamentos por DCI, eliminando la referencia a las marcas o nombres de fantasía; y que la rotulación del medicamento indique en forma destacada el DCI, por sobre las marcas comerciales, entre otras, lo cual permitiría disminuir las asimetrías de información que afectan a los consumidores, y aminorar el peso de la recomendación que efectúa el médico al paciente. Este proyecto de ley ha superado el tercer trámite constitucional y se encuentra actualmente en Comisión Mixta para resolver las divergencias surgidas entre las Cámaras del Congreso Nacional.

175. En consideración a lo señalado, y habiéndose descartado la imposición de otras medidas como las bandas de precios o la inclusión de cláusulas de nación más favorecida en los contratos de venta de medicamentos por los laboratorios, para efectos de promover la competencia en el canal *retail* se revisarán las obligaciones establecidas en esta sede que afectan a esta industria.

176. Como se señaló, para promover que las farmacias pequeñas pudieran acceder a los mismos precios de venta que las grandes cadenas de farmacias, la Comisión Resolutiva impuso en 2001 obligaciones de publicidad e información relativas a los precios de lista de medicamentos. Esta regulación ha sido objeto de modificaciones y de interpretaciones posteriores, sin perjuicio de su incidencia en la formulación del artículo 2° de la Ley de Fármacos (*supra*, sección B.4).

177. Sin perjuicio de lo anterior, con el fin de introducir más competencia por precios en el canal *retail*, este Tribunal concuerda con la FNE, y estima necesario que las farmacias y droguerías puedan implementar mecanismos de compra de medicamentos a través de licitaciones. Las licitaciones operan como un mecanismo de compra de mediano a largo plazo, que permite reunir mayores volúmenes de compra y privilegiar el precio como variable de adjudicación, de modo que la competencia se vuelva más intensa en relación con esa variable y, por lo demás, han resultado ser una herramienta útil para provocar una disminución de los precios de los medicamentos en el canal institucional. En

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

este contexto, es esperable que, aún cuando no eliminen la necesidad de variedad de marcas y proveedores de un mismo principio activo, puedan generar un impacto relevante al menos en relación con un cierto número de MC.

178. Para estos efectos, se declarará que las obligaciones de publicidad de precios impuestas a los laboratorios y demás proveedores por la Resolución N° 634/2001 y sus reformas posteriores son aplicables únicamente a la comercialización de medicamentos en el mercado *spot* y no impiden la adquisición de medicamentos a través de licitaciones, ya sea que se trate de clientes públicos o privados. Estas licitaciones podrán ser por DCI, o bien, en base a una canasta de distintas variedades de medicamentos previamente definidas por el adquirente y deberán conformarse a las normas de defensa de la competencia. Cada farmacia o droguería podrá determinar el período de abastecimiento de la licitación.

179. Tal como se ha señalado con anterioridad (*supra*, §59), en opinión de este Tribunal, y de acuerdo con la interpretación efectuada por el Instituto de Salud Pública del artículo 2° de la Ley de Fármacos, la venta de medicamentos por parte de los laboratorios y demás proveedores en licitaciones, sin estar sujetos a la obligación de vender a los precios de lista publicados en virtud de la normativa aplicable, no infringe lo dispuesto en la Resolución N° 634/2001 ni el artículo 2° de la Ley de Fármacos. Como queda de manifiesto, al hacer referencia a descuentos por volumen, esta norma permite que exista algún tipo de diferenciación de precios y, en particular, la basada en volúmenes de venta, así como otras, en la medida en que no resulten arbitrarias, es decir, que tengan una justificación económica razonable.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Que las obligaciones impuestas a los laboratorios y demás proveedores por la Resolución N° 634/2001 de la Comisión Resolutiva y sus reformas posteriores no impiden la adquisición de medicamentos a través de licitaciones convocadas por entes públicos o privados, ya sea por Denominación Común Internacional (DCI), o bien, en base a una canasta de distintas variedades de medicamentos previamente definidas por el adquirente.

Redacción a cargo del Ministro Nicolás Rojas Covarrubias.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese personalmente, por cédula o por correo electrónico a los intervinientes que hayan designado correo electrónico para efectos de notificación.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que la Consultante y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados.

Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 490-21.

Pronunciada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. Maria de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez



6E37D986-DDAA-4596-A4F6-6DFABB72D08E

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.