

Responde al requerimiento

## HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Felipe Vial Claro, abogado, en representación de Salcobrand S.A., sociedad comercial, ambos con domicilio en Santiago, Avenida General Velásquez N°9981, San Bernardo, en los autos caratulados “Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otros”, rol N°184-08, al H. Tribunal respetuosamente digo:

La Fiscalía Nacional Económica ha formulado un requerimiento en contra de Salcobrand S.A. y de otras cadenas de farmacias, en el que, sobre la base de una serie de consideraciones, solicita al Honorable Tribunal que: (a) se declare que las mismas acordaron fijar alzas de precios de venta al público de ciertos productos farmacéuticos, impidiendo, restringiendo o entorpeciendo la libre competencia y reincidiendo en actos de colusión anticompetitiva que afectan a bienes de primera necesidad, causando daño y beneficiándose con la apropiación de excedentes de precio; (b) se ordene a cada una de las cadenas de farmacias pagar a beneficio fiscal la multa máxima que contempla la ley ascendente a 20.000 Unidades Tributarias Anuales o la que el Honorable Tribunal estime de justicia; (c) se ordene a cada una de las requeridas poner término de inmediato al acuerdo constitutivo de infracción y, además, a todo acto o convención que implique transacciones comerciales entre las requeridas o personas relacionadas a ellas, especialmente, poner término al convenio que vincula Salcobrand S.A. con Socofar S.A. para el aprovisionamiento de medicamentos genéricos, y abstenerse de contar entre sus ejecutivos con personas que tengan alguna ingerencia en la propiedad o administración de las otras requeridas o sus personas relacionadas, debiendo imponer a quienes tengan actualmente dicha ingerencia su inmediata y absoluta desvinculación de aquellas empresas, bajo responsabilidad de la respectiva requerida, con condena en costas.

Al respecto, en cuanto a la persona requerida, sírvase S.S. tener presente que la sociedad Salcobrand S.A., rol único tributario 53.003.850-5, que aparece como requerida por la Fiscalía Nacional Económica, es una sociedad disuelta.

La explotación del negocio farmacéutico que se hace bajo la marca Salcobrand se encuentra radicada a partir del 30 de octubre de 2008 en una nueva sociedad, cuya razón social es también Salcobrand S.A., rol único tributario 76.031.071-9.-

Sin perjuicio de lo anterior, en nombre particular de mi representada Salcobrand S.A., rol único tributario 76.031.071-9, vengo en solicitar que se rechace el requerimiento de autos, fundado en las consideraciones de hecho y de derecho que se señalan a continuación.

## I.

### HECHOS DENUNCIADOS

1. El requerimiento se funda en relato de acuerdo a la cual, en un escenario de fuerte guerra de precios, el ingreso de nuevos dueños a la propiedad de Salcobrand S.A. y otra serie de hechos, habrían producido un acercamiento entre esta sociedad y sus competidoras Farmacias Ahumada S.A. y Farmacias Cruz Verde S.A.

El acercamiento habría dado lugar al reclutamiento de ejecutivos de la competencia, todos con información relevante, algunos de ellos conservando propiedad de otra de las requeridas; y habría dado lugar a acuerdos de alianza estratégica, del que sería una muestra el acuerdo de abastecimiento suscrito entre Salcobrand S.A. y la sociedad Socofar S.A., centro de compras de Farmacias Cruz Verde S.A.

Los referidos acercamientos habrían conducido finalmente a la decisión de las requeridas de poner fin a la guerra de precios y concretamente, como se menciona, a pactar la paz.

2. Las requeridas, junto con poner fin a la guerra de precios, habrían acordado coordinar el alza del precio de 222 productos farmacéuticos, de 36 categorías diferentes, que tienen todos en común el ser medicamentos éticos, que requieren de receta médica para su venta, y ser medicamentos notorios, en el sentido de que son productos cuyo precio es determinante para que los clientes opten por comprar en una u otra farmacia.

La coordinación se habría materializado a través de los laboratorios a los que se compran los referidos medicamentos, utilizando un mecanismo de licitud cuestionada como son las listas de medicamentos a través de las cuales los laboratorios sugieren el precio de venta al público y haciendo de cargo de dichos laboratorios la coordinación y monitoreo de tales alzas.

3. El resultado de los actos en cuestión serían alzas promedio del 48% en los medicamentos mencionados y en algunos casos de más del 100%, lo que habría implicado mayores ingresos por ventas del orden de \$27.000.000.000.-

4. El requerimiento no señala antecedente alguno del que conste el referido acuerdo de colusión y ante la ausencia de dicho antecedente invoca en general ciertas condiciones del mercado que favorecerían este tipo de acuerdos, a la vez que menciona una serie de hechos que en opinión de la Fiscalía Nacional Económica serían constitutivos de indicios sintomáticos de colusión.

## II.

### EN EL MERCADO DE LOS MEDICAMENTOS OPERA EN PLENITUD LA LIBRE COMPETENCIA.

5. Es importante señalar que Salcobrand S.A., nuevo actor en este mercado, comparte del todo el interés de la Fiscalía Nacional Económica de que en el mercado de los medicamentos opere plenamente la libre competencia.

La libre competencia beneficia el libre ejercicio de las actividades económicas y concretamente de las actividades empresariales privadas y, a la vez, favorece la más eficiente asignación de los recursos y con ello el más eficiente modo social de satisfacer las necesidades de las personas.

En este sentido, nuestra actividad está orientada especialmente a la venta de productos y servicios relacionados con el tratamiento y cuidado de la salud de nuestros clientes y a ese objetivo Salcobrand S.A. quiere dedicar todo su conocimiento, organización, experiencia, esfuerzo y dedicación.

Sin embargo, rechazamos las acusaciones formuladas por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Salcobrand S.A. porque carecen de fundamento y, además, porque lejos de haberse formulado inquietudes respecto de la efectividad o legalidad de ciertos actos, la Fiscalía Nacional Económica ha planteado imputaciones en contra de la empresa formuladas sin la debida prudencia, con publicidad y escándalo, y haciendo caso omiso al principio de la buena fe y la presunción de inocencia en el que se debieran amparar las actuaciones de la misma.

6. La Fiscalía Nacional Económica imputa a las farmacias requeridas el haber acordado el alza del precio de una serie de medicamentos, aunando su poder en el

mercado para obtener beneficios a costa de sectores más desposeídos, imputación que funda en ciertas características que atribuye al mercado de los medicamentos que serían en este caso determinantes de las conductas de colusión que se imputan y en una serie de conductas de las farmacias requeridas que califica como indicios de actos de colusión contrarios a la libre competencia.

A nuestro juicio, en el mercado de la venta de medicamentos al por menor no está afectada la libre competencia, afirmación que se fundamenta en varias razones que sintetizamos a continuación y a las que nos referimos posteriormente con mayor detalle:

- (i) Que varias de las conductas que se mencionan son ajenas a las farmacias requeridas y, según la propia Fiscalía Nacional Económica, corresponden a actuaciones de los laboratorios a los que las farmacias requeridas compran sus medicamentos.
- (ii) Que el alza del precio de medicamentos por parte de Salcobrand S.A. no obedece a un acuerdo, sino a una actuación independiente, autónoma, fundada en una lógica comercial, en ausencia de todo compromiso o vinculación con los competidores.
- (iii) Que las conductas específicas que se imputan a Salcobrand S.A. como sintomáticas de un acuerdo de alza de precios no son efectivas: en verdad son actuaciones del todo lícitas, de toda lógica comercial, perfectamente racionales y respetuosas de la libre competencia.
- (iv) Que un mercado con características que favorezcan la factibilidad, continuidad y éxito de un supuesto acuerdo de alza de precios, no implica la existencia efectiva de dicho acuerdo, ni puede privar a los agentes económicos de su derecho a desenvolverse normalmente en el mismo.
- (v) Que no ha tenido lugar ningún acto formal o tácito de Salcobrand S.A. que, de un modo conciente y voluntario, tienda a fijar precios o atentar de algún otro modo a la libre competencia.
- (vi) Que las actuaciones de Salcobrand S.A. no han tenido ningún impacto susceptible de provocar una anomalía en el mercado, en la competencia o que pueda afectar de cualquier otro modo la libre concurrencia de la oferta y la demanda en el mercado de los medicamentos.

A fin de cuentas quedará en claro que la estructura, naturaleza y comportamiento del mercado de las farmacias, muy lejos de las imputaciones y presunciones que formula la Fiscalía Nacional Económica, es un mercado en el que impera

una intensa rivalidad entre competidores, al punto que los resultados económicos al menos de Salcobrand S.A. están muy por debajo de los retornos normales de capital para una industria como ésta.

### III.

#### LA SUGERENCIA DE PRECIOS.

#### INTENTOS DE COORDINACIÓN Y MONITOREO DE ALZAS DE PRECIOS

#### SON ACTOS PROPIOS DE LOS LABORATORIOS.

7. La Fiscalía Nacional Económica formula una serie de imputaciones que dicen relación con la sugerencia de precios, intentos de coordinación y monitoreo de alzas de precios, respecto de las cuales es preciso aclarar lo siguiente.

En virtud de esas imputaciones la Fiscalía Nacional Económica hace atribuibles a las farmacias requeridas el que los laboratorios formulen sugerencias de precios y coordinen y monitoreen alzas de precio, como si ellas utilizaran a los laboratorios como instrumento para materializar acuerdos en tal sentido.

8. La imputación es una tergiversación de la realidad que debe ser rectificadas si se quiere juzgar adecuadamente las actuaciones de las farmacias requeridas y su conformidad con la legislación vigente.

En efecto, como reconoce la misma Fiscalía Nacional Económica, desde tiempos inmemoriales los laboratorios vienen sugiriendo precios, siguiendo de cerca sus variaciones y haciendo esfuerzos por coordinar la aplicación de los precios de sus productos.

El proceder de los laboratorios en este sentido podemos entenderlo en una lógica comercial que obedece a los intereses propios de los mismos laboratorios, en orden a que la distribución de sus productos a través de las farmacias se lleve a cabo de un modo que les permita competir en condiciones óptimas con los productos de los demás laboratorios distribuidos a través de las mismas farmacias. Los laboratorios producen cada uno sus propios medicamentos, medicamentos que promueven y comercializan con sus propias marcas en todas las farmacias y que compiten con sustitutos producidos por otros laboratorios que proceden del mismo modo. Es sabido que en Chile no existe protección al derecho de propiedad intelectual en este campo, de lo que resulta que para cada

medicamento con un determinado principio activo, existen varios medicamentos sustitutos de distintas marcas, producidos y comercializados por distintos laboratorios.

En este orden de cosas ocurre que la demanda de sus medicamentos por parte de las farmacias depende directamente de la demanda de los mismos medicamentos por parte de los consumidores a las farmacias y por ende de la disposición de los consumidores a pagar por los mismos.

En vista y considerando que las farmacias son meras revendedoras al detalle de tales medicamentos también y de otros productos, ocurre que es el propio laboratorio el que se encarga de generar y potenciar esa demanda final de la que deriva la suya propia (de otro modo no vende).

En consideración a lo anterior, los laboratorios emprenden acciones de promoción (marketing) y de difusión de información dirigida a la comunidad médica que influye directamente en la decisión de compra del consumidor final, lo que concierne principalmente a los medicamentos éticos, buena parte de los cuales constituye el foco de atención de la Fiscalía Nacional Económica (éticos y notorios). Los laboratorios disponen de visitantes médicos que intentan convencer a los médicos de las ventajas relativas de sus productos respecto de los productos de la competencia (otros laboratorios), además de seminarios para médicos y otras iniciativas dirigidas a los mismos para promover las ventajas de sus medicamentos.

Si embargo, este esfuerzo de promoción (marketing) y difusión corre el riesgo de esfumarse y desvanecerse si en el último eslabón de la cadena de comercialización la farmacia fija para el medicamento un precio de expendio a público que no guarda relación con el valor relativo de sus sustitutos (considerando por cierto los valores relativos de las marcas). Aunque el medicamento sea ético y aunque en el corto plazo la demanda pueda revestir cierta inelasticidad - cosa que ponemos en duda - es sabido que cuando el precio de un medicamento queda muy por encima de sus alternativas los pacientes presionan a los médicos para que receten medicamentos sustitutos. Si el medicamento es notorio más no ético, la sustitución es aún más rápida ya que no se necesita receta.

Es en consideración a este interés propio de los laboratorios, que los mismos confeccionan listas de medicamentos en las que, junto con fijar su precio de venta a la farmacia, con los descuentos del caso, *sugieren el precio final de venta al público*.

El interés de sugerir el precio de reventa al público está dirigido a velar por la competitividad de sus productos y, específicamente, a que las políticas de precios de las mismas farmacias no coloquen a sus productos en condiciones distintas a las previstas en las estrategias de venta del mismo laboratorio o desventajosas respecto de los productos de sus laboratorios competidores, cuestión en extremo relevante en un contexto en el que la amplia disposición de sustitutos para cada agente activo hace que los precios relativos entre medicamentos sustitutos sea de crucial importancia para los laboratorios.

Es en consideración a este mismo interés que al laboratorio le interesa saber qué está pasando efectivamente con la venta de sus productos, le interesa tratar de coordinar las variaciones de precio y su materialización por una u otra farmacia, y le interesa reclamar alineamientos de parte de las farmacias a través de las cuales distribuye.

9. El interés de los laboratorios de sugerir hasta donde sea posible el precio de reventa de sus productos está expuesto a colisionar con todo con la libertad con que las farmacias fijan sus propias políticas de precio, libertad que está fuera de toda duda y de la que en el caso de Salcobrand S.A. se hace pleno uso según las estrategias propias de la misma.

La razón por la que los intereses de los laboratorios y de las farmacias están expuestos a colisionar, puede encontrarse en el hecho de que las estrategias comerciales de unas y otras no son necesariamente coincidentes.

Al laboratorio le interesa la demanda por sus productos en particular, que en gran medida es función del precio relativo entre los productos sustitutos de los distintos laboratorios. A la farmacia, por su parte, le interesa rentabilizar su negocio como un todo, considerando todos sus productos, medicamentos éticos, notorios, genéricos o de otro tipo e incluso productos no farmacéuticos, de un modo similar a cualquier retail, por lo que perfectamente puede rebajar los precios de unos productos con el objeto de aumentar el flujo de clientes y el volumen de venta total que incluye cerca de 12.000 productos entre medicamentos y no medicamentos, estos últimos en general de mayor margen.

En este orden de cosas, mientras al laboratorio interesa incrementar la inelasticidad de sus productos, el interés de las farmacias está precisamente en el extremo opuesto, esto es, idealmente contar con el máximo de sustitutos para cada medicamento ético a efectos de evitar ser presa del poder marcario de unos cuantos laboratorios. La rebaja de precios en ciertos segmentos o bien las ofertas de algunos medicamentos que puedan disponer las farmacias en el marco de sus estrategias comerciales, por su parte, pueden dañar el valor marcario de los medicamentos de un laboratorio, de donde surge otra vez el especial interés de este último de hacer sus mejores esfuerzos para influir sobre el precio final de venta de sus productos.

Esta tensión entre el interés del laboratorio y esta libertad de las farmacias para determinar los precios de los medicamentos, se expresa en una infinidad de comunicaciones en las que los laboratorios presionan comercialmente por conseguir que se materialicen las variaciones de precios sugeridas, la coordinación de su aplicación por las distintas farmacias para asegurar las condiciones de competitividad de sus productos, la denuncia de lo que denomina incumplimientos, etc., por una parte, y por la otra, en una infinidad de respuestas de las farmacias en las que se da cuenta del nivel de enfrentamiento de las políticas de los distintos laboratorios con las políticas de cada farmacia.

La Fiscalía Nacional Económica no ha sabido interpretar los antecedentes del caso y, haciendo uso selectivo de información, destaca la coincidencia de ciertas alzas de precios aplicadas por diversas farmacias, para sostener que dichas alzas obedecen a un acuerdo de estas últimas materializado a través de los laboratorios y sus listas de medicamentos con precios sugeridos y, en torno a esta afirmación, complementa su acusación en el sentido que las farmacias encomendarían a los laboratorios la coordinación y monitoreo de dichas alzas.

La imputación de la Fiscalía Nacional Económica es una grave falsedad y tergiversación de los hechos, que deriva del hecho de que hace uso de información parcializada, selectiva y no estadísticamente representativa para demostrar una acusación perjudiciada.

Aparte de que dicha imputación no considera la verdadera razón, motivación e interés que da origen y justifica el proceder de los laboratorios, la existencia de sus listas de precios sugeridos, y sus intentos de coordinación y continua observación de precios a

público, su falsedad queda de manifiesto si se analiza la información estadística correspondiente a todas las sugerencias referidas a todos los medicamentos de cada laboratorio sin discriminación ni selecciones arbitrarias. El análisis de esta información permite apreciar que la Fiscalía Nacional Económica selecciona arbitrariamente un período de tiempo y un grupo de productos, haciendo caso omiso de lo que ocurrió coetáneamente con otros productos, o con los mismos en un período de tiempo más extendido.

Un examen objetivo y desprejuiciado de esta evidencia permite concluir que no existe una relación sistemática en el tiempo, ni por familias de productos, que permita establecer causalidad alguna entre sugerencias de precios por parte de los laboratorios y precios finales por parte de las farmacias.

En definitiva, las coincidencias entre los precios sugeridos por los laboratorios y los precios determinados por Salcobrand S.A. son estadísticamente azarosas, esto es, las sugerencias no tuvieron el efecto de traducirse en precios efectivos y no es posible identificar un patrón de conducta que diga lo contrario.

10. Esta suerte de superposición de intereses y competencias entre laboratorios y farmacias es una característica muy peculiar de este mercado, que la Fiscalía Nacional Económica no puede ignorar si quiere hacer una correcta evaluación de la legitimidad de las conductas de sus actores económicos y su omisión es una falta grave que la ha llevado a emitir juicios graves en contra de Salcobrand S.A. que en verdad carecen de fundamento.

#### IV.

EL ALZA DEL PRECIO DE MEDICAMENTOS POR PARTE DE SALCOBRAND S.A. NO OBEDECE A UN ACUERDO, SINO A UNA ACTUACIÓN INDEPENDIENTE, AUTÓNOMA, FUNDADA EN UNA LÓGICA COMERCIAL PROPIA, EN AUSENCIA DE TODO COMPROMISO O VINCULACIÓN CON LOS COMPETIDORES.

11. La Fiscalía Nacional Económica imputa a Salcobrand S.A. ser parte de un acuerdo con Farmacias Ahumada S.A. y Farmacias Cruz Verde S.A. tendiente a fijar alzas de los precios de venta al público de ciertos productos farmacéuticos.

12. Al respecto, cabe señalar que el alza del precio de medicamentos por parte de Salcobrand S.A. no obedece a un acuerdo, sino a una actuación independiente,

autónoma, fundada en una lógica comercial propia, en ausencia de todo compromiso o vinculación con los competidores.

En efecto, el mes de abril de 2007, por la vía de adquirir la propiedad de Salcobrand S.A., ingresó al mercado un nuevo actor. El ingreso se materializó con una importante inversión destinada a adquirir la cadena de farmacias, a generar una nueva imagen de sus locales y a capacitar a su personal para incrementar su competitividad, reorganizando y alineando su administración en torno a estas nuevas directrices.

En el marco de estas nuevas directrices, la nueva administración definió como parte de su estrategia la de incrementar el margen de comercialización de sus productos con márgenes negativos, particularmente los más afectados por la agresiva política comercial de sus competidores, vía un alza de sus precios, incluso a riesgo de perder participación en el mercado.

La decisión de alzar los precios era de toda lógica comercial y su racionalidad se fundó en la existencia de márgenes negativos de sus productos y en la necesidad de rentabilizar la inversión efectuada: consideraciones mínimas de inteligencia comercial justifican que se exija un margen positivo a los productos que se venden y consideraciones de respeto a la libre competencia determinan que dicho margen se obtenga mediante la determinación de precios de la magnitud necesaria para obtener un retorno normal para la inversión en el largo plazo.

13. Si bien la Fiscalía Nacional Económica de alguna manera parece admitir la lógica económica de la decisión de alzar los precios cuando existen márgenes negativos, en definitiva interpreta parcial y artificiosamente las circunstancias que rodean a dicha alza de precios e impide con sus disquisiciones que este Honorable Tribunal aprecie claramente la racionalidad económica subyacente en dicha decisión.

Es por esta razón que viene al caso detenerse en el examen de esta materia y explicar en términos simples la racionalidad económica detrás de la decisión de Salcobrand S.A. de subir el precio de los medicamentos en cuestión.

Al efecto, es sabido que un alza de precios unilateral cuando se trata de productos notorios, tiende a ocasionar una fuga de los consumidores o una desviación de la demanda a la competencia. La fuga será menor en un comienzo, pero crecerá rápidamente como resultado de la diseminación de la información entre los consumidores.

En el corto plazo, sin embargo, la fuga de consumidores no se traducirá necesariamente en menores utilidades para la farmacia por una lógica elemental: como el medicamento estaba siendo vendido con margen directo negativo, la menor demanda *incrementará las utilidades*. Esos consumidores fugados a la competencia, por su parte, dejarán de consumir en la misma farmacia otros productos, presumiblemente con margen positivo, lo que *determinará un impacto negativo en las utilidades*.

En tales términos, habiendo márgenes negativos, *el alza unilateral de precios de un producto produce en el corto plazo un doble efecto: un efecto positivo y otro negativo, siendo incierto el resultado neto*.

Sin embargo, en un muy corto plazo es muy probable que el resultado neto sea positivo para quien alza los precios, particularmente si los márgenes son negativos en un monto apreciable: el consumidor que se fuga es el más sensible al alza de precios y, presumiblemente, el que en general gasta menos, con lo que de buenas a primeras el primer efecto dominará sobre al segundo. He ahí la racionalidad de intentar un alza unilateral de precios.

La dinámica de este asunto en todo caso no termina ahí: en un breve tiempo se podrá apreciar si la competencia siguió el alza, cosa sobre la cual no hay ninguna seguridad. Si el alza es seguida por los competidores se asienta el nuevo nivel de precios, pero si la competencia no sigue el alza es probable ella deba ser revertida, ya que la fuga de consumidores irá en aumento y con ello el segundo efecto pasaría a pesar más que el primero.

Si bien el alza unilateral de precios era una estrategia arriesgada, desde que el resto del mercado podía no seguir la misma acción, el riesgo se justificaba desde todo punto de vista: (i) la empresa tenía acumuladas importantes pérdidas como consecuencia de años de márgenes negativos en la venta de sus productos; (ii) la empresa contaba con 4.500 empleados que se quería retener y capacitar; (iii) la empresa necesitaba invertir para generar una nueva imagen y organización en beneficio de sus clientes. En tales términos, aparte del imperativo de todo negocio de tener márgenes positivos, la nueva estrategia de incrementar el margen de comercialización de sus productos se justificaba como una necesidad para la viabilidad de la empresa en el largo plazo.

14. Se aprecia así del todo la racionalidad, lógica económica y circunstancias que motivaron la decisión de Salcobrand S.A. de alzar los precios de los medicamentos en cuestión, , adoptada en el marco de su estrategia de rentabilizar el negocio aún a costa de perder participación de mercado, y llevada a cabo por la compañía con entera independencia, autonomía y en ausencia de todo compromiso o vinculación con los competidores.

Si la competencia reaccionó a esta estrategia de uno u otro modo, cualquiera haya sido su reacción, es algo que está más allá del control de Salcobrand S.A.

15. La Fiscalía Nacional Económica sostiene que el alza de precios de los medicamentos no tendría otra explicación razonable que una colusión, omitiendo toda consideración a que a dichas alzas precedió un prolongado período de fuertes bajas en los precios con márgenes negativos de comercialización, haciendo caso omiso del legítimo interés de un nuevo actor de la industria en cuanto exigirle retorno a su inversión, a la lógica que tiene la iniciativa unilateral de alza de los precios, y desechando sin más otras interpretaciones de los hechos bastante más probables, racionales y consistentes con la realidad de las cosas.

El que se haya producido algún grado de coincidencia de intereses con otras farmacias no priva a la estrategia de Salcobrand S.A. de su condición de actuación lícita y racional, enteramente independiente, autónoma y ausente de todo compromiso o vinculación con los competidores.

## V.

LAS CONDUCTAS ESPECÍFICAS QUE SE IMPUTAN A SALCOBRAND S.A. COMO SINTOMÁTICAS DE UN ACUERDO DE ALZA DE PRECIOS NO SON EFECTIVAS. EN VERDAD SON ACTUACIONES LÍCITAS, DE TODA LÓGICA COMERCIAL, PERFECTAMENTE RACIONALES Y RESPETUOSAS DE LA LIBRE COMPETENCIA.

16. La Fiscalía Nacional Económica imputa una serie de conductas a Salcobrand S.A. y las demás farmacias requeridas, que califica como sintomáticas de un acuerdo tendiente a alzar los precios de los medicamentos.

Sin embargo, las consideraciones expuestas y las que se mencionan a continuación, permiten apreciar que en verdad se trata de una serie de actuaciones del todo

lícitas, de toda lógica comercial, perfectamente racionales y respetuosas de la libre competencia.

(a)

No es efectivo que el ingreso de nuevos dueños de Salcobrand S.A. haya contribuido a un acercamiento entre los competidores.

17. La afirmación de la Fiscalía Nacional Económica a este respecto es difícil de entender, pues no se aprecia qué relación podría tener el ingreso de nuevos dueños a la propiedad de una farmacia, su fortalecimiento y el renovado posicionamiento de la misma, con un supuesto acercamiento con los competidores.

El ingreso de nuevos dueños a Salcobrand S.A. efectivamente generó un cambio en el mercado, pero no como consecuencia de un acercamiento entre los competidores, sino como consecuencia de una estrategia adoptada con entera independencia, autonomía y en ausencia de todo compromiso o vinculación con los competidores.

En el marco de esa estrategia los nuevos dueños han invertido en nuevos locales, en remozar los existentes y en capacitar a su personal para potenciar su competitividad, por lo que no se aprecia cómo el ingreso de nuevos dueños puede interpretarse como un hecho que habría contribuido a restar rivalidad entre los competidores.

18. En definitiva, en el ingreso de nuevos dueños a Salcobrand S.A. no hay razón para ver algo más que un acto lícito, sujeto a su propia lógica comercial, y absolutamente respetuoso de la libre competencia.

(b)

No es efectivo que el reclutamiento por Salcobrand S.A. de ejecutivos de la competencia y el que éstos tengan una participación nominal en la propiedad de Farmacias Ahumada S.A. sea sintomático del acercamiento entre los competidores.

19. La Fiscalía Nacional Económica menciona como un hecho sintomático de un acercamiento entre los competidores, el que Salcobrand S.A. haya contratado 5 ejecutivos de Farmacias Cruz Verde S.A. y de Farmacias Ahumada S.A. y, más aún, que uno de ellos mantenga una participación en la propiedad de esta última.

La verdad es que no se entiende cómo el hecho de contratar un ejecutivo que ha prestado servicios a la competencia puede ser visto como un acto sintomático de acercamiento, cuando éste es un hecho habitual en el mercado, esperable de quien ingresa como nuevo actor a la industria y, de alguna manera, un acto de naturaleza hostil para los competidores afectados.

No se entiende, tampoco, de dónde puede deducirse una suerte de prohibición de contratar ejecutivos de la competencia, o que la posibilidad de dichos ejecutivos de trabajar en empresas del rubro, por las experiencias y habilidades adquiridas, se encuentre vedada, por el sólo hecho de tener injerencia en la propiedad o administración de otra empresa.

En este sentido, no hace mucho don Elmer Torres Cortés, Presidente del Colegio de Químico-Farmacéuticos de Chile A.G., recordaba que cerca del 80 por ciento de los químicos farmacéuticos trabajan en alguna de las grandes cadenas de farmacias. Sin perjuicio de que la restricción que se pretende suena a una privación ilegal o arbitraria de la garantía constitucional de libertad del trabajo asegurada a todas las personas en el número 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y que por este motivo dudamos que el Honorable Tribunal acoja la petición que la Fiscalía Nacional Económica formula a este respecto, cabe hacer presente que de acogerse dicha petición se generaría una seria barrera de entrada al mercado ya que, por prohibir a cualquier nuevo actor contratar profesionales de la competencia, haría más onerosa, más arriesgada, si no imposible, la entrada a ese mercado: ¿qué nuevo actor se atrevería a entrar al mercado si le está vedado contratar ejecutivos de la competencia con experiencia probada en el mismo?

En cualquier caso, cabe señalar que la participación que un ejecutivo de Salcobrand S.A. habría tenido en la propiedad de Farmacias Ahumada S.A., sociedad anónima cuyas acciones se transan en bolsa, era una propiedad insignificante, sin ninguna injerencia en la administración, y sinceramente no nos parece serio de parte de la Fiscalía Nacional Económica formular una imputación como la de autos, con escándalo y publicidad, fundada en esta situación.

En todo caso, aprovechamos de mencionar que, en forma previa a la formulación de este requerimiento y por razones completamente ajenas a las que motivan el mismo, el referido ejecutivo fue desvinculado de la empresa.

20. En definitiva, no hay razón para ver en el reclutamiento de ejecutivos algo más que un acto lícito, sujeto a su propia lógica comercial y absolutamente respetuoso de la libre competencia y, por el contrario, de acogerse la prohibición de reclutamiento que propone la Fiscalía Nacional Económica, se generaría una severa barrera de entrada al mercado.

(c)

No es efectivo que el convenio entre Salcobrand S.A. y la sociedad Socofar S.A., central de compras de Farmacias Cruz Verde S.A., para el abastecimiento de medicamentos genéricos, constituya una alianza estratégica o un acuerdo de cooperación entre competidores ni que el referido convenio sea sintomático de un acercamiento entre los mismos.

21. El convenio de abastecimiento de medicamentos genéricos celebrado entre Salcobrand S.A. y la sociedad Socofar S.A., central de compras vinculada a Farmacias Cruz Verde S.A., es calificado por la Fiscalía Nacional Económica como un *acuerdo de alianza estratégica* y mencionado también como un *acuerdo de cooperación*.

Nuevamente, no entendemos cómo se ha podido calificar un mero convenio de abastecimiento, celebrado como resultado de un amplio proceso de cotizaciones, para el suministro de medicamentos genéricos distintos de los medicamentos objeto del presente requerimiento, como un acuerdo de *alianza estratégica* o *acuerdo de cooperación*.

Al calificar el convenio de abastecimiento en cuestión como *alianza estratégica* o *acuerdo de cooperación*, la Fiscalía Nacional Económica ha hecho caso omiso de la naturaleza jurídica del convenio, de las circunstancias en que se adjudicó, de su relevancia y de la realidad de las cosas, y, de un modo ajeno a la seriedad y sobriedad que se espera de autoridades del Estado, ha recurrido a expresiones sensacionalistas que sin sustento alguno contribuyen a crear una imagen monopolística de las actuaciones de Salcobrand S.A. completamente ajena a la realidad.

El hecho es que Salcobrand S.A. cotizó ampliamente la compra de medicamentos genéricos y el convenio es simplemente la consecuencia de haber adjudicado el abastecimiento de ciertos medicamentos a la mejor oferta, sin perjuicio de lo cual cabe agregar que el abastecimiento en cuestión está referido apenas a aproximadamente un 4% de las compras de Salcobrand S.A. y que, como reconoce la propia Fiscalía Nacional

Económica, el suministro ofrece ventajas comparativas que justifican y explican la existencia del convenio, de modo que no se ve cómo pueda atribuírsele alguna relevancia en orden de producir un acercamiento entre actores de la competencia o constituir *alianzas estratégicas* o *acuerdos de cooperación*. Es más, como la propia Fiscalía Nacional Económica lo reconoce, si bien Socofar S.A. está vinculada a Farmacias Cruz Verde S.A., se trata de un distribuidor descrito como mixto, esto es, no sólo provee a Farmacias Cruz Verde S.A. sino que lo hace también libre y abiertamente a otras farmacias del país. Y en todo caso cuenta con una administración e instalaciones absolutamente distintas e independientes de Farmacias Cruz Verde S.A.

Por último, no se entiende la relevancia que la Fiscalía Nacional Económica atribuye a este acuerdo, mientras en el mismo requerimiento da por sentada la existencia de contratos de suyo más controversiales desde el punto de vista del imperio de la libre competencia y del nivel de concentración del mercado, de los que sin embargo no hay una sola palabra de cuestionamiento o justificación.

22. En definitiva, no hay razón para ver en el referido convenio algo más que un acto lícito, sujeto a su propia lógica comercial y absolutamente respetuoso de la libre competencia.

(d)

El hecho de que el alza de precios esté referida a medicamentos éticos y notorios no implica la existencia de un acuerdo en tal sentido.

23. La Fiscalía Nacional Económica sostiene que los precios de los medicamentos éticos y notorios habrían sido los más afectados por la que se ha denominado guerra de precios, precios que no se habrían podido alzar de no haber acuerdo, porque la demanda por esos medicamentos se habría desviado a la competencia sin aumentar los márgenes y perdiendo cuotas de mercado.

Al respecto, debe aclararse que el alza del precio de ciertos medicamentos dispuesta por Salcobrand S.A. no se dispuso por el hecho de tener dichos medicamentos el carácter de éticos y notorios, sino porque, como reconoce la misma Fiscalía Nacional Económica, esos medicamentos eran los más afectados por los negativos márgenes provocados por las agresivas políticas de precios de los competidores y, como se ha

señalado anteriormente, en tales circunstancias tiene toda lógica comercial intentar unilateralmente un alza de precios.

Ahora, que para alzar el precio de dichos medicamentos era necesario un acuerdo, es una afirmación falsa y desmentida por los hechos: lo cierto es que Salcobrand S.A. dispuso el alza de su precio con entera independencia, autonomía y en ausencia de todo compromiso o vinculación con los competidores, a riesgo de perder participación de mercado, y el resultado es que sí pudo aumentar los márgenes y la competencia simplemente siguió sus pasos.

No está demás reiterar lo expuesto en el sentido que cómo hayan obrado las otras farmacias está más allá de su control y que la coincidencia meramente accidental de intereses con las mismas, no priva a la estrategia de Salcobrand S.A. de su condición de actuación enteramente independiente, autónoma y ausente de todo compromiso o vinculación con los competidores.

24. La Fiscalía Nacional Económica agrega que el alza coetánea y paulatina de los precios de los medicamentos en cuestión provocaría en el público la sensación de encarecimiento generalizado de los mismos, evitando que el público cambiara su opción y se levantaran sospechas, y por otra parte el que se tratara de medicamentos éticos y notorios aseguraba la eficacia del alza de precios por la inevitabilidad del consumo.

Las afirmaciones formuladas a este respecto son explicaciones sobre los que podrían haber sido en teoría razones para llegar a un acuerdo de alza de precios, pero no es más que una lucubración intelectual sin asidero en hechos o realidades efectivas.

En todo caso, no está demás señalar que en la especie no existía ninguna necesidad de crear sensaciones de encarecimiento generalizado de los medicamentos, cuando era un hecho público y notorio que los precios de los medicamentos en cuestión se encontraban deprimidos, a niveles muy inferiores a los niveles de mercado, producto precisamente de años de agresivas políticas de precios entre las farmacias.

25. El hecho de que Salcobrand S.A. escogiera para el alza de precios los medicamentos éticos y notorios, reiteramos, no tiene otra razón de ser que el hecho de que se trataba de los medicamentos más afectados por la pérdida de margen de rentabilidad y, en consecuencia, coincidían de lleno con los objetivos de la estrategia establecida al efecto.

26. En definitiva, no hay razón para pensar que un alza de precio en esa categoría de medicamentos, sea algo más que un acto lícito, sujeto a su propia lógica comercial y absolutamente respetuoso de la libre competencia.

(e)

No es efectivo que las alzas de precios hayan sido como se dice simultáneas, uniformes y significativas y, en todo caso, no son sintomáticas de un acuerdo de alza de precios.

27. La Fiscalía Nacional Económica menciona reiteradamente como un hecho sintomático del acuerdo de las farmacias requeridas para subir los precios de los medicamentos, el que dichas alzas tenían lugar en forma simultánea (con tiempos muy cortos de respuesta), uniformes (magnitudes similares) y significativa (promedio 48% y en algunos casos más de 100% de incremento del precio).

28. En términos generales, es preciso consignar que, de acuerdo a la jurisprudencia uniforme de este Honorable Tribunal, este tipo de coincidencias que invoca la Fiscalía Nacional Económica no son indicativos de acuerdo o acto alguno que atente contra la libre competencia.

29. Sin perjuicio de lo anterior, no es efectivo que las alzas de precios hayan sido como se dice “*simultáneas, uniformes y significativas*” y sean sintomáticas de un acuerdo de alza de precios.

A fin de apreciar adecuadamente el error en el que incurre la Fiscalía Nacional Económica a este respecto, cabe señalar lo siguiente.

En primer lugar, el mercado de los medicamentos se caracteriza porque sus consumidores son extraordinariamente buscadores de precio, se las arreglan para buscar medicamentos sustitutos y su versión en medicamentos genéricos de más bajo precio, todo ello facilitado por la superposición geográfica de los locales de las diversas farmacias, resultado esto último de la intensa rivalidad que caracteriza a este mercado, lo que tiene como consecuencia el que haya una alta propensión al arbitraje de precios que hace tender dichos precios hacia la uniformidad en plazos relativamente breves.

En segundo lugar, cabe tener presente que contribuye a que dicho arbitraje cobre relevancia empírica la altísima rivalidad entre los competidores del mercado, rivalidad que contribuye además a que la respuesta a las variaciones de precio sea muy rápida y tenga lugar, en forma sucesiva, en más de una oportunidad, incluso en un mismo

día. Las farmacias, como veremos a continuación, hacen uso de toda la información a su alcance, procurando que la misma fluya en tiempo real, de modo de evitar disparidades con el mercado. En este orden de cosas, un alza de precios puede ser seguida o no por el mercado pero, si es seguida, la respuesta es muy rápida y la variación tiende a la uniformidad, sin que para ello haya tenido lugar un acuerdo colusivo. Y una dinámica similar se puede constatar en las bajas de precios.

En tercer lugar, en este mismo sentido también contribuye a que dicho arbitraje se materialice y se verifique en un muy breve tiempo, el alto grado de transparencia del mercado y, específicamente, la información disponible sobre los precios de los medicamentos de la competencia. En efecto, en este mercado hay una amplísima información en relación a los precios de los medicamentos de la competencia, disponible por las más diversas razones:

- (i) Por las exigencias formuladas en su oportunidad por la Honorable Comisión Resolutiva a los laboratorios en cuanto a la publicidad de sus precios y descuentos;
- (ii) Por las exigencias formuladas por las autoridades del Servicio Nacional del Consumidor a los laboratorios y farmacias;
- (iii) Por la posibilidad de acceder a la información que hacen pública los laboratorios en su propio interés de establecer precios sugeridos de venta al público;
- (iv) Porque las farmacias cuentan con departamentos e invierten cantidades importantes en la observación día a día, minuto a minuto, de los precios efectivos de los productos más relevantes de la competencia;
- (v) Por la baja onerosidad que para los consumidores tiene el verificar los precios de la competencia habida consideración del traslape espacial de zonas de influencia de los puntos de venta y la existencia de precios parejos en los distintos puntos de venta; y
- (vi) Por los propios comentarios de los consumidores al personal de los locales de venta.

Es fácil comprender cómo estas circunstancias facilitan la rápida reacción de las farmacias.

En cuarto lugar, la prolongada aplicación de agresivas políticas comerciales por parte de varios actores en el mercado, que han tenido por efecto el que un enorme número de productos ha estado sometido a condiciones de comercialización con márgenes negativos, explican también el breve tiempo en el que se arbitran los precios y, asimismo, la

magnitud que en algunos casos hayan podido alcanzar las alzas de precio, pese a todo lo cual muchos medicamentos éticos continúan comercializándose con márgenes negativos y muchos de ellos a precios que en unidades de fomento no recuperan los niveles de precios existentes el año 2003.

Por último, no se debe olvidar lo mencionado en el sentido que los laboratorios, por su propio interés, presionan constantemente a las farmacias para que se sigan sus sugerencias de precio de venta al público y sus productos conserven sus condiciones de competitividad.

En todo caso, reiteramos que no es efectivo que las alzas de precios hayan sido del todo simultáneas, uniformes y significativas.

En estricto rigor las alzas han sido todas consecutivas como lo reconoce la propia Fiscalía Nacional Económica, sólo que los precios se han arbitrado en un muy breve lapso.

Las alzas tampoco han sido del todo uniformes, prueba de lo cual es que respecto de muchos de los referidos medicamentos las diferencias de precios se mantenían por días o semanas, tiempo durante el cual los precios no han sido iguales o similares.

Las alzas de precio tampoco han sido siempre significativas: desde luego no lo son si se considera que los 222 medicamentos en cuestión son sólo algunos de los 470 medicamentos objeto de la presente investigación, sólo algunas de las cerca de 1.500 variaciones de precio materializadas en el período en cuestión, y sólo algunos del total de 5.000 medicamentos que se comercializan en una farmacia. No son significativas, por otra parte, si se considera que en todos los casos el alza obedece a que el respectivo medicamento había sido afectado previamente por rebajas substanciales de su precio, incluso bajo su costo directo. Y no son significativas, por último, si se considera que la magnitud del alza de precio en cuestión, juzgada en función de lo que podría considerarse como precio razonable a obtener por el respectivo producto, escasamente ha permitido a la empresa obtener respecto de algunos de esos productos márgenes positivos de comercialización. Salcobrand S.A. aún cuenta con aproximadamente 184 medicamentos éticos cuyo margen de comercialización es negativo y ello se explica si se tiene en consideración que a la fecha muchos de sus productos tienen precios inferiores en unidades de fomento a los que tenía el año 2003.

La Fiscalía Nacional Económica ha tomado una muestra estadística parcializada, selectiva, arbitraria y definitivamente no representativa de la realidad del mercado. La muestra, además, se tergiversa artificiosamente, al exhibir como casos de alzas de carácter simultáneas, uniformes y significativas, listados de medicamentos afectados sin más por alzas de precio en los períodos que indica, cuestión que queda de manifiesto cuando a continuación sólo es capaz de singularizar con cierto detalle no más de un par de casos de alzas de precio que según ella tendrían esas características, respecto de las cuales incluso recurre a *precios promedio* para justificarlas.

Sin ir más lejos, el Servicio Nacional del Consumidor ha manifestado en varias oportunidades, con publicidad y con escándalo, su preocupación porque habrían diferencias de precio de los medicamentos ofrecidos por las mismas requeridas de hasta 122 por ciento: *palos porque bogas palos porque no bogas*.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe por último agregar que, por las mismas razones expresadas precedentemente, particularmente la tendencia al arbitraje de precios, la altísima rivalidad de sus competidores y el elevado traslape espacial de las zonas de influencia de las farmacias como resultado de esa intensa rivalidad, las características observadas por las variaciones de precios en el sentido de ser en alguna medida simultáneas (con tiempos muy cortos de respuesta), uniformes (magnitudes similares) y significativas (como porcentaje de incremento) están presentes tanto en mercados al alza como en mercados a la baja. Es un hecho que del total de las cerca de 2.193 variaciones de precios experimentadas por los medicamentos comercializados por Salcobrand S.A. en el período comprendido entre noviembre de 2007 y abril de 2008 aproximadamente 1.386 son alzas y aproximadamente 807 son bajas y es posible apreciar que las formas en que se producen todas ellas son similares.

30. Es notable que la Fiscalía Nacional Económica al emitir sus juicios sobre esta materia haya hecho caso omiso al funcionamiento del mercado, haya ignorado del todo su dinámica natural, y haya escogido con total prescindencia del funcionamiento natural del libre mercado la explicación conspirativa en vez de la más factible y razonable.

En definitiva, lo que la Fiscalía Nacional Económica juzga como el principal indicio de colusión no es sino un indicio del funcionamiento natural del libre mercado: *cambios más o menos coetáneos de precios en el segmento de los medicamentos notorios*.

31. Las consideraciones anteriores permiten apreciar que, aunque las alzas en cuestión pudieran haber resultado en alguna medida simultáneas (con tiempos muy cortos de respuesta), o uniformes (magnitudes similares), o significativas (como porcentaje de incremento), por las razones expresadas no son más que actos lícitos, sujetos a su propia lógica comercial y absolutamente respetuosos de la libre competencia, y en todo caso reflejos del funcionamiento natural del libre mercado.

(f)

Si bien puede ser cierto que las alzas de precio no tienen justificación necesariamente en variaciones del costo de adquisición de los medicamentos, no es menos cierto que el motivo de las alzas ha sido recuperar un margen razonable de comercialización de los medicamentos.

32. La Fiscalía Nacional Económica da cuenta de los altos costos de las farmacias y da cuenta de los márgenes negativos a que en el caso de cada una de las farmacias condujeron las agresivas políticas de precios, por lo que en verdad extraña que haga juegos de palabras en torno a los costos para omitir el reconocimiento a una cuestión tan obvia desde el punto de vista económico.

El punto es que la Fiscalía Nacional Económica manifiesta su perplejidad porque las variaciones uniformes de precios no tengan un “*motivo aparente*”, omitiendo el hecho de que las alzas de los precios en cuestión, al menos en el caso de Salcobrand S.A., como mencionamos anteriormente, tuvieron su motivación en la necesidad de incrementar los márgenes de medicamentos que por mucho tiempo se comercializaron con márgenes negativos.

La ausencia de todo análisis al respecto la llevó a que se omitiera, también, toda consideración a la justificación o racionalidad económica que respalda la iniciativa de Salcobrand S.A. de subir unilateralmente los precios de los medicamentos notorios afectados por márgenes negativos y a la lógica de arbitraje de precios consecuencia de la intensa rivalidad existente en el mercado.

Y la ausencia de un adecuado análisis de las circunstancias que han afectado al mercado, ha impedido a la Fiscalía Nacional Económica apreciar que, así como en su origen los precios de los medicamentos bajaron sin consideración a una baja del costo de los mismos, del mismo modo los precios de los medicamentos subieron sin consideración

directa a un alza de los costos, por lo que sus suspicacias al respecto carecen de fundamento.

El punto es relevante porque la tendencia a que los cambios de precios en este mercado sea más o menos coetáneos se da tanto en episodios de precios a la baja como al alza, y con precios altos como con precios bajos. Los precios por categorías de productos pueden asentarse en diversos niveles, dependiendo de una multiplicidad de circunstancias, algo propio de mercados en los que pueden existir múltiples equilibrios posibles. En este punto la literatura sobre la materia se ha referido al funcionamiento de mercados en los que se dan múltiples equilibrios posibles y al impacto que por ejemplo puede tener una “*señal*”, por muy irrelevante que sea desde el punto de vista económico, en cuanto sirve para que se mueva la generalidad de los agentes económicos en una misma dirección.

Aunque se trate de una conjetura, las agresivas políticas de precios que se generaron en este caso respecto de ciertos medicamentos, con amplia publicidad en el mercado, podrían tener una explicación en la decisión de venta de las farmacias Salcobrand S.A., señal que explicaría que uno de los competidores haya bajado los precios para desalentar la compra por parte de un nuevo actor en el mercado, baja respecto de la cual los demás competidores no habrían tenido más alternativa que seguirlo (precios arbitrados son la única condición de borde).

Y bien podría ser, nuevamente a modo de conjetura, que habiendo entrado al mercado el nuevo accionista de Salcobrand S.A., éste desplegara unilateralmente su estrategia de intentar un alza de precios con el propósito de elevar los márgenes negativos en un amplio grupo de productos, señal que explicaría la disposición de los demás competidores a seguir el alza porque leerían: la política agresiva de precios no desalentó al nuevo entrante y mejor seguir una iniciativa de alza de precios antes que seguir con márgenes negativos.

En el marco de esta misma lógica no debiera causar sorpresa o suspicacia alguna el que hayan cesado las alzas de precio cuando ejecutivos de las farmacias requeridas fueron citados a declarar a la Fiscalía Nacional Económica, señal irrelevante desde el punto de vista económico, pero determinante, por temor reverencial, de que se asentará un equilibrio de precios en cierto sentido.

En realidad sorprende que la Fiscalía Nacional Económica se asombre con esta circunstancia.

33. En definitiva, el hecho de que las alzas de precio tengan su justificación en hechos distintos de un aumento de costos no las priva de su condición de actos lícitos, sujetos a su propia lógica comercial y absolutamente respetuosos de la libre competencia.

(g)

Es falso que ninguna de las farmacias actualmente base su estrategia competitiva en vender más barato que la competencia los medicamentos en cuestión y que todas ellas lo hagan sobre la base de una estrategia de: (i) supuesta mejor atención, (ii) beneficios complementarios financiados por los laboratorios (packs), (iii) promoción en productos de belleza y OTC (productos de venta libre, sin receta médica, como los genéricos no éticos).

34. En efecto, es falso que las farmacias no consideren en sus estrategias el precio de los medicamentos, por varias razones: (i) porque las estrategias de los agentes económicos están siempre considerando de uno u otro modo *producto, precio, publicidad y plaza*, un lugar común en técnicas de marketing; (ii) porque las estrategias de una compañía son cambiantes y se van adaptando a las circunstancias del mercado; y (iii) porque en este caso particular es posible apreciar como un elemento constitutivo de las estrategias de muchas de las farmacias que operan en el mercado la oferta de descuentos y promociones para muchos medicamentos, descuentos y promociones que no son otra cosa que rebajas de precio. A este respecto, basta que la Fiscalía Nacional Económica se de el tiempo de leer la publicidad de productos farmacéuticos publicados día a día en los distintos medios del país.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que los consumidores no sólo se benefician de la competencia en precios, sino también de la contienda por proveer el mejor servicio y otros atributos como la garantía de seguridad del bien adquirido y una serie de intangibles.

La verdad es que no vemos por qué las estrategias competitivas deban necesariamente estar referidas en todo momento a niveles de precio: ningún mercado de retail funciona de esa forma y coexisten en el retail, incluso tratándose de alimentos, estrategias enfocadas en precio (Wal-Mart) y estrategias diferenciadoras por calidad (“*La calidad no cuesta más ...*”) En el caso de Salcobrand S.A. la estrategia ha estado claramente alineada en torno a ganarse el consumidor con variables adicionales al mero

precio, lo cual no sólo es legítimo sino que corresponde a las mejores y más generalizadas prácticas del retail del mundo de hoy.

Por último, no vemos por qué los agentes económicos de un mercado deban tener necesariamente estrategias diferentes y, por lo mismo, no vemos cómo el hecho de que todas las farmacias tengan estrategias en esta misma línea pueda ser razón para entender que exista alguna suerte de concertación o acuerdo en torno al nivel de precios. Hay mercados donde coexisten estrategias distintas y otros donde el mercado converge a una misma estrategia, sin que en uno u otro caso pueda hablarse de concertación, reparto de mercado u otro ilícito.

En el caso de Salcobrand S.A. la estrategia impuesta por la nueva administración ha estado claramente alineada en torno a ganarse al consumidor sobre la base de variables adicionales al precio, cuestión perfectamente razonable, legítima y eficaz, particularmente para cambiar la imagen de las farmacias en el mercado.

Y no debe olvidarse que el negocio de las farmacias es en definitiva un negocio de venta a público de una multiplicidad de productos (retail), con varias alternativas en cada categoría, suministrados por una diversidad de proveedores interesados en influir en el precio final a público y donde además funcionan otros negocios anexos como el financiero.

35. En definitiva, que las estrategias competitivas no se refieran a niveles de precios no es efectivo y en cualquier caso no las priva de su calidad de actos lícitos, sujetos a su propia lógica comercial y absolutamente respetuosos de la libre competencia.

(h)

No es sintomático de un acuerdo de alza de precio entre las farmacias el hecho de que laboratorios comunicaran con anticipación alzas de precio, sugerencias del precio de venta al público, así como la fecha de ocurrencia del alza, la farmacia a implementarla, ni el hecho de que representaran las descoordinaciones, guardando un margen para las farmacias en los precios sugeridos del orden del 20 al 25%.

36. La sugerencia de precios, así como el intento de coordinación y seguimiento de sus variaciones, como señalamos anteriormente y ha reconocido la Fiscalía Nacional Económica, son actos propios de los laboratorios que se arrastran desde tiempos inmemoriales.

El proceder de los laboratorios en este sentido se entiende en una lógica comercial que obedece a los intereses propios de los mismos laboratorios, en orden a que la distribución de sus productos a través de las farmacias se lleve a cabo de un modo que le permita competir en condiciones óptimas con los productos de los demás laboratorios distribuidos a través de las mismas farmacias. Los laboratorios producen cada uno sus propios medicamentos, medicamentos que promueven y comercializan con sus propias marcas en todas las farmacias, y que compiten con sustitutos producidos por otros laboratorios que proceden del mismo modo.

Los márgenes que puedan proponer en uno u otro sentido por otra parte carecen de relevancia, puesto que, como mencionamos en el Capítulo III precedente, sólo de manera azarosa los precios sugeridos por los laboratorios se han traducido en precios efectivos de Salcobrand S.A., quien define sus precios de venta a público con entera autonomía e independencia, fundada en una lógica propia, en ausencia de todo compromiso o vinculación con los laboratorios o las demás farmacias, y de acuerdo a las estrategias propias de la compañía.

En tales términos, las conductas de sugerencia de precios y de coordinación y monitoreo de variaciones de precios por parte de los laboratorios, no pueden ser entendidas como sintomáticas de un acuerdo de alza de precio entre las farmacias.

37. En todo caso, la sugerencia de precios y los intentos de coordinación y monitoreo de variaciones de precios a nuestro juicio no constituyen actos que puedan ser imputables a Salcobrand S.A. por las razones expresadas y las mencionadas, a mayor abundamiento, en el Capítulo III del presente escrito.

-----

38. A estas alturas, no podemos dejar de llamar la atención sobre un vicio metodológico de fondo que apreciamos en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica: *la modelación de la realidad escogiendo de modo parcial y antojadizo un conjunto de "indicios", muchos de ellos derechamente falsos o incorrectos, y pretender después que los mismos indicios "sólo pueden explicarse" por medio de una gran conjetura: "la existencia de un acuerdo"*.

El proceder de la Fiscalía Nacional Económica a este respecto está muy lejos de lo que son las prácticas comúnmente aceptadas de investigación económica, que

consisten sencillamente en hacer competir a hipótesis alternativas y seleccionar finalmente la que resulte más consistente con toda la evidencia de que se dispone.

39. Un ejemplo puede servir para ilustrar el vicio metodológico que se aprecia en el proceder de la Fiscalía Nacional Económica.

En efecto, el principal indicio que la Fiscalía Nacional Económica invoca para concluir que ha habido un acuerdo colusivo de precios es el *alza coetánea de precios*, indicio que según ella no tendría otra *explicación alternativa razonable*.

La verdad es que el alza coetánea de precios no tiene una única explicación posible como quiere hacer creer la autoridad y, muy lejos de lo señalado en el numeral 77 del requerimiento, sí existen como se ha mostrado explicaciones alternativas razonables.

El análisis de otras evidencias de la realidad del mercado, como la intensa rivalidad entre competidores y la transparencia del mercado, explican condiciones altamente facilitadoras de la búsqueda de precios por parte del consumidor, particularmente aplicables a los productos notorios (categoría a la que corresponden todos los productos analizados por la Fiscalía Nacional Económica), facilidad de búsqueda que conduce a un arbitraje de los precios del mercado y a una inversión explícita de recursos por parte de las farmacias para evitar desviaciones de precio que en definitiva provocan que los precios de los medicamentos notorios se muevan de acuerdo a un *patrón coetáneo*.

Es así como el principal hecho que la Fiscalía Nacional Económica invoca como evidencia de colusión (*alza coetánea de precios*), se explica como el equilibrio más probable en un mercado en el que por su intensa rivalidad sus precios se mueven de acuerdo a un patrón coetáneo (*precios arbitrados en las categorías notorias*).

Esta explicación alternativa no sólo es razonable, sino que es mejor que la de la Fiscalía Nacional Económica en el sentido científico del término: resulta consistente con otros aspectos de la realidad donde la explicación de la Fiscalía Nacional Económica es claramente inconsistente.

En efecto, los precios de las categorías notorias han tendido a moverse coetáneamente *no sólo en las alzas sino en las bajas de precio* ¿existió colusión para bajar antes los precios? Las alzas y bajas en los productos investigados por la Fiscalía Nacional Económica, por otra parte, tienen *correlación inversa* con los miles de medicamentos también expendidos a público por las farmacias y no incluidos en esta investigación. ¿Cuál

sería el sentido de un acuerdo que afecta sólo un segmento del mercado y no tiene *influencia discernible sobre el agregado de precios* que debiera ser el objetivo final de los participantes?

Y las dudas en relación a la verosimilitud del relato de la Fiscalía Nacional Económica suman y siguen: ¿Cómo se entiende un acuerdo que después de implementado *mantiene todavía un 4% de los medicamentos expendidos con margen negativo* y cómo se entiende que dicho *guarismo sea similar* al del año 2004? ¿Cómo resultaría factible un acuerdo en un mercado que exhibe *cambios en la participación de mercado* tan dramáticos como los que exhibe éste? ¿Es razonable y factible un acuerdo en un mercado con *altas tasas de crecimiento* en el gasto en medicamentos y en los espacios geográficos en disputa todos los años?

Sin perjuicio de que afirmamos derechamente que Salcobrand S.A. no ha participado de acuerdo alguno, la hipótesis de que el alza coetánea de precios es consecuencia del *arbitraje inducido por la rivalidad existente en el mercado*, no sólo es más consistente con toda la evidencia de otros aspectos de la realidad, sino que es claramente más sencillo que el modelo alternativo de la Fiscalía Nacional Económica que habla de acuerdos no documentados, acuerdos colusivos, acuerdos de cooperación, alianzas estratégicas, pactos de paz, etc. celebrados no se sabe por quién, cuándo, ni dónde, y que habla de acercamientos de los competidores que se inician cuando el nuevo controlador de Salcobrand S.A. ingresa al mercado y levanta a ejecutivos de la competencia: ¿desde cuándo levantar a un ejecutivo de la competencia por parte de un nuevo actor en el mercado es indicio de acercamiento?.

40. Y los ejemplos para ilustrar el vicio metodológico que se acusa en la Fiscalía Nacional Económica y la absoluta disociación de sus afirmaciones con la realidad no se agotan en el ejemplo antes mencionado.

En efecto, la Fiscalía Nacional Económica interpreta el celo de los partícipes del mercado de las farmacias por vigilar que los precios de los productos notorios no se desvíen de los de la competencia como un “*mecanismo de control*” del cartel, ignorando la hipótesis más simple y directa según la cual el seguimiento de los precios es, como se explicó, una consecuencia de la intensa rivalidad del mercado.

La Fiscalía Nacional Económica manifiesta en términos absolutos que no hay otra explicación razonable para el alza de precios que un acuerdo colusivo, haciendo caso omiso a la lógica comercial que según vimos motivó el alza de los precios de medicamentos (la *existencia de márgenes directos negativos*).

Las supuestas *guerras de precios*, que se dicen recurrentes sin mencionar antecedente alguno al respecto, son interpretadas por la Fiscalía Nacional Económica como mecanismos de castigo del cartel: ¿cuáles habrían sido éstas guerras? ¿cuántas son? ¿en qué categorías de los más de 5.000 productos farmacéuticos o de los más de 7.000 productos no farmacéuticos que venden las farmacias habría tendido lugar esta guerra? No hay antecedentes, no hay análisis y no hay respuestas.

La Fiscalía Nacional Económica hace caso omiso de la inconsecuencia que significa suponer que existe un acuerdo colusorio para el alza del precio de ciertos medicamentos cuando, después denominadote cerrado el supuesto *pacto de paz*, subsiste un número similar de productos con margen negativo a los que había el 2004.

Las *comunicaciones de los laboratorios* a las farmacias, por arte de magia y tendenciosas interpretaciones, son presentados por la Fiscalía Nacional Económica como comunicaciones entre las farmacias, para lo cual la misma lucubra sobre la supuesta intermediación a la que se habrían prestado los laboratorios: ¿qué laboratorios? ¿cómo? ¿cuándo? ¿a cambio de qué?.

La Fiscalía Nacional Económica se sorprende de que los precios hayan subido *sin motivo aparente*, ignorando que un motivo era ni más ni menos que las farmacias perdían dinero con cada venta que hacían, ignorando de paso que con anterioridad los precios también bajaron *sin motivo aparente*. La Fiscalía Nacional Económica llega al extremo de sostener que la única forma en que una farmacia podría revertir la comercialización de sus productos con margen negativo, sería mediante un acuerdo de colusión con la competencia.

Por último, en el marco de su metodología (si acaso es dable hablar de un marco metodológico), la Fiscalía Nacional Económica concluye que, como todas las características del mercado que menciona serían proclives a un acuerdo, entonces el acuerdo habría existido.

41. La verdad es que no queremos agobiar al Honorable Tribunal con más ejemplos de las absurdas, ligeras y antojadizas conjeturas y lucubraciones de la Fiscalía Nacional Económica contenidas en las numerosas páginas de su requerimiento.

Los relatos, conjeturas y lucubraciones pueden ser muchos: hipótesis respetables que pasen el examen de mínima racionalidad científica son muchas menos.

En el caso que nos ocupa, la Fiscalía Nacional Económica intenta un relato en el que se refiere a una supuesta guerra de precios en la que habría estado sumida la industria, guerra que sería el mecanismo de control de un supuesto cartel: ¿había un cartel en funcionamiento antes que entrara el nuevo controlador a Salcobrand S.A.? El relato sigue con que la entrada del nuevo controlador a Salcobrand S.A. habría producido un acercamiento entre los agentes comprometidos en la guerra de precios y entonces uno se pregunta: si la guerra de precios es el mecanismo de control del cartel y el cartel existía de antes que entrara el nuevo controlador de Salcobrand S.A. ¿por qué se requiere de este nuevo actor, no participante del cartel previo, para reordenar el mismo?. Y así sigue con que el acuerdo estaría referido a medicamentos éticos: ¿por qué podría interesar a las farmacias llegar a un acuerdo de precios en relación a los medicamentos éticos cuyo margen sólo aprovecharía a los laboratorios? Y luego agrega que el acuerdo se habría estructurado a través de los laboratorios: ¿qué laboratorios? ¿cómo? ¿cuándo? ¿a cambio de qué?. El resto ya lo conocemos.

Si de relatos se trata, ya vimos que pueden haber relatos alternativos, como el que las agresivas políticas de precio fueron una acción destinada a desincentivar el ingreso de un comprador a la propiedad de Salcobrand S.A. y que la posterior alza de los mismos precios fue una respuesta al alza promovida por el nuevo actor seguida por el resto de los competidores ante el fracaso de su estrategia de desalentar el ingreso de un nuevo competidor.

Sin embargo, aunque este sea un relato posible, sólo es eso, un relato, y sería pretencioso e ilusorio vestir con ropaje de teoría económica lo que a estas alturas no es más que una lucubración.

42. A este respecto, lo más que puede decirse es que habiendo medicamentos con márgenes directos negativos, había una alta probabilidad de que en algún momento algún actor del mercado intentase una acción correctiva y de que esa acción fuera seguida

por los demás cuanto más negativos eran los márgenes de comercialización de los productos en cuestión: ¿muy difícil de aceptar?.

-----

43. Las consideraciones precedentes permiten concluir que las conductas que en este orden de cosas se imputan a Salcobrand S.A. como sintomáticas de un acuerdo de alza de precios de los medicamentos, son en verdad actuaciones comerciales lícitas y razonables y, en cualquier caso, actuaciones todas independientes, autónomas, fundadas en una lógica propia, en ausencia de todo compromiso o vinculación con los competidores. Y en todos estos casos las actuaciones de Salcobrand S.A., observan pleno respeto a la libre competencia y normalidad del mercado.

## VI.

UN MERCADO CON CARACTERÍSTICAS QUE FAVOREZCAN LA FACTIBILIDAD, CONTINUIDAD Y ÉXITO DE UN SUPUESTO ACUERDO DE ALZA DE PRECIOS, NO IMPLICA LA EXISTENCIA EFECTIVA DE DICHO ACUERDO, NI PUEDE PRIVAR A LOS AGENTES ECONÓMICOS DE SU DERECHO A DESENVOLVERSE NORMALMENTE EN EL MISMO.

44. La Fiscalía Nacional Económica se extiende latamente sobre estas materias, advirtiendo sobre una serie de condiciones que favorecerían la factibilidad, continuidad y éxito del supuesto acuerdo de alza de precios que imputa a las farmacias, y concluyendo en cierto modo que el supuesto acuerdo entre las farmacias requeridas existió simplemente porque sería esperable en esas condiciones que exista.

45. Al respecto, es preciso dejar en claro que el que un mercado tenga características que favorezcan la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios, no implica la existencia efectiva de dicho acuerdo y en consecuencia no puede ser considerado como evidencia o indicio de conductas en uno u otro sentido.

La Fiscalía Nacional Económica intenta persuadir al Honorable Tribunal de que las características estructurales del mercado serían favorables a la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de precios y que esta circunstancia sería evidencia de la existencia de un acuerdo de colusión entre las farmacias requeridas, olvidando que el rol del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es sancionar *conductas contrarias a la libre competencia y no características estructurales de mercado.*

Las características de un mercado no son conductas, ni siquiera indicios de conductas, sino lo que son, circunstancias, que no son culpa de ninguno de los actores del mercado, sino el resultado de un proceso evolutivo en el que interactúan una infinidad de factores exógenos a los mismos.

En el caso particular de los nuevos accionistas de Salcobrand S.A. ni siquiera podría imputárseles que esas características fueron generadas indirectamente por sus acciones: se trata de circunstancias que ya existían en el mercado cuando ingresaron al mismo y que por ende no podrían imputárseles si quiera indirectamente como conductas o indicios de conducta por su parte.

En cualquier caso, el que un mercado tenga características que favorezcan la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios, no sólo no implica la existencia efectiva de dicho acuerdo, sino que no puede privar a los agentes económicos de su derecho a desenvolverse normalmente en el mismo.

46. Sin perjuicio de lo anterior, Salcobrand S.A. discrepa de la descripción que la Fiscalía Nacional Económica hace del mercado relevante y sus características, en aspectos que son importantes de considerar a la hora de emitir un juicio sobre las actuaciones que se han sometido a consideración del Honorable Tribunal.

La Fiscalía Nacional Económica formula una descripción del mercado relevante que es equívoca y sin ningún apego a la realidad, descripción que luego manipula y adapta, sin ninguna consistencia lógica, según las circunstancias, para sacar las conclusiones a las que sus prejuicios la han conducido.

Aparte de esta inconsistencia, al tratar de sus características, la Fiscalía Nacional Económica se refiere a unas que no son tales, omite otras y hace deducciones que no se ajustan a las evidencias disponibles.

En definitiva, veremos que muchas de esas características que la Fiscalía Nacional Económica menciona, mal interpreta u omite para sostener que habrían condiciones que favorecen la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de precios, en verdad admiten una interpretación en sentido contrario, mucho más racional y apegada a los hechos, en el sentido de que en el mercado de los medicamentos opera en plenitud la libre competencia.

47. Sin ánimo de entrar en disquisiciones académicas y simplemente con el propósito de ilustrar al Honorable Tribunal sobre la equívoca concepción del mercado que parece tener la Fiscalía Nacional Económica y sus inconsistencias, queremos destacar cómo la Fiscalía Nacional Económica comienza identificando y describiendo artificiosamente 36 mercados relevantes que estarían constituidos por 36 categorías de medicamentos éticos, en un análisis que carece de la más mínima consistencia y coherencia económica, derivando luego sin ninguna explicación a la caracterización del mercado del expendio de medicamentos a público en general, mercado completamente diferente que analiza, también, sin ninguna consistencia y coherencia económica (las características que la Fiscalía Nacional Económica consigna como estructurales del mercado parecen estar referidas a esta última concepción del mercado relevante).

Esta ausencia de una consistencia y coherencia mínima en la identificación, descripción y caracterización del mercado relevante determina el que la Fiscalía Nacional Económica formule afirmaciones que no se entiende si están referidas al mercado restringido de 36 categorías de medicamentos o al mercado amplio de expendio de medicamentos al público, haciendo aplicables a un mercado, sin ningún rigor lógico, las deducciones que hace a partir de las características del otro, lo que invalida del todo sus argumentaciones en uno y otro sentido.

48. En efecto, la Fiscalía Nacional Económica comienza identificando y describiendo artificiosamente 36 mercados relevantes correspondientes a 36 categorías de medicamentos denominados mayoritariamente éticos, cuyas ventas sólo son permitidas bajo prescripción médica, en sus condiciones de crónicos o agudos, que generan percepción de precios en los consumidores y son de alto volumen de rotación. Agrega, con total prescindencia del sentido común, que sería posible distinguir incluso mercados relevantes determinados para cada uno de los medicamentos recetados por el médico tratante.

El análisis se funda en que en Chile no existirían estudios detallados de bioequivalencia y, por lo tanto, no habría certeza de que dos medicamentos, aún teniendo el mismo principio activo, produzcan los mismos efectos terapéuticos, a lo cual se sumaría el que el consumidor contaría con escasa disponibilidad de información para identificar posibles sustitutos del medicamento recetado.

A partir de esta afirmación, agrega que no sería probable que el consumidor sustituya un medicamento ético recetado por su médico y concluye que, aunque el principio activo y el uso terapéutico pudiera influenciar la decisión de consumo de una persona en relación a un determinado medicamento, ello no sería aplicable a los medicamentos éticos pues el consumidor no podría sustituirlos sin prescripción médica.

A mayor abundamiento, en apoyo de sus disquisiciones, desconoce las conclusiones a las que este Honorable Tribunal ha arribado en esta materia en otras ocasiones, que definen como mercado relevante el conformado por medicamentos que contengan un mismo principio activo o una misma finalidad terapéutica, porque dichas conclusiones se habrían adoptado al tratar de las relaciones comerciales entre los laboratorios farmacéuticos y entre éstos y las farmacias.

Y todo este alambicado análisis es para concluir que el consumidor de este mercado sería un consumidor cautivo sobre el cual las farmacias tendrían un enorme poder de mercado que habrían unido e incrementado exponencialmente para obtener beneficios indebidos a costa de los sectores desposeídos y de ahí derivar hacia otras conclusiones de su amaño.

49. En verdad, no entendemos cómo la Fiscalía Nacional Económica puede haber llegado a las conclusiones a las que arriba.

El mercado relevante que describe difiere desde luego de la realidad de las cosas, omite toda consideración a la superposición de intereses entre laboratorios y farmacias, y en cuanto a las características que le atribuye, ¡, sin apego al más mínimo rigor intelectual, describe las correspondientes a un mercado diferente, todo lo cual son indicios de la actitud prejuiciada de la Fiscalía Nacional Económica sobre la materia.

En consideración a lo anterior, es conveniente aclarar que el consumidor en este mercado no tiene el grado de cautividad que describe la Fiscalía Nacional Económica. Sinceramente, parece no haber ido nunca al médico, no haber ido jamás a comprar un medicamento, o no ha sabido aprovechar las ventajas de contar en todo lugar con la opción de 2 o 3 farmacias a menos de una cuadra de distancia y cada una con un químico farmacéutico a su disposición.

El punto es que una de las características del mercado de los medicamentos es que sus consumidores son extraordinariamente buscadores de precios, se las arreglan

para buscar medicamentos sustitutos y su versión en medicamentos genéricos de más bajo precio, igualmente éticos, a los que puede acceder fácilmente gracias a la amplia oferta de sustitutos y genéricos, a la superposición geográfica de locales que las farmacias ponen a su disposición, y a la información que puede recibir en todos los locales de un experimentado químico farmacéutico. No es por otra razón que los clientes habituales de una farmacia no exceden de 33 por ciento y no es otra la razón por la que los medicamentos genéricos han llegado a alcanzar del orden de un 30 por ciento de los medicamentos éticos que se expenden a través de los locales de farmacia.

El punto es particularmente relevante en el caso del más crítico de dichos consumidores, aquél que compra medicamentos éticos crónicos, semana a semana, quién tiene fácilmente la posibilidad de que su médico ajuste la prescripción a aquel de los medicamentos alternativos de precio más conveniente, práctica que se ha extendido también a los pacientes que requieren medicamentos éticos agudos y habituales que, anticipándose por experiencia al problema, piden a su médico la alternativa más económica.

La ausencia de estudios de bioequivalencia a la que la Fiscalía Nacional Económica asigna la mayor trascendencia es absolutamente irrelevante y por lo mismo es falso que el consumidor sea un preso de un determinado medicamento y no recurra a sustitutos de otras marcas o genéricos como erróneamente concluye la misma Fiscalía Nacional Económica.

Es conveniente aclarar, asimismo, que el más elemental análisis y una mínima consistencia con esta descripción inicial del mercado relevante contenida en la Sección III del requerimiento, sobre “El Mercado Relevante”, habría llevado a la Fiscalía Nacional Económica a constatar que cada medicamento ético lleva asociada marcas que son de propiedad de diversos laboratorios y que está en el interés de los laboratorios hacer acciones de promoción (marketing) que influyan en las decisiones de los médicos para a su vez influir sobre el consumidor para que demande su producto.

El punto es que la dinámica de competencia en una categoría terapéutica particular depende tanto de la intensidad de competencia de las farmacias como de la intensidad de competencia de los laboratorios.

En este orden de cosas, a su vez, tendría que haber reparado en que hay más de 70 laboratorios en el país - lo que por ejemplo no sería consistente con la hipótesis de

barreras de entrada - y que en cada categoría analizada los oferentes de sustitutos son más de diez y en algunos casos cercano a veinte laboratorios.

Esto último tendría que haber dejado como corolario el que existe un amplio espacio de sustitución para el consumidor porque, si no hubiese espacio y el consumidor fuese un cautivo de por vida de un medicamento ético, ¿cómo entra un nuevo laboratorio a competir con el medicamento “*incumbente*” si se constata que en cada categoría terapéutica analizada hay más de diez laboratorios que compiten entre sí?

Asimismo, tendría que haber concluido que si los esfuerzos de promoción (marketing) de un laboratorio respecto de un determinado medicamento ético son exitosos en términos de hacer la demanda inelástica, cosa que ponemos en duda, dicho beneficio no iría a las farmacias, meras revendedoras del medicamento en cuestión, sino al laboratorio propietario de la marca y con ello beneficiario de la supuesta renta cuasimonopólica si ésta existiera: la interrogante es quién gana con la disposición del consumidor a pagar más por la “Leche Nido” que por una “marca blanca”: ¿Nestlé o el Supermercado?.

En tales términos, es fácil apreciar que la cautividad que prejuiciadamente describe la Fiscalía Nacional Económica no es tal y que aunque lo fuera aprovecharía a los laboratorios y no a las farmacias, que el mercado relevante definido por la misma en el punto de partida de sus argumentaciones teóricas es lisa y llanamente artificioso, y que el análisis respecto del mismo carece de consistencia y coherencia económica.

50. A mayor abundamiento, cabe hacer notar cómo el análisis que la Fiscalía Nacional Económica hace del mercado deriva, sin ninguna explicación ni lógica, hacia el mercado de expendio a público de medicamentos y otros productos.

En efecto, la Fiscalía Nacional Económica identifica y describe inicialmente el mercado relevante en su sentido restringido (36 categorías), para luego hacer extensivas sus características al mercado de la distribución minorista de medicamentos a nivel nacional.

En la nebulosa de la inconsistencia económica la Fiscalía Nacional Económica no se hace cargo de que en este último sentido, las farmacias son negocios dedicados a la distribución minorista de medicamentos y también de muchos otros productos.

El negocio de las farmacias no se reduce a los 222 medicamentos objeto del requerimiento, ni a los 470 medicamentos objeto de la investigación, sino a los cerca de 5.000 medicamentos que se comercializan a través de las farmacias y, más aún, a los cerca de 12.000 ítems que se comercializan en ellas. En este orden de cosas, las farmacias son revendedoras de una amplia gama de medicamentos, productos y servicios que compran a terceros (hay cerca de 70 laboratorios en todo el país), y como revendedoras de tales medicamentos, productos y servicios buscan aprovechar el ingreso de un consumidor a un punto de venta como una oportunidad para ofrecerle no sólo el medicamento que deseaba comprar, sino otros productos o servicios que el mismo cliente pueda requerir (otros medicamentos, otros productos, crédito, medios de pago, etc.).

En este sentido, a riesgo de extendernos, conviene hacer un recuento general de la estructura del mercado, cómo funciona y una breve revisión de la evolución de algunos indicadores relevantes de precios, toda vez que resulta evidente que la Fiscalía Nacional Económica no tiene un conocimiento completo del mercado, de los incentivos de los diversos participantes, y de la evidencia básica en materia de precios y márgenes, todo lo cual la conduce a construir interpretaciones absolutamente ajenas a la realidad.

En primer lugar, el mercado de las farmacias es un mercado en el que la competencia es intensa y la rivalidad es la tónica en todas las actuaciones de los competidores.

En este sentido, la mejor medida de competencia o rivalidad son las expansiones de la oferta y los cambios en las participaciones de mercado de los agentes participantes. En el caso de un mercado con rivalidad limitada y en un extremo en un cartel, lo común es observar restricciones a las expansiones y aumentos de la oferta (con el objetivo obvio de hacer subir los precios); participaciones de mercado estables (como resultado de la colusión); y, en casos extremos, se observar incluso un virtual reparto geográfico del mercado.

Nada de eso ocurre en el mercado de las farmacias y el mejor indicador es precisamente el significativo cambio de participaciones de mercado que ha tenido lugar en los últimos 4 años. En la especie, Farmacias Cruz Verde S.A. pasó de una participación nacional cercana al 31% en el año 2004 a una participación del 41% el año 2008, crecimiento que obtuvo fundamentalmente a costa de reducir la participación de mercado

que tenía Farmacias Ahumada S.A. y Salcobrand S.A. que pasaron de un 32% y 27%, a un 27% y 24%, respectivamente, en igual período.

El proceso produjo como resultado una fuerte expansión de Farmacias Cruz Verde S.A. y una expansión, también, aunque menor, de sus competidoras, todo lo cual condujo a un mercado con elevado traslape espacial de zonas de influencia de los puntos de venta en virtud del cual hoy son escasos los puntos de venta donde al consumidor no pueda comparar los precios de todas las farmacias con sólo caminar un par de cuadras y en muchos casos solo algunos metros.

La rivalidad existente en este mercado se incrementa año a año, como resultado de que se abren nuevos espacios marginales relevantes a causa del crecimiento global del gasto en medicamentos por parte de las personas (los datos de consumo de los hogares del Instituto Nacional de Estadísticas sugieren que estamos frente a una demanda con elasticidad ingreso cercana a la unidad) y a causa, también, del constante crecimiento que se producen en las ciudades del país, que cambian rápidamente, con aparición repetida y sistemática de subzonas con crecimiento explosivo, donde es altamente rentable conquistar nuevos puntos de venta anticipándose a la competencia ( los datos del Instituto Nacional de Estadísticas revelan que en los últimos diez años 16 comunas de las 52 de la Región Metropolitana exhibieron tasas de crecimiento cumulativas superiores al 20%). El explosivo crecimiento abre de modo recurrente nuevas áreas que son disputadas por las farmacias agresivamente, con fuertes inversiones y anticipándose a tomar las mejores ubicaciones para obtener aumentos marginales de participación de la mayor relevancia y determinantes de los continuos cambios en las participaciones relativas de mercado de las distintas farmacias.

Una de las consecuencias de esta intensa rivalidad es la tendencia al arbitraje de precios y la observación de movimientos coetáneos de precios en muchos segmentos. En efecto, el traslape espacial de zonas de influencia de puntos de venta hace poco onerosa la búsqueda de precios por parte del consumidor, lo que impone una fuerte tendencia al arbitraje de precios en el mercado, particularmente en el caso de los llamados medicamentos notorios, que son los que a juicio de los ejecutivos comerciales influyen fuertemente la decisión de compra en una determinada farmacia por parte del consumidor.

Esta tendencia al arbitraje de precios se manifiesta en que los precios de los productos notorios no pueden diferir por un margen muy amplio por un tiempo muy largo entre una farmacia y otra, sea en períodos de alzas como períodos de bajas de precios.

En este sentido, no debiera sorprender a nadie que los precios de los medicamentos notorios exhiban un patrón de comportamiento común en plazos cortos de tiempo entre una farmacia y otra.

En este mismo sentido, también contribuye a que dicho arbitraje se materialice y se verifique en un muy breve tiempo, el alto grado de transparencia del mercado y, específicamente, la información disponible sobre los precios de los medicamentos de la competencia, materia respecto de la cual se ha hecho una detallada exposición en el número 29 de esta presentación.

Es fácil comprender cómo estas circunstancias facilitan la búsqueda del consumidor, la rápida fuga a las alternativas económicamente más convenientes, y como consecuencia de ello la imperiosa necesidad de las farmacias de no desviarse por un período relevante de tiempo de los precios de la competencia en productos notorios, sea que estos estén bajos altos, subiendo o bajando.

Ahora, si para las farmacias la categoría más relevante es la de los medicamentos notorios, para los laboratorios la categoría más relevante es la de los medicamentos éticos, esto es, los medicamentos que se expenden con receta. No todos los productos notorios son éticos y viceversa, hay medicamentos éticos no notorios y notorios no éticos.

Es en los medicamentos éticos donde el laboratorio hace sus principales esfuerzos de promoción (marketing) y sus inversiones de posicionamiento, por una razón muy simple: aguas arriba de las farmacias nos encontramos con los cerca de 70 laboratorios en el país, varios de los cuales producen medicamentos directamente sustitutos en todas las categorías terapéuticas, y resulta que las farmacias no son más que simples revendedoras de medicamentos – entre muchos otros productos – y su disposición a pagar por un determinado medicamento producido por un laboratorio en particular depende de la demanda del consumidor final por el mismo.

En vista que los laboratorios están conscientes del tema y de que el consumidor en definitiva requiere de una receta médica, enfocan buena parte de sus

inversiones de promoción (marketing) a la difusión de información entre los médicos a través de visitadores médicos, seminarios organizados para los médicos y otras acciones de mercado dirigidas a los mismos, con el fin de ejercer una influencia específica sobre el médico que da la receta al paciente.

Sin embargo, el esfuerzo del laboratorio no se agota en estas actividades de promoción (marketing), pues al laboratorio le interesa también tener alguna ingerencia en el precio final en el que su producto se expende al público.

En Chile, a diferencia de los Estados Unidos de América y Europa, no existe una protección al derecho intelectual en el campo de los medicamentos, por lo que hay una libre entrada total a la producción de medicamentos sustitutos o sucedáneos del referente principal. En razón de lo anterior, cada medicamento se compara con muchos otros existentes en el mostrador y, consecuentemente, está en el interés de los laboratorios el vigilar permanentemente que el precio relativo de su medicamento no se desalinee del resto y mantenga una posición relativa acorde con las inversiones en promoción (marketing) y actividades de mercado que le dedica el laboratorio. Si por ejemplo el precio de un medicamento ético queda muy por sobre el precio de los sustitutos, el laboratorio se arriesga a que el paciente solicite al médico la receta de un medicamento menos oneroso, con lo cual la inversión previa en promoción (marketing) y difusión se pierde. Alternativamente, para los laboratorios tampoco es bueno que el precio quede muy por debajo del precio de los demás, ya que ello redundará a la postre en menores precios de venta a las farmacias, menor margen y presumiblemente una recuperación escasa o magra de lo invertido en el medicamento en cuestión.

En tales términos, la naturaleza del mercado y particularmente la forma en que los laboratorios compiten intensamente por la decisión del consumidor en el caso de los medicamentos éticos, determina que los laboratorios tengan un interés propio y relevante por el precio final del medicamento revendido a través de las farmacias y se traduce en que los laboratorios, desde larga data en el mercado, intenten influir en las decisiones de precios finales a público por parte de las farmacias.

Toda esta estructura da origen a un mercado altamente dinámico y complejo, donde los intereses de las farmacias suelen ser contrapuestos con los de los laboratorios.

Idealmente a las farmacias les conviene que exista el máximo número de sustitutos para cada medicamento ético, de forma tal de mejorar su posición negociadora frente a los laboratorios: si el medicamento ético es también notorio, mayor razón para ello.

A los laboratorios, por el contrario, les interesa que su producto ético se diferencie lo más posible de los demás, de forma tal que el consumidor tenga la máxima disposición a pagar por el mismo *vis a vis* los sustitutos.

Esta disposición a pagar más constituye una renta que va a amortizar la inversión marcaria, renta que en cualquier caso le pertenece al laboratorio, no a la farmacia. La farmacia no tiene cómo explotar en su beneficio una disposición a pagar más por parte del consumidor de un medicamento ético en particular, toda vez que ese medicamento lo produce un único laboratorio, con una única marca, en tanto que las farmacias compiten intensamente con las demás por atraer consumidores a un punto de venta donde expende cerca de 12.000 ítems. Siguiendo el ejemplo mencionado anteriormente, de la misma forma como la renta marcaria de la “Leche Nido” va a Nestlé y no al supermercado, la renta marcaria de un medicamento va al laboratorio y no a la farmacia.

Esta síntesis del mercado pone en evidencia lo artificioso que resulta la definición de mercado relevante a la que recurre la Fiscalía Nacional Económica en su análisis, si no se incluye a los laboratorios explícitamente dentro del análisis.

En efecto, como se verá, si el énfasis se pone en el expendio a público, lo que correspondería analizar son al menos todos los medicamentos comercializados por las imputadas, no sólo unas pocas categorías, toda vez que como se ha dicho las farmacias requeridas venden más de 5.000 medicamentos y las estrategias que sigan o adopten respecto de un subgrupo de 222 no pueden analizarse aisladamente de la estrategia de precios para toda la gama de productos ofrecida. Si el énfasis se pone en las categorías comprendidas en los 222 medicamentos en particular, dicho análisis como se ha indicado no puede proceder sin incorporar a los laboratorios.

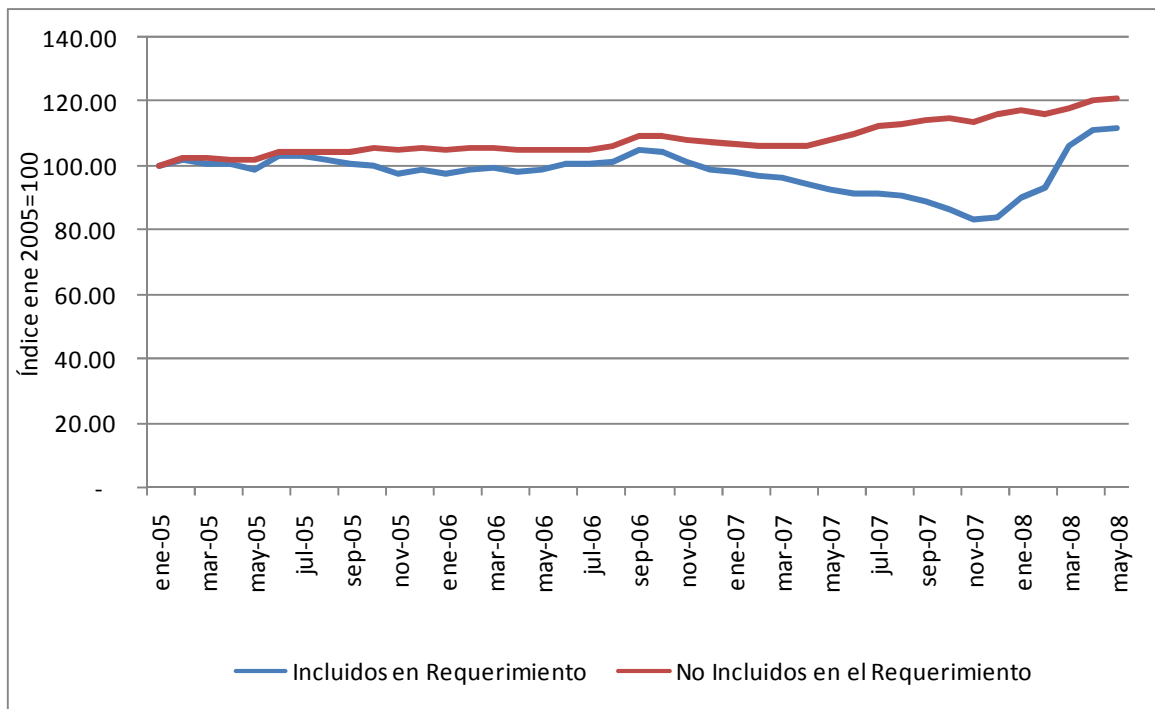
Al argumentar que las características estructurales del mercado serían proclives a un acuerdo en los numerales 82 al 96, la Fiscalía Nacional Económica iguala sin más el mercado con las farmacias, olvidándose que su caso se basa supuestamente en una definición mucho más estrecha de los mercados relevantes.

Este salto lógico tiene consecuencias. No se entiende cómo resultaría beneficioso y fácil de monitorear un acuerdo de precios que comprendiese sólo 222 medicamentos de un total de 5.515 que expende mi representada: una supuesta guerra de precios en sólo éstas categorías, aunque fuese en categorías notorias, en nada impediría que suban otros precios de los 5.293 medicamentos excluidos del análisis de la Fiscalía Nacional Económica y, a la inversa, un alza en estos precios podría contrarrestarse con una baja en los otros 5.293 medicamentos excluidos del análisis. Así como en algunas cadenas de supermercados “*el día de la carne*” permite encontrar bajos los precios de la carne, bien puede coincidir con mayores precios del arroz. En las farmacias el énfasis en una competencia agresiva en ciertos segmentos particulares de medicamentos, perfectamente podría verse compensado por reacciones estratégicas en otros. Es decir, si de expendio a público se trata, no cabe un análisis parcial sino uno general. Sería perfectamente racional que una farmacia se embarque en una estrategia de bajar los productos notorios para aumentar el flujo de público a sus locales, público que consumirá, además de los notorios, otros productos presumiblemente de mayor rentabilidad. Esta estrategia podría obligar a las demás a seguirla, pero el resultado general, será una competencia agresiva de precios en un segmento de medicamentos en particular, no necesariamente una guerra de precios en todo el mercado de expendio de medicamentos. Asimismo, si en un momento un actor del mercado decide cambiar de estrategia y recuperar márgenes en esos productos y esa estrategia es seguida por las demás, el efecto final en los precios de medicamentos en su conjunto es totalmente incierto.

Esto controvierte la conclusión a que arriba la Fiscalía Nacional Económica en el numeral 50 de su requerimiento donde señala: “*cualquiera sea la forma de definir el mercado relevante,..., habrá de concluirse que cada una de las requeridas tiene un significativo poder de mercado, que el acuerdo que se acusa ha incrementado exponencialmente*”.

Un simple ejercicio de comparación permite constatar que la evolución de los precios de los productos incluidos en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica no guarda relación alguna con la evolución en el precio del resto de los productos que comercializa Salcobrand S.A. (Gráfico N°1).

Gráfico N°1  
 Índice de Precio Medicamentos Vendidos por Salcobrand (Índice Enero de  
 2003=100)



Nota: Para el cálculo del índice de precios se consideró una canasta de productos en base a la participación de cada medicamento en las ventas que Salcobrand S.A. realizó en enero de 2005 (índice de Laspeyres). En dicha fecha, de los 5.515 productos que hoy comercializa Salcobrand S.A. un total de 3.429 formaban parte de su oferta y por tanto son los que conforman la canasta de productos sobre la cual se estimó el Índice de Precios. Así el índice que grafica la línea roja incluye 3.207 medicamentos, todos comercializados ininterrumpidamente entre enero de 2005 y mayo de 2008, el periodo analizado por la Fiscalía Nacional Económica.

Mientras la evolución en el precio de los medicamentos incluidos en el requerimiento experimentaba una fuerte baja a comienzos del año 2006, el resto de los productos que expende Salcobrand S.A. presentaba una trayectoria completamente distinta. Esta situación se repitió a partir de diciembre de 2007: mientras los precios de los medicamentos incluidos en el requerimiento mostraban una fuerte recuperación, el precio de los medicamentos no incluidos en el requerimiento prácticamente no se vio alterado.

En términos estadísticos, la existencia o no de una relación entre estos dos índices de precio puede ser medida por el coeficiente de correlación entre ambos índices. El

coeficiente se acerca a 1 cuando dos series muestran idéntico patrón de movimiento (ej. la serie A crece en un A% la serie B también crece en A%), mientras que se acerca a cero cuando muestran un patrón de movimiento completamente distinto. En el caso de las series que nos ocupan, el coeficiente de correlación es negativo (-0,18), lo que quiere decir que la relación entre ambas series es a efectos estadísticos inexistente o bien inversa. La conclusión es clara: el índice total de precios de medicamentos expendidos por Salcobrand S.A. guarda escasa relación con el subconjunto particular escogido por la Fiscalía Nacional Económica.

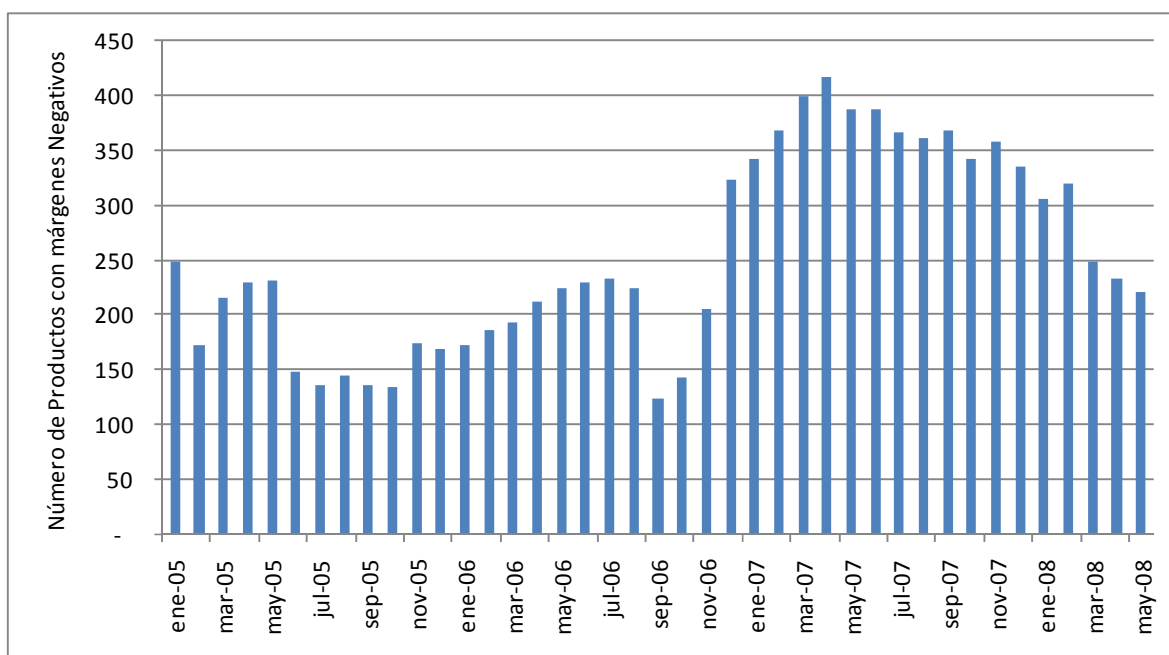
En tales términos, no se entiende cómo el supuesto acuerdo habría incrementado exponencialmente el poder de mercado de las farmacias. El error lógico en que incurre la Fiscalía Nacional Económica está precisamente en la falacia que significa partir primero hablando de 36 mercados relevantes que sólo conforman el 4% de los medicamentos vendidos, y hablar luego del mercado entendiendo por éste el de los medicamentos en general que venden las farmacias y, más aún, hacer inferencias desde lo que ocurre en un segmento a lo que está pasando en todo el mercado.

En este sentido, la elección de mercado relevante no es trivial y, al contrario de lo que argumenta la Fiscalía Nacional Económica, no da lo mismo cualquiera sea la forma de definirlo.

La conclusión anterior se refuerza aún más si se escoge otro indicador: el número total de medicamentos vendidos con margen directo negativo (Gráfico N°2).

#### Gráfico N°2

Número de Productos con Márgenes Mensuales de Comercialización Negativo



En este gráfico se aprecia que la situación actual no es muy distinta de la que existía 4 años atrás, con aproximadamente un 4% de los medicamentos vendiéndose con margen directo negativo, por lo que no es dable sostener que el poder de mercado de las farmacias haya aumentado exponencialmente, ni sostener como se hace en el numeral 79 del requerimiento que con posterioridad al supuesto “pacto de paz” las requeridas habrían eliminado la principal variable competitiva - el precio - para centrarse en otras mucho menos agresivas. Si se eliminó el precio como factor de competencia entre las farmacias, ¿por qué siguen vendiendo el 4% de sus medicamentos con margen negativo?.

A mayor abundamiento, si los valores se corrigen por el Índice de Precios al Consumidor, se puede constatar que el índice de precios de los productos escogidos por la Fiscalía Nacional Económica es hoy un 6% menor en términos reales del nivel que tenía el año 2005: ¿dónde está el aumento exponencial en poder de mercado de las imputadas?.

Por último, mirando el expendio a público, ámbito donde las farmacias ejercen su soberanía, la Fiscalía Nacional Económica tendría que haber concluido que, como venden más de 5.000 medicamentos, carece de sentido examinar políticas de precios independientes: bien podría estar en el interés de las farmacias sacrificar en el margen algo de rentabilidad en los productos notorios - muchos de los cuales son éticos - con el fin de

asegurar un flujo de clientes a sus puntos de venta a efectos de que compren otros medicamentos, elementos ni siquiera mencionados en el análisis de la Fiscalía.

Las consideraciones expuestas permiten apreciar en términos generales las razones por las que esta parte discrepa de la decepción que hace la Fiscalía Nacional Económica del mercado relevante.

51. Sin perjuicio de lo anterior, no podemos dejar de referirnos en particular a cada una de las características que la Fiscalía Nacional Económica atribuye específicamente al mercado en cuestión, respecto de las cuales debe tenerse en cuentas las siguientes consideraciones adicionales:

(a)

Condiciones estructurales de la industria.

a.1. Concentración de mercado: en este caso no implica márgenes abusivos ni nada que se parezca.

52. La Fiscalía Nacional Económica se refiere a la concentración del mercado, como una circunstancia que favorecería la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de precios.

Al respecto, cabe señalar que la literatura sobre la materia ha dejado claramente asentado que a partir de la “concentración” no es dable inferir la consecuencia de precios elevados, márgenes cuasi monopolícos o nada que se parezca.

Hay amplia evidencia de mercados concentrados en los que se produce ese efecto, como amplia evidencia de mercados concentrados en los que no se producen tales consecuencias, por lo que se concluye que no existe una relación unívoca entre “concentración” y los efectos en cuestión.

Sin perjuicio de lo anterior, la afirmación de que el mercado de los medicamentos es un mercado concentrado merece algunas precisiones en las que la Fiscalía Nacional Económica parece no reparar.

La primera es que el mercado, por las razones que mencionamos en párrafos anteriores, considera muchos más actores que los que pretende la Fiscalía Nacional Económica, debiendo considerarse como relevantes las farmacias dedicadas a los genéricos (Farmacia Dr. Simi y Farmacia Dr. Ahorro) y, asimismo, las cerca de 600 farmacias distintas de las requeridas.

La segunda es que una característica fundamental del mercado es la fuerte rivalidad existente entre los competidores, rivalidad que es un factor de enorme relevancia en los análisis y predisposiciones sobre los que razona la Fiscalía Nacional Económica, particularmente en lo que se refiere a la uniformidad de las variaciones de precio, al breve tiempo en el que los precios se ajustan, y la enorme inversión en monitoreos, promociones y campañas publicitarias.

La tercera característica del mercado que debe ser tomada en consideración es la que hemos mencionado anteriormente, en el sentido que los consumidores de medicamentos son extraordinariamente buscadores de precios, se las arreglan para buscar medicamentos sustitutos y su versión en medicamentos genéricos de más bajo precio, igualmente éticos, a los que puede acceder fácilmente gracias a la amplia oferta de sustitutos y genéricos, a la superposición geográfica de locales que las farmacias ponen a su disposición, a la información que puede recibir en todos los locales de un experimentado químico farmacéutico. En este mismo orden de cosas, puede constatarse cómo la intensa rivalidad entre los competidores ha tenido como consecuencia facilitar y abaratar al máximo el costo de la acción buscadora del consumidor.

La cuarta característica es que los precios exhiben una altísima variabilidad, cambian una y otra vez, día a día, semana a semana, al alza y a la baja, sin que se exhiba ninguna constante o estabilidad en cuanto a los niveles de precio o descuentos fijados por los competidores que haga suponer un acuerdo.

Por último, todos los esfuerzos que hace la Fiscalía Nacional Económica para mostrar un mercado donde los consumidores serían supuestamente compradores cautivos, donde la demanda es inelástica, son económicamente inconsistentes con su acusación de colusión, porque si la colusión existiera y fuese exitosa los oferentes fijarían sus precios en la zona elástica y no en la zona inelástica de la demanda. En verdad, hablar de un acuerdo colusivo referido a la zona inelástica de la curva de demanda de un mercado es, técnicamente hablando, un sinsentido económico.

53. A la luz de las características antes mencionadas, no es efectivo que las condiciones del mercado a este respecto favorezcan la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios.

a.2. Barreras de entrada al mercado: el mercado es desafiante.

54. La Fiscalía Nacional Económica formula una serie de consideraciones a este respecto completamente alejadas de la realidad del mercado para llegar a la errónea conclusión de que existirían barreras de entrada al mercado que describe como de expendio de medicamentos al público.

La verdad es que no se entiende cómo la Fiscalía Nacional Económica arriba a esta conclusión, considerando los antecedentes de los que la misma da cuenta en su requerimiento.

En primer lugar, es posible constatar que sin mayor dificultad las farmacias que operan en el mercado de medicamentos genéricos podrían cambiar sus estrategias y ampliar sus actividades a las de medicamentos de marca, éticos y notorios y, más aún, a la comercialización de productos no farmacéuticos que actualmente se comercializan en los locales de farmacias, a los que se destinan buena parte de los metros cuadrados de local y deben ser considerados a la hora de evaluar los retornos de la inversión de quien ingresa al mercado.

La misma Fiscalía Nacional Económica reconoce la facilidad con la que ingresaron al mercado de farmacias las cadenas Farmacias Dr. Simi y Farmacias Dr. Ahorro, y es igualmente fácil imaginar cómo estas podrían ampliar sus actividades en el sentido antes indicado.

La misma facilidad para ingresar al mercado es implícitamente reconocida por la propia Fiscalía Nacional Económica, al mencionar la experiencia de Farmalíder, la que demuestra que un actor del mercado de supermercados pudo ingresar fácilmente al mercado de farmacias. En este caso contribuyó el paraguas de una marca importante, ubicaciones privilegiadas, flujo de cliente de supermercados, y otras circunstancias a las que el Honorable Tribunal se ha referido en otras oportunidades como “*las ventajas del retail integrado*”, circunstancias que permitieron que en poco tiempo dicha cadena llegara a tener un 5% de la participación de mercado. No es difícil imaginar otros actores del denominado “*retail integrado*” que gozan de condiciones o ventajas similares para ingresar al mercado de las farmacias. En verdad, si se toma en cuenta a dichos actores, no puede sino concluirse que en la especie estamos frente a un mercado altamente desafiante, que es

lo que en definitiva importa cuando se trata de evaluar la factibilidad de ejecutar y mantener en el tiempo un acuerdo de precios como el que se imputa.

Las dificultades que experimentó Farmalíder a las que alude la Fiscalía Nacional Económica, a mayor abundamiento, no tuvieron ninguna relación con barreras de entrada al mercado, sino con deficiencias en un presupuesto básico para el desarrollo de cualquier actividad económica: una buena gestión. El contrato de operación que dicha cadena en definitiva suscribió con Farmacias Ahumada S.A. no obedeció a problemas de barreras de entrada, sino precisamente a problemas de gestión.

Aún más, la afirmación de la Fiscalía Nacional Económica de que la principal barrera de entrada al mercado serían los costos hundidos o no recuperables, que determinarían una escala de operación mínima muy alta, es completamente falsa y alejada de la realidad.

La opinión del gerente de Farmalíder en el sentido de que para el ingreso al mercado de una cadena se requerirían como mínimo de 30 a 40 farmacias, es una afirmación que la Fiscalía Nacional Económica da por cierta sin ningún análisis crítico, en circunstancias de que es una mera opinión, que emana además de una persona que administraba una cadena que no destacó por su gestión de las farmacias y prueba de ello es que Farmalíder debió recurrir a la suscripción de un contrato de operación de su cadena y delegar su administración en Farmacias Ahumada S.A.

Ejemplos reales de que la escala mínima de operación para ingresar al mercado no se asemeja un ápice a las 30 a 40 farmacias que menciona la Fiscalía Nacional Económica, por el contrario, son los de las cadenas que se mencionan a continuación y que actualmente operan sin problemas en el mercado: (i) Novasalud, con 8 locales a nivel nacional; (ii) Carmen, con 4 locales; (iii) Rancagua, con 2 locales, por mencionar algunas.

Sin perjuicio de lo anterior, la inversión de cierta magnitud, como requisito para ingresar a un mercado, no puede ser considerada per sé una barrera para ingresar a un mercado, pero, más todavía, el monto de inversión que según la Fiscalía Nacional Económica se requeriría para instalar el número de farmacias que indica no es hoy por hoy un obstáculo para que un nuevo actor ingrese al mercado. La inversión de algo más de US\$4 MM a que se refiere la Fiscalía Nacional Económica difícilmente podría calificarse como barrera de entrada en un mercado como el chileno.

Sin ir más lejos, un ejemplo en este sentido es la compra de Salcobrand S.A., la de Farmalíder y, a mayor abundamiento, el rápido prendimiento de las farmacias de genéricos Dr. Simi y sus 70 locales.

En tales términos, queda claro que hay espacio para nuevos actores y que de hecho existen potencialmente nuevos actores que podrían ingresar sin inconvenientes a este mercado.

55. En definitiva, no es efectivo que existan barreras de entrada que favorezcan la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios.

a.3. Transparencia del mercado: favorece la competencia.

56. En cuanto a la transparencia del mercado no hay mucho más que agregar que lo expresado en el número 29 de esta presentación.

Si bien la transparencia del mercado podría hipotéticamente facilitar la verificación del cumplimiento de un supuesto acuerdo colusorio, lo más razonable por el contrario es que esa característica sea funcional a la intensificación de la rivalidad entre los actores, desde que facilita a los consumidores la constante comparación de los precios entre las farmacias.

En este sentido, la transparencia del mercado es una característica reconocidamente positiva del mercado y que en este caso ha sido especial preocupación de la autoridad. Es la autoridad la que más ha promovido la transparencia en la información relativa a las variaciones de precios de los medicamentos, por lo que nos resulta difícil de entender que la Fiscalía Nacional Económica mire hoy esta transparencia del mercado como un elemento negativo del mismo: *nuevamente palos porque bogas palos porque no bogas*.

57. En definitiva, nos parece no es efectivo que esta condición del mercado favorezca la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios.

a.4. Fuerte interacción de competidores del mercado: la interpretación de la Fiscalía Nacional Económica desnaturaliza las cosas.

58. La Fiscalía Nacional Económica vuelve a desnaturalizar las cosas y ve como negativa una característica del mercado que es a todas luces positiva, como es en este caso la interacción de los competidores del mercado manifestada en una muy fuerte rivalidad y superposición geográfica de sus locales.

En este marco la Fiscalía Nacional Económica pretende ver un hecho negativo en el seguimiento que las farmacias requeridas hacen de los precios de los medicamentos de otras farmacias a través de sus departamentos de precios, porque, según afirma prejuiciadamente, estaría destinado a monitorear el cumplimiento de supuestos acuerdos con otras farmacias.

La verdad es que el seguimiento que las farmacias requeridas hacen de los precios de los medicamentos de otras farmacias es una consecuencia de la fuerte rivalidad existente entre los competidores de este mercado, y no tiene otro objeto que asegurarse de que sus precios se mantengan a un nivel en el que no queden expuestas a perder participación de mercado.

La afirmación se desmiente por sí sola, además, puesto que no hay evidencia alguna de los supuestos castigos que imagina la Fiscalía Nacional Económica y, por el contrario, todas las evidencias conducen a apreciar variaciones constantes de precios que distan mucho de ser el resultado de acuerdos, que naturalmente debieran conducir a niveles estables de precio.

El nivel de variaciones de precios es tal que, de acuerdo a las apreciaciones de la Fiscalía Nacional Económica, si las variaciones de precio dispuestas por una farmacia se interpretaran como castigos, este sería un mercado caracterizado por la permanente flagelación de sus competidores: una suerte de masoquismo competitivo, que dicho sea de paso sería prueba del permanente incumplimiento de los supuestos acuerdos.

En verdad, el nivel de variaciones de precios en este caso es en sí mismo prueba fehaciente de que en la especie no ha habido acuerdos en tal sentido.

59. En definitiva, no es efectivo que las condiciones del mercado a este respecto favorezcan la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios.

a.5. Baja elasticidad del precio de mercado: lo ponemos en duda y de todas formas no viene al caso.

60. La Fiscalía Nacional Económica afirma que en este caso el mercado exhibiría una baja elasticidad, afirmación que ponemos en duda y que de todas formas no viene al caso.

En efecto, este es un mercado en que los consumidores de medicamentos son extraordinariamente buscadores de precios, se las arreglan para buscar medicamentos

sustitutos y su versión en medicamentos genéricos de más bajo precio, igualmente éticos, a los que puede acceder fácilmente gracias a la amplia oferta de sustitutos y genéricos, a la superposición geográfica de locales que las farmacias ponen a su disposición, y a la información que puede recibir en todos los locales de un experimentado químico farmacéutico.

Ya mencionamos cómo el más crítico de dichos consumidores, aquél que compra medicamentos éticos crónicos, semana a semana, tiene fácilmente la posibilidad de que su médico ajuste la prescripción a aquel de los medicamentos alternativos de precio más conveniente, y cómo dicha práctica se ha extendido también a los pacientes que requieren medicamentos éticos agudos y habituales que, anticipándose por experiencia al problema, piden a su médico la alternativa más económica.

En definitiva, el consumidor tiene cómo reaccionar ante variaciones en el precio de los medicamentos, puede cambiar su demanda y hacerla derivar hacia otras alternativas, en una medida bastante mayor a la que la Fiscalía Nacional Económica pretende prejuiciadamente hacer creer.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe agregar que si la baja elasticidad que se indica está referida a cada medicamento en particular, la supuesta inelasticidad de la demanda iría en directo beneficio de los laboratorios que producen ese medicamento, que son dueños de la respectiva marca y por ende monopolistas de su propio producto. La inelasticidad en este caso no beneficia a las farmacias, que son meras intermediarias que compran y revenden, compitiendo entre sí por quién vende un producto que es común para todas ellas.

Y si la baja elasticidad está referida a la demanda por medicamentos que enfrentan las farmacias, cosa que habría que medir y constatar si es menor a uno (inelástica), entonces la conclusión sería la contraria a la que arriba la Fiscalía Nacional Económica: *inexistencia de un cartel*. La razón es muy simple y es que un cartel exitoso, así como uno monopolista, nunca se ubicará en el segmento inelástico de la demanda, sin sentido que tendría lugar en este caso.

61. En definitiva, no es efectivo que el mercado a este respecto tenga la característica que se pretende o que de algún otro modo se favorezca la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios.

(b)

Condiciones de la oferta.

b.1. Mercado de bajo nivel de innovación: no es efectivo y la Fiscalía Nacional Económica incurre en un error de concepto.

62. La Fiscalía Nacional Económica parece interpretar la “*innovación*” a que se refiere la literatura sobre esta materia en un sentido muy restringido: investigación y desarrollo (I&D).

La verdad es que las consecuencias económicas de la denominada “*innovación*”, en lo que a análisis de estructura se refiere, son idénticas tanto si la innovación comprende investigación y desarrollo, como si se trata de innovación marcada por la vía de la introducción de nuevos sustitutos al mercado o una diferenciación de productos más marcada (promoción y publicidad).

En ambos casos la mecánica estructural que está en juego es la misma: la posibilidad de incrementar la disposición a pagar por la vía de un incremento en un costo hundido, sea investigación y desarrollo o marketing y publicidad.

La Fiscalía Nacional Económica, por otra parte, parece desconocer que los laboratorios están permanentemente replicando los nuevos medicamentos que aparecen a nivel global y que este esfuerzo, como cualquier esfuerzo de imitación local a una innovación del resto del mundo, reviste también las características de innovación en el mercado que se trate.

63. En definitiva, no es efectivo que el mercado a este respecto tenga la característica que se pretende o que de algún otro modo se favorezca la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios.

b.2. Costos simétricos y transparentes: no es relevante en este caso.

64. La Fiscalía Nacional Económica afirma que, como consecuencia de la exigencia de que los actores del mercado publiciten sus listas de precios y criterios de descuento determinada por el Dictamen N°634/2001, se produciría una uniformidad de los costos de adquisición y la deducción de un “*focal point*” común para la política de precios de las farmacias y que al establecimiento de ese “*focal point*” contribuiría la sugerencia de precios de los laboratorios.

A este respecto, nos remitimos a lo mencionado en el número 56 y 57 de esta presentación en relación a la bondad de un mercado transparente y a lo mencionado los números 7 a 10 de esta presentación sobre el alcance de las actuaciones de los laboratorios y la inexistencia de una relación causal entre las sugerencias de precio los laboratorios y los precios de los medicamentos finados por Salcobrand S.A.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe resaltar en particular que la afirmación de la Fiscalía Nacional Económica se fundamenta en información parcializada, selectiva y no estadísticamente representativa referida a un limitado número de productos (222), en circunstancias que en este caso cada local de venta expende cerca de 5.000 medicamentos, aparte de los productos no farmacéuticos, que elevan la cifra a cerca de 12.000 ítems.

La Fiscalía Nacional Económica parece ignorar que la condición de “*costos simétricos y transparentes*” a que se refiere la literatura sobre esta materia son relevantes cuando se trata del expendio de unos pocos productos. En el caso del negocio de retail de cerca de 5.000 productos, o cerca de 12.000, como se quiera considerar, resulta absurdo referirse a esta característica: costos simétricos y transparentes ¿de qué producto?, ¿de qué familia?, ¿en qué lugar de venta?, etc.

65. En definitiva, no vemos cómo esta condición pueda favorecer la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios.

### b.3.Productos y servicios homogéneos: no son tales y el análisis de la Fiscalía Nacional Económica ignora el contexto.

66. En relación a la homogeneidad de los productos nos remitimos a lo mencionado reiteradamente, en el sentido de que, si de medicamentos se trata, dentro de esa homogeneidad hay medicamentos de marcas variadas y medicamentos genéricos, todos los cuales son ofrecidos o están en condiciones de ser ofrecidos por las distintas farmacias.

En cuanto a los servicios, como hemos mencionado precedentemente, dicha homogeneidad no es cierta, desde que al menos Salcobrand S.A. tiene como estrategia precisamente diferenciarse a este respecto.

Es importante consignar, además, que cuando en la literatura sobre esta materia se hace referencia a la “*homogeneidad*” como una característica que favorecería acuerdos de precios, supone un número reducido de productos y bajo ningún respecto un mercado con más de los 5.000 medicamentos que se venden por las farmacias requeridas.

En este sentido, además de errónea, la referencia a la “*homogeneidad*” está totalmente fuera del contexto en el que la entiende la doctrina describe esta característica del mercado y sus posibles implicancias

67. En definitiva, en la especie no se da propiamente esta condición del mercado.

b.4. Contactos Multimercados: más que evidencia de acuerdos son resultado de la fuerte rivalidad existente en el mercado.

68. La Fiscalía Nacional Económica vuelve sobre circunstancias ya mencionadas como las participaciones relevantes de mercado de las farmacias requerida, su presencia en múltiples localidades del país y su frecuente interacción, para referirse a ellas como características que facilitarían la colusión.

Si bien los contactos multimercados teóricamente pueden facilitar la colusión, esta característica en este caso ha facilitado el proceso de búsqueda de los consumidores y de ese modo ha sido un factor determinante para incrementar la rivalidad de la competencia. A este respecto, nos remitimos a lo mencionado en esta presentación sobre la relevancia de la participación de mercado de la requeridas y sobre cómo este contacto multimercado, en lugar de facilitar la colusión, en verdad incrementa la rivalidad entre las farmacias.

Y por otra parte es pertinente preguntarse: ¿qué visión tendría la Fiscalía Nacional Económica de este mercado si, en lugar de existir “*contactos multimercados*”, observase una distribución geográfica delimitada? Una vez más, palos porque bogas, palos porque no bogas.

69. En definitiva, no vemos cómo esta condición del mercado pueda favorecer la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios.

(c)

Condiciones de interrelación de las farmacias requeridas.

c.1. Supuesta existencia de acuerdos de cooperación: no son tales.

70. La Fiscalía Nacional Económica vuelve a mencionar a este respecto el convenio de abastecimiento suscrito entre Salcobrand S.A. y Socofar S.A., para afirmar que dicho convenio conlleva cierto grado de integración, facilita y legitima canales de

comunicación, y permite un traspaso de información respecto del volumen de compra y venta de productos.

A este respecto, nos remitimos a lo mencionado en el número 21 y siguientes de esta presentación sobre la absoluta irrelevancia del referido convenio y sobre la desproporción o fantasía en que a nuestro juicio incurre la Fiscalía Nacional Económica en cuanto a calificar un convenio tan irrelevante como una suerte de "*alianza estratégica*" o "*acuerdo de cooperación*" de carácter colusivo.

71. En definitiva, no es efectivo que el mercado a este respecto tenga la característica que se pretende, ni que pueda de algún modo interpretarse que el convenio de abastecimiento entre Salcobrand S.A. y Socofar S.A. favorezca la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios.

c.2. Supuesta existencia de asociaciones gremiales: Salcobrand S.A. no es miembro de asociación gremial alguna.

72. La Fiscalía Nacional Económica menciona la existencia de una serie de asociaciones gremiales y cuestiona una en particular, la Asociación de Cadenas de Farmacias - Anacaf, porque permitiría generar instancias para interactuar intercambiar información y coordinarse y, como ejemplo, cita la defensa que su director hizo de intereses frente a las autoridades en el caso de la píldora del día después.

Al respecto, sólo cabe señalar que Salcobrand S.A. no es miembro de dicha asociación gremial, lo cual prueba que las disquisiciones de la Fiscalía Nacional Económica no son más que teorizaciones y fantasías sin fundamento y que con enorme irresponsabilidad ha divulgado, con publicidad y escándalo, causando un grave daño a mi representada.

Sin perjuicio de lo anterior, a modo de consideración general, el cuestionamiento de la Fiscalía Nacional Económica pone en tela de juicio la legitimidad de las asociaciones gremiales, cuyo propósito y actuaciones crítica sin fundamento, por una mera potencialidad, a pesar de que sus actuaciones se ajusten al marco de su finalidad específica, ajenas a la gestión de las empresas que la integran, poniendo así en duda la garantía constitucional de la libertad de asociación prevista en el número 15 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

73. En definitiva, no es efectivo que Salcobrand S.A. sea parte de la asociación gremial que indica, y que por lo tanto se dé en este sentido alguna condición que favorezca la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios.

c.3. Intercambio de Ejecutivos: una interpretación antojadiza, tendenciosa e inaceptable.

74. La Fiscalía Nacional Económica vuelve a hacer referencia a la contratación que Salcobrand habría hecho de ejecutivos de otras farmacias, en cargos de alta responsabilidad y manejo de gran volumen de información estratégica.

A este respecto, nos remitimos a lo mencionado en el número 19 de esta presentación sobre la absoluta legitimidad de contratar ejecutivos con experiencia en el ramo, la naturaleza más bien hostil de este tipo de contrataciones y sobre cómo prohibir esta contratación, lejos de contribuir a la libre competencia, constituiría una barrera de entrada infranqueable para quienes deseen ingresar al mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, queremos advertir lo tendencioso que resulta el que la Fiscalía Nacional Económica utilice la expresión "*intercambio de ejecutivos*" para referirse al simple hecho de haber contratado a profesionales que con anterioridad puedan haber prestado servicios en otra farmacia.

75. En definitiva, no es efectivo que la mera contratación de ejecutivos de la competencia favorezca en este caso o pueda en general favorecer la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios.

c.4. Constantes guerras de precios: no están documentadas y no son tales.

76. La Fiscalía Nacional Económica se refiere una y otra vez a constantes guerras de precios y nos preguntamos ¿cuáles son esas guerras de precios?

Si se observa el Gráfico N°1 es posible apreciar que lo único documentado en este caso es una competencia agresiva de precios en 222 medicamentos durante un corto período de tiempo, con evolución sin anomalía aparente en los otros 3.429 medicamentos con presencia permanente en los últimos 5 años.

Aparte de los academicismos y prejuicios que se exhiben a este respecto en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, lo único cierto es que en este mercado se observa una gran rivalidad entre los competidores producto de agresivas políticas comerciales que llevaron a que muchos productos se comercializaran con margen negativo.

77. En definitiva, no es efectivo que en este caso hayan hechos que favorezcan particularmente o pueda en general favorecer la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios.

c.5. Instrumentos de monitoreo y castigo: la misma evidencia tiene otra interpretación más plausible.

78. La Fiscalía Nacional Económica una vez más vuelve a repetir argumentaciones, en este caso para afirmar que la revisión continua que hacen las farmacias requeridas de los precios de su competencia sería un instrumento de “*monitoreo y castigo*” del supuesto acuerdo anticompetitivo que imputa.

Al respecto, nos remitimos a lo expresado en esta presentación en cuanto a que la observación y seguimiento de los precios por parte de los distintos actores del mercado son en verdad una consecuencia de la fuerte rivalidad existente entre sus competidores, en cuanto a la ausencia de evidencia en relación a los supuestos castigos que imagina la Fiscalía Nacional Económica, y en cuanto a cómo por el contrario todas las evidencias conducen a apreciar variaciones constantes de precios que distan mucho de ser el resultado de acuerdos, que naturalmente debieran conducir a niveles estables de precio. La verdad es que esta interpretación sobre la verdadera motivación de la revisión de precios es mucho más plausible y armónica con las demás evidencias del caso.

79. Y hasta aquí llega el análisis que hace la Fiscalía Nacional Económica, omitiendo una característica tan evidente como relevante en este caso, como es la existencia de un permanente “*mercado marginal en disputa.*”

Lo cierto es que en nuestro país el gasto de la población en medicamentos crece año a año y las ciudades se expanden en forma explosiva en zonas particulares, abriéndose permanentemente nuevos mercados marginales que, más que favorecer acuerdos colusivos, favorecen la disputa por ganar puntos de mercado, particularmente en un mercado desafiante como el de este caso.

80. En definitiva, no es efectivo que las condiciones del mercado a este respecto favorezcan la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios.

81. Sin perjuicio de las consideraciones expuestas precedentemente en relación al mercado de los medicamentos y sus características, cabe reiterar que el solo hecho de que un mercado tenga alguna características que favorezca la factibilidad,

continuidad y éxito de un supuesto acuerdo de alza de precios, no implica la existencia efectiva de dicho acuerdo, ni puede entenderse que prive a los agentes económicos de su derecho a desenvolverse normalmente en el mismo.

En estos casos, los actores económicos no pueden sino entenderse plenamente facultados para realizar toda clase de actuaciones comerciales lícitas y razonables, lo cual debe hacer con inteligencia, lógica comercial, racionalidad, y respeto por la libre competencia.

El punto es que los actores y en este caso Salcobrand S.A. no tienen más opción que adaptarse o desenvolverse en ese mercado y por eso deben entenderse facultados para reaccionar inteligente y respetuosamente frente a los estímulos económicos y al comportamiento de los competidores.

Es en esta lógica que deben analizarse los antecedentes de este caso.

## VII.

### CONSIDERACIONES DE DERECHO

#### EN RELACIÓN A LA CONDUCTA IMPUTADA.

82. La Fiscalía Nacional Económica ha imputado a Salcobrand S.A. y las demás farmacias requeridas haber acordado la fijación de alzas de precios de venta al público de ciertos productos farmacéuticos, impidiendo, restringiendo o entorpeciendo la libre competencia, invocando como fundamento el artículo 3 letra (a) del Decreto Ley N°211, sobre Defensa de la Libre Competencia.

83. El artículo 3 del Decreto Ley N°211 dispone que *"El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso."*

Y en su letra (a), la misma disposición establece que son ilícitos *"Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o compra, limitar la producción, o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran"*.

84. Sin embargo, como puede apreciarse a continuación, en la especie no se dan los presupuestos de dicho tipo legal.

a) Ausencia de un acto formal o tácito de Salcobrand S.A. que, de un modo conciente y voluntario, tienda a fijar precios o atentar de algún otro modo contra la libre competencia.

85. En efecto, en la especie no estamos en presencia de acto alguno formal o tácito que, de un modo conciente y voluntario, tienda a fijar precios o atentar de algún otro modo contra la libre competencia.

86. La Fiscalía Nacional Económica usa una diversidad de expresiones para referirse a la existencia de un supuesto *acuerdo*, cuando menciona el acercamiento de los competidores, una supuesta alianza estratégica, la decisión de poner fin a la guerra de precios, un pacto de paz, un acuerdo de coordinación de alza de precios, una actuación conjunta en la confección de listas de medicamentos para seleccionar medicamentos y programar su alza, un encargo a laboratorios de labores de coordinación y el monitoreo de alzas de precio.

Sin embargo, a pesar de la múltiples alternativas de denominación expresadas, no hay evidencia alguna directa o indirecta de los acuerdos mencionados.

Si bien se hace referencia a lo que se denomina acuerdos de coordinación o alianza estratégica, el único acto que se menciona al efecto es el convenio de abastecimiento entre Salcobrand S.A. y la sociedad Socofar S.A., acuerdo que se celebró en el marco de la autonomía de la voluntad y libre contratación, precedido de un proceso de amplia cotización, cuya existencia ha sido informada y es, como se dijo, inmaterial e irrelevante (sólo se refiere a aproximadamente un 4% de las compras de medicamentos genéricos de Salcobrand S.A.)

Se hace referencia, también, a la existencia de una serie de asociaciones gremiales y se cuestiona una en particular, la Asociación de Cadenas de Farmacias - Anacaf, porque permitiría generar instancias para interactuar intercambiar información y coordinarse y, como ejemplo, cita la defensa que su director hizo de intereses frente a las autoridades en el caso de la píldora del día después.

Al respecto, reiteramos lo señalado en párrafos precedentes, en el sentido que Salcobrand S.A. no es miembro de dicha asociación gremial.

87. En definitiva, Salcobrand S.A. no es parte, no ha concurrido, ni adherido a acuerdo de ningún tipo, ni compromiso o reciprocidad, ni ha manifestado de ningún modo una voluntad tendiente en tal sentido.

b) Ausencia de impacto en la normalidad del mercado o de impacto alguno a la libre competencia.

88. Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto al impacto que habrían tenido las alzas de precio, es necesario señalar que a nuestro juicio las actuaciones a las que se ha aludido no han tenido ningún impacto susceptible de provocar una anormalidad en el mercado, en la competencia o que pueda afectar de cualquier otro modo la libre concurrencia de la oferta y la demanda en el mercado de los medicamentos.

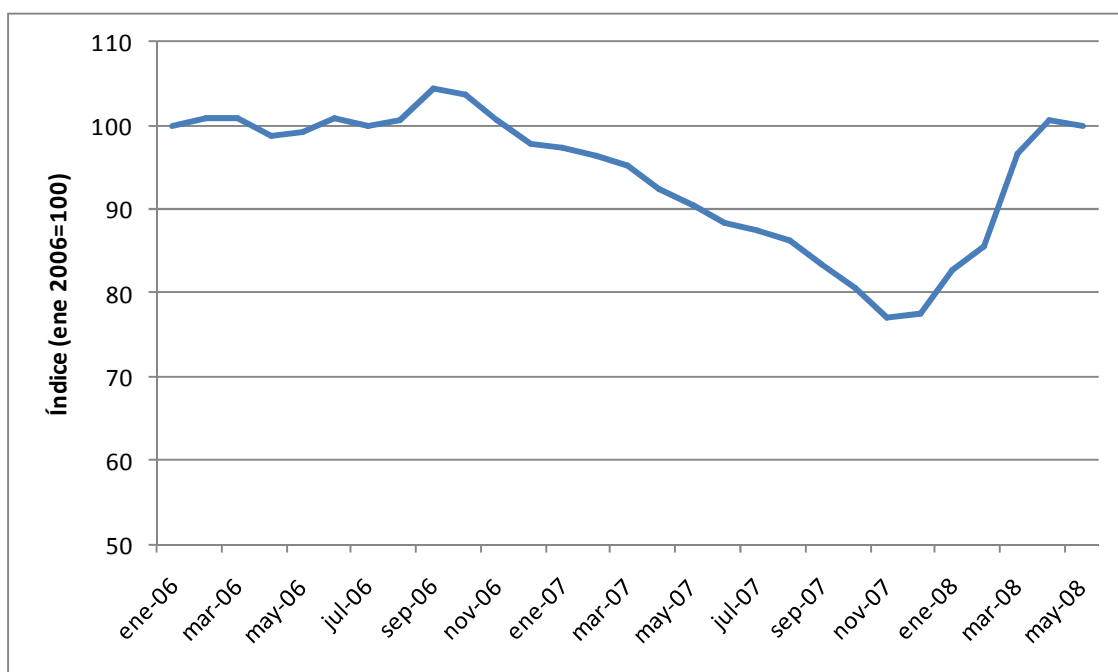
89. Una primera apreciación es que atendidas las características del mercado relevante, a saber, un mercado concentrado, con un alto grado de rivalidad entre los competidores, un alto grado de transparencia, y una fuerte tendencia al arbitraje de precios inducido por los propios consumidores, los precios tienden a uniformarse y por ende no habría un impacto a la normalidad del mercado.

90. Una segunda apreciación es que el alza en los precios producida en este caso tampoco implica un impacto a la normalidad del mercado, puesto que dicha alza obedeció a una estrategia dirigida a incrementar los precios de productos cuyo margen se había deteriorado, como consecuencia de la agresivas políticas comerciales de los competidores, hasta llegar a márgenes negativos, y que hasta la fecha no se ha logrado revertir del todo como para alcanzar niveles que permitan un retorno razonable en el largo plazo.

A continuación se ilustra la situación, con un gráfico que muestra la evolución de los precios reales de los 222 productos que fueron objeto de especial atención por la Fiscalía Nacional Económica en los últimos años (Gráfico N°3).

### GRÁFICO N°3

Índice de Precio Real Medicamentos Incluidos en el Requerimiento de la  
Fiscalía Nacional Económica (Índice Enero de 2006=100 )



Nota: Para el cálculo del índice de precios se consideró la prorrata de los ingresos que estos 222 productos generaron para Salcobrand S.A. durante todo el año 2006. La valorización en términos reales considera el Índice de Precios al Consumidor informado por el Instituto Nacional de Estadísticas.

En este gráfico puede apreciarse cómo a partir del año 2006 se produjo una fuerte disminución en el precio de los medicamentos aludidos por el Fiscal Nacional Económico, cuyo valor real llega a reducirse a noviembre de 2007 a un 23% del que tenían en enero de 2006, producto de las agresivas prácticas comerciales que se observaron en el mercado en ese período. Y en el mismo gráfico puede apreciarse cómo a partir de noviembre de 2007, si bien se produce una recuperación en los precios, estos se sitúan en un valor no sobrepasa al vigente en enero de 2006.

En este orden de cosas la Fiscalía Nacional Económica señala que las actuaciones en cuestión habrían producido un impacto constituido por un incremento anormal de los ingresos por ventas de \$27.0000.000.000, monto que rechazamos porque no es efectivo, porque los incrementos de ingresos que puedan haber habido no son anormales y porque no resulta efectivo hablar de impacto o perjuicios al mercado ni a nadie.

El punto es que la Fiscalía Nacional Económica llama “perjuicio” al alza de precio, haciendo caso omiso de que se trata en todos los casos - en todos los casos - de

productos que estaban siendo vendidos con margen directo negativo por un período prolongado de tiempo y haciendo caso omiso del criterio más usado para determinar el grado de competencia en un mercado: en último término es la verificación de si los participantes obtienen o no utilidades sobre normales.

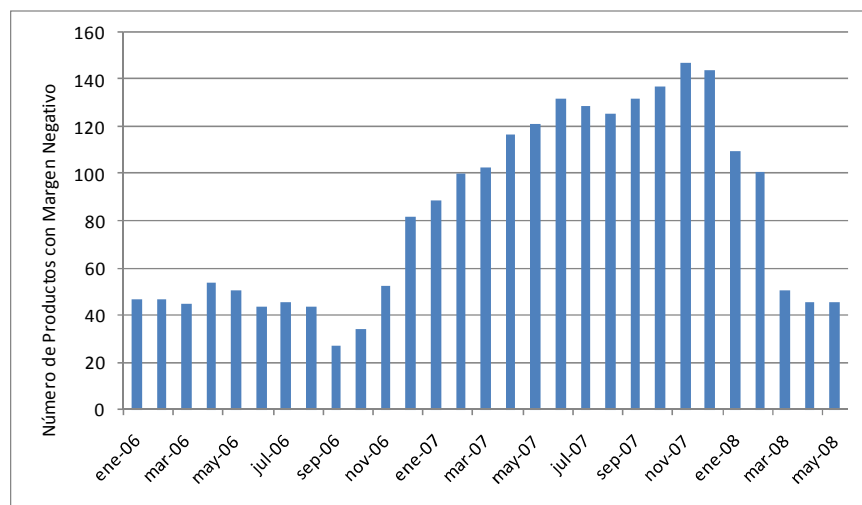
El perjuicio al que se ha querido referir la Fiscalía Nacional Económica, o renta monopólica como se la llama por la literatura, es aquella parte del precio que excede las utilidades normales de la empresa, no la mera alza de precios, lo que en este caso es especialmente relevante desde que el punto de partida del alza de precios es una situación en la que el margen de comercialización de los productos en cuestión era negativo.

Es más, a mayo de 2008, de los 222 medicamentos cuya alza de precio investiga la Fiscalía Nacional Económica, 46 medicamentos continúan vendiéndose bajo el costo directo al menos en el caso de Salcobrand S.A. como se ilustra a continuación (Gráfico N°4).

En el gráfico que se exhibe a continuación cada una de las barras representa el número de productos, de los 222 considerados en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, que presentaron márgenes de comercialización (precio de venta menos costo de adquisición) negativos.

GRÁFICO N°4

Número de Productos con Márgenes de Comercialización Negativo



En este gráfico puede apreciarse que durante el año 2007 se produjo un fuerte crecimiento en el número de productos con márgenes negativos, los que llegaron a sumar 147 productos en noviembre de 2007, esto es, un 66% de los 222 productos considerados en los análisis de la Fiscalía Nacional Económica. A mayo de 2008, todavía 46 medicamentos mantenían márgenes negativos, esto es, un 21%, de los 222 productos considerados en los análisis de la Fiscalía Nacional Económica.

Queda claro que lo que la Fiscalía Nacional Económica identifica como “*mayores ingresos por venta*” no constituye ni un incremento anormal ni un perjuicio para el mercado o para nadie.

No puede hablarse de un incremento anormal de los ingresos por ventas, cuando se trata de un incremento que no tiene otro objeto que recuperar una precedente baja de los precios que llevó a dichos medicamentos a márgenes negativos, en un contexto en el que la rentabilidad sobre el capital, aún después de las alzas referidas, continúa por debajo de un nivel normal, cualquiera sea el estándar con que se mida. Y tampoco puede calificarse dicho incremento en los ingresos por ventas como perjuicios para el mercado o para nadie, cuando su contrapartida, el supuesto beneficio que representa el vender ciertos productos a los precios en cuestión implica, en muchos casos, incurrir en costos directos superiores a los precios de venta ¿Constituye un beneficio indebido el recibido por la venta de un producto bajo su costo directo? ¿Alguien puede calificar de perjuicio al mercado o a alguna persona el vender medicamentos bajo su costo directo? La respuesta es de simple lógica comercial: no!.

A mayor abundamiento, si para estimar los perjuicios consideramos como patrón de comparación uno de perfecta competencia y rentabilidades normales del capital, que parece ser el que corresponde cuando se trata de determinar la existencia de atentados contra la libre competencia, las consideraciones expuestas permiten concluir que en la especie no se ha producido perjuicio alguno.

En tales términos, queda claro que la cifra de \$27.000.000.000 no se ajusta a la realidad y que de cualquier forma no es efectivo que en la especie haya tenido lugar un impacto en la normalidad del mercado o se haya causado perjuicios al mercado ni a nadie.

91. A mayor abundamiento, para descartar del todo que en la especie haya tenido lugar un impacto a la normalidad del mercado y apreciar la verdadera situación de

los precios de los medicamentos, queremos hacer presente que los precios de medicamentos vigentes en Chile son de los más bajos en Latinoamérica.

En cuadro que se incluye a continuación se hace un análisis comparativo de los precios en distintos mercados de Latinoamérica que hablan por sí solos (Cuadro N°1).

CUADRO N°1  
Precios Promedio de Productos Farmacéuticos en Latinoamérica  
Noviembre de 2008

PAIS	VALORES USD	UNIDADES	PRECIO PROMEDIO USD
Venezuela	586,3	57,7	10,2
México	725,5	79,2	9,2
Argentina	299,5	40,3	7,4
Perú	61,3	8,4	7,3
Brasil	947,5	129,8	7,3
Colombia	107,0	22,2	4,8
Ecuador	67,4	14,1	4,8
Uruguay	11,5	2,4	4,7
Paraguay	13,2	3,0	4,3
Chile	70,0	17,0	4,1
Total Latino América	2889,3	374,2	7,7

IMS Health Chile

En dicho cuadro se aprecia que Chile es comparativamente uno de los mercados con precios de medicamentos más bajos de Latinoamérica, lo que hace evidente la ligereza con la que la Fiscalía Nacional Económica formula afirmaciones como que las farmacias se estarían apropiando de márgenes o que estarían haciendo uso de su supuesto poder de mercado para enriquecerse injustamente y poco menos que expoliar a personas de escasos recursos.

92. Por último, sólo para evitar confusiones derivadas de la terminología económica utilizada, en vista que en el requerimiento se ha hablado de precios, ingresos y márgenes, queremos aclarar que los márgenes a que se hace referencia no son márgenes de utilidad, sino márgenes brutos, a los que deben deducirse el costo de arriendo de cada local, la amortización de las adecuaciones de los locales arrendados, el pago de una planilla de más de 4.500 personas, costos de publicidad, etc.

Esta aclaración permite apreciar qué se quiere decir cuando se afirma que el nivel de los precios de los medicamentos de Salcobrand S.A. era tan bajo: no sólo que la empresa ha tenido resultados negativos, sino que los costos directos era superiores al precio de venta.

93. En concordancia con lo anterior, los resultados de Salcobrand S.A. durante estos años son del todo consistentes con las explicaciones antes mencionadas, lo que refuerza la veracidad de las explicaciones y defensas que se han formulado en esta presentación.

Un cuadro con la evolución de los resultados de Salcobrand S.A. en los últimos años permite apreciar con toda claridad lo expuesto:

#### CUADRO N°2

##### Evolución de los Resultados de la Compañía.

	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>
Utilidad/Patrimonio	2.70%	-11.29%	0.34%

94. A mayor abundamiento, a título ilustrativo, para corroborar lo anterior, viene al caso mencionar los criterios aplicados en Chile a monopolios regulados, como es el caso del *agua potable*, la *distribución eléctrica*, la *telefonía fija*.

En todos ellos, cuando la autoridad fija los precios, el criterio consiste en hacer competir al monopolio con una “*empresa modelo*”, a la que se reconoce *una rentabilidad normal del capital*.

El punto es que si hipotéticamente se hiciera aplicable dicho criterio al caso de las cadenas de farmacias, los precios deberían subir y no bajar.

95. En tales términos, queda del todo claro que las alzas de precio a que se ha aludido no han tenido ningún impacto susceptible de provocar una anomalía en el mercado, en la competencia o que pueda afectar de cualquier otro modo la libre concurrencia de la oferta y la demanda en el mercado de los medicamentos.

c) Gravedad de las actuaciones y ausencia de reincidencia.

96. Por último, la Fiscalía Nacional Económica formula una serie de consideraciones en torno a la gravedad de las actuaciones que imputa a las requeridas, respecto a las cuales cabe señalar lo siguiente.

97. En primer lugar, ha quedado claro que en la especie no hay una conducta de colusión y por ende no ha tenido lugar en la especie el ilícito que imputa la Fiscalía Nacional Económica.

98. En segundo lugar, como hemos mencionado, no se ha producido un atentado contra la libre competencia, no se ha alterado la normalidad del mercado y, en consecuencia, no hay consumidores que puedan alegar que han sido perjudicados por las actuaciones en cuestión, ni puede alegarse que las requeridas se hayan beneficiado de las mismas, se haya causado daño a los consumidores, o haya habido una suerte de apropiación como llega a decir irresponsablemente la Fiscalía Nacional Económica.

99. Por último, cabe agregar que dado lo anterior y que la sociedad Salcobrand S.A. jamás ha sido sancionada con anterioridad, en ningún caso puede estimarse que en la especie exista una situación de reincidencia.

En este sentido, conviene recordar que el Dictamen N°432/19 95 al que se refiere la Fiscalía Nacional Económica está referido a las sociedades Farmacias Cruz Verde S.A., Farmacias Brand S.A., Farmacias Ahumada S.A. y Farmacias Salco S.A.

A mayor abundamiento, si bien las sociedades Farmacias Brand S.A. y Farmacias Salco S.A. se habrían fusionado en su oportunidad para formar una sola entidad denominada Salcobrand S.A., esta sociedad fue disuelta el 30 de octubre de 2008.

La actual sociedad Salcobrand S.A. es una sociedad constituida recientemente, creada por los nuevos dueños, con una nueva dirección y una nueva administración enteramente desvinculada con la anterior.

## VIII.

CONSIDERACIÓN FINAL

100. Una consideración final obliga a mencionar que Salcobrand S.A. es una empresa seria, organizada y con más de 4.500 empleados, comprometida con el libre mercado y con la salud de sus clientes, cuyos propietarios han ingresado hace poco más de un año en el mercado de las farmacias.

En este período Salcobrand S.A. ha efectuado importantes esfuerzos tendientes a transmitir la cultura y valores que caracterizan a todas las empresas relacionadas a sus nuevos accionistas, reflejo de un historial de más de 50 años de actividad empresarial con estricto apego a la legalidad y a la ética empresarial. Se han efectuado importantes inversiones tendientes a diferenciarse, a crear una nueva imagen corporativa y crear un nuevo concepto de servicio, que ha incluido la incorporación de ejecutivos con años de desempeño en el mismo grupo empresarial para cambiar el estilo de gestión, la capacitación del personal de la misma empresa para adaptarlo a estos cambios, la contratación de nuevos ejecutivos con experiencia en el ramo para fortalecer su profesionalización, la apertura de nuevos locales y el remozamiento de los existentes y, en general, el mejoramiento del ambiente laboral y de las relaciones con proveedores, colaboradores y clientes, para prestar un servicio que realmente satisfaga sus requerimientos y necesidades.

En este orden de cosas y circunstancias, la empresa se ve enfrentada a un requerimiento que, con publicidad y escándalo, en forma prejuiciada y valiéndose de teorías, tergiversaciones y análisis sesgados y tendenciosos, imputa toda suerte de ilícitos de extrema gravedad, completamente ajenos a la cultura, valores y mística que se ha tratado de imprimir a la compañía, dañando seriamente el prestigio que ha procurado construir.

En este caso se ha llegado al extremo de que mi representada se enteró del requerimiento en su contra sin siquiera haber sido notificada legalmente, por los medios de prensa, informados con ocasión de la conferencia a la que parece haber llamado con cierta notoriedad el mismo Señor Fiscal Nacional Económico.

101. Al respecto, queremos manifestar nuestra protesta por una actuación que revela la falta de la sobriedad, discreción, prudencia, y respeto que se espera de una autoridad, particularmente a la hora de formularse acusaciones graves en contra de personas

y empresas honorables y que, en beneficio del principio de la buena fe y la presunción de inocencia, debe admitirse no tengan el carácter de ilícito con el que se los imputa.

El requerimiento en este sentido no se ajusta a estos parámetros y, más aún, revela un desprecio por el libre mercado y la empresa privada, los que se ven irremediamente desprestigiados frente a la comunidad, de forma impune, por quien se supone debe creer más que nadie en ellos y tiene el rol de preservarlos y promoverlos.

POR TANTO,

AL HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA  
RESPECTUOSAMENTE PIDO: Se sirva tener presente los descargos efectuados y, en definitiva, rechazar el requerimiento efectuado por la Fiscalía en contra de Farmacias Salcobrand S.A., todo ello con costas.