

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCIÓN N° 15 /2006

Santiago, tres de agosto de dos mil seis.

PROCEDIMIENTO: NO CONTENCIOSO

ROL : NC 109-05

CONSULTANTE: FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

OBJETO: CONSULTA DE LA FISCALÍA NACIONAL
ECONÓMICA SOBRE CONTRATO
DE FRANQUICIA DE SOCOFAR S.A.

VISTOS:

1. Con fecha 23 de diciembre de 2005, mediante presentación que rola a fojas 79 de autos, la Fiscalía Nacional Económica, en adelante “la Fiscalía” o FNE, solicitó a este Tribunal que, en virtud de la facultad que le confiere el artículo 18° número 3) del Decreto Ley N° 211 (DL 211), se pronuncie acerca de si considera ajustadas a la libre competencia, las cláusulas del contrato de franquicia de la marca comercial Cruz Verde, denominados “Convenios de Distribución con Autorización de Uso de Marca” que señala en su escrito, celebrado entre la empresa Socofar S.A. y diversos farmacéuticos independientes. Los siguientes son sus argumentos:

1.1. Que la empresa Socofar S.A., actuando bajo licencia de su coligada Farmacias Cruz Verde, suscribe contratos de franquicia que contienen diversas estipulaciones que podrían afectar al mercado, en el sentido de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Ello en razón de que es agente dominante en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

distribución mayorista y uno de los tres agentes principales en la distribución minorista o *retail*, a través de su empresa Farmacias Cruz Verde S.A.

1.2. Que los acuerdos de franquicia conllevan, además de una relación de interdependencia entre las partes, una idea de subordinación por parte del franquiciado que es más marcada que en otros contratos de distribución comercial, lo que se justifica, en principio, por la legítima protección que busca el franquiciante de la reputación de la marca que ha construido y de la transferencia de su “Know how” y experiencia del negocio al franquiciado.

1.3. Que la industria farmacéutica se estructura de la siguiente forma:

i) La etapa de producción. Existen en el país cerca de 70 laboratorios farmacéuticos, básicamente estadounidenses, europeos y nacionales, que producen o importan diversos productos farmacéuticos;

ii) La etapa de distribución, en que se distinguen dos tipos de distribuidores: los cerrados o integrados a las cadenas de farmacias (Fasa, Salcobrand), que compran directamente a los laboratorios y autoabastecen sus necesidades, y los abiertos como Socofar S.A., Droguerías Ñuñoa, Toledo y otros, que abastecen principalmente a farmacias independientes.

Farmalider, por su parte, tiene una estructura mixta, es decir, se autoabastece y a la vez compra productos a Droguerías Ñuñoa; Socofar, en cambio, abastece a cadenas independientes (nació como una distribuidora) y además a la cadena Cruz Verde y sus franquiciadas, por lo que compite con el resto de las distribuidoras abiertas.

El siguiente cuadro, elaborado por la FNE, muestra la participación en la compra de medicamentos a laboratorios:

Cuadro 1

Participación en las compras de medicamentos a laboratorios

Socofar	32,5
Ahumada	26,3
Salcobrand	23,8
Droguería Ñuñoa	6,3
D&S	3,8
Otros (Toledo, etc.)	7,3
Total	100,0%

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Según declaraciones del gerente general de Socofar prestadas a la FNE, la participación de mercado de dicha empresa en el negocio de la distribución abierta de medicamentos, perfumería y demás productos a farmacias independientes, asciende a un 65%. Específicamente respecto de medicamentos, la participación de la empresa es de alrededor de un 70% en farmacias independientes. De las ventas totales de Socofar, alrededor de un 63% corresponde a Farmacias Cruz Verde, el 18% a las franquicias Cruz Verde, un 4% para Farmax, y un 15% para otras farmacias independientes. La participación de Droguería Ñuñoa sería de alrededor de un 25%, considerando a las farmacias independientes y no a FarmaLíder.

iii) La etapa de ventas al por menor, que se distingue por estar concentrada en tres actores que detentan el 90% de las ventas de medicamentos.

1.4. Las cláusulas que específicamente se consultan, a juicio del Fiscal nacional Económico, podrían ser la manifestación de un eventual abuso de poder de mercado, al no tener justificación en la protección de la marca y del *Know how* del franquiciador o en razones de eficiencia. En ellas el franquiciado es referido como el cliente, el distribuidor o la sociedad. Las cláusulas son las siguientes:

a) *“El cliente no podrá ceder o transferir de cualquier forma el presente convenio a terceras personas sin tener autorización previa y escrita de Socofar. Tampoco podrá, sin dicha autorización escrita, vender el establecimiento de comercio y/o el local, o celebrar cualquier acto que implique la venta, enajenación, traspaso o cesión del uso o usufructo del mismo. En el evento que el cliente desee vender, ceder o transferir el establecimiento de comercio y/o el local, deberá otorgar una primera opción de compra a Socofar o la persona natural o jurídica que éste le indique”* (Cláusula 13°).

La FNE no considera razonable dicha cláusula en lo que dice relación con la facultad de disposición del local, que es de propiedad del franquiciado. Por ello aconseja eliminar la exigencia de autorización previa y mantener la primera opción de compra a Socofar, al precio que fije el dueño del establecimiento, para equilibrar el poder de negociación de las partes y permitir a terceros adquirir el mismo.

b) *“El Franquiciado debe vender exclusivamente productos de Socofar S.A. y sus asociados”* (Cláusulas 2°, 3° y 9° letra e).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Esta cláusula, según la FNE, sólo sería aceptable si es imposible fijar condiciones objetivas de calidad, lo que a su juicio no sucedería en este mercado, en el que Socofar distribuye productos terminados y de libre acceso a los competidores. Además esta cláusula podría bloquear la entrada a nuevos competidores al mercado de la distribución, generando un monopolio sobre el franquiciado y asimismo podría configurar una venta atada.

c) “El franquiciado debe asegurar, a su costo, la mercadería e infraestructura del local. Estos seguros son tomados por Socofar S.A. en su propio departamento de seguros y su beneficiario es Socofar S.A.. Sobre ellos Socofar S.A. se podrá pagar de cualquier otra suma que le adeude el franquiciado, por la causa que fuese. Todo deducible será de cuenta del cliente. Socofar S.A. pagará las primas, descontándosele de la liquidación de la cuenta corriente que el cliente mantiene o de cualquier pago que deba efectuarle o suma que esté en poder de Socofar S.A.”
(Cláusula 9°, letra d).

Para la FNE no parece razonable que el beneficiario de un seguro, en lo que se refiere a la infraestructura, sea el distribuidor franquiciante, toda vez que el contrato señala que toda inversión en remodelación y equipamiento es de cargo del franquiciado.

Tampoco le parece justificable a la Fiscalía que el franquiciado no pueda elegir con que compañía convenir el respectivo seguro y optar por las primas y condiciones mas convenientes.

Según la consultante, la misma circunstancia se presenta respecto de otra cláusula que obliga al franquiciado a *“tomar un seguro, a su costo, sobre el letrero, a nombre de Farmacia Cruz Verde, contra destrucción por incendio, terremoto, acto terrorista o malicioso”* (Cláusula 9 °, letra C). El seguro debe ser tomado por Socofar S.A., en su propio departamento de seguros, y no permite al franquiciado elegir con que compañía contratar.

d) Multiplicidad de garantías para una misma eventualidad:

d.1. “El franquiciado debe constituir garantías reales suficientes y necesarias para responder de las compras que efectúe o de cualquier otra negociación comercial que desarrolle con Socofar S.A.” (Cláusula 9°, letra s).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

d.2. *“En garantía del cumplimiento de todas las obligaciones, el franquiciado debe dejar en poder y a favor de Socofar S.A. una letra de cambio por UF 2.000”* (Cláusula 19°).

d.3. *“El apoderado o administrador del local del cliente se constituye en fiador y codeudor solidario, incluso de cualquier obligación que el cliente tenga actualmente o a futuro con Socofar S.A. y sus asociados, aceptando desde ya cualquier modificación o prórroga de este convenio u otros que se ejecuten o celebren por el cliente. Esta fianza y codeuda solidaria tiene un límite de UF 2.000”* (cláusula 17°)

d.4. *“El plazo de pago de las mercaderías es de 20 días a contar de la entrega de la factura, pero, independiente de ello, el franquiciado debe documentar los pedidos o compras que efectúe, como máximo cada siete días, sea mediante cheque u otros documentos mercantiles”* (Cláusula 9°, letra e).

d.5. *“Termina el convenio si el franquiciado es multado o condenado por infracciones a la legislación tributaria, sanitaria, laboral o provisional, caso en que Socofar S.A. reclamará una pena de UF 2.000, sin perjuicio de los demás derechos e indemnizaciones. Lo mismo en caso de incumplimiento del cliente de las obligaciones que le competen”* (Cláusula 11°).

Estas cláusulas son, para la FNE, manifestación de una relación de dependencia y una imposición de condiciones que no se condicen con el riesgo del negocio y que significan mayores costos comerciales al dueño del local. Debieran eliminarse las garantías adicionales para un evento ya asegurado por las partes en el contrato. Además considera que el franquiciado debiera recibir igual trato que Socofar, en caso de que sea esta última la penalizada.

e) *“En caso de caducidad del convenio por cualquier causa, el cliente se obliga a cambiar los colores de farmacias Cruz Verde en sus locales, y a devolver toda la papelería (boletas, vouchers, facturas, guías de despacho, notas de crédito y débito y cualesquiera otros que posea). Si así no lo hiciera, se generará una multa de UF 200 a favor de Socofar S.A. que recibe mandato irrevocable para pintar de colores distintos a los de Cruz Verde el local, sus muebles y demás implementos distintivos de cruz verde, a costa del cliente”* (Cláusula 9°, letra q).

La FNE considera que al haber sido la papelería costeadada por el franquiciado, éste debiera recibir un pago al devolverlas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

f) *“Cualquier disputa que surja entre las partes será resuelto por un arbitro arbitrador. Para el arbitraje Socofar S.A. designa a dos abogados, renunciando las partes a cualquier causal de inhabilidad y a todo recurso”* (Cláusula 16°).

La FNE considera que el nombramiento de arbitro debe realizarse de común acuerdo entre las partes.

g) estipulaciones con riesgo de arbitrariedad:

g.1. “Obedecer instrucciones que impartan Socofar S.A. o Farmacias Cruz Verde” (Cláusula 9°, letra b).

g.2. “Efectuar todas las reparaciones y mejoras del local que Socofar S.A. o Farmacias Cruz verde estimen” (Cláusula 9, letra o).

g.3. “El cliente autoriza a ser incluido en toda clase de publicidad que Farmacias Cruz Verde efectúe en cualquier forma” (Cláusula 9°, letra K).

La Fiscalía considera que la apertura y generalidad de estas cláusulas las convierte en potencialmente abusivas y, además, habilitan a una sociedad perteneciente a Socofar S.A. a dar órdenes al franquiciado.

1.5. Socofar detenta una posición de dominio en el mercado de la distribución abierta y en el cerca de un centenar de contratos de franquicia que ha suscrito, ha realizado, en diversas cláusulas, una transferencia implícita, expresa y no compensada, de los riesgos del negocio, lo que podría constituir un abuso de dicha posición dominante. Esta conducta está expresamente sancionada en el artículo 3° letra b) del Decreto Ley N° 211.

1.6. Instrumentos acompañados por la FNE:

- Siete (7) copias simples de Convenios de Distribución con autorización de Uso de Marca, suscritos por Socofar y distintos franquiciados.

2. A fojas 95 el Tribunal, con fecha 19 de octubre de 2005, dio inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31° del DL 211 y ordenó notificar la consulta, mediante oficio, a Socofar S.A. y a Farmacias Cruz Verde S.A., para que aportaran antecedentes.

3. A fojas 127, Farmacias Cruz Verde S.A. aportó antecedentes respecto de la consulta de autos, en los términos que a continuación se sintetizan:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.1. En opinión de esta compañía, la FNE pretende intervenir en contratos civiles válidamente suscritos entre particulares en ejercicio de su autonomía de la voluntad y el derecho constitucional a desarrollar actividades económicas lícitas y en mutuo provecho. Mas aún, pretende intervenir y desnaturalizar el eficiente modelo de negocio desarrollado por Socofar, en uso de la marca que Cruz Verde licenció a Socofar.

3.2. Que, refiriéndose en su presentación solamente a las alusiones que la FNE hace a Cruz Verde, esta compañía puntualiza lo siguiente:

a) Cruz Verde no es parte en los contratos cuyas cláusulas son objeto de la consulta de autos.

b) Cruz Verde es propietaria de su marca o imagen corporativa y entregó, hace aproximadamente diez años, una licencia a Socofar para utilizarla y para otorgar licencias a terceros para hacerlo, con el objeto de implementar y desarrollar el rubro de la comercialización. A cambio Socofar se obligó a pagar un precio, equivalente a un porcentaje de las ventas netas que ésta efectuare a terceros. Por lo anterior, señala que los contratos objeto de la consulta buscan no sólo proteger la marca sino también la logística, manejo de inventario, crédito y, en general, toda la organización vinculada a las franquicias.

c) En opinión de Cruz Verde, la FNE, al analizar el mercado relevante, omitió en su consulta a varios actores que participan en la etapa de distribución. Tal es el caso de los laboratorios que también distribuyen o pueden distribuir a farmacias independientes. Por esta razón no existiría, en opinión de esta compañía, una evidente posición de dominio en dicho mercado, como afirma la Fiscalía en su consulta.

Además, en opinión de esta compañía, no debe restringirse el mercado relevante al de la venta de medicamentos, puesto que Cruz Verde comercializa artículos cosméticos, de higiene, de perfumería etc. y estos productos representan más del 30% de las ventas totales de las farmacias.

d) Los valores agregados de logística, administración de inventarios, créditos, etcétera, justifican plenamente los términos generales y particulares del contrato en cuestión y no podrían ser entregados por farmacias Cruz Verde S.A., la que sólo es titular de la marca o imagen corporativa, pero no cuenta con los demás

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

elementos para asegurar el éxito del negocio organizado por Socofar y que beneficia a los franquiciados.

3.3. Termina Cruz Verde su aportación de antecedentes reiterando que en la consulta de autos, que a su juicio es confusa e incurre en errores y omisiones, no se formula petición alguna respecto de ella y que solicita al Tribunal su rechazo.

3.4. Instrumento acompañado por Cruz Verde:

- Copia simple del convenio de licencia de fecha 2 de enero de 1996, suscrito entre Socofar S.A. y Farmacias Cruz Verde S.A.

4. A fojas 219 y siguientes rola la presentación realizada por **Socofar S.A.**, con fecha 2 de marzo de 2006, con el objeto de aportar antecedentes a la consulta de autos. Lo expresado por dicha compañía es, en síntesis, lo que sigue:

4.1. Que el mercado relevante del producto corresponde a la distribución, comercialización o abastecimiento de los productos que expenden, aguas abajo, a las farmacias o *retail*. Éstos corresponden, además de los medicamentos, cosméticos, artículos de aseo e higiene y otros que ofrecen normalmente las farmacias o *retail*.

4.2. Que además de las etapas de la industria identificadas por la FNE, esto es, la de producción, la de distribución y la de *retail*, en opinión de Socofar existe una etapa intermedia, que corresponde a la unión de dos o mas laboratorios para comercializar conjuntamente sus productos a distribuidores y/o farmacias, tal es el caso de Novofarma y Bayservice.

4.3. Que considera erróneo y meramente teórico dividir el mercado horizontal en la etapa de distribución entre distribuidores “abiertos” y “cerrados” y que se omita a importantes actores en esta etapa, especialmente a los laboratorios que también distribuyen sus productos directamente o a través de organizaciones conformadas por algunos de ellos, a las droguerías, depósitos e importadores de productos farmacéuticos. Por ello, en opinión de Socofar, es errónea la conclusión de la FNE de que dicha compañía detenta el 70% del mercado de “distribución abierta”.

En este mercado dinámico participarían, en concepto de Socofar los siguientes actores: los laboratorios, DLI (Farmacias Ahumada), Salco Brand, FarmaLider, Adifa, Profo, Farmasiete (firmas de compra en común creadas por farmacias

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

independientes), Socofar, Droguerías Ñuñoa, Droguerías Toledo y otros actores menores.

4.4. Que el convenio consultado no se limita al simple uso de la marca Cruz Verde y del *Know How* de la cadena de farmacias que usa ese nombre, ya que en realidad el convenio evidencia un modelo o forma de hacer un negocio (que merece protección jurídica al igual que una marca o el *Know how*), generando canales que permitan incrementar las ventas con la colaboración de dueños de farmacia independientes, que se benefician de economías de escala y aprendizaje.

Este “producto” modelo de negocio comprende el asesorar al cliente en la elección de local; colaborar con la planificación del negocio; contribuir al pago del diseño del local; otorgar crédito para la habilitación del local y para la adquisición del stock inicial de mercaderías; asegurar un abastecimiento permanente en los locales franquiciados; controlar la existencia de mercaderías y hacer eficientes los manejos de inventario; autorizar el uso de software de punto de venta y otros servicios.

Excede de las atribuciones de la FNE, en opinión de Socofar, establecer cual debe ser el contenido de las cláusulas del Convenio en cuestión, toda vez que eso atenta en contra de la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad de empresa protegidas por la Constitución. Además, esta alteración de las cláusulas afectaría seriamente los distintos conceptos que aportan valor a ambos participantes de este convenio y condenaría al fracaso el proyecto.

4.5. Este tipo de “franquicia de sistema” ha sido utilizado antes, con algunas variaciones, en el mercado farmacéutico y otros mercados. Fasa lo ha utilizado, también RED FARMA de Farma Central, Bigfarma, Farma Siete, proyecto Profo.

4.6. Según Socofar, es contrario a la libertad de empresa consagrada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, conculcar el derecho de toda empresa a organizar su negocio de la forma en que mejor le parezca y se ajuste a su actividad con el objeto de maximizar sus ganancias, en tanto no atente en contra de la moral, el orden público o la seguridad nacional.

4.7. Que la franquicia es un contrato atípico, por lo que no existen restricciones a la autonomía de la voluntad de las partes para establecer sus cláusulas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.8. Que no existe abuso de posición dominante en el mercado relevante del producto objeto de la consulta. En efecto, en la etapa de distribución existe, en opinión de Socofar, amplia competencia. Socofar no fabrica ni produce los productos que distribuye, los adquiere de proveedores que son, en algunos casos, sus propios competidores. En definitiva esta empresa compite con sus mismos laboratorios proveedores, con las demás distribuidoras señaladas por la FNE y con otras como las creadas por laboratorios farmacéuticos y con las grandes cadenas de farmacias. Por ello, en opinión de Socofar, esta compañía no está en condiciones de excluir a sus competidores ni menos de controlar a sus proveedores. Por último, lo que sanciona la legislación de defensa de la competencia es el abuso de una posición de dominio.

4.9. Que el poder que tiene Socofar respecto de sus franquiciados, no resulta de su situación particular en el mercado relevante respectivo si no que de una relación contractual a la que los franquiciados se incorporan voluntariamente para incorporarse a una cadena de distribución en vez de operar en forma independiente. Por esta razón no es la FNE ni este Tribunal, en opinión de Socofar, quienes deben intervenir en dicha relación contractual, particularmente cuando no existen barreras de entrada al negocio del *retail*.

4.10. Socofar opina que autorizar a sus competidores para participar en el negocio, importaría exigir a Socofar la realización de inversiones para que las distribuidoras de la competencia vendan a través de los locales de la cadena Cruz Verde, lo que alteraría la libre competencia en el mercado.

4.11. Que no existen ventas atadas o ventas derivadas de un abuso de posición de dominio en el mercado.

4.12. Socofar expresa, respecto de las cláusulas mencionadas en la consulta de la FNE, lo siguiente:

a) Respecto de la que establece restricciones a la transferencia del local: es sólo una restricción destinada a proteger el punto de venta desarrollado por Socofar, que podría ser adquirido incluso por la competencia.

b) Respecto de la que impone abastecimiento exclusivo desde Socofar, además de ser una estipulación de la esencia de las franquicias, es parte del modelo de negocios desarrollado por Socofar con el fin de aumentar sus ventas por medio del aumento de sus canales de distribución, de los que controla los inventarios. Por lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

demás, el franquiciado paga un Royalty, consistente en un porcentaje de las compras que realiza a Socofar, por lo que si éste aumenta sus ventas, aumentará las compras a la compañía, lo que redundará en un beneficio para las partes.

c) Respecto de las cláusulas sobre garantías: son las condiciones mínimas bajo las cuales Socofar está dispuesta a arriesgar su patrimonio otorgando crédito al franquiciado. En cuanto a la contratación de los seguros, este es uno de los beneficios que otorga Socofar a sus franquiciados, pues implica una descarga administrativa y un mejor precio que obtiene una gran empresa debido a su tamaño. Socofar es beneficiaria de los seguros como es habitual en las empresas que otorgan créditos a sus clientes para financiarles la compra de sus bienes. Las demás garantías se establecen como consecuencia de la evaluación de la capacidad crediticia del franquiciado.

d) Respecto de la Cláusula que limita el uso de la marca y obliga a devolver la papelería a Socofar al término del Convenio, ésta en nada afecta la competencia en el mercado. Se exige la devolución de papelería suministrada por Socofar que el franquiciado no podría continuar usando una vez terminado el contrato.

e) Respecto de la cláusula que establece el “compromiso”, ésta no afecta la libre competencia y es de común utilización en contratos comerciales. Existen mecanismos legales que aseguran la posibilidad de impugnar cualquier hipotética falta de imparcialidad y, por último, sólo busca que expertos diriman las cuestiones que se susciten entre las partes.

f) Respecto de otras cláusulas con riesgo de arbitrariedad: Socofar aclara que la publicidad que realiza no implica costos adicionales a los franquiciados. La cláusula cuestionada sólo pretende controlar la publicidad que el franquiciado pretenda realizar en forma independiente.

Las demás cláusulas cuestionadas no pretenden afectar la libre competencia; son esenciales para el funcionamiento del modelo de negocios de Socofar y son ampliamente utilizadas en las denominadas “franquicias de sistema”.

4.13. Atendido lo expuesto, Socofar solicitó al Tribunal que declare que las Cláusulas en cuestión se ajustan a las disposiciones del Decreto Ley N° 211.

4.14. **Instrumentos acompañados por Socofar:**

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Copia simple del convenio de licencia de fecha 2 de enero de 1996, suscrito entre Socofar S.A. y Farmacias Cruz Verde S.A.
- Cuadro en el que se muestra la evolución en la participación de mercado de las diversas farmacias.
- Gráfico que muestra la apertura de nuevo locales de la cadena Cruz Verde durante los años 2004 y 2005, sean locales propios o bien franquicias.
- Cuadro “Crecimiento de Ventas 2005 v/s 2004”, que muestra la evolución de las ventas de locales propios y franquiciados.
- Cuadro de generación de empleo, en que consta que Cruz Verde es la cadena que más empleo genera, ello gracias a la existencia de las franquicias.
- Listado de contratos de franquicia firmados.
- Seis (6) fotografías en las que se refleja la situación del local posicionado por Socofar como farmacia, respecto del que, por haberse cambiado a la competencia, se perdió la inversión de Socofar en el mismo.
- Cuadro en el que se refleja la inversión publicitaria realizada por las diversas farmacias, durante los años 2000 a 2005, donde se evidencian los esfuerzos que hace Socofar para mejorar el posicionamiento de los locales Cruz Verde, lo que va en beneficio directo de los franquiciados.
- Diversas copias de facturas que acreditarían la inversión en publicidad efectuada por Socofar, la que no sería cobrada a los franquiciados.
- Listado de franquiciados, en el que se muestra la relación crédito / garantía y el tipo de garantía (hipotecaria o prendaria), destacándose que normalmente no alcanzan a cubrir el monto de la línea de crédito otorgada.
- Cuadro en el que se refleja el costo que tiene la prima de los seguros contratados por Socofar para los franquiciados y el valor de mercado de la misma. El documento refleja los menores costos de la prima contratada a través de Socofar. También se hace presente que Socofar no margina en los menores costos, sino que el beneficio es transferido íntegramente a los franquiciados.
- Cotización de primas de seguros efectuadas por un franquiciado independiente, cuyo costo, comparado con el detalle cobrado a los franquiciados, es manifiestamente superior.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Diversas facturas que acreditarían la inversión efectuada por Socofar S.A. en la remodelación de locales de los franquiciados, ascendente a un 50% del proyecto de arquitectura.

5. A fojas 182 el Tribunal citó a la Audiencia Pública de rigor.

CONSIDERANDO:

Primero: Que la Fiscalía Nacional Económica solicitó a este Tribunal se pronuncie acerca de si considera que las cláusulas del contrato de franquicia de la marca Cruz Verde, celebrado entre la empresa Socofar S.A. y diversos farmacéuticos independientes, se ajustan a las normas sobre protección de la libre competencia.

Al respecto, la FNE señaló que la posición de dominio que detenta Socofar y su vinculación con la cadena de farmacias Cruz Verde, que posee una alta participación en el mercado del *retail* farmacéutico, le han permitido contar con información útil para suscribir casi un centenar de contratos de franquicia, los cuales en diversas cláusulas establecen una transferencia implícita de todos los riesgos del negocio, desde Socofar al franquiciado, lo que podría constituir eventualmente un abuso de dicha posición.

Además, señala que constituye un abuso de posición dominante toda práctica comercial sustentada en la aplicación de condiciones desiguales o innecesarias en las transacciones de las que se pueda valer la empresa dominante para mantener o aumentar su posición en el mercado relevante respectivo.

Por último, no existiendo justificación de eficiencia, la FNE solicita que las cláusulas contrarias a la libre competencia sean así declaradas y, por ende, eliminadas o modificadas, en los términos expuestos en su presentación;

Segundo: Que, previo al examen de las cláusulas consultadas del contrato de franquicia en cuestión, este Tribunal analizará en general las características del contrato de franquicia y, luego, estudiará si eventualmente el franquiciador detenta, en este caso, una posición dominante en la distribución y, por último, si las cláusulas de los contratos de franquicia de la marca Cruz Verde celebrados entre la empresa Socofar S.A. y diversos farmacéuticos independientes, se ajustan o no a las normas sobre protección de la libre competencia;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tercero: Que una franquicia debe entenderse como el contrato en virtud del cual una parte, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera, directa o indirecta, el derecho al uso de una marca, un nombre o un emblema, representativos de un producto o servicio y/o de ciertas técnicas o métodos estandarizados para comercializar ese producto o servicio y/o la asistencia técnica y comercial que se pacte;

Cuarto: Que, si bien los contratos de franquicia son voluntariamente acordados entre las partes, una vez perfeccionados, el franquiciado pasa a depender económicamente del franquiciador y por ello, existe la posibilidad de que se cometa algún abuso por parte del segundo, no necesariamente contrario a la libre competencia;

Quinto: Que, no obstante, cuando el franquiciador detenta una posición dominante en el mercado relevante, eventualmente podría abusar de la misma imponiendo en el contrato condiciones abusivas que los comerciantes independientes estén obligado a aceptar.

A su vez, en el mismo contexto, en la medida que se produzca la masificación del contrato de franquicia pueden producirse dos efectos sobre la competencia; por una parte, en la etapa de distribución, la reducción del tamaño potencial del mercado al que pueden aspirar los competidores del franquiciador y, por otra, en la etapa de comercialización, la disminución de la intensidad de competencia;

Sexto: Que, a juicio del este Tribunal, en el mercado de productos farmacéuticos se pueden identificar tres etapas: producción, distribución y comercialización.

En la primera, la etapa de producción, concurren cerca de 70 laboratorios nacionales e internacionales.

La segunda etapa, que es la de distribución, se caracteriza, en opinión de este Tribunal, por la presencia de diversos tipos de distribuidores que podrían clasificarse como sigue: distribuidores/representantes de laboratorios; distribuidores “cerrados”; distribuidores “abiertos” y distribuidores “mixtos”.

Así, los distribuidores/representantes de laboratorios, son empresas que agrupan a varios laboratorios y comercializan de manera exclusiva los productos de sus asociados. Bajo esta modalidad operan en Chile dos empresas, Novafarma, en representación de Laboratorios Bagó, Boehringer, Silesia, AstraZeneca,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Grunenthal, Andrómaco, Lumiere y Master; y Bayservice, en representación de Laboratorios Bayer y Schering-Plough.

Por su parte, los distribuidores “cerrados” realizan el aprovisionamiento exclusivo de una cadena de farmacias, generalmente de su propiedad. Bajo esta modalidad operan, por ejemplo, los distribuidores de las cadenas de farmacias Ahumada, SalcoBrand y FarmaLíder.

A su vez, los distribuidores “abiertos” realizan aprovisionamiento a todos los agentes interesados, sean farmacias independientes, grupos de farmacias o cadenas de farmacias. Bajo esta modalidad operan, por ejemplo, Droguerías Ñuñoa y Toledo.

Por último, los distribuidores “mixtos” realizan el aprovisionamiento tanto a los clientes de los distribuidores “abiertos” como a cadenas de farmacias relacionadas. En este caso se encuentran la empresa Socofar S.A., que abastece a las farmacias que operan bajo la marca Cruz Verde, sean o no franquiciadas de ésta y a otras farmacias independientes.

Finalmente, una tercera etapa es la de venta al detalle. En ella participan las farmacias independientes, las farmacias franquiciadas y las cadenas de farmacias. Este segmento está fuertemente concentrado, los tres principales actores en el sector minorista (SalcoBrand, Ahumada y Cruz Verde) acumulan el 90% de las ventas de medicamentos al público.

Séptimo: Que, constituyendo las farmacias independientes una proporción importante de los destinatarios del acuerdo de franquicia de Socofar, es necesario analizar las alternativas de aprovisionamiento disponibles para ellas. En relación con lo anterior, según consta en el informe acompañado a fojas 291 y siguientes, el aprovisionamiento realizado por los distribuidores abiertos y mixtos representa el 95% de las compras totales realizadas por las farmacias independientes, correspondiendo el 70% a Socofar y el 25% a Droguería Ñuñoa.

Eventualmente, una farmacia independiente podría asociarse con otras y realizar compras en mayores volúmenes directamente a los laboratorios o sus representantes o adquirir productos de aquellos laboratorios individuales que son activos en la venta directa, práctica que en general no ha representado una proporción significativa en la industria;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octavo: Que del considerando anterior se desprende que el aprovisionamiento de las farmacias independientes está fuertemente concentrado en un distribuidor, Socofar, lo que podría conferirle una posición dominante.

Noveno: En este contexto de mercado es preciso analizar y pronunciarse respecto de aquellas cláusulas del contrato objeto de análisis en este proceso que han sido cuestionadas por la FNE;

Décimo: Que, primeramente, la cláusula 13°2 del contrato de franquicia consultado señala que: *“El cliente no podrá ceder o transferir de cualquier forma el presente convenio a terceras personas sin tener autorización previa y escrita de Socofar.*

Tampoco podrá, sin dicha autorización escrita, vender el establecimiento de comercio y/o el local, o celebrar cualquier acto que implique la venta, enajenación, traspaso o cesión del uso o usufructo del mismo. En el evento que el cliente desee vender, ceder o transferir el establecimiento de comercio y/o el local, deberá otorgar una primera opción de compra a Socofar o la persona natural o jurídica que éste le indique”.

A primera vista, las restricciones a la libre disposición del local podrían parecer poco razonables por cuanto la propiedad del local es del franquiciado. Sin embargo, este Tribunal estima que dicha cláusula no es *per se* abusiva, toda vez que su aplicación está limitada a la vigencia del contrato de franquicia, en cuyo caso es razonable, dado el carácter *intuitio personae* del contrato de franquicia y la eventual imposibilidad de cumplirse por el franquiciado si se transfiere el local. Cabe destacar que la duración del contrato de franquicia es de cinco años con renovación automática y sucesiva por períodos de un año, salvo que cualquiera de las partes de aviso a la otra con una anticipación mínima de tres meses, lo que no parece excesivo;

Undécimo: Que las cláusulas 2°, 3° y 9°, letra e) del contrato, señalan que el franquiciado debe vender exclusivamente productos de Socofar S.A. y sus asociados. A juicio de este Tribunal, este tipo de estipulaciones puede ser de la esencia de un acuerdo de franquicia, pues lo que está siendo transferido es precisamente el derecho a usar una determinada “modalidad de comercialización de productos” que se considera exitosa, que incluye la autorización de uso de una marca de prestigio y sus signos distintivos, prestaciones de servicios, diversos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

equipamientos de venta, así como toda la gama de productos comercializados por el franquiciador.

En efecto, Socofar ha sostenido que, además de entregar los derechos de uso de la marca Cruz Verde y los bienes a ser comercializados por la farmacia franquiciada, entrega al cliente asesorías sin cargo adicional en materia de control de existencias, así como el *software* necesario para tal efecto. También prestaría asesoría al franquiciado en todo lo relacionado con la instalación, adquisición de equipos computacionales y su mantenimiento así como en publicidad, propaganda y promoción. Además sostiene que participa con el 50% de los costos de diseño y de remodelación del local. En general este Tribunal concuerda con Socofar en el sentido de que esta compañía se obliga a cumplir todo lo necesario para que la distribución de la marca Cruz Verde resulte un éxito y no desmerezca la imagen del producto frente a los clientes y terceros, lo que eventualmente podría verse impedido o dificultado sin la existencia de algunas exigencias de exclusividad.

Por otra parte, cabe destacar que existe una política única de precios para todas las farmacias que operan bajo la marca Cruz Verde, sean o no franquiciadas, probablemente con la finalidad de evitar la competencia intramarca y uniformar la imagen de los locales que operan bajo la mencionada marca. La libertad de aprovisionamiento de ciertos productos de otros distribuidores, a juicio de este Tribunal, podría afectar el modelo de negocio propuesto por Socofar y el valor de la marca;

Duodécimo: Que la cláusula 9°, letra d), señala que el franquiciado debe asegurar, a su costo, la mercadería e infraestructura del local. Estos seguros son tomados por el departamento de seguros de Socofar S.A. y su beneficiario es dicha compañía, hasta la concurrencia de sus créditos con el franquiciado, cualquiera sea su origen. Socofar S.A. podrá pagar las primas y descontarlas de la liquidación de la cuenta corriente que el cliente mantiene con ella o de cualquier pago que deba efectuarle o suma que esté en poder de ésta.

Este Tribunal entiende que la cláusula anterior sólo establece un orden de prelación para el cobro de la indemnización correspondiente en caso de siniestro, siendo el primer beneficiario Socofar, por el valor de las deudas que mantenga el franquiciado con ésta, y, luego, el franquiciado, por el saldo.

Por otra parte, Socofar ha explicado en autos que el seguro es contratado por Socofar por su propio departamento y esto sería un beneficio que dicha empresa

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ofrece a sus franquiciados, por cuanto implica, por un lado, una menor carga administrativa y, por otro, dado el tamaño de la empresa y especialización del personal, permite lograr mejores condiciones comerciales con la compañía de seguros.

Al respecto, este Tribunal estima que dicha estipulación no atenta contra las normas sobre protección de la libre competencia y no se ha acreditado que el franquiciado pudiese obtener condiciones más favorables, considerando en particular que los seguros no serían tomados con un asegurador relacionado con la empresa franquiciante, lo que hace muy difícil la existencia de un abuso de posición dominante, de existir esta última;

Decimotercero: Que, a juicio de la FNE, Socofar solicitaría multiplicidad de garantías para una misma eventualidad, las cuales se enumeran a continuación:

1. La cláusula 9°, letra s, señala que el franquiciado “deberá constituir garantías reales suficientes y necesarias para responder de las compras que efectúe o de cualquier otra negociación comercial que desarrolle con Socofar S.A.”;
2. La cláusula 19°, que el cliente debe, a título de garantía del cumplimiento de todas las obligaciones, dejar en poder y a favor de Socofar S.A. una letra de cambio por de UF 2.000;
3. La cláusula 17°, que “El apoderado o administrador del local del cliente se constituye en fiador y codeudor solidario, incluso de cualquier obligación que el cliente tenga actualmente o a futuro con Socofar S.A. y sus asociados, aceptando desde ya cualquier modificación o prórroga de este convenio u otros que se ejecuten o celebren por el cliente. Esta fianza y codeuda solidaria tiene un límite de UF 2.000”;
4. La cláusula 9°, letra e, que “El plazo de pago de las mercaderías es de 20 días a contar de la entrega de la factura, pero, independiente de ello, el franquiciado debe documentar los pedidos o compras que efectúe, como máximo cada siete días, sea mediante cheques u otros documentos mercantiles”; y
5. La cláusula 11°, que en caso que el franquiciado sea multado o condenado por infracciones a la legislación tributaria, sanitaria, laboral o previsional, Socofar S.A. reclamará una pena de UF 2.000, sin perjuicio de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los demás derechos e indemnizaciones. Lo mismo, en caso de incumplimiento del cliente de las obligaciones que le competen;

Este Tribunal no considera procedente en este caso analizar la pertinencia de las citadas garantías pues no existen en autos suficientes elementos de convicción que permitan establecer si tales garantías se condicen con el riesgo del negocio y si imponen mayores costos comerciales al dueño del local y mucho menos por qué estas estipulaciones atentaría contra la libre competencia. Por otra parte, la FNE no explicita cuáles, específicamente, deberían eliminarse o ser modificadas y en que sentido;

Decimocuarto: Que la cláusula 9º, letra q, señala que, en caso de caducidad del convenio por cualquier causa, “el cliente asume la obligación de cambiar los colores institucionales de Cruz Verde de sus farmacias por otros distintos, a devolver toda la papelería con logotipos de Cruz Verde incluyendo boletas, bouchers, facturas, guías de despacho, notas de crédito y débito y cualesquiera otros que posea. El plazo para dar cumplimiento a estas obligaciones será de 30 días corridos a contar de la fecha de término del convenio. Si así no lo hiciera, por ese sólo hecho se generará una multa a favor de Socofar ascendente a UF 200”.

En relación con la cláusula que limita el uso de la marca y obliga a devolver la papelería a Socofar al término del Convenio, este Tribunal considera que dicha cláusula en nada afecta la competencia en el mercado. En efecto hay razones económicas y jurídicas que justificarían la exigencia de entrega o destrucción de toda la papelería que incluya la marca o el logotipo de Cruz Verde, de los que Socofar es licenciataria, pues de lo contrario se podrían afectar sus derechos de propiedad industrial sobre los mismos. Lo que se exige es la devolución de papelería suministrada por Socofar y que el franquiciado, en todo caso, no podría continuar utilizando una vez terminado el contrato. Por último, cabe tener presente que, a diferencia de lo que sostiene la FNE, Socofar, a fojas 269, afirma que no cobraría por la papelería que entrega a los franquiciados;

Decimoquinto: Que la cláusula 16º, de los contratos mas recientes tenidos a la vista, señala que cualquier dificultad que surja entre las partes será resuelta por un árbitro arbitrador. “Para desempeñar el arbitraje las partes designan al abogado don Guillermo De las Heras de Pablo y, a falta de éste, por cualquier causa, al abogado don Cristián Garnham Purcell, renunciando desde ya a hacer valer en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contra de ellos cualquier causa de implicancia o recusación, existentes o que se sobrevenga en el futuro”.

Dado que en el contrato de franquicia en cuestión una de las partes detenta un poder de negociación claramente superior a la otra, que le permitiría imponer sus disposiciones, este Tribunal recomienda que la designación del árbitro se realice de común acuerdo por las partes, una vez producido un conflicto jurídico o que, en subsidio, éstos sean designados por una institución independiente y calificada a tales fines. Por la misma razón, no es aceptable en ningún caso la renuncia anticipada a la posibilidad de hacer valer las causales de implicancia y recusación a que pueda haber lugar.

Decimosexto: Que, a juicio de la FNE, en el contrato existe un grupo de cláusulas que presentan riesgo de arbitrariedad por parte de Socofar. En ese sentido, la cláusula N° 9, letra b, señala que el cliente debe obedecer instrucciones que impartan Socofar S.A. o Farmacias Cruz Verde, tanto en lo relativo a la instalación del negocio de farmacia como a su desarrollo posterior. La Cláusula 9°, letra o, señala, por su parte, que el cliente deberá efectuar las reparaciones y mejoras del local que Socofar S.A. o Farmacias Cruz Verde estimen. Por último, la Cláusula 9°, letra k, señala que el cliente autoriza ser incluido en toda clase de publicidad que Farmacias Cruz Verde efectúe en cualquier forma, asumiendo el costo el franquiciado.

Este Tribunal no presenta reparos respecto de las citadas cláusulas, en razón a que ellas permiten crear, difundir y mantener la imagen del negocio cuyo derecho a explotación se está transfiriendo y en la medida que el tratamiento a los franquiciados no sea discriminatorio entre ellos ni respecto de quienes no lo son;

Decimoséptimo: Que analizadas las cláusulas del contrato, en general, éstas son propias de un contrato de franquicia que autoriza el uso de un conjunto de métodos operativos, puesta en servicio y funcionamiento a través de terceros que se identifican plenamente con una marca, a cambio de una contraprestación económica, estableciéndose las obligaciones del franquiciado en lo relativo a la calidad del producto, a la identificación del mismo y al uso de la marca y de la información reservada proporcionada por el franquiciador. Si tales estipulaciones son especialmente exigentes o no para con una de las partes que pudiere ser más débil en la relación contractual, no es materia que corresponda conocer a este Tribunal, a menos que con ello se afecte la libre competencia en el mercado;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimoctavo: Que, sin perjuicio de lo anterior y a juicio de este Tribunal, dada la elevada participación de Socofar en el aprovisionamiento de farmacias independientes, se podría estimar que ésta detenta una posición dominante en el mismo, lo que no es contrario *per se* a las normas de defensa de la libre competencia. Por otra parte, no ha sido debidamente acreditado en el expediente que los acuerdos de franquicias realizados entre Socofar y diversos farmacéuticos independientes afecten, en forma actual o potencial, la entrada y la intensidad de competencia de los agentes económicos en los segmentos de distribución y de comercialización minorista de productos farmacéuticos;

Decimonoveno: Que, adicionalmente, los acuerdos de franquicia que puedan convenirse entre partes, si se utilizan para absorber farmacias independientes, eventualmente podrían tener efectos adversos para la competencia. Lo anterior, teniendo en cuenta que el acuerdo de franquicia prevé que el precio de venta al público sea el mismo de las Farmacias Cruz Verde y que, por ende, al aumentar el número de farmacias franquiciadas y disminuir el de las independientes, menor será el número de firmas dispuestas a competir. Además, como consecuencia de estos contratos se verá reducido el tamaño del mercado al que pueden aspirar los denominados distribuidores abiertos, en la medida que no tengan acceso a realizar aprovisionamiento de las cadenas de farmacias (Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand) ni a las farmacias franquiciadas;

Vigésimo: Que, no obstante lo anterior, este Tribunal no realizó un análisis más detallado, tanto de la distribución como de la comercialización minorista de medicamentos, por no ser objeto de la consulta de autos y por no contar con mayores antecedentes acerca de la existencia o no de barreras a la entrada y de los eventuales efectos del sistema de franquicia analizado sobre la competencia en dichos segmentos. En atención a ello, este Tribunal recomendará a la FNE vigilar activamente la industria farmacéutica a fin de detectar eventuales infracciones a la libre competencia.

Y teniendo presente, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 18°, número 2), 31° y 32° del Decreto Ley N° 211,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE:

Absolver la consulta del señor Fiscal Nacional Económico en el sentido que las cláusulas del contrato de franquicia de la marca Cruz Verde, celebrado entre la empresa Socofar S.A. y diversos farmacéuticos independientes, no son, en sí mismas, contrarias a la libre competencia sin perjuicio de lo que se resuelve a continuación.

Se recomienda que la designación del árbitro se realice de común acuerdo por las partes, una vez producido un conflicto jurídico o que, en subsidio, éste sea designado por una institución independiente y calificada a tales fines. Del mismo modo, la renuncia anticipada a la posibilidad de hacer valer las causales de implicancia y recusación a que pueda haber lugar, a propósito del nombramiento de árbitro, deberá eliminarse de los contratos de franquicia consultados y evitarse en el futuro.

Se recomienda a la FNE vigilar activamente la industria farmacéutica a fin de detectar eventuales infracciones a la libre competencia.

ROL NC N° 109-05

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres. Autoriza, Jaime Barahona Urzúa, Secretario Abogado.