

Santiago, veinticuatro de octubre del año dos mil siete.

Vistos:

En los autos ingresados a esta Corte bajo el N° 2591-2007, Asociación de Químicos Farmacéuticos de Farmacias Independientes de Chile dedujo Recurso de Reclamación, en conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 27 del DFL N°1 de Economía, del año 2.005, que fija el texto actualizado de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, contra la sentencia N° 51/2007, pronunciada por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Mediante dicho fallo se rechazó la demanda interpuesta por la indicada Asociación en contra de Novasalud.com, Laboratorios Boehringer Ingelheim, Laboratorios Pfizer Chile, Laboratorios Novartis Chile S.A., Corporación Farmacéutica Recalcine S.A., Laboratorio ITF Farma Chile S.A., Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Salcobrand S.A., Sociedad Farmacéutica Cruz Verde Ltda. y ABF Administradora de Beneficios Farmacéuticos, sin costas.

El procedimiento se inició, mediante demanda de 18 de mayo de 2005, que presentó Asociación de Químicos Farmacéuticos de Farmacias Independientes de Chile en contra de las citadas empresas, por haber incurrido éstas en prácticas anticompetitivas contra la libre competencia, que habrían tenido por objeto inducir a la compra en los mencionados establecimientos farmacéuticos de los medicamentos producidos por los referidos laboratorios, bajo el incentivo para el paciente de recibir determinados beneficios, consistentes, en general, en ciertos descuentos por su compra o en la entrega de unidades gratuitas de los mismos.

En la demanda se expone que por más de un año Novasalud.com, Laboratorio Pfizer, Laboratorio Novartis y Laboratorio Boehringer Ingelheim han incurrido en las conductas descritas, consistentes en la entrega a seleccionados profesionales médicos de talonarios, cuponeras e informativos de propaganda médica que promueven la prescripción de determinados medicamentos y su dispensación, con descuentos o dosis gratis, sólo en ciertas farmacias del tipo "cadena", discriminando con ello a las farmacias independientes, que no tienen posibilidad alguna de acceder a un sistema como el descrito. Se afirma que tales actuaciones constituyen

En la demanda se expone que por más de un año Novasalud.com, Laboratorio Pfizer, Laboratorio Novartis y Laboratorio Boehringer Ingelheim han incurrido en las conductas descritas, consistentes en la entrega a seleccionados profesionales médicos de talonarios, cuponeras e informativos de propaganda médica que promueven la prescripción de determinados medicamentos y su dispensación, con descuentos o dosis gratis, sólo en ciertas farmacias del tipo "cadena", discriminando con ello a las farmacias independientes, que no tienen posibilidad alguna de acceder a un sistema como el descrito. Se afirma que tales actuaciones constituyen conductas repetitivas, publicitadas y concertadas que quedan comprendidas, por una parte, en el tipo genérico del inciso primero del artículo tercero de la Ley N° 19.911; además, se hallan subsumidas en la letra b.- del mismo artículo, pues suponen una concertación entre los demandados destinada a asignar zonas o cuotas de mercado, y les resulta aplicable lo previsto en la letra c.- de dicho precepto legal, desde que se configura una práctica predatoria de competencia desleal que tiene por objeto mantener la posición dominante que ya ha sido alcanzada por las farmacias demandadas.

Añade que las empresas demandadas tienen un controlador común, la Corporación Farmacéutica Recalcine; que los hechos descritos provocan grave perjuicio a los profesionales químicos farmacéuticos, pues los desincentiva a ingresar en un mercado que se supone absolutamente ético pero que, a causa de tales maniobras, deja de serlo.

Solicita que, en definitiva, se acoja su demanda, poniéndose remedio a las infracciones denunciadas, con costas.

Al contestar la demanda, a fs. 98, Novartis solicitó su rechazo, con costas, fundado en que laboratorios y farmacias actúan a distintos niveles en la cadena de producción y comercialización de los productos farmacéuticos. Explica que, a nivel de oferentes, existe una multiplicidad de laboratorios que operan en el país, que la oferta está fuertemente atomizada y que, además, se pueden encontrar numerosos medicamentos para tratar distintas enfermedades, de lo que deduce que se trata de un mercado altamente competitivo, en el que no existe un actor dominante y en el que su parte tiene una participación de aproximadamente un tres por ciento.

Por otro lado, manifiesta que la distribución de productos farmacéuticos se concentra, principalmente, en cadenas de farmacias que concentran una parte muy importante del poder de compra de medicamentos en este mercado, añadiendo que su representada no tiene participación directa ni indirecta en la propiedad de farmacia alguna y que ninguna de éstas recibe descuentos o tratamientos especiales por su parte.

Después de afirmar que la demanda es confusa, que carece de fundamentos y que no especifica qué conductas atribuye a cada una de las empresas demandadas, describe los programas de apoyo al tratamiento mDespués de afirmar que la demanda es confusa, que carece de fundamentos y que no especifica

qué conductas atribuye a cada una de las empresas demandadas, describe los programas de apoyo al tratamiento médico para pacientes implementados por su parte, exponiendo que los mismos se refieren a medicamentos que tratan enfermedades crónicas o semicrónicas y que, por su intermedio, se otorgan al paciente ?y no a la farmacia- diversos beneficios, como descuentos sobre el precio de venta o la entrega de una unidad gratuita, después de la adquisición de un determinado número de ellas, o actividades complementarias de información o motivación, etc.

Expresa que, en estas condiciones, los participantes de un programa, como el descrito, son el laboratorio que lo organiza y a cuyo cargo se financia, los médicos que seleccionan a los pacientes que cumplen las exigencias para ingresar a él y las farmacias, en cuanto únicos canales de distribución de medicamentos autorizados, en la medida que cuenten con los sistemas de recopilación y registro de datos que permitan su implementación y seguimiento.

Por último, manifiesta que los citados programas tienen una duración acotada, que, por los servicios prestados con ocasión de ellos, las farmacias participantes reciben una comisión por cada transacción realizada y que aquéllas que deseen formar parte de los mismos deben cumplir sólo las exigencias técnicas mínimas requeridas por su parte, sin que se haya discriminado a farmacia alguna en este sentido. Enseguida, niega la existencia de alguna colusión como la imputada, rechaza la asignación de zonas o cuotas de mercado denunciada, desestima haber abusado de una posición dominante de la que carece y desmiente haber competido deslealmente.

A fs. 134, contesta la demanda Pfizer Chile S.A., solicitando su rechazo, con costas.

Indica que, según la actora, su parte habría incurrido en la infracción que se le imputa, mediante el programa "VIPlus", que finalizó el uno de julio de 2005 y por el que se apoyó el tratamiento médico de pacientes a quienes se hubiera recetado Viagra, consistente en que, al comprar una unidad del mismo, se les entregaba otra gratis. Expone que el citado programa se implementó en conjunto con ABF Administradora de Beneficios Farmacéuticos, a través de Farmacias Ahumada, y por su intermedio tuvo oportunidad de llegar a una mayor cantidad de pacientes.

Explica que el mercado relevante en que compete Viagra es el de los medicamentos destinados a tratar la disfunción eréctil, el que se caracteriza por su atomización y por la ausencia de un actor con poder dominante y agrega que su parte no ha intervenido en ninguna concertación o acuerdo vertical contrario a la libre competencia y que el programa descrito no tuvo por fin asignar zonas o cuotas de mercado.

Concluye sosteniendo que su representado no ha discriminado a las farmacias que integran la asociación demandante y que, incluso, éstas no le requirieron la implementación del plan "VIPlus".

Al contestar la demanda, a fs. 143, la demandada Laboratorios ITF Farma Chile S.A. pidió su rechazo, con costas, y expuso que ésta no menciona hecho alguno ejecutado por su parte, añadiendo que su participación en el mercado de laboratorios alcanza al 0,1% y que no interviene de manera alguna en la propiedad de farmacias ni de cadenas de ellas en el país. Sostiene que, respecto de seis medicamentos (Natecal, Natecal D, Ergonef, Dexelle, Dexelle Forte y Aplacid) diseñó una forma de promoción, abierta a todas las farmacias del mercado nacional, consistente en un descuento del 12% contra presentación de la receta y en la entrega de un producto gratis cada cuatro

comprados. Manifiesta que el indicado mecanismo operó hasta diciembre de 2004, a través de Farmacias Salcobrand S.A., aunque lo pudo haber utilizado cualquier farmacia. Niega ser parte de algún acuerdo de los mencionados en la demanda y precisa que las promociones son un mecanismo de marketing normal en el funcionamiento del mercado; que en éste se tiende a copiar aquéllas que realizan los demás competidores y que derivar de circunstancias como esas una concertación es simplista. Finalmente, expone que su representada compite lealmente y que no abusa de una posición dominante que no ostenta.

A fs. 173, la sociedad Farmacias Cruz Verde S.A. contesta solicitando el rechazo de la demanda, con costas, basada en que no son efectivos los hechos en que ella se asienta.

Expone que no se imputa hecho concreto alguno respecto de su parte, que pudiera constituir un ilícito monopólico y que la única mención que de ella se hace es su identificación como demandada. Enseguida, alega la falta de legitimación activa del actor, en tanto pretende obrar en nombre de todos los químicos farmacéuticos del país y niega que su parte sea filial o esté controlada por la demandada. Recalcine.

Arguye que la actora cuestiona una promoción desarrollada legítimamente por los laboratorios demandados y que, aun cuando se estimare que ella merece algún reproche, éste no puede alcanzarle, pues solamente le dio curso. Indica que esta clase de promociones presenta una lógica económica absolutamente razonable, está acotada en el tiempo, no

tiene la fuerza suficiente para generar grandes cifras de participación de mercado y se encuentra abierta a la participación de cualquier farmacia que cuente con los medios necesarios para administrarla.

Niega haber cometido algún acto que impida, entorpezca, restrinja o elimine la libre competencia, incluyendo la existencia de concertaciones, asignaciones de cuotas de mercado, abuso de posición dominante y competencia desleal.

Por último, opone la excepción de prescripción extintiva en contra de la acción intentada en autos.

Por medio de la presentación agregada, a fs. 245, ABF Administradora de Beneficios Farmacéuticos S.A. contesta la demanda y solicita su rechazo, con costas, fundado para ello en que no se dedica ni a la compra ni a la venta de medicamento alguno sino que su objeto es la prestación de servicios de administración de beneficios farmacéuticos que terceras personas jurídicas otorgan a sus afiliados, clientes, beneficiarios o interesados, mediante el control, seguimiento y entrega de información para su correcta utilización.

Manifiesta que su representada no participa en la industria cuestionada ni en las conductas que se cuestionan por la actora y que su parte sólo es nombrada en la demanda para señalar que ésta se dirige en su contra, lo que coloca al tribunal en la imposibilidad de juzgar alguna conducta imputada a su parte.

A fs. 257, Farmacias Ahumada S.A. contesta la demanda intentada en autos y pide su rechazo, con costas, pues ésta no se encuentra suficientemente fundada y, de hecho, no imputa conducta alguna a su parte, la que ni siquiera es mencionada en lo expositivo del escrito que da inicio al presente proceso, salvo por la referencia a cadenas de farmacias.

Expone que la participación de FASA en los hechos denunciados sólo se refiere a concretos programas de beneficios de productos farmacéuticos. Expone que la participación de FASA en los hechos denunciados sólo se refiere a concretos programas de beneficios de productos farmacéuticos, siendo de cargo del laboratorio el descuento o la gratuidad respectiva. Añade que dichos planes están abiertos a todas las farmacias que cuenten con el equipamiento informático necesario para la administración del beneficio, sin exclusión.

Aduce que la demanda es incompleta, puesto que las conductas que se reprochan en ella no son concretas ni se hallan íntegramente descritas y, aun más, en ella no se encuentra fundamento económico alguno que permita determinarlas como contrarias a la libre competencia.

Niega que la conducta de su parte atente en contra de la libre competencia, desde que, por el contrario, con ella sólo pretende tener la misma participación de mercado que cualquier otra empresa del rubro.

A fs. 281, contesta la demanda Boehringer Ingelheim Limitada, quien solicita su rechazo, con costas, señalando que el mercado en que se desenvuelven los laboratorios se caracteriza por una acentuada competencia y, además, se encuentra regulado en cuanto a la importación, producción, distribución, promoción y publicidad de los productos farmacéuticos. Añade que las actividades que le atribuye la demandante no se refieren concretamente a conducta alguna ni a una promoción en particular, por lo que no puede proponer un análisis económico completo al respecto para determinar si su parte tiene o no una posición dominante. Enseguida, sostiene que su parte ha utilizado una forma de mercadeo consistente en el apoyo a pacientes que consumen medicamentos de su representada, asociados con enfermedades

crónicas o semi crónicas, para lo cual celebró un contrato con ABF, que permite monitorear a los pacientes a quienes se prescribió alguno de tales remedios y su adquisición en Farmacias Ahumada, compra que genera un beneficio para el paciente que es otorgado por el laboratorio.

Explica que estas promociones a las que califica de razonables- tienen una duración limitada y que ningún agente ha sido aislado en su implementación.

Asevera que Boehringer no tiene intereses en la propiedad de ninguna farmacia ni distribuidora de productos farmacéuticos, que no ostenta una posición dominante en el mercado, que no ha celebrado acuerdos de precios ni de división de mercados con otros laboratorios, que no se ha concertado con nadie para aislar a algAsevera que Boehringer no tiene intereses en la propiedad de ninguna farmacia ni distribuidora de productos farmacéuticos, que no ostenta una posición dominante en el mercado, que no ha celebrado acuerdos de precios ni de división de mercados con otros laboratorios, que no se ha concertado con nadie para aislar a algún agente en el mercado y que no ha fijado precios predatorios.

Por medio de la presentación de fs. 298, Novasalud.com S.A. contesta la demanda y solicita su rechazo, con costas. Manifiesta que la de su parte es la única farmacia en el país orientada a pacientes crónicos y que cuenta con siete locales a nivel nacional. Sostiene que, aun cuando los antecedentes consignados en la demanda son confusos, vagos e imprecisos, en cuanto a las conductas que le imputa la actora, analizará las que allí se mencionan. Niega que su parte haya realizado actos de concertación con los otros demandados, pues los beneficios a que pueden acceder los pacientes a través de ellos, tanto económicos como sanitarios, los descartan.

Enseguida, aduce que, aun cuando no se encuentra claramente descrito, el mercado relevante a que se refiere la demanda y reduciendo el análisis, entonces, a las farmacias que operan en el mercado nacional, su parte no detenta posición dominante alguna en él.

A continuación, niega ser filial de Corporación Farmacéutica Recalcine y desconoce haber establecido estrategias que impidan el ingreso de nuevos agentes al mercado.

Expone que ninguno de los beneficios que entrega su parte puede ser calificado de precio predatorio, pues el costo de los mismos es asumido por el respectivo laboratorio y no se cobra como valor del producto una suma que se encuentre por debajo de sus costos de provisión.

Por el escrito de fs. 307 Laboratorios Recalcine S.A. contesta la demanda y pide su rechazo, con costas, expresando que su parte ha desarrollado un programa que permite a los pacientes acceder a descuentos en ciertos medicamentos, al igual que muchos otros laboratorios en el país, algunos de los cuales no han sido demandados en estos autos. Añade que la participación de su representado en el mercado de los laboratorios farmacéuticos, a noviembre de 2005, alcanzaba a un 4,85% en unidades y a un 8,64% en valores, precisando que en el mismo ninguno de los concurrentes tiene más de un 9% de intervención y que, por consiguiente, ninguno de ellos detenta una posición dominante en el nivel de ventas. Explica que, siendo las farmacias uno de los principales clientes de Recalcine, a su parte le interesa que sus productos sean vendidos por la mayor cantidad posible de tales establecimientos, sin discriminar a participante alguno. Detalla en qué consisten los programas que ha desarrollado en beneficio de médicos y pacientes, entre los que se cuenta el de entrega de cupones

de descuento, orientado a pacientes que requieren de un tratamiento crónico, respecto de ciertos medicamentos y que se extiende sólo hasta el 31 de diciembre de 2005. Sobre este punto informa que en él puede participar cualquier farmacia que cuente con la tecnología suficiente para su gestión, sin exclusión alguna, precisando que sólo algunas de ellas se han acercado a las oficinas de su parte para adscribirse al mismo.

Arguye que este programa tiene por finalidad ser un servicio de acción social y, además, pretende fidelizar a los pacientes que a él acceden. Alega que por ser los hechos descritos en la demanda confusos e indeterminados y dado que la actora no ha acotado el mercado relevante sobre el cual se deben analizar las conductas denunciadas, examinará cada una de ellas. Así, sostiene que no es efectivo que su parte se haya concertado con otros laboratorios o con las farmacias demandadas, pues no concurren los requisitos para ello, esto es, no existen conductas conscientemente paralelas ni contacto entre las partes o alguna forma de coordinación entre ellas.

A continuación, manifiesta que, si bien no está claro cuál es el mercado relevante en autos, al reducir su estudio a los laboratorios farmacéuticos del mercado chileno, aparece que su representada no ocupa una posición de dominio en él, más aun, si ninguno de los competidores concurrentes participa con más de un 10% en él.

Finalmente, niega haber erigido barreras de entrada con el objeto de perjudicar a terceros, aduciendo que, por el contrario, existen prácticas competitivas lícitas, a la vez que manifiesta que su parte no ha desarrollado conductas depredatorias de precios.

Mediante la presentación de fs. 327, Salcobrand S.A. contesta la demanda y pide su rechazo, con costas,

manifestando que los hechos en que se funda la demanda han sido descritos de manera ininteligible, sin señalar la participación que en ellos habría cabido a su parte, a la vez que concluye que lo verdaderamente impugnado por el actor sería la creación e implementación de una serie de programas destinados a apoyar a los pacientes en sus tratamientos de enfermedades crónicas y semi crónicas, a los que esa parte no habría accedido. Mediante la presentación de fs. 327, Salcobrand S.A. contesta la demanda y pide su rechazo, con costas, manifestando que los hechos en que se funda la demanda han sido descritos de manera ininteligible, sin señalar la participación que en ellos habría cabido a su parte, a la vez que concluye que lo verdaderamente impugnado por el actor sería la creación e implementación de una serie de programas destinados a apoyar a los pacientes en sus tratamientos de enfermedades crónicas y semi crónicas, a los que esa parte no habría accedido; aduce que, sin embargo, tal práctica comercial es una forma legítima de competir, que los laboratorios emplean para fidelizar a sus clientes y en la cual han utilizado a las farmacias, planteándoles una serie de exigencias administrativas y comerciales necesarias para su desarrollo.

Manifiesta que Salcobrand ha cumplido esos requisitos y ha operado dentro de tales sistemas, por lo que su actuación no puede ser calificada de colusoria, explicando sobre este particular, que su representada ha operado sólo como canal de distribución en tales programas, que, al interior de los mismos, debe competir con las otras farmacias que intervienen en ellos y, además, pone de relieve que la asociación demandante no ha dirigido su acción en contra de otra cadena de farmacias que se desenvuelve en esta misma clase de planes y de varios laboratorios que también los han implementado, lo que resta seriedad a su intento.

Seguidamente asevera que en el mercado de las farmacias existe una fuerte competencia que impide que alguna de ellas detente una posición dominante, en tanto que tampoco existen barreras a la entrada de nuevos competidores. Respecto de las conductas reprochadas, niega que se hayan efectuado asignaciones de mercado; rechaza que se haya abusado de alguna posición dominante desde que en el mercado de los laboratorios como en el de las farmacias nadie detenta semejante situación- y desconoce la concreción de prácticas predatorias, puesto que los precios cobrados por su parte no se encuentran por debajo de los de adquisición que debe pagar y, además, los programas de que se trata tienen una duración limitada.

El Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la sentencia, que rola a fojas 1371 y siguientes, rechazó la demanda intentada en autos.

A fs. 1.405, la demandante, Asociación de Químicos Farmacéuticos de Farmacias Independientes de Chile, dedujo reclamación en contra de la sentencia individualizada más arriba y pidió que este Tribunal "acoja nuestra demanda...poniendo remedio a los actos discriminatorios de programas publicitarios de descuentos, mediante la aplicación de las sanciones que estime conveniente, que tengan un efectivo efecto disuasivo sobre los Laboratorios farmacéuticos que pretendan realizar las prácticas discriminatorias denunciadas, con costas?".

A fs.1418, se trajeron los autos en relación.

Considerando:

1º) Que la demandante fundó su reclamación en que la responsabilidad de cada uno de los demandados quedó al descubierto en el transcurso del proceso por sus propias declaraciones, pues dado el oscurantismo existente en el

mercado farmacéutico era imposible establecerlas en la demanda.

Expone que, si bien algunas de las conductas imputadas no constituyen, por sí mismas, infracciones a la libre competencia, en conjunto, han provocado una situación catastrófica en el mercado ético de medicamentos, expulsando a la mayoría de las farmacias independientes. Manifiesta que la sentencia no se hizo cargo de toda la prueba rendida, lo que la condujo a concluir que su parte no demostró ninguna de las acusaciones formuladas, particularmente, aquella referida a la discriminación en los programas de descuento. Explica que tal afirmación cae en el absurdo, pues se halla en franca contradicción con lo declarado en el fundamento cuadragésimo séptimo, en el que se exhorta a eliminar obstáculos innecesarios a la competencia, a la vez que manifiesta que los laboratorios deberán diseñar sus programas de descuento al público de manera que no se constituyan en barreras artificiales que impidan el acceso de las farmacias independientes a los mismos y enfatiza que semejante declaración, además de innecesaria, resulta incoherente, pues, de acuerdo a ella, la demanda debió ser acogida en la parte relacionada con la discriminación.

Hace presente que el tribunal no consideró la prueba referida a la participación en el mercado de diversos medicamentos provenientes de laboratorios vinculados a la demandada C orporación Farmacéutica Recalcine (Dineurin y Kopodex de Laboratorio Drugtech, Eldicet de Laboratorio Recalcine, los remedios basados en el principio activo Valsartan de Novartis y Drugtech, los productos Tripeptal y Oxicaldal de los mismos laboratorios), pues de haberlo hecho se habría acogido la demanda de abuso de posición dominante. Asimismo, asegura que la denegación de un oficio que su parte pidió dirigir a Novasalud.com ha impedido

acoger la demanda por integración vertical entre ella y Corporación Farmacéutica Recalcine. Hace presente que el tribunal no consideró la prueba referida a la participación en el mercado de diversos medicamentos provenientes de laboratorios vinculados a la demandada Corporación Farmacéutica Recalcine (Dineurin y Kopodex de Laboratorio Drugtech, Eldicet de Laboratorio Recalcine, los remedios basados en el principio activo Valsartan de Novartis y Drugtech, los productos Tripeptal y Oxicodeal de los mismos laboratorios), pues de haberlo hecho se habría acogido la demanda de abuso de posición dominante. Asimismo, asegura que la denegación de un oficio que su parte pidió dirigir a Novasalud.com ha impedido acoger la demanda por integración vertical entre ella y Corporación Farmacéutica Recalcine.

Añade que Laboratorio Pfizer incurrió en esta misma clase de conductas, respecto del medicamento Viagra, hasta antes de su liberación patentaria, por lo que su demanda debió ser acogida, de alguna manera, en relación a este punto.

Sostiene que la discriminación denunciada se acreditó, pues las condiciones establecidas para que cualquier farmacia pudiera ingresar en estos programas de descuento no se hallaban a disposición de quien las solicitara, según consta de las actas notariales levantadas con ocasión de sendas visitas efectuadas a los Laboratorios Novartis y Pfizer, lo que vulnera las exigencias planteadas sobre el particular por la propia sentencia reclamada.

Manifiesta que dicha omisión resulta aun más grave, si se tiene en consideración que la Fiscalía Nacional Económica informó al tribunal que los demandados no han cumplido con la Resolución N° 634 de la H. Comisión Resolutiva, que los obligaba a poner en conocimiento público las condiciones de comercialización que ofrecen.

Apunta que la sentencia no considera la asignación de cuotas de mercado de pacientes crónicos confesada por los demandados y arguye que existen indicios graves, múltiples y concordantes acerca de que los demandados han participado en las conductas denunciadas, con las que se ha expulsado a las farmacias independientes de una cuota importante del mercado, como son las marcas de medicamentos utilizados en pacientes crónicos.

La reclamante concluye solicitando que se revoque la sentencia de que se trata y, en definitiva, se acoja la demanda, poniendo remedio a los actos discriminatorios denunciados, mediante la aplicación de las sanciones que se estime convenientes, con costas;

2º) Que la presente causa tiene su origen en la demanda presentada por la Asociación de Químicos Farmacéuticos de Farmacias Independientes de Chile en contra de Novasalud.com, Laboratorios Boehringer Ingelheim, Laboratorios Pfizer Chile, Laboratorios Novartis Chile S.A., Corporación Farmacéutica Recalcine S.A., Laboratorio ITF Farma Chile S.A., Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Salcobrand S.A., Sociedad Farmacéutica Cruz Verde Ltda. y ABF Administradora de Beneficios Farmacéuticos, fundada en la existencia de programas que pretenden inducir la compra de medicamentos de los laboratorios demandados en determinadas farmacias que también aparecen como requeridas, bajo el incentivo de otorgar atractivos descuentos a los pacientes; práctica que discriminaría a las farmacias independientes al excluirlas de este círculo vicioso, que pretende producir los medicamentos, dirigir su prescripción e incentivar su venta en farmacias específicas;

3º) Que el artículo 3º del D.F.L. N° 1 de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija

el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, estatuye 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."

"Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:... b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes. c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante";

4º) Que en la motivación décima de la sentencia objeto de la presente reclamación los jueces que la pronuncian comienzan el análisis del asunto sometido a su decisión indicando acertadamente, a juicio de esta Corte, que , debido a la falta de precisión de la demanda en lo relativo a los programas concretos de descuento que, en su concepto, vulnerarían las normas sobre libre competencia, habrán de delimitar su examen a aquéllos que aparecen referidos en los documentos acompañados a la misma;

5º) Que, una vez efectuada tal precisión, hacen alusión específicamente, enumerándolos, a los medicamentos que serán objeto de la indagación y explican que estudiarán la participación de los distintos laboratorios demandados en

los mercados, delimitados por el principio activo de cada uno de tales medicamentos, (fundamentos décimo tercero y décimo cuarto);

6º) Que, a partir del examen así enunciado, que se desarrolla por medio de un proceso lógico de comparación y análisis, los falladores determinan que su escrutinio debe referirse exclusivamente -en cuanto dice relación con los laboratorios demandados- a la actuación de Boehringer Ingelheim, ITF Farma Chile S.A. y Novartis, desde que la indagación practicada acredita que éstos son los únicos que poseerían una posición de dominio en los mercados delimitados precedentemente, ya que sus medicamentos registran una participación igual o superior al 50%, e incluso, mayor al 80%. Por otro lado y, en lo tocante a Recalcine y Pfizer, la evidencia demuestra que no ostentan una posición dominante en esos mercados, motivo por el que no pueden prosperar las acusaciones deducidas en su contra (consideraciones vigésimo cuarta y vigésimo quinta);

7º) Que, asentado lo anterior, consignan que el mercado en el que las conductas denunciadas podrían haber causado efectos dañinos a la libre competencia, es aquél de la distribución minorista de los productos farmacéuticos de que se trata, pues quien ha denunciado la discriminación es, precisamente, la asociación que agrupa a las farmacias independientes; razón por la que el análisis debe limitarse a ese segmento del mercado;

8º) Que, definidos los puntos previos de la manera en que se ha dicho, y con el fin de resolver acerca de la eventual existencia de infracciones a la libre competencia, la sentencia examina, en primer lugar, la integración vertical que se ha denunciado entre los laboratorios y las cadenas farmacéuticas demandadas y, enseguida, la discriminación que habría ocurrido en contra de las farmacias

independientes, concluyendo que no se acreditó ni una ni otra.

Manifiesta, al respecto, que no existen antecedentes que permitan concluir acerca de que los laboratorios tengan incentivos originados por integración vertical para favorecer a un tipo de distribuidores en desmedro de otros.

Señala que no existe discriminación arbitraria, desde que las condiciones para que una farmacia participe de los programas de beneficios son generales, uniformes, objetivas, razonablemente necesarias y se encuentran a disposición de quien las solicite y, finalmente, que no se infringe el Decreto Ley N° 211 por el hecho de que los laboratorios no hayan ofrecido explícitamente a las farmacias independientes formar parte de los programas de beneficios;

9°) Que, en lo concerniente a la participación de las cadenas de farmacias demandadas en los hechos denunciados, la sentencia hace hincapié en la necesidad de establecer, dado el poder de mercado del que ellas gozan, si valiéndose de ello, realizaron prácticas que hayan podido incidir en el diseño de los programas de los beneficios de que se trata en términos de impedir o dificultar la participación de otras farmacias en los mismos.

Pone de relieve, por otro lado, que estas demandadas se han defendido expresando que la acusación de precios predatorios que se les formula no tiene asidero, toda vez que el costo de los programas es asumido por el respectivo laboratorio;

10°) Que del examen de la prueba agregada a los autos los sentenciadores coligen que no se logró acreditar ni el abuso de poder denunciado ni la existencia de una política de precios predatorios; por lo que no se estableció que las

farmacias demandadas hayan incurrido en actos contrarios a la libre competencia;

11º) Que, en lo concerniente a la demandada ABF, la sentencia reclamada declara que desecharán las imputaciones en su contra, pues no se formuló acusación específica alguna a su respecto;

12º) Que, en lo relativo a los cargos de concertación para la asignación de cuotas de mercado, de prácticas predatorias y de competencia desleal, explica que la demanda no refiere hechos concretos que los configuren ni se ha demostrado la existencia de alguno de ellos, razón por la cual también habrán de ser desestimados;

13º) Que, concluida de este modo la revisión de los razonamientos en que los falladores asientan su decisión, conviene recordar que la prueba documental rendida por la actora consiste en folletos de descuento, actas notariales, en una carta y en listas de precios de otros laboratorios no comprendidos en la demanda y en fotocopias de un estudio y una revista, medios de convicción que no son pertinentes para acreditar los cargos formulados por su parte, dado que no resultan ser suficientemente idóneos para corroborar las imputaciones formuladas; más aun, las actas notariales de fs. 917 y 924, mencionadas en el recurso de reclamación y en estrados por la demandante no guardan relación con el acceso a las condiciones establecidas para ingresar a los programas de beneficios, sino que, por el contrario, se refieren a la publicidad de otra clase de información.

En cuanto a la testimonial de fs. 712, 714, 725 y 729 y a la confesional suministrada a petición de la misma parte, y que corre de fs. 957, 967, 973 y 979, tales probanzas resultan vagas e imprecisas en orden a demostrar los reproches de que se trata pues de su contenido no se

desprende ni la existencia ni las características de los hechos denunciados;

14°) Que, en consonancia con las reflexiones que preceden, resulta pertinente y adecuado al mérito de los antecedentes, lo expuesto en la sentencia reclamada en el sentido de que ¿no se ha acreditado en este proceso la existencia de las conductas imputadas a las demandadas. Eso incluye, como ya se ha dicho, la acusación de discriminación arbitraria por parte de los laboratorios denunciados en contra de las farmacias independientes agrupadas en la asociación demandante, en lo relativo a los programas de descuento? (fundamento cuadragésimo sexto);

15°) Que las conclusiones expuestas en dicha sentencia a las que se hizo mención, examinados sus fundamentos y los elementos de juicio en que descansan, habida consideración, además, de la rigurosidad de las reflexiones desarrolladas, determinan que esta Corte también llegue al convencimiento de que las actuaciones reprochadas no pueden ser estimadas como constitutivas de infracción al artículo 3, letras b) o c) del D.F.L. N° 1 de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, como lo pretende la demandante en su recurso de reclamación, máxime si en estrados su apoderado manifestó que sólo persigue la condena de los demandados por la imputación de discriminación, a la vez que abandona los demás reproches formulados en su demanda;

16°) Que, en mérito de las consideraciones anteriores, el aludido recurso de reclamación no puede prosperar y debe ser rechazado.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 1, 2, 3, 18, 19, 22, 26 y 27 del D.F.L. N° 1 del año 2004 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°

211, de 1973 , publicado en el Diario Oficial con fecha siete de marzo de 2.005, se declara:

Que **se rechaza** el recurso de reclamación interpuesto por la parte demandante de Asociación de Químicos Farmacéuticos de Farmacias Independientes de Chile, mediante la presentación de fs. 1405, contra la sentencia N° 51/2007 del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de veintiséis de abril recién pasado, escrita a fs. 1371 y siguientes.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Oyarzún.

Rol N° 2591-2007. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry y el abogado integrante Sr. Fernando Castro. Santiago, 24 de octubre de 2007.