

COMENTARIOS A ALGUNOS ASPECTOS DEL CASO DE COLUSIÓN DE FARMACIAS Y SUS PROYECCIONES

CRÍSPULO MARMOLEJO GONZÁLEZ

RESUMEN: El llamado “Caso Farmacias” constituyó durante 2012 uno de los hitos de investigación y decisión relevantes en el Sistema de Defensa de la Libre Competencia chileno desde la reforma del año 2003. Este trabajo analiza la estructura básica de la sentencia 119/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, confirmada por el fallo de la Excm. Corte Suprema, rol 2578-2012, redactado por el ministro Sergio Muñoz, y que denegó los recursos de reclamación en contra de la sentencia del TDLC, interpuestos por Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A. El trabajo también esbozará comentarios sobre algunas materias de la sentencia, tales como la determinación del mercado relevante, el problema del paralelismo y el acuerdo de conciliación de FASA. La sentencia 119/2012 del TDLC se dictó en el año del trigésimo aniversario del Nobel otorgado a George Stigler, cuya aportación a la comprensión del problema de la colusión en Libre Competencia es relevante, pero que no es citada en el texto del fallo del TDLC ni en el de la Excm. Corte Suprema.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve reseña de los hechos. 2.1. Impulso procesal. 2.2. Los argumentos de la FNE en el requerimiento. 2.3. Posición de Salcobrand. 2.4. Posición de Cruz Verde. 2.5. Situación de FASA. 2.6. Prueba. 2.7. Sentencia. 3. Comentarios a algunos puntos relevantes. 3.1. La conducta. 3.1.1. Conceptos. 3.1.2. Complejidad. 3.2. El problema del mercado relevante en el triple eje 39, 44 y 46 de la sentencia del TDLC; 3.2.1. Importancia; 3.2.2. Tratamiento del fallo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En prácticamente seis años, dos reformas al DL 211 de 1973, que establece en Chile el régimen de defensa de la Libre Competencia, han motivado una serie de cambios en el modo de operar y comprender el funcionamiento de los mercados, en especial desde el punto de vista de cómo los órganos de este sistema actúan en relación a las conductas de agentes económicos. La primera de ellas fue la ley 19.911, publicada en el *Diario Oficial* de 14 de noviembre del año 2003, la cual estableció el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), modificó los procedimientos ante este ór-

gano jurisdiccional y reguló las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica (FNE). La segunda norma, ley 20.361 de 13 de julio de 2009, fundamentalmente dotó de herramientas adicionales a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y modificó en alguna forma la caracterización del catálogo de conductas establecido en el artículo 3 del DL 211. A pesar de la baja densidad normativa del precepto, dichas modificaciones han influido en el modo de valorar, investigar y analizar las conductas y estructuras anticompetitiva.

En noviembre de 2012 se cumplirán diez años de la publicación de la reforma de la ley 19.911, y el desempeño de los órganos de Defensa de la Libre Competencia ha ido cimentando un interesante bloque de pronunciamientos, resoluciones y sentencias que, tanto por la vía de lo contencioso, como a través de los sistemas de consulta ante el TDLC, han delineado en cierta forma, algunos patrones de análisis y decisión que incentivan un estudio cada vez más pormenorizado del Derecho de la Competencia y la regulación en Chile.

Como afirma Crane,

“el Derecho Antitrust es efectivo en la medida que sus mecanismos tengan *enforcement*. Lo sustantivo y lo procedimental no son cuerpos distintos, sino que partes de un continuo de reglas legales e institucionales, prácticas y mecanismos operando conjuntamente para asegurar el bienestar del consumidor y la eficiencia. Por tanto, es imposible entender las reglas sustantivas sin comprender los mecanismos más relevantes de ejecución de las mismas”¹.

De este modo, es significativo destacar que no basta solo con la existencia de normas sustantivas adecuadas que hayan sido diseñadas con solidez conceptual jurídico-económica, sino que también estas reglas deben ser trazadas en conjunto con un eficaz sistema de procedimientos, investigación y defensa, que resguarde las libertades propias de un sistema de mercado, que transmita rigurosidad analítica y se aleje de incentivos a la indagación mediática, oportunista o meramente coyuntural. Es efectivo que el Derecho de la Competencia, en cuanto cuerpo de reglas, procedimientos e instituciones, debe estar más al servicio de la competencia que los

¹ CRANE (2010) p. 1.

competidores, pero tampoco debe sucumbir a una exagerada tentación de rigidizar procedimientos y optar por la transferencia de mayores costos hacia los agentes, con el pretexto de que un mayor protagonismo fiscalizador consigue casi automáticamente las cuotas de bienestar a las que legítimamente se aspira.

El llamado “Caso Farmacias” suscitó desde sus inicios, un contexto en el cual se discutió una reforma al DL 211 (la ley 20.361). Sin duda, uno de los episodios más controvertidos del proceso se refirió al acuerdo conciliatorio entre FASA y la FNE, en virtud del cual la compañía requerida reconoció hechos relevantes, ofreciendo su colaboración con la investigación, a cambio de una reducción de la multa, finalmente establecida en la conciliación. A la fecha en que se celebró el referido acuerdo –13 de marzo de 2009– las normas sobre el mecanismo conocido como “delación compensada” no formaban parte integrante de la legislación vigente, pues solo fueron incorporadas en virtud de la reforma de 13 de julio de 2009. El primer caso “real” de aplicación de la institución reconocida legalmente, es el que involucró a Whirpool y Tecumseh, contenido en requerimiento interpuesto por la FNE con fecha 29 de julio de 2010, ante el TDLC, y acogido unánimemente por este en sentencia 122-2012, de 14 de junio de 2012. Como se aprecia, la declaración de FASA fue una confesión, que consta en un acuerdo conciliatorio, pero que conforme a la ley no podía ser tratada como una delación compensada, generando dudas razonables desde el punto de vista del principio del debido proceso², y que en la especie, tampoco dejaba cerrada la posibilidad de ulterior persecución penal por la figura de adulteración fraudulenta de precios.

Posteriormente, luego de seis meses de la dictación del fallo del TDLC, en julio de 2012, el Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia, publicado en julio de 2012, consigna la existencia de un espacio para “perfeccionar las normas que establecen las sanciones a aquellas personas naturales y/o jurídicas que participen en la ejecución o elaboración de actos anticompetitivos”³. Probablemente se trate de aquellos asuntos

² Por ejemplo, se calificó a este acuerdo como “una especie de delación” o “delación compensada de facto”.

³ INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012) p. 4

judiciales que en la terminología anglosajona se denominan “leading case” en razón de las proyecciones y los criterios que se asentaron, o el modo de apreciar algunas cuestiones de interés en materias específicas. Sin embargo, y respecto de cualquier calificación que pueda hacerse de este caso, y de la abundante exposición que en los medios ha producido, es conveniente hacer una revisión a algunos aspectos que están contenidos fundamentalmente en la decisión judicial. El objetivo de este trabajo consiste en analizar la estructura básica del caso que se integra de: a) Sentencia rol 119/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; b) Sentencia de la Corte Suprema rol 2578-2012, redactada por el ministro Sergio Muñoz, que se pronuncia sobre los recursos de reclamación interpuestos en contra de la sentencia del TDLC por Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A. Posteriormente se enfocará resumidamente en el estudio en algunas materias, tales como la determinación del mercado relevante, el asunto del paralelismo y el acuerdo conciliación de FASA. La sentencia 119/2012 del TDLC se dictó en el año del trigésimo aniversario del Nobel otorgado a George Stigler, cuya aportación a la comprensión sobre la arquitectura de las conductas colusorias es relevante y que no es citada en el texto del fallo del TDLC, como tampoco en el de la Excma. Corte Suprema.

2. BREVE RESEÑA DE LOS HECHOS

2.1. Impulso procesal

El “Caso Farmacias” se inició procesalmente con la interposición del requerimiento rol C 184-08 por parte de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) ante el Tribunal de Defensa de Libre Competencia (TDLC), en contra de Farmacias Ahumada S.A. (FASA), Farmacias Cruz Verde S.A. (Cruz Verde) y Farmacias Salcobrand S.A. (Salcobrand). El requerimiento se presentó por el organismo investigador ante la presunta existencia de infracciones a las normas de defensa de la libre competencia, en particular actos y convenciones que, según la FNE, tuvieron por objeto y efecto fijar al alza, concertadamente, el precio de venta al público de productos farmacéuticos. Estos actos se refieren a la conducta establecida en la letra a) del inciso segundo del artículo 3º del DL 211 sobre normas para defensa de la libre competencia.

2.2. Los argumentos de la FNE en el requerimiento

En una escueta síntesis, los hechos que plantea la FNE son los siguientes:

1. Que la venta minorista de productos farmacéuticos en Chile estaba fuertemente concentrada en tres cadenas de farmacias a nivel nacional (Farmacias Ahumada, Farmacias Cruz Verde y Farmacias Salcobrand) que en su conjunto representaban más del 90 % de las ventas. En este mercado, explica la FNE, existen condiciones de entrada desfavorables, y para penetrarlo se requiere la conformación de cadenas como las que son objeto del requerimiento para desafiar a los incumbentes.

2. Que durante el año 2007, las tres cadenas de farmacias diseñaron y planificaron un escenario de guerra de precios, expresado en campañas publicitarias en las que se enfrentaban a través de comparaciones expresas de precios, siendo estas conductas denunciadas ante tribunales, por los propios actores del enfrentamiento. Además, agregó la FNE, que ese escenario de guerra de precios presionó a una disminución de márgenes de comercialización de dichas farmacias, respecto de medicamentos tipo Farma, y que obedecían a las categorías de “éticos” y “notorios”, siendo los primeros aquellos cuya venta está precedida de prescripción médica (por lo cual los consumidores tienen bajísima posibilidad de sustitución en caso de alzas de los precios); y los segundos, aquellos medicamentos generadores de percepción de precios por ser, común y permanentemente, cotizados por los consumidores y con alto volumen de rotación.

3. Continúa la argumentación de la FNE indicando que el ingreso a la propiedad de Salcobrand de un socio con una afianzada posición financiera, fortaleció las perspectivas de esta compañía, hecho que la llevó a reclutar ejecutivos de las otras dos competidoras, esto es de FASA y Cruz Verde. Esta conducta fue interpretada por el organismo investigador como un principio de acercamiento entre ellas. De igual forma, el requerimiento agrega que este acercamiento se acrecentó al momento en que Salcobrand suscribió una alianza estratégica con Socofar S.A., entidad que operaba como la central de compras de Cruz Verde.

4. La FNE fijó en el mes de noviembre de 2007 el cese de la guerra de precios y las primeras aproximaciones entre las cadenas, destinado a generar e implementar un sistema de coordinación de alza

de precios conjunta, que permitiera revertir las pérdidas generadas por el escenario de conflictividad ya mencionado. Este método se organizaría a través de un sistema de listas de medicamentos definidos y que correspondían a las categorías de aquellos denominados “éticos” y “notorios”.

De los antecedentes examinados, estimamos que, a partir de esta fecha la FNE habría establecido el abandono por parte de las tres compañías, del mecanismo denominado *tracking rival* propio de agentes en un escenario competitivo, para dar inicio a un proceso de cooperación destinado a implementar el alza conjunta y coordinada de los precios de medicamentos indicados.

5. Respecto de los grupos de medicamentos afectados, y como ya se ha apuntado, el requerimiento de la FNE funda su análisis en la existencia de alzas conjuntas aplicadas a grupos de medicamentos. Para ello, el texto de la FNE distingue los grados de afectación en dos criterios: a) categorías de medicamentos en términos de *número de productos*, entre los que se individualizan: “G3. Hormonas sexuales y productos con efectos deseados similares, solo acción sistémica (25 productos), “N3. Antiepilépticos” (20 productos), “N6. Psicoanalépticos excluyendo preparados antiobesidad” (18 productos), “N5. Psicolépticos” (16 productos) y “C9. Agentes activos en el sistema en angiotensinas y renina (15 productos)” y; b) categorías de medicamentos en términos de *porcentaje de alza*, de la siguiente manera: “A10. Productos utilizados para la diabetes” (100%), “B3. Antianémicos” (88%), “A12. Suplementos Minerales (84%)”, “A2. Antiácidos, antiflatulentos y antiulcerosos (73%)”, y “C7. Agentes beta-bloqueadores (63%)”.

6. En total, el escrito de la FNE, señala que entre los meses de diciembre de 2007 y abril de 2008, las tres cadenas de farmacias requeridas coordinaron el alza significativa en un 48% promedio, llegando a más del 100% en no pocos casos, del precio de venta al público (PVP) de los 222 productos farmacéuticos que se indican, aumentando con ello en más de \$27.000 millones sus ingresos brutos.

2.3 Posición de Salcobrand

En su escrito de contestación, esta compañía argumentó, entre otras razones, que habría un error de interpretación de los hechos por la FNE, debido a que las sugerencias de precios, las coordinaciones y

el monitoreo de alzas serían conductas ajenas a las farmacias requeridas y que, según la propia Fiscalía, corresponderían a actuaciones de los laboratorios farmacéuticos. Es decir, de acuerdo a la tesis propuesta por Salcobrand S.A., las farmacias solo serían un instrumento de los laboratorios para competir en condiciones óptimas. Así también consta en el acuerdo conciliatorio suscrito entre FASA y la FNE⁴. Esta aseveración planteada por la compañía resultará importante al momento de la alegación que se efectúa acerca de la determinación del mercado relevante planteada por la FNE, como se analizará más adelante.

Del mismo modo, Salcobrand afirmó que el alza de precios reportada no obedece a una maniobra conjunta sino a una actuación individual, de carácter comercial, que se adoptó aun a costa de perder cuotas de mercado. Además, afirmó sus actuaciones son lícitas y que la alianza estratégica con la central de compras de Cruz Verde no obedece a actuación conjunta sino a que esta acción también abarcaría a otra farmacia, incluso de menor envergadura, beneficiándolas.

Uno de los razonamientos de Salcobrand que el TDLC destaca en su sentencia se refiere al supuesto vicio metodológico en que incurriría el requerimiento, y que se expresaría en “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 “solo pueden explicarse” por medio de una gran conjetura: “la existencia de un acuerdo”.

2.4. Posición de Cruz Verde y “parallel pricing”

En su contestación, esta compañía desplegó un diseño compuesto por siete excepciones perentorias, destacando entre otras, la incon-

⁴ Acuerdo de Conciliación entre Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S.A. Señala expresamente que: “2. Que en ese contexto, efectivamente en noviembre de 2007, algunos ejecutivos de FASA mantuvieron contactos personales con ejecutivos de algunos laboratorios con el objeto de reducir los costos de compra, a fin de hacer frente a esta situación, conversaciones en las cuales algunos de tales ejecutivos de laboratorios transmitieron a los ejecutivos de FASA la proposición de alzar coordinadamente los precios de las tres compañías (FASA, Salcobrand y Cruz Verde) para un grupo determinado de medicamentos, como solución a esta situación de mercado” Continúa la declaración estableciendo la efectividad de los hechos. Disponible en línea en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Audiencia%20de%20Conciliacion%2001%20de%20abril%20de%202009.pdf>

gruencia procesal, legitimidad pasiva incompleta, inexistencia de conducta colusoria, inexistencia de *ánimo* colusorio, falta de poder de mercado, etc. Distinguió también, en el mismo mercado, tres niveles: producción, distribución y comercialización de los productos farmacéuticos, y que en este último participan principalmente las farmacias, ya sean independientes, franquiciadas o cadenas de farmacias, y en menor grado, almacenes farmacéuticos (limitados a aquellas ciudades donde no existen farmacias) y botiquines. Farmacias Cruz Verde también expuso el carácter altamente competitivo de la industria farmacéutica chilena, afirmando que durante la época de la investigación otros actores ingresaron al mercado, tales como Farmalider, Doctor Simi y Doctor Ahorro.

Sin embargo, Cruz Verde plantea una serie de argumentos de fondo, entre los que es útil destacar el referido al tema del paralelismo de precios o “Parallel pricing”, para configurar una hipótesis alternativa a la de colusión, los cuales cobran una particular relevancia en el análisis de sintonía fina de este caso y que no deben ser desatendidos por la autoridad.

Una parte importante de la línea argumental de Cruz Verde se encuentra contenida en el Informe en Derecho de la profesora María Elina Cruz, presentado por la compañía, el cual se fundamenta en la hipótesis de seguimiento de precios y paralelismo consciente⁵. En dicho texto se afirma que “la mera interdependencia oligopolística o un paralelismo consciente de las requeridas, competidoras de un mismo mercado relevante en donde cada competidor planifica sus estrategias comerciales considerando el comportamiento esperado de sus competidores, no es sinónimo de concierto y por extensión de convenciones colusorias”.

En cuanto al seguimiento de precios, este fue explorado, según el informe, como una justificación al paralelismo, entendiendo el primero, según criterios de la OECD como “una situación en la que los precios y los cambios de precios hechos por una empresa (dominante o no dominante) son aceptados y seguidos por el resto

⁵ CRUZ (2010). [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_María_Elina_Cruz_\(CRUZVERDE\)_C184_08.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_María_Elina_Cruz_(CRUZVERDE)_C184_08.pdf)

de las empresas en una industria”⁶, optando este análisis por un llamado modelo de seguimiento de precios barométrico.

Este problema ha sido considerado en la doctrina y la práctica de libre competencia como uno de los más complejos y difíciles, tanto para las partes que lo invocan, como para las agencias que desean construir un caso de colusión. En Estados Unidos, se han enfrentado dos posiciones sobre este punto: la primera del juez Richard Posner, quien considera que si la evidencia económica revela en el “parallel pricing” algún rastro de colusión tácita, esta constituye una violación expresa de las normas antitrust. La segunda postura, contraria a la del juez Posner, es la sustentada por el profesor Donald Turner, quien afirma que cualquier prohibición de “parallel pricing” es improcedente⁷.

Estimamos que este argumento de Cruz Verde, desde una perspectiva general resulta correcto, y así se ha analizado en el Derecho Comparado, al aplicar el estándar del caso Matsushita, en Estados Unidos, en el cual se estimó que la actuación paralela, incluso de una práctica que pudiera facilitar un acuerdo, no puede excluir la posibilidad que los rivales estuvieran actuando independientemente⁸.

2.5. Situación de FASA

Como se ha apuntado anteriormente, uno de los episodios de mayor controversia del caso, se refirió al rol que Farmacias Ahumada S.A. (FASA) desempeñó durante la evolución del juicio ante el TDLC. Antes de evacuar la contestación al requerimiento interpuesto por la FNE, la compañía tomó contacto con el órgano investigador y manifestó su intención de lograr un acuerdo de conciliación⁹ que se logró con fecha 13 de marzo de 2009, sujeto a la posterior autorización del TDLC, que finalmente la concedió. En dicho acuerdo –que como se ha afirmado, operó como una

⁶ CRUZ (2010), en cita a R.S. Kehmany.

⁷ DEVLIN (2007) p. 1.114.

⁸ PAGE (2010) p. 33.

⁹ Texto del acuerdo disponible en línea en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Audiencia%20de%20Conciliacion%2001%20de%20abril%20de%202009.pdf>

delación compensada de facto puesto que el procedimiento de delación compensada solo se incorporó al DL 211 por la reforma de la ley 20.361 de 13 de julio de 2009– FASA reconoció en juicio expresamente algunos hechos relevantes, obligándose a colaborar aportando antecedentes de importancia para establecer la eventual participación de las restantes requeridas en los hechos además de elaborar, en un plazo de 60 días hábiles contados desde que la resolución quedara ejecutoriada, un código interno para desincentivar toda conducta contraria a la libre competencia y a prohibir a sus ejecutivos mantener propiedad o participación alguna –directa o indirecta– en las otras requeridas, así como en la administración de sus negocios, aceptando expresamente el pago monetario de 1.350 Unidades Tributarias Anuales. Cabe indicar que este acuerdo de conciliación permitió a la FNE optimizar su estándar de información y diseñar un aparato probatorio eficaz. Sin embargo, surgen reparos en materia del principio del debido proceso, dado que el acuerdo conciliatorio finalmente operó como un mecanismo de delación, desnaturalizando su finalidad original, o si se quiere, excediendo las materias propias de una conciliación, en los términos contenidos en el régimen legal vigente a la época del acuerdo. En la lógica de los mecanismos de delación compensada¹⁰ –exportados del enfoque de investigación penal hacia la legislación Antitrust– los riesgos que se pueden proyectar deben ser adecuadamente evaluados, y posteriormente aislados a través de diseños institucionales ad hoc, y no necesariamente originados –en cuanto prácticas o modos de actuar– en los procedimientos penales comunes. Esta apreciación puede aplicarse tanto a agencias públicas investigadoras de conductas anticompetitivas –control de abuso de facultades– como también a actores de mercados de competencia agresiva, a través de la simulación de procesos colusivos que incentiven la denigración o perjuicio de competidores.

2.6. Prueba

La resolución que recibió la causa a prueba contiene dos puntos: “1. Estructura, funcionamiento y características del o los mercados de distribución minorista de medicamentos, y de sus mercados co-

¹⁰ WILS (2006).

nexos, y relaciones contractuales y de propiedad entre los actores de dichos mercados, todo ello en el período comprendido entre enero de 2002 y la fecha de interposición del requerimiento de autos. Hechos y circunstancias; 2. Existencia de un acuerdo en relación con el precio de los 222 medicamentos indicados en el requerimiento de autos y sus anexos, en el que habrían estado involucradas, entre los meses de noviembre de 2007 y abril de 2008, Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A. Características, partícipes, circunstancias, objeto y efecto actual o potencial de dicho acuerdo”. La abundancia de medios de prueba producidos por las partes obligó a la confección de diversos cuadernos, entre los que destaca el “cuaderno de comunicaciones electrónicas”, en que constan numerosos correos intercambiados entre ejecutivos de las compañías, en que se aprecia el grado de articulación e implementación del acuerdo. Asimismo, destacan numerosos informes en Derecho, económicos e informes de peritos. En cuanto a la prueba testimonial, la FNE presentó 7 testigos, Salcobrand 6, Cruz Verde 8 y el TDLC solicitó de oficio la comparecencia de 11 personas en dicha calidad.

2.7. Sentencia

Como se ha indicado, el pronunciamiento jurisdiccional sobre el llamado “Caso Farmacias” se integra de dos fallos: la sentencia 119-2012 de 31 de enero de 2012 del TDLC, con una extensión de 333 páginas. La decisión, que acogió el requerimiento de la FNE y aplicó multas de 20.000 UTA tanto a Cruz Verde como a Salcobrand, fue unánime y pronunciada por los ministros Tomás Menchaca, Andrea Butelman, Radoslav Depolo, Julio Peña y Javier Velozo. Posteriormente, Salcobrand y Cruz Verde interpusieron recursos de reclamación ante la Excma. Corte Suprema en contra de dicha sentencia, que llevan el rol 2578-2012 de dicho Tribunal. Los puntos que trata dicha sentencia son: 1.- Infracción al principio de congruencia procesal; 2.- Concepto del mercado relevante de autos; 3.- Nulidad del acuerdo de conciliación; 4.- Valor probatorio del acuerdo de conciliación; 5.- Prejuzgamiento del TDLC; 6.- Valor de declaraciones de las ejecutivas de Farmacias Ahumada; 7.- Mérito de declaraciones de testigos cuyos nombres no son señalados por el fallo recurrido; 8.- Valor probatorio de las declaraciones de testigos; 9.- Apreciación de los correos electrónicos; 10.- El informe pericial.

Alegaciones de carácter procesal; 11.- Análisis de los elementos del tipo de colusión; 12.- La multa; y 13.- Las costas. La sentencia, que denegó dichos recursos, fue redactada por el ministro Sergio Muñoz, con una extensión de aproximadamente 340 páginas.

3. COMENTARIOS A ALGUNOS PUNTOS RELEVANTES

3.1 La conducta

3.1.1. Conceptos

En cuanto a la conducta investigada, el requerimiento de la FNE se diseñó sobre la existencia de actos y convenciones que tuvieron por objeto y efecto fijar al alza, concertadamente, el precio de venta al público de al menos 206 de 222 productos farmacéuticos, por parte de las tres cadenas individualizadas. Se trata entonces de la conducta de la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211. Hay que recordar que este inciso segundo, que establece figuras específicas de conductas anticompetitivas, fue objeto de una modificación por la ley 20.361 de 13 de julio de 2009. Respecto de la letra a) del inciso segundo, se eliminó la antigua expresión “abuso del poder que estas prácticas le confieren” que se aplicaba a acuerdos expresos o tácitos. Como indica un informe del Libertad y Desarrollo sobre el particular,

“... el antiguo texto exigía el abuso como un medio para que existiera colusión. Con la nueva redacción, la obtención del poder de mercado pareciera ser la finalidad del acuerdo. Esto podría ser adecuado en casos de acuerdos expresos, puesto que éstos les otorgan a sus participantes poder de mercado. Sin embargo, puede inducir a error en el caso de acuerdos tácitos”¹¹.

Esta reforma, y otras adicionales, que aumentaron las facultades investigadoras de la FNE estuvieron notablemente influidas por la investigación desarrollada en este caso, lo cual generó un ambiente fértil para el debate y el examen de experiencias interesantes en

¹¹ Ver LIBERTAD Y DESARROLLO (2009).

otros sistemas normativos de libre competencia. Existe abundante literatura que provee diversos conceptos acerca de la conducta llamada colusión. El premio Nobel de Economía de 1982, George Stigler, la define como aquella “determinación conjunta de productos y precios por firmas ostensiblemente independientes”¹².

En la doctrina nacional, un trabajo de los profesores Ricardo Jungmann y María de la Luz Domper señala que “por colusión se ha entendido aquella situación en la que dos o más empresas pactan no competir entre ellas con el fin de aumentar los beneficios conjuntos de todo el grupo”¹³. Por su parte, el académico de la Universidad de Chile, Aldo González, establece que se trata de “una práctica en la que las empresas que compiten en un mismo mercado, acuerdan subir precios, repartirse el mercado o bloquear el ingreso de nuevos competidores. Dentro de las prácticas colusivas más conocidas se hallan los acuerdos o carteles, cuyo objetivo es fijar precios, limitar la producción o repartirse el mercado ya sea geográficamente o por tipo de cliente”¹⁴.

El propio considerando 195 del fallo que se comenta en este texto, señala que:

“la colusión constituye, unánimemente en la doctrina, en nuestra legislación y en la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, el más lesivo de los atentados a la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los consumidores. Tal es la gravedad de este ilícito, que el legislador estableció en su respecto –en la reforma al D.L. N° 211 contenida en la Ley N° 20.361, de 13 de julio de 2009– una mayor sanción y un mayor plazo de prescripción de la acción para perseguirlo, en comparación con todas las demás prácticas

¹² STIGLER (1964) El artículo está dividido, casi pedagógicamente, como guía para un regulador o fiscalizador, en las siguientes partes: I. The task of collusion; II. The methods of collusion; III. The conditions for detecting secret process reductions; IV. Some fragments of evidence.

¹³ JUNGSMANN y DOMPER (2006) p. 207.

¹⁴ GONZÁLEZ (2011) p. 143.

restrictivas de la libre competencia contenidas en dicho cuerpo legal”¹⁵

3.1.2 Complejidad

Desde luego, la configuración y diseño de un caso sobre colusión o acuerdos de esta naturaleza significan una de las gestiones de mayor complejidad en el Derecho de la Competencia, y en ese sentido se comprende la existencia de una Unidad Anti Carteles dentro de la propia FNE. Una investigación llevada a cabo por las agencias inspectoras de mercados y que después se plasma en una acción o requerimiento como el que dio origen a este procedimiento debe resolver esas preguntas fundamentales que plantea el profesor Joseph Harrington: “Cómo se manifiesta el comportamiento de un

¹⁵ La Corte Suprema chilena ha dicho, en su sentencia de 29 de diciembre de 2010 (conociendo recursos de reclamación contra la sentencia rol 94/2010 de este Tribunal), “la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes”. En el considerando 67 del fallo de la Corte Suprema, el ministro Muñoz realiza una exhaustiva exposición de autores, acerca de cómo se generan los acuerdos ilícitos referidos en la letra a) del inciso segundo del art. 3, entre los que destaca a Domingo Valdés Prieto (autor de uno de los informes en derecho acompañados en el proceso), José Luis Zavala y Joaquín Morales, ex Ministro Suplente del TDLC. Así, por ejemplo, “6.- La colusión es “el acuerdo entre los productores (proveedores) o distribuidores (comerciantes) en fijar precios de venta o de compra, paralizar o reducir la producción o en la asignación de zonas o cuotas de mercado”, “la conducta es ilícita ya que en vez de competir se ponen de acuerdo en no hacerlo y así obtener un beneficios asegurados a costa de quienes le venden o compran, según se trate de productores o distribuidores quienes incurrn en estas prácticas” (Derecho Económico, Tercera Edición Actualizada, José Luis Zavala Ortiz y Joaquín Morales Godoy, 2011, pág. 171); 7.- El objetivo principal buscado por las firmas que participan en estos acuerdos es naturalmente la maximización de sus beneficios y utilidades; 8.- No constituye una infracción al derecho de libre competencia la denominada conducta del paralelismo consciente por estructura de mercado. El autor Domingo Valdés P. (“Tipicidad y Regla Per Se en las Colusiones Monopólicas Horizontales”. En Revista Anales de Derecho UC Temas de Libre Competencia 2. Legis S. A., pág. 90) señala: “Se caracteriza porque los competidores saben que actúan en forma similar o coincidente, pero ello se debe a la estructura y características particulares de un determinado mercado relevante y, por tanto, tampoco existe concierto y consiguientemente no procede imputar responsabilidad monopólica. Suele presentarse esta clase de conductas paralelas en mercados en los que los competidores producen y/o comercializan bienes o servicios homogéneos y, en consecuencia, manejan una estructura de costos similar o bien en el caso de la comercialización de productos homogéneos que los consumidores identifican como tales, es usual que el precio de aquéllos presente semejanzas”.

cartel? ¿Cómo se distingue ese comportamiento de una conducta competitiva?¹⁶, o bien establecer los temas fundamentales que se recogen en el trabajo de George Stigler llamado *A theory of Oligopoly*¹⁷ y que son: a) la tarea de la colusión; b) los métodos de la colusión; c) condiciones para detectar reducciones de precios secretas; d) sistemas de evidencias y prueba. La lectura de los textos de Stigler sobre la colusión puede arrojar una nueva mirada sobre el caso farmacias, a partir de la experiencia del comportamiento que algunos han mostrado en la práctica. Por ejemplo, el profesor de American University –Washington College of Law–, Jonathan Baker, señala que en *A theory of Oligopoly*, Stigler explica por qué no es apropiado presumir siempre que las firmas, en cualquier mercado, aun cuando fueran pocas en número, tengan un modo absoluto de subir los precios sobre el nivel competitivo¹⁸. En el mismo sentido, Stigler acepta la hipótesis que los oligopolistas puedan desear coludirse para maximizar utilidades conjuntas pero que siempre es necesario distinguir entre los deseos y los hechos, porque sin duda alguna, la colusión es imposible para muchas firmas y también es mucho más efectiva en algunas circunstancias más que en otras¹⁹.

3.2 El problema del mercado relevante en el triple eje 39, 44 y 46 de la sentencia del TDLC

3.2.1 Importancia

La determinación del mercado relevante en una investigación en materia de libre competencia es uno de los temas de mayor importancia en un proceso de tal naturaleza, básicamente por tres razones: “a) porque sirve como un prerequisite para calcular las participaciones de mercado; b) permite definir quiénes son los actores (competidores y clientes) que operan en un mercado determinado y analizar las presiones competitivas que ejercen unos sobre otros; y c) entrega información a los actores del mercado para que evalúen

¹⁶ HARRINGTON (2006) p. 6.

¹⁷ Ver STIGLER (1964).

¹⁸ Ver BAKER (2002) p. 65.

¹⁹ Ver STIGLER (1964) p. 153.

los efectos de sus conductas futuras en sede de libre competencia”²⁰. Por tanto, la determinación del mercado relevante no solo es crucial, sino que además es útil, dado que, como indica Gregory Werden, el mercado relevante sirve al propósito analítico de identificar la competencia efectiva o el escenario donde esta se realiza²¹. Sin embargo, una corriente doctrinaria impulsada por el profesor de la Universidad de Harvard, Louis Kaplow²², propone que esta metodología debe ser abandonada dado que no existe un modo coherente de identificar un mercado relevante sin primero formular una evaluación del poder de mercado.

3.2.2 Tratamiento del fallo

Hay tres considerandos en el fallo del TDLC que recogen la discusión que se produjo sobre el punto: los números 39º, 44º y 46º.

a) Considerando 39º. El primero de ellos establece: “Trigésimo noveno: Que, por las fundamentaciones que se desarrollarán a continuación, este Tribunal considera que el mercado relevante de autos debe definirse como el de la *venta de medicamentos a consumidores finales, a nivel nacional*”.

b) Considerando 44º. Sin embargo, ante las alegaciones expuestas en la contestación por las requeridas, referidas a la variación del criterio que el TDLC habría aplicado en investigaciones anteriores, el TDLC se hizo cargo de ellas al afirmar:

“... la definición del mercado relevante efectuada por este Tribunal en la consideración trigésimo novena no contradice en modo alguno las definiciones de mercado relevante adoptadas en sentencias anteriores, en juicios seguidos en contra de laboratorios, en que este Tribunal lo ha definido de acuerdo al principio activo (al analizar medicamentos éticos) o de acuerdo a la finalidad terapéutica (al analizar medicamentos OTC, es decir que se expenden “*over the counter*”, o sobre el mesón, sin necesidad de receta médica). Lo anterior, toda vez que en dichas sentencias se analizaron acusaciones de atentados con-

²⁰ CERDA (2010) p. 10.

²¹ Ver WERDEN (2012).

²² Ver KAPLOW (2010).

tra la libre competencia por parte de laboratorios relacionadas con medicamentos específicos –en los que la sustitución sí era una amenaza relevante para cada actor del mercado– y no, como en el caso de autos, una conducta concertada entre los principales distribuidores minoristas para subir el precio de venta al público de un conjunto de medicamentos. Esta última es una conducta totalmente distinta referida a un mercado también distinto, que es el de la comercialización de productos farmacéuticos (mercado relacionado con las farmacias) y no el de cada uno de los productos farmacéuticos por separado (mercado relacionado con los laboratorios)”.

De esta forma, en la cuestión del mercado relevante, el TDLC establece que no es posible aplicar el mismo criterio adoptado en procedimientos seguidos en contra de laboratorios, distinguiendo, por una parte el criterio del *principio activo*, vale decir, la molécula o la sustancia que permite la finalidad, y en otras, la *finalidad terapéutica*, esto es, el objetivo curativo que se busca con el consumo del medicamento. Asimismo, según la explicación del TDLC, la especificidad de las acciones anteriores no es equiparable a la multiplicidad de medicamentos que fueron objetos del alza.

c) Considerando 46°. Sobre el particular, es interesante analizar que en la única prevención del fallo 119/2012 del TDLC, el ministro Julio Peña propone una aclaración respecto del texto del considerando 46°, el cual señala:

“Que al respecto, este Tribunal estima que el hecho de que existan otros productos que tengan el mismo principio activo o finalidad terapéutica no es necesariamente lo que define el mercado relevante. Lo central para hacerlo es analizar si, subiendo los precios de un cierto conjunto de productos, es posible, para quienes los ofrecen –en este caso las farmacias–, aumentar sus ingresos, todo lo demás constante. Siempre habrá algunos clientes que preferirán migrar a un bien de menor precio, pero lo importante para efectos de juzgar la conducta acusada en autos es saber si, aún con esa pérdida de clientes, determinadas alzas de precio en un conjunto de productos mejorarán o no la recaudación de las requeridas. Si los ingresos disminuyen, significa que la migración a los bienes sustitutos es tal que se hace necesario definir un mercado relevante más

amplio que incluya a otros productos; evidentemente sus sustitutos más cercanos”.

d) Posición del ministro Julio Peña. El ministro sostiene que:

“considera necesario aclarar que, respecto lo planteado sobre la definición del mercado relevante –señalado en la consideración cuadragésimo sexta– en su opinión lo verdaderamente central en el caso de autos es determinar si, subiendo los precios de un determinado conjunto de productos (esto es, al menos los individualizados en el requerimiento), es posible para quienes los ofrecen aumentar su rentabilidad, y no solo sus ingresos o recaudación, pues es el efecto sobre la rentabilidad lo que debiera determinar si una determinada conducta comercial es racional de acometer y, entonces, si puede ser apta para afectar la libre competencia en el mercado concernido”.

Ello resulta importante, asevera el ministro, porque

“los costos de adquisición de la gran mayoría de los medicamentos individualizados en el requerimiento de autos no aumentaron en forma relevante durante el periodo denunciado como colusivo. En consecuencia, el análisis de los efectos sobre los ingresos totales o recaudación lograda en la venta de determinados medicamentos efectivamente constituye, en el caso particular de autos, una aproximación adecuada para analizar los efectos sobre la rentabilidad de acometer, en forma colusiva, un determinado conjunto de alzas en los precios al consumidor final”.

Finalmente, no puede obviarse que la investigación sobre conductas colusorias reviste un alto grado de dificultad al momento de generar el análisis sobre trayectorias de precios, dependiendo del procedimiento o modelo que se desee emplear. El fallo del TDLC hace la distinción en cuatro grupos de precios: a) precios de lista; b) precio de venta; c) precio promedio; y d) precio moda, optando el TDLC por este último dado que, según indica en el considerando 31 es el “parámetro de tendencia central que debe utilizarse al analizar los movimientos de precios de los medicamentos, y no el precio promedio de venta como ha sido argumentado en autos, por las siguientes dos razones: (i) el precio moda de venta es –por definición y tal como se ha dicho– el precio que más se repite en las ventas de cada día en cada cadena, y por lo tanto corresponde al precio que

con mayor probabilidad enfrenta un consumidor típico; y, (ii) del análisis de las cotizaciones que cada cadena de farmacias realiza en locales de las demás requeridas, se concluye que éstas observan el precio moda de venta de su competencia en la inmensa mayoría de sus cotizaciones, por lo que éste es el precio que las cadenas monitorean”. Este análisis se materializó en las 222 tablas preparadas para cada medicamento y que forman parte del texto de la sentencia, antes de su parte resolutive.

En lo que respecta a la definición del mercado relevante en el caso de marras, esto es “*venta de medicamentos a consumidores finales, a nivel nacional*” es necesario plantear algunas observaciones. No hay duda en cuanto a que la determinación de este implica una tarea ardua, y probablemente uno de los problemas *perennes* en el Derecho Antitrust. Sin embargo, esta determinación siempre debe considerar una idea general y primaria en la configuración del Derecho de la Competencia: su objetivo es promover la Libre Competencia, incentivando conductas y estructuras competitivas, e interviniendo selectivamente cuando alguna práctica suponga una amenaza real a la Competencia²³. En tal sentido, la aplicación de un método adecuado en la definición del mercado relevante debe enfocarse de la forma más precisa posible en la investigación que quiere llevarse a cabo, puesto que una mayor amplitud en su definición genera elementos de incertidumbre en el funcionamiento de las diversas etapas de los procesos productivos. ¿Significa ello que una determinación será menos lesiva para una industria en la medida que el juzgador Antitrust emule mas próximamente el foco de mercado que los ejecutivos de esa misma industria efectuaron al momento de adoptar sus actuaciones? Por cierto, la reproducción idéntica de tales patrones no parece razonable, pero tampoco resulta eficaz el análisis que desconoce absolutamente esa perspectiva al momento de la definición, pues ella debe contener aspectos referidos tanto a los componentes de la oferta como de la demanda. Es claro que en una industria como la analizada en el fallo, pueden existir diversas relaciones: laboratorios con laboratorios, laboratorios con farmacias, farmacias con clientes, etc. No obstante, y considerando la existencia de mayores especificaciones en investigaciones sobre laboratorios anteriormente conocidas por el TDLC, no se aprecia motivo alguno

²³ HOVENKAMP (2005) p. 96.

para excluir de manera tan categórica una mayor especificación del mercado, para el caso farmacias. Como dice Hovenkamp, son pocas hoy “las decisiones que sostiene la definición de mercados basadas en bosquejos débiles, tales como “automóviles Dodge en Mount Lebanon, Pennsylvania”²⁴.

En relación al precio moda, es necesario establecer que, si se parte del supuesto que los agentes en un mercado competitivo actúan racional y estratégicamente, es dable pensar en algunos de ellos implementando una política, incluso agresiva, de seguimiento de precios, la cual no constituye una ilegalidad per se, y que incluso, puede ser beneficiosa para los consumidores. Enseguida, es perfectamente posible que la formación del precio moda al que alude el fallo, pueda ser el fruto de un paralelismo consciente o bien de un seguimiento de precios, por lo que, aun cuando la autoridad debe escoger entre diversos modelos de precios para configurar adecuadamente el caso, la decisión de establecer este como el soporte de la investigación anti-cartel, puede llevar al riesgo de caer en esa sutil falacia derivada de la confusión entre correlación y causalidad que, a toda costa, debe evitarse en el razonamiento económico y regulatorio. Tal vez el precio moda pueda ser una metodología adecuada para estructurar la existencia de un acuerdo, pero no necesariamente es la más óptima para descartarlo, en el caso de seguimientos.

4.. CONCLUSIONES

1. El llamado “Caso Farmacias” constituyó durante 2012 uno de los hitos de investigación y decisión relevantes en el sistema de Defensa de la libre Competencia chilena desde la reforma del año 2003.
2. El fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia efectúa un análisis adecuado en la determinación de las conductas colusorias y su análisis del mercado de comercialización de medicamentos llamados “éticos” y notorios. Sin embargo, en el éxito del requerimiento interpuesto por la FNE influyó el acuerdo de conciliación suscrito por FASA, a través del cual dicha compañía proporcione información relevante para la

²⁴ HOVENKAMP (2005) p. 98.

- continuidad del proceso, con las observaciones que desde el punto de vista del debido proceso supuso dicho acuerdo.
3. La aplicación de categorías penales al Derecho de la Libre Competencia puede implicar para algunos una eficaz herramienta de disuasión de conductas o estructuras anticompetitivas. Sin embargo, el empleo de instrumentos y procedimientos que reconocen una filiación procesal arraigada en la justicia criminal, deben ser utilizados en un marco de garantías que resguarde adecuadamente derechos y no aumente indebidamente los costos de operación de algunos mercados.
 4. Uno de los desafíos que se plantea para la FNE en futuras investigaciones es el referido al análisis de “parallel pricing” y seguimiento de precios. Los argumentos desarrollados por Cruz Verde y el informe en Derecho que sobre el particular acompañó, revelan que se trata de una materia de singular importancia y que debe ser tratada con especial rigurosidad, tanto por la academia como por los operadores del sistema de Libre Competencia.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BAKER, Jonathan (2002) “A preface to post – Chicago Antitrust”, en: CUCINOTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; VAN DEN BERGH, Roger (edit.), *Post Chicago Developments in Antitrust Law* (Cheltenham, Edward Elgar) pp. 60-75.
- CERDA B. Felipe (2010) “El mercado relevante como marco de referencia para un análisis de competencia: experiencia nacional y comparada en el sector supermercados”, en: MONTT, Pablo y NEHME, Nicole (edit.), *Libre Competencia y Retail. Un análisis crítico*, (Santiago, Abeledo Perrot, LegalPublishing) pp. 9-29.
- CRANE, Daniel (2010) “The Economics of antitrust enforcement”, en: HYLTON, Keith N. (edit.) *Antitrust Law and Economics* (Cheltenham, Edward Elgar) pp. 1-22.
- CRUZ, María Elina (2010) “Política de Precios de Farmacias Cruz Verde, seguimiento de precios y paralelismo consciente como una explicación alternativa a la concertación de precios sostenida por la FNE en el mercado farmacéutico”. Disponible en:

[http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_María_Eli-na_Cruz_\(CRUZVERDE\)_C184_08.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_María_Eli-na_Cruz_(CRUZVERDE)_C184_08.pdf)

[Consulta: 31 de Marzo de 2013]

DEVLIN, Alan (2007) “A proposed solution to the problem of parallel pricing in oligopolistic markets”, en *Stanford Law Review*, Vol. 59, pp. 1111-1151.

GONZÁLEZ T., Aldo (2011) “Prácticas Colusivas”, en: *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Thomson Reuters Puntotex) pp. 143-162.

HARRINGTON, Joseph (2006) “How do cartels operate?”. *Foundations and Trends in Microeconomics*, Vol. 2, N°1 (Baltimore, The Essence of Knowledge) pp. 1-105.

INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, julio de 2012. Disponible en: <http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf> [Consulta: 31 Marzo 2013]

JUNGMANN, Ricardo y DOMPER, María de la Luz (2005) “Libre Competencia y distribuidores de combustibles: colusión y barreras de entrada en el mercado?”, en: *Sentencias Destacadas. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo) pp. 203-222.

KAPLOW, Louis (2010) “Why (Ever) Define Markets?” en: *Harvard Law Review*, Vol.124, pp. 438-517 Disponible en: http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol_12402kaplow.pdf [Consulta: 31 de Marzo de 2013]

LIBERTAD Y DESARROLLO. *Reformas a la Ley de Libre Competencia*. Temas Públicos N° 930, 14 de Agosto de 2009.

PAGE, William H. (2010) “Facilitating practices and concerted action under Section 1 of the Sherman Act”, en: HYLTON, Keith N. (edit.) *Antitrust Law and Economics*, (Cheltenham, Edward Elgar) pp. 23-45

POSNER, Richard (2001): *Antitrust Law* (Chicago, University of Chicago Press) 304 p.

- STIGLER, George (1964) "A theory of Oligopoly", *Journal of Political Economy*, Vol. 72, N° 1. pp. 44-61.
- STIGLER, George (1965) "The dominant firm and the inverted umbrella", *Journal of Law and Economics*, Vol. 8, N° 1, pp. 167-172.
- WERDEN, Gregory (2012) "Why (ever) define markets. An answer to professor Kaplow". Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004655
[Consulta: 31 de Marzo de 2013]
- WILS, Wouter (2007) "Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice", en: *World Competition. Law and Economics Review*. Vol. 30, n.1. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=939399, [Consulta: 31 de Marzo de 2013]