



Documento de Trabajo

ISSN (edición impresa) **0716-7334**

ISSN (edición electrónica) **0717-7593**

Protección de la Competencia en Chile: El Estado v. Laboratorios Chile y Recalcine (1992-1993).

Edgardo Barandiarán
Ricardo Paredes

**Protección de la Competencia en Chile:
El Estado v. Laboratorios Chile y Recalcine (1992/93)**

**Edgardo Barandiarán
Ricardo D. Paredes¹**

Resumen

Este trabajo analiza la denuncia contra Laboratorios Chile y Recalcine por concertación de precios de sus productos farmacéuticos genéricos. Al momento de la denuncia (1992) los dos laboratorios representaban el 82 por ciento del total de las ventas de esos productos en los mercados nacionales. El artículo analiza el proceso y las pruebas del caso para explicar las decisiones opuestas de la Comisión Preventiva y de la Comisión Resolutiva y evaluar si el sistema contribuye a la seguridad jurídica requerida para la libre competencia. En este caso, el proceso fracasó en generar pruebas adecuadas para una decisión fundamentada y las comisiones apreciaron las pocas pruebas con criterios distintos. En consecuencia, sus decisiones no contribuyeron a promover esa seguridad jurídica. No obstante, el análisis del caso es de utilidad para entender el funcionamiento del sistema de protección de la competencia.

Abstract

In 1992, Laboratorios Chile and Recalcine, the two largest pharmaceutical companies in Chile with a share of 82% of the domestic markets for generic products, were accused of collusion. The paper analyzes the process and the evidence considered by the Antitrust Commissions to assess the extent to which the Chilean system has been able to provide *seguridad jurídica* for market competition. Albeit economic models were readily available to argue the case, the process failed to generate the evidence necessary to apply them properly. The opposite decisions of the two Commissions reflected this failure and differences in the standards of proof. The analysis is useful, however, to understand the behavior and performance of the Chilean system of competition law.

JEL Classification: K21, K41

Keywords: Antitrust, collusion.

¹ Barandiarán, Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile; Paredes, Departamento de Economía, Universidad de Chile. Dirigir correspondencia a Ricardo Paredes, rparedes@ing.puc.cl

1. Introducción

La Ley de Defensa de la Competencia (Decreto Ley 211 de 1973), también conocida como Ley Antimonopolios, fue una de las reformas estructurales emprendidas a partir de fines de 1973 que sentaron las bases de una nueva institucionalidad de la economía chilena. Aunque la ley difería poco de su antecedente inmediato, la ley de defensa de la competencia de 1959, su aplicación comenzó a tener importancia en el contexto de esas reformas y del resurgimiento de una economía de mercado. En un principio las denuncias de prácticas anticompetitivas fueron pocas, pero a partir de 1978 aumentaron considerablemente. A mediados de 2002 se ha acumulado un número importante de casos que han ido dando algún contenido a la defensa de la competencia dentro de la amplitud del texto del DL 211.

Si bien el desempeño del sistema chileno para la defensa de la competencia ha sido bueno en relación con el de muchos otros países de similar nivel de desarrollo, su funcionamiento no ha estado exento de críticas y ha motivado propuestas de reformas importantes. En distintos grados, las normas que regulan el fondo, el procedimiento y la organización de la defensa de la competencia todavía son cuestionados. Respecto a las normas de fondo, el debate sobre las prácticas empresariales que deben considerarse conductas prohibidas refleja la misma preocupación observada en países desarrollados. Por su parte, el debate sobre los procedimientos y los órganos de la defensa de la competencia tiene un carácter local y se ha centrado en el perfeccionamiento de las normas del DL 211, aunque recientemente se ha propuesto una reforma radical.

El debate sobre las normas de fondo sigue siendo teórico, aunque toma en cuenta los resultados de la investigación de las experiencias de Estados Unidos y Europa. A pesar del alto número de casos decididos por los órganos de la defensa de la competencia, la investigación de la experiencia chilena todavía es de poca cuantía.² Esta investigación es importante porque persisten tres ideas básicas sobre el objetivo principal de los sistemas de defensa de la competencia: la implementación de las garantías constitucionales de la autonomía privada (en particular, la libertad de empresa); la promoción de la eficiencia económica; y la contención del poder económico.³ La ley chilena evitó definirse por una de estas ideas, delegando en órganos especializados la responsabilidad de hacerlo al momento de considerar y resolver casos concretos. El análisis de las decisiones de estos órganos es entonces necesario para identificar y explicar las prácticas empresariales que se han prohibido para proteger la competencia, e indirectamente sacar conclusiones sobre los objetivos de esta protección.

² Véase, para algunas excepciones, Ortúzar y Arriagada (1978), Montt e Irrazábal (1996), Furnish (1974) y Paredes (1991, 1997 y 2001).

³ Además de estas tres ideas, el debate histórico en los países desarrollados ha incluido varios otros objetivos para el derecho y la política de defensa de la competencia; para un análisis de estos objetivos en la historia de los Estados Unidos, véase Peritz (1996), y en la historia de Europa, véase Gerber (2001). Para mayores referencias sobre las experiencias de los Estados Unidos y Europa, véase: Drahos (2001), Rodger y MacCulloch (1999), Soriano García (1998), Waelbrook y Frignani (1998), y las varias entradas en The New Palgrave Dictionary (1998), en particular las entradas Antitrust Policy; Competition Law in the European Union and the United States; Competition Policy; *Per se* Rules; y Rule of Rule of Reason in Antitrust.

Este trabajo analiza la denuncia en contra de Laboratorios Chile y Laboratorios Recalcine. En 1992, estos laboratorios fueron acusados de concertar los precios de sus productos farmacéuticos genéricos para abusar de sus clientes. La Comisión Preventiva Central, uno de los organismos de la defensa de la competencia, consideró que los laboratorios habían concertado sus precios y por lo tanto debían ser sancionados, mientras que la Comisión Resolutiva, el organismo encargado de resolver las disputas, consideró que no se había probado que hubiera concertación de precios. El análisis se centra en la razonabilidad de las decisiones de las dos comisiones en función de las pruebas del caso.

Además de esta introducción, el trabajo incluye cuatro secciones. En la segunda sección se describe el sistema chileno de defensa de la competencia. La tercera sección describe el caso de los laboratorios Chile y Recalcine, incluyendo el contexto en que se originó y su desarrollo hasta las decisiones de las comisiones. La cuarta sección analiza estas decisiones, en particular las posiciones de las Comisiones respecto a las condiciones bajo las cuales la concertación de precios sería una práctica anticompetitiva y por tanto debería prohibirse. En la última sección se presentan las conclusiones y se discuten sus implicancias para una evaluación del sistema chileno de defensa de la competencia.

2. El Sistema Chileno de Defensa de la Competencia⁴

2.1. Antecedentes

En Chile, hasta la Gran Depresión, la legislación y las políticas económicas fueron la base institucional de una economía de mercado, integrada a los mercados mundiales de bienes y capitales. En ese contexto la posibilidad de que las empresas que abastecían los mercados internos pudieran lograr y aprovechar un poder de mercado significativo fue ignorada porque se pensaba que la competencia externa era bastante intensa para neutralizar pronto ese poder. Luego, a raíz de la Gran Depresión, aquella base institucional cambió para permitir que el Estado se transformara en productor importante y tomara el control de varios sectores productivos. En este nuevo contexto, sólo el Estado podía tener poder de mercado y no era necesario contar con mecanismos para defender la competencia.

A comienzos de los años cincuenta, la aceleración de la inflación había llevado a un sistema de precios administrados y luego los planes de estabilización debieron enfrentar el problema de eliminar estos controles. Así, en 1957 la Misión Klein-Saks recomendó una política de precios libres, pero tomando medidas para evitar que los precios reflejaran el poder de mercado que algunas empresas públicas y privadas parecían tener. Como resultado de esta recomendación se aprobó la primera ley de defensa de la competencia, la Ley 13.305 de 1959. Esta ley fue una adaptación de la Ley Sherman de los Estados Unidos, promulgada en 1890, a las condiciones locales.

Hasta fines de 1973, la actividad de los órganos de la Ley 13.305 fue escasa porque no hubo una reorientación de la base institucional de la economía hacia la promoción de una mayor competencia. Cualquiera sea el juicio que se tenga sobre la Ley 13.305, el punto importante es que este tipo de legislación no era consistente con el resto de la base institucional. En

⁴ Para mayores detalles, véase Furnish (1974) y Paredes (1997).

particular, el sistema de precios administrados se mantuvo, y ante cualquier sospecha de abuso monopolístico, los órganos de gobierno recurrían a este sistema, ignorando a los mecanismos de la Ley 13.305.

A partir de octubre de 1973, la política económica del gobierno militar incluyó el desmantelamiento del sistema de precios administrados y el fortalecimiento de los mecanismos de defensa de la competencia. Así, como parte de la nueva base institucional de la economía se aprobó una nueva ley de defensa de la competencia (Decreto Ley 211 de 1973). A pesar de los cambios introducidos a la Ley 13.305 de 1959, el sistema de defensa de la competencia establecido por el DL 211 también fue una adaptación de la Ley Sherman de los Estados Unidos. Desde su promulgación en octubre de 1973, el DL 211 ha sido modificado varias veces, pero las ideas principales del texto original se han mantenido. Sólo desde 1998 se ha venido planteando la conveniencia de una reforma más profunda, y en mayo del 2002 el Ejecutivo envió un Proyecto de Ley al Congreso Nacional para su consideración y aprobación.

2.2. Decreto Ley 211: Objetivos, prácticas anticompetitivas y sanciones

En Estados Unidos la Ley Sherman prohibió las prácticas empresariales que restringían o monopolizaban el comercio. Las críticas a la Ley Sherman por la poca precisión de las conductas prohibidas llevó luego a la promulgación de la Ley Clayton (1914). Esta ley tipificó como ilícitas conductas específicas que limitaban la competencia o amenazaban con limitarla, incluyendo conductas que disminuían la competencia o tendían a crear monopolios, conductas que implicaban discriminación de precios (modificada en 1936 por la Ley Robinson-Patman), y una variedad de acuerdos horizontales y verticales entre empresas. Además la Ley Clayton estableció normas sobre las fusiones de empresas (modificadas en 1950 por la Ley Celler-Kefauver). En 1914, por ley se creó la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission) que junto con el Departamento Justicia (Antitrust Division) quedaron a cargo de la aplicación de las leyes Sherman y Clayton y la persecución de casos ante los tribunales ordinarios. La Comisión fue facultada también para perseguir las prácticas de competencia desleal. Desde entonces la evolución de la legislación y especialmente de la jurisprudencia ha estado marcada por la defensa de la competencia, pero sin que se haya generado acuerdo sobre el significado de este objetivo.

En la Unión Europea, el Tratado original de la Comunidad ya había establecido normas de fondo sobre las prácticas anticompetitivas. Con modificaciones menores, estas normas han seguido vigentes y hoy las conductas cuestionadas pueden clasificarse en tres tipos principales: colusión (principalmente fijación de precios pero también restricciones al comercio), posición dominante (en particular restricciones verticales), y fusiones (o más recientemente concentraciones). Esta tipificación de conductas está complementada siempre por excepciones que deben tramitarse ante órganos administrativos y permiten un grado importante de discrecionalidad. Las legislaciones nacionales de los países miembros de la Unión se han ajustado a esa tipificación de conductas con iguales excepciones. Como en los Estados Unidos, la jurisprudencia del Directorio de la Competencia de la Comisión Europea ha enfatizado la defensa de la competencia como el objetivo de estas normas, aunque tampoco se haya alcanzado un acuerdo sobre su significado. Más aún, a pesar de este énfasis, el objetivo último de la defensa de la competencia muchas veces

parece haber sido la defensa de los competidores en lugar de la de los consumidores en cuanto beneficiarios últimos de la competencia.

El DL 211 refleja una posición aún más abierta respecto al objetivo de la defensa de la competencia porque no tipifica las conductas que deben considerarse prohibidas y al mismo tiempo posibilita el cuestionamiento de muchas conductas o prácticas empresariales. En su artículo 1, el DL 211 sólo señala que son ilegales las conductas contrarias a la competencia, sin definir qué debe entenderse por daño a la libre competencia ni proponer una tipificación de conductas. Aunque el artículo 2 señala un número de conductas que atentarían contra la libre competencia, como los acuerdos de precio, no queda claro si el legislador intentó tipificar como ilícitas algunas conductas, o se limitó a ilustrar qué tipo de conductas debían cuestionarse ante las comisiones establecidas por la ley. Inicialmente algunos fallos sugirieron que el artículo 2 contenía una lista de conductas siempre sancionables, pero la simple lectura del texto descarta esta interpretación; por ejemplo, la ley menciona entre las conductas cuestionadas a "...los [actos] referidos al transporte [y] conductas referidas a la producción...".

En alguna medida, la aplicación del DL 211 ha ido definiendo las conductas que deben cuestionarse porque amenazan o limitan la competencia. Desde una interpretación casi literal que implicaba la ilegalidad *per se* de algunas conductas, incluyendo la fijación de precios de reventa, la distribución exclusiva y la colusión, desde fines de los 1980s y comienzos de los 1990s la aplicación de la ley ha quedado supeditada a un juicio de razonabilidad de las conductas cuestionadas, esto es al juicio discrecional de la Comisión Resolutiva sobre si una conducta concreta efectivamente implica una limitación actual o potencial a la competencia. Sólo en el Dictamen 1152, del 23 de marzo del 2001, la Comisión Preventiva expuso una posición clara:

"En este orden de cosas, el artículo 2 señala, por la vía ejemplar, una serie de hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, cuya correcta interpretación ha de entender, armonizando dicha disposición con otras del mismo D.L. N 211, de 1973, ... que los actos enumerados en el artículo 2 sólo serán sancionables, con arreglo al DL N 211 de 1973, cuando atenten efectivamente contra la libre competencia. De esta manera, no todo acto que se refiera al transporte, por ejemplo, ni tampoco todo acto relacionado con conculcación de la libertad de trabajo, debe ser sancionado necesariamente de acuerdo con estas normas". (punto 7).

En otras palabras, el Dictamen reconoció que no existen conductas ilegales *per se* y cada caso debe ser resuelto de acuerdo con la interpretación de las comisiones sobre el objetivo de la defensa de la competencia.⁵ Por lo tanto, el estudio de las decisiones de las comisiones es necesario para comprender este objetivo y explicar las conductas efectivamente prohibidas.

En cuanto a las sanciones, el DL 211 entrega amplios poderes a la Comisión Resolutiva para modificar o terminar actos y contratos, ordenar la disolución de las sociedades y

⁵ La consideración e interpretación fue ratificada el 27 de julio del 2001 con el dictamen 1170, por la misma Comisión Preventiva.

demás personas jurídicas de derecho privado que hubieran intervenido en actos contrarios a la libre competencia. La Comisión Resolutiva puede también imponer multas a beneficio fiscal de hasta 10.000 UTM (aproximadamente US\$ 400.000), sin perjuicio de las demandas civiles que puedan ejercer directamente quienes se sientan perjudicados por los actos sancionados.

2.3 Los órganos de la Defensa de la Competencia

El DL 211 creó tres órganos para la aplicación de las normas de fondo: la Fiscalía Nacional Económica, las Comisiones Preventivas (Regionales y Central) y la Comisión Resolutiva. La Fiscalía Nacional Económica se definió como un órgano administrativo con presupuesto propio, relacionado con el Ejecutivo a través del Ministerio de Economía. El Fiscal Nacional es persona de confianza del Presidente de la República quien tiene autoridad para designarlo y removerlo.⁶

La Fiscalía debe elaborar informes, investigar y proponer dictámenes y resoluciones. También puede actuar como parte representando el interés del Estado ante la Comisión Resolutiva, Tribunales de Justicia y ante la Corte Suprema; defender los fallos de las comisiones o impugnarlos; y velar por el fiel cumplimiento de los fallos. Para el cumplimiento de sus funciones, la Fiscalía puede solicitar la colaboración de cualquier órgano administrativo del Estado.

Las instancias donde radica el análisis y resolución de los temas son las comisiones, pero se puede recurrir en última instancia a la Corte Suprema. La Comisión Preventiva es un órgano administrativo y no puede imponer sanciones ni modificar contratos, lo que sí puede realizar la Comisión Resolutiva que opera como un órgano administrativo con funciones jurisdiccionales. Sin embargo, la Comisión Preventiva puede solicitar al Fiscal que a su vez requiera a la Comisión Resolutiva la imposición de sanciones y modificaciones de contratos. La Corte Suprema es la instancia final de revisión de los casos, pero pocos han sido apelados y en la casi totalidad las sentencias de la Comisión Resolutiva han sido confirmadas.⁷

Respecto de la designación de los miembros de las comisiones, el legislador procuró un equilibrio entre la independencia del Poder Ejecutivo y cierto contacto con él. Dos de los cinco miembros de cada comisión son designados directa o indirectamente por ministros de Estado. Los otros miembros de cada comisión son designados por parte del Consejo de Rectores, de candidatos seleccionados de Facultades de Economía y Derecho y en el caso de la Comisión Resolutiva, la Corte Suprema designa a uno de sus ministros, quien la preside. Todos los miembros titulares tienen suplentes, designados de igual forma y tienen un período de permanencia de dos años en sus cargos. Las decisiones se adoptan por mayoría simple y en caso de empate (el quórum mínimo es tres), decide el Presidente de la

⁶ Hasta 1980, el Fiscal era nombrado por el Presidente de la República, pero sólo podía ser removido y sancionado por la Contraloría General de la República previo sumario instruido por ésta. El cambio se debió a la aplicación de una norma general para todos los órganos administrativos del Estado.

⁷ Aunque prácticamente no ha habido casos que desde el punto de vista jurídico hayan sido revertidos por la Corte Suprema, no es raro que lleguen casos a ella, toda vez que la demora en aplicar las resoluciones que implica esta instancia es a menudo buscada por las partes. Para un análisis de este punto, véase Bork (1978).

Comisión. Por su composición, la Comisión Preventiva tiene una inclinación por el análisis económico, mientras que la Comisión Resolutiva se inclina por el análisis jurídico.

3. *El Estado v. Laboratorios Chile y Recalcine*⁸

3.1. *Los mercados de productos farmacéuticos hacia 1990*

Como otras industrias, a partir de fines de 1973 las reformas de la base institucional de la economía implicaron cambios radicales en la oferta de productos farmacéuticos para satisfacer la demanda nacional. Hacia 1990, los mercados de estos productos se podían clasificar de varias maneras dependiendo de las características de la demanda. Una clasificación importante, particularmente en ese momento, se refiere a los productos que requieren receta médica y distingue entre productos genéricos y productos patentados marcarios.⁹ La diferencia fundamental está en el grado de competencia, pues durante el período de vigencia de su patente, un medicamento basado en un nuevo principio activo no tiene sustitutos próximos. Luego, una vez vencida la patente, la competencia entre los medicamentos de distintas marcas, todos basados en ese principio activo, puede ser intensa. El caso de los laboratorios Chile y Recalcine está relacionado sólo con sus productos genéricos, aunque ambos también producían productos de marca.

A su vez, los productos genéricos se pueden clasificar en categorías terapéuticas, las que poseen cero sustitución entre ellas, esto es, los productos de una categoría son eficaces sólo para el tratamiento de una enfermedad. Dentro de cada categoría el grado de sustitución puede variar mucho. En casos extremos, la sustitución es lo suficientemente alta como para que los productos de los distintos laboratorios puedan considerarse idénticos a pesar de los esfuerzos de los productores para crear la percepción de diferencias entre ellos. La venta de productos genéricos es directa al consumidor o a través de hospitales y otros centros de atención médica que sólo actuaban como meros intermediarios. Hacia 1990, por lo menos el 50 por ciento de las ventas era a estos hospitales y centros de atención médica, la gran mayoría públicos.

El segmento de los medicamentos genéricos ha sido fuente permanente de preocupación. En enero de 1992, la Fiscalía inició una investigación de oficio sobre el comportamiento de los precios y la producción por laboratorio en el segmento de genéricos entre 1985 y 1991, lo que arrojó un diagnóstico bastante claro. En 1990 el valor de las ventas de productos farmacéuticos por los laboratorios nacionales era de alrededor de US\$ 500 millones por año (poco más de uno por ciento del PIB). Unos dos tercios de ese valor correspondía a ventas a farmacias y otros distribuidores minoristas y el resto a ventas a hospitales y centros de atención médica. El valor de las ventas de medicamentos genéricos era importante en

⁸ Para un análisis de este caso en el que se enfatizan las alternativas estratégicas de los participantes, véase Peña (2001).

⁹ El origen de los medicamentos genéricos en Chile corresponde a una decisión política, en la que se determinó que Laboratorios Chile, estatal en ese entonces, elaborara un conjunto de medicamentos, contenidos en el Formulario Nacional, que debía identificar por su principio activo. Hacia 1990, la industria nacional producía alrededor de 170 medicamentos genéricos. La lista comprendía, entre otros, Ampicilina, Bifonazol, Cloranfenicol, Dipirona, Imipramina, Lorazepan, Penicilina, Piroxicam y Vitaminas B1, B6, D3. Por cierto, el grado de sustitución en la demanda por estos productos era cero.

volumen (alrededor de 40% de participación en unidades físicas), pero el precio medio era un 80% inferior al precio medio de los productos de marca. Por cierto, en la legislación y la política de salud los productos genéricos recibían especial atención.

La investigación de la Fiscalía también demostró que la producción nacional de productos genéricos y marcarios había estado creciendo y hacia 1990 abastecía una alta proporción de la demanda interna total, particularmente en el segmento de compras del Sector Público. Una proporción muy baja de la producción nacional se exportaba, lo que cambiaría en los años siguientes cuando los laboratorios nacionales siguieron una política agresiva de exportación. Hacia 1990, la industria nacional consistía de 82 laboratorios, pero sólo los laboratorios Chile y Recalcine tenían una producción en unidades superior al 5 por ciento de la venta total de la industria. Estos dos laboratorios vendían el 51 y el 31 por ciento respectivamente del total de las unidades de la industria nacional, pero sus participaciones en los mercados farmacéuticos variaba mucho según el tipo de producto.

De los otros 80 laboratorios, ninguno tenía una participación significativa (mayor de 5 por ciento) del total de las ventas de la industria. En 1990 sólo 18 laboratorios producían medicamentos genéricos, y los laboratorios Chile y Recalcine tenían una participación de poco menos de 75 por ciento de las ventas de estos productos, inferior a la participación que habían alcanzado años antes (más de 90 por ciento), cuando Laboratorios Chile todavía era una empresa estatal. Puesto que los laboratorios pequeños concentraban su producción en unos pocos productos, para algunos productos genéricos la participación de laboratorios Chile y Recalcine alcanzaba a casi el 100 por ciento de la producción nacional.

Unos pocos laboratorios pequeños (incluyendo Laboratorios Astorga, Saval y Pasteur, y también Benguerel que presentó la denuncia contra laboratorios Chile y Recalcine) incrementaron su participación fuertemente.¹⁰ Así, aunque el mercado continuaba creciendo a una tasa relativamente alta, las ventas físicas de los laboratorios Chile y Recalcine se mantuvieron estancadas o cayeron, pero sus ingresos aumentaron *pari passu* con los precios de los productos genéricos.

3.2. Cronología del caso

Con anterioridad a la denuncia contra los laboratorios Chile y Recalcine hubo dos eventos importantes que condicionarían la evolución y la Resolución del caso. Primero, el 10 de julio de 1990 los laboratorios Chile y Recalcine celebraron un contrato de prestación de servicios para que el primero produjera para el segundo medicamentos genéricos bajo condiciones que luego se prestarían para interpretaciones diferentes. Según los acusados, el acuerdo era sólo un mecanismo para optimizar la producción, en línea con los contratos de maquila característicos de la industria. Otra interpretación es que el contrato pudo ser una forma de vigilar que Recalcine cumpliera con su parte de un acuerdo colusivo, esto es, para que restringiera su producción. Segundo, y como se señaló más arriba, el 12 de diciembre

¹⁰ En relación con el promedio de ventas de todos los productos farmacéuticos, la participación fue de 51% para el Laboratorios Chile, de 31% para el Recalcine, y de 6% para Benguerel. Como se verá, un aspecto importante en la denuncia contra laboratorios Chile y Recalcine es la explicación de la caída de su participación en las ventas de la industria durante la década de 1980.

de 1991 la Comisión Preventiva solicitó al Fiscal iniciar una investigación sobre el mercado de los productos genéricos que daría lugar al estudio ya mencionado. La Comisión había recibido información en que se cuestionaba la política de precios de algunos laboratorios, en particular los dos más grandes.

El proceso se inició formalmente el 20 de enero de 1992, cuando el laboratorio Benguerel denunció ante la Fiscalía Nacional Económica y la Comisión Preventiva acciones contrarias a la libre competencia por parte del Laboratorios Chile. Benguerel adujo que el denunciado había iniciado un proceso criminal por violación de la Ley de Propiedad Industrial en su contra, pero que el verdadero propósito de Laboratorios Chile era sacarlo del mercado. Concretamente, el 12 de diciembre de 1991 Laboratorios Chile entabló una querrela criminal contra Benguerel en el Juzgado del Crimen No. 23 de Santiago, instancia por cierto distinta a la de los órganos de la defensa de la competencia.¹¹ La acción penal de Laboratorios Chile estaba dirigida a respetar y proteger sus derechos de propiedad sobre marcas de exclusivo dominio porque según éste:

“[Benguerel]... ha lanzado masivamente al mercado productos farmacéuticos contenidos en envases que tienen una etiqueta registrada por Laboratorios Chile, revelando un afán de imitación o ánimo defraudatorio”.

Ante esta denuncia, el Juez del Crimen dictó una orden de incautación de los envases y productos objetos de la querrela, y luego una nueva incautación de todas las mercaderías de Benguerel que se encontrasen en sus bodegas, cualesquiera fueran sus envases. Además, el 11 de mayo de 1992 decretó el encausamiento como autor del delito al representante de Benguerel. El 16 de marzo de 1992, Benguerel y Laboratorios Chile firmaron un protocolo de acuerdo desistiendo de las dos acciones emprendidas en contra de su rival, esto es, la denuncia de Laboratorios Chile por infracción a la Ley de Propiedad Industrial y la denuncia de Benguerel por infracción al DL 211 ante los organismos de defensa de la competencia. El protocolo, sin embargo, no se concretó en un acuerdo y los procesos continuaron.

En el recuadro adjunto se detalla la cronología del caso, desde la denuncia inicial hasta el momento de la decisión de la Comisión Resolutiva (Resolución 937 del 21 de septiembre de 1993).¹² Esta resolución no fue apelada ante la Corte Suprema de Justicia y por lo tanto el caso se terminó con la ejecución del fallo. Durante el proceso, nuevas partes fueron apareciendo y el caso se transformó en una acusación de concertación de precios por los laboratorios Chile y Recalcine. En paralelo con la aparición de estas partes privadas, los órganos de la defensa de la competencia fueron tomando posiciones encontradas. La posición del Fiscal fue rechazada por la Comisión Preventiva en su Dictamen 818 del 20 de agosto de 1992. Mientras el Fiscal concluyó que no había evidencia de concertación de precios, el Dictamen tomó la posición contraria y recomendó sanciones. En la segunda etapa del proceso, la Comisión Resolutiva concluyó que no había evidencia de concertación de precios, pero por razones distintas a las argumentadas por el Fiscal. Además, la

¹¹ Esta querrela también se realizó en contra de otros tres laboratorios, Drag Farma, Astorga y Pasteur. Este último se hizo parte de la denuncia ante la Fiscalía, la que acumuló los expedientes.

¹² Peña (2001) hace un análisis de la cronología desde una visión estratégica de los participantes.

Comisión Resolutiva exigió la modificación del acuerdo de prestación de servicios entre los laboratorios Chile y Recalcine (esto es, el acuerdo del 10 de julio de 1990).

Cronología del caso

- Enero 20, 1992. Benguerel denuncia a Laboratorios Chile por práctica excluyente en violación del DL 211.
- Marzo 31, 1992. Fiscalía solicita a las partes que definan sus posiciones.
- Abril 16, 1992. Benguerel denuncia un supuesto acuerdo entre laboratorios Chile y Recalcine para otorgar mayores descuentos en los productos competitivos con Benguerel.
- Abril 30, 1992. Asociación Chilena de Defensa del Consumidor (ACHICO) denuncia una supuesta concertación de precios por laboratorios Chile y Recalcine para sus medicamentos genéricos y también el acuerdo de prestación de servicios entre los dos laboratorios.
- Mayo 13, 1992. El Fiscal presenta el resultado de la investigación de oficio encomendada por la Comisión Preventiva en diciembre de 1991.
- Mayo 15, 1992. Benguerel responde al Fiscal y aporta antecedentes sobre precios, en particular sobre las diferencias de sus precios y los precios de Laboratorios Chile.
- Julio 9, 1992. El Fiscal presenta a la Comisión Preventiva dos informes sobre las denuncias. En uno recomienda rechazar la denuncia de Benguerel por referirse a un problema ajeno a la defensa de la competencia. En el otro recomienda rechazar la denuncia de ACHICO por falta de evidencia.
- Julio 9, 1992. La Comisión Preventiva encarga al Fiscal profundizar la investigación.
- Julio 16, 1992. La Comisión Preventiva recibe testimonio oral de todas las partes.
- Julio 23, 1992. Laboratorios Chile presenta recurso de protección en contra de la Comisión Preventiva por abocarse a un caso que no es de su competencia.
- Agosto 20, 1992. En su Dictamen 818, la Comisión Preventiva concluye que hay evidencia de concertación de precios entre los laboratorios Chile y Recalcine para sus medicamentos genéricos, y solicita aplicarle sanciones y la modificación del contrato de prestación de servicios.
- Septiembre 2, 1992. La Corte de Apelaciones de Santiago deja sin efecto el auto de reo dictado por el juez y anula el proceso contra el representante de Benguerel.
- Noviembre 5, 1992. Laboratorios Chile y Recalcine apelan el Dictamen 818 ante la Comisión Resolutiva alegando que Benguerel se había desistido de la denuncia y declaraba no tener cargo alguno que formular en contra de Laboratorios Chile.
- Diciembre 7, 1992. El Fiscal informa a la Comisión Resolutiva sobre el Dictamen 818 y reitera su posición de falta de evidencia sobre concertación de precios.
- Septiembre 21, 1993. En Resolución 397, la Comisión Resolutiva deja sin efecto el Dictamen 818 por falta de evidencia, pero determina la modificación del contrato de prestación de servicios entre los dos laboratorios.
- Noviembre, 30, 1993. Nuevo contrato de prestación de servicios entre laboratorios Chile y Recalcine es sometido a la aprobación de Comisión Resolutiva, que lo aprueba.

3.3. El litigio

El proceso enfrentó por un lado a los denunciados –el laboratorio Benguerel y luego la Asociación Chilena de Consumidores (ACHICO)– y por el otro a los dos laboratorios acusados, aunque la denuncia inicial de Benguerel estuvo dirigida sólo contra Laboratorios Chile.¹³ El curso del proceso estuvo condicionado en forma sucesiva por los argumentos de los denunciados, la Fiscalía, la Comisión Preventiva, los acusados y finalmente la Comisión Resolutiva.

¹³ Cada laboratorio acusado contrató sus propios abogados e hizo sus propias presentaciones, pero para los efectos prácticos, su estrategia fue similar, por lo que nuestro análisis no los distingue mayormente.

La Denuncia

La denuncia inicial de Benguerel se centró en una supuesta práctica excluyente de Laboratorios Chile, que había recurrido a la justicia penal acusando a Berenguel de violar su derecho de propiedad sobre las marcas de sus medicamentos. La denuncia planteaba la posibilidad de un conflicto de competencias entre los órganos de la defensa de la competencia y la justicia penal, pero Berenguel argumentó que este tipo de conflicto no podía ser ignorado por los órganos de la competencia toda vez que en Chile y en otros países había antecedentes de que la inscripción de un producto de acuerdo con las leyes de propiedad industrial podía plantear inconvenientes desde el punto de vista de la defensa de la competencia.¹⁴

En un principio Benguerel estuvo interesado sólo en denunciar esta práctica de exclusión, sin tocar el tema de colusión de precios. Ello era consistente con su estrategia de ventas con envases que dificultaban la distinción entre sus productos y los productos de Laboratorios Chile, lo que le permitía aprovechar el incremento de precios iniciado por Laboratorios Chile. De haber existido colusión, no habría estado en el interés de Benguerel terminarla, máxime si no participaba, pues esa conducta de sus rivales le habría permitido aumentar su participación en los mercados de sus productos genéricos por mayor cantidad y mayores precios.¹⁵ Ello era consistente con los datos, que indicaban un claro aumento del beneficio de Berenguel, producto de precios más altos.

La denuncia de ACHICO se centró en la colusión entre los dos laboratorios, incluyendo la concertación de precios y el acuerdo de prestación de servicios. ACHICO, interesada en defender a los consumidores, denunció la práctica que a su juicio más les dañaba. ACHICO mostró primero que desde junio de 1990 (justo antes de que se firmara el acuerdo de prestación de servicios) los dos laboratorios habían estado emitiendo listas de precios base a 30 días para sus productos genéricos que eran iguales para los 110 productos que fabricaban ambos. Segundo, desde esa misma fecha, las estructuras y los montos de los descuentos por volumen de los dos laboratorios habrían sido iguales. Según ACHICO, Berenguel participó en esta coincidencia de precios hasta agosto de 1991, pero luego fijó precios de lista de sus productos competitivos con los de los dos laboratorios denunciados con un descuento promedio de 7,2%.¹⁶ Tercero, ACHICO mostró que entre julio de 1990 y diciembre de 1991 el alza promedio de los precios de lista de los productos competitivos de los tres laboratorios (62 medicamentos) fue de 28,05%, mientras que el alza promedio de los precios de los productos de laboratorios Chile y Recalcine que no competían con los productos de Benguerel fue de 42,09%.

ACHICO también entregó información sobre el contrato privado celebrado en julio de 1990, entre los laboratorios Chile y Recalcine y que la Fiscalía conoció el 1 de julio de

¹⁴ Estos casos se desarrollan, entre otros, en las Guidelines sobre Propiedad Industrial, de la División Antimonopolios del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

¹⁵ Laboratorios Pasteur, que responde el traslado 23 de julio de 1992, tampoco mencionó el problema de colusión y se remitió exclusivamente a la querrela por marcas emprendida en su contra por Laboratorios Chile.

¹⁶ Este también es un argumento para que Benguerel no denunciara la similitud de precios como colusiva.

1992.¹⁷ El contrato de “prestación de servicios de fabricación” se refería a la producción de productos genéricos, antibióticos y hormonas. El contrato establecía que Recalcine se comprometía a solicitar una cuota de producción establecida en una orden de fabricación, y también que los incrementos de fabricación solicitados por Recalcine para cada producto por sobre lo indicado en su orden de fabricación podían ser cubiertos por Laboratorios Chile con productos comercializados con la marca Laboratorios Chile. El contrato también señalaba que para los efectos del precio de fabricación, el costo total del producto sería de cuenta y cargo de Laboratorios Chile, incluido el precio del servicio de fabricación, salvo el envase de cartulina, cuando éste fuera proporcionado por Recalcine. Aunque el contrato no hacía una mención explícita, ACHICO remarcó que estaba indisolublemente asociado a una concertación de precios entre los dos laboratorios.

Producto de la denuncia de ACHICO, y conocida la posición del Fiscal en cuanto a que era partidario que las instituciones defensoras de la competencia no entraran en contiendas de competencia, Benguerel amplió su denuncia y se refirió a una concertación de precios y al acuerdo de producción entre los laboratorios Chile y Recalcine.¹⁸ Benguerel remarcó que Laboratorios Chile tomó siete años en iniciar su acción judicial por la similitud de envases, lo que demostraba que era una reacción a su pérdida de mercado. Según el denunciante, en 1983 Laboratorios Chile había tenido el 85 por ciento del mercado de productos genéricos y al momento de la denuncia era de 65 por ciento, lo que le había ocasionado dificultades financieras. Además, Benguerel presentó un informe técnico sobre las diferencias en el diseño de los envases que indicaba que no eran semejantes, e insistió que la jurisprudencia (nacional y extranjera) ratificaba la idea de que la acusación criminal de Laboratorios Chile era una práctica excluyente contraria a la libre competencia.

A partir de ese momento la denuncia quedó centrada en la concertación de precios entre los dos laboratorios, aunque el intento de exclusión de Benguerel y otros laboratorios pequeños podía entenderse como complementario a esta concertación. Benguerel se preocupó que la ampliación de su denuncia no lo afectara. Así, la similitud de precios podía hacer sospechar que Benguerel participaba de una concertación de precios que incluía no sólo a los dos laboratorios más grandes sino también a otros. En su declaración a la Fiscalía, la gerente comercial de Benguerel reconoció que tal estado:

“... se originó en la situación de liderazgo de precios que ocupa el Laboratorio Chile... cuyos precios son imitados para hacer frente a la competencia” (Informe del Fiscal a la Comisión Preventiva, p.9).

Benguerel también dio explicaciones para el conjunto más significativo de hechos, lo que en parte obedece a que su denuncia completa se materializó después que el Fiscal informara a la Comisión Preventiva con algunos descargos. Así, en relación con la pérdida de

¹⁷ En el expediente del caso no hay copia de este acuerdo. Sólo se ha tenido acceso a unas referencias hechas en el informe del Fiscal.

¹⁸ Esto es consistente con el hecho que con fecha 16 de marzo de 1992, antes incluso que el Fiscal informara a la Comisión Preventiva, Benguerel firmara un acuerdo con en Laboratorios Chile por el cual ambos se desistían de las sendas demandas impuestas. Tal desistimiento, no obstante, no tuvo ninguna relevancia para que la Comisión Preventiva continuara con el caso.

participación de mercado del Laboratorios Chile, Benguerel argumentó que habría obedecido a un cambio en su política de marcas, pues el acusado había retirado del mercado un conjunto de productos. Este argumento evidentemente lo apartó de una línea principal, coherente, sobre las consecuencias de la colusión, en el sentido que se espera que quienes cumplen con el acuerdo pierdan participación, a costa de quienes no lo hacen.

Benguerel destacó que si bien en la industria existían contratos de maquila, las diferencias entre el contrato usual de maquila en la industria farmacéutica con el contrato de los dos laboratorios eran significativas. Según Benguerel se trataba de una herramienta de coordinación colusiva porque las materias primas eran entregadas por el fabricante, que además podía cubrir el encargo con productor propios, las especificaciones de 16 de los 23 productos eran proporcionadas por el fabricante. Benguerel argumentó y mostró que los precios de facturación de los dos laboratorios acusados eran idénticos, lo que a su juicio indicaba que los precios finales también lo eran. Esto último lo basó en un argumento lógico, no en pruebas concretas. Siendo uno de los aspectos más debatidos (el informe del Fiscal indicaba que los descuentos aplicados eran distintos entre laboratorios), Benguerel desarrolló un argumento relativo a la transparencia exigida a las empresas en sus políticas de descuento y sostuvo que los descuentos no públicos y transparentes eran ilegítimos:

“... con iguales precios de lista, iguales descuentos por volumen y por pronto pago, y precios de facturación también iguales, no queda otra cosa que concluir que los precios finales también son iguales”.

Como se desprende del Informe del Fiscal a la Comisión Preventiva, los argumentos dejaban en mala posición a la Fiscalía para sostener que los precios pagados por el público eran diferentes y por lo tanto no podía alegarse colusión. Si los descuentos eran poco claros y no observables, según la jurisprudencia de las comisiones los laboratorios estarían incurriendo en una discriminación arbitraria, que si estaba prohibida. En efecto, sin compartir tal jurisprudencia, las comisiones han sostenido que los descuentos son reconocidos como tales sólo cuando son transparentes, claramente entendibles y públicos; de lo contrario, serían una forma inaceptable de discriminación de precios. Más importante para la denuncia de colusión, la discriminación de precios no se contradecía con el hecho que los precios finales habían aumentado de manera considerable porque no había pruebas que en el período analizado los descuentos hubieran aumentado.

El Informe del Fiscal a la Comisión Preventiva

Consecuente con el orden de la denuncia, la primera investigación de la Fiscalía se centró inicialmente en el tema de marcas. Su indagación inicial fue en esta dirección y testigos e informes sólo tuvieron que ver con el procedimiento de inscripción, oposiciones, etc. En su informe, el Fiscal no relacionó los casos de marcas y de concertación de precios y concluyó que:

“No es posible pretender que el titular de un derecho de una marca registrada esté impedido de ejercer, en la oportunidad que estime conveniente, las acciones que la Ley y el Reglamento respectivos le otorguen precisamente para proteger sus derechos marcarios; ni tampoco que, por no haber ejercitado dichas acciones

desde un primer momento, esté inhabilitado para hacerlo con posterioridad, estando vigente su inscripción. ... Apreciando en consciencia el mérito de los antecedentes... el suscrito estima que no se encuentra acreditado..."

En cuanto a la denuncia de concertación de precios y de aumento de precios, la Fiscalía entregó a la Comisión Preventiva la información de la Tabla 1 y que muestra el fuerte incremento de los precios de lista. En su informe, el Fiscal remarcó los testimonios de los gerentes comerciales de los laboratorios Benguerel, Recalcine y Chile sobre cómo sus empresas determinaban sus precios. Los testimonios apoyaban la idea de que los términos y las variaciones en las listas de precios de Laboratorios Chile eran inmediatamente seguidos por los demás laboratorios. Además de esos testimonios, el Fiscal tuvo en cuenta estudios previos realizados por la Fiscalía. En particular, el Fiscal enfatizó las diferencias en los descuentos entre los tres laboratorios; por ejemplo, en agosto de 1991, Laboratorios Chile aplicaba un descuento de 15%, Recalcine un descuento de 24% y Benguerel de 32%. Para el Fiscal las similitudes de precios de lista no tuvieron efectos en el mercado de los productos farmacéuticos genéricos, pues cada laboratorio llegaría a las farmacias con un precio distinto, desvirtuando para él la idea de colusión de precios.

Tabla 1
Incremento de Precios de Lista de Medicamentos Genéricos

Situación de Laboratorios	Incremento de precios % 1990-91
Lab.Chile sin competencia	44.30%
Recalcine sin competencia	22.02%
Benguerel sin competencia	16.40%
Lab.Chile y Recalcine sin competencia	42.09%
Lab.Chile y Recalcine con competencia	28.05%
Benguerel con competencia	19.47%
Lab.Chile todos los productos	40.70%
Recalcine todos los productos	35.20%
Benguerel todos los productos	18.10%

Los testimonios y la habitualidad de la entrega de descuentos, que no eran iguales entre laboratorios, llevaron al Fiscal a concluir que las similitudes de precios de lista no eran indicativos de colusión de precios. Su conclusión no explicaba el aumento importante en los precios de lista indicados en la Tabla 1. En otras palabras, si no hubo un aumento importante en los descuentos, los precios finales para los consumidores habrían aumentado fuertemente en el período en referencia.

Así, el Fiscal hizo suyos los argumentos de la defensa y señaló que la igualdad de precios de lista era irrelevante para el precio relevante final, porque al minorista se aplicaban descuentos importantes, y diferenciados por laboratorio. Más concretamente, respecto a la acusación de Benguerel de que Laboratorios Chile otorgaba descuentos mayores en los

productos competitivos con Benguerel, la Fiscalía determinó que un 17% de las farmacias encuestadas respondió que efectivamente ese era el caso. El Fiscal consideró que este porcentaje era bajo y por lo tanto la acusación no estaba probada. En síntesis, el Fiscal sostuvo que los precios a los consumidores eran muy distintos que los precios de lista, existiendo por lo tanto una efectiva competencia a través de los descuentos.

El Fiscal también argumentó sobre la consistencia de la evidencia con la teoría. En particular, sostuvo que si fuera efectivo que hubo acuerdo de precios entre los laboratorios Chile y Recalcine, las ventas físicas y la participación de los otros laboratorios no habrían crecido (sic!). Sin embargo, como en los seis años previos los demás laboratorios triplicaron su participación, a su juicio ello no era consistente con colusión. También argumentó que las pruebas indicaban que más del 60% de los productos analizados y comercializados por los laboratorios Chile, Recalcine y Benguerel eran producidos por sólo un laboratorio, lo que hacía innecesario un acuerdo de precios. Más aún, el Laboratorios Chile no enfrentaba competencia en 84% de los productos genéricos que comercializaba. En cuanto al contrato de prestación de servicios entre los laboratorios Chile y Recalcine, la Fiscalía investigó directamente a varias farmacias. Aunque algunas recibieron medicamentos de Laboratorios Chile cuando habían puesto órdenes con Recalcine, el Fiscal consideró que el porcentaje no era significativo.

En definitiva, en su informe del 9 de julio de 1992 a la Comisión Preventiva el Fiscal concluyó que:

“no había evidencia suficiente que permitiera suponer la existencia de acuerdo de precios o de distribución y/o comercialización conjunta de productos farmacéuticos genéricos que importen una infracción a las normas que cautelan la libre competencia, ni menos que existan situaciones imputables a los denunciados que hayan tenido el efecto de distorsionar el mercado de los productos señalados”.

La Defensa de los Acusados

La posición de Laboratorios Chile varió en función de las circunstancias del proceso. Cuando el proceso estaba centrado en la acusación de práctica excluyente, alegó que la imitación de los diseños por Benguerel había ido aumentando con el tiempo y sólo cuando el daño sufrido fue considerable se decidió iniciar acción penal contra Berenguel. Laboratorios Chile además argumentó sobre los repetidos intentos de llegar a un acuerdo con Berenguel sobre los diseños de los envases. Con ello, hacía frente al principal cuestionamiento de Benguerel, que sugería que la acusación, por extemporánea, sólo era consistente con la hipótesis de que se trataba de una sanción contra alguien que perjudicaba un acuerdo colusivo.

En otros momentos del proceso, Laboratorios Chile respondió a la acusación de concertación de precios haciendo suyos los argumentos del Fiscal, que en su informe había rechazado la acusación. Por su parte, Recalcine argumentó mínimamente, entendiendo que el informe del Fiscal los apoyaba. Adujo que su política de precios era dependiente de las condiciones de mercado:

“ los precios de lista eran precios absolutamente referenciales y que sólo servían de base de cálculo para aplicar los diversos descuentos que determinan el precio de venta final a las farmacias ”.

El Dictamen de la Comisión Preventiva

La decisión de la Comisión Preventiva estuvo basada en el informe del Fiscal y en su propia investigación. Para esto último recibió declaraciones de los laboratorios y diversos informes sobre los laboratorios y la industria. En su dictamen, la Comisión estableció que:

“a partir de junio de 1990, la igualdad de precios entre los Laboratorios Chile y Recalcine no sólo se manifiesta en una identidad de los precios bases a 30 días, sino también en una absoluta igualdad de las estructuras y montos de descuentos por volumen...”.

El Dictamen destacó la evidencia sobre la uniformidad de los precios y sobre las alzas de precios, elementos contenidos en el informe del Fiscal. También, relacionó esa uniformidad al contrato de prestación de servicios y destacó el impacto del contrato, señalando que numerosas farmacias recibieron productos de Laboratorios Chile cuando habían ordenado productos de Laboratorios Recalcine.

Además de considerar que esos hechos evidenciaban suficientemente la concertación de precios, la Comisión Preventiva rechazó argumentos contrarios a esta hipótesis. En particular, esta Comisión rechazó las ideas de que los precios de venta eran diferentes por los descuentos y de que estas diferencias negaban la concertación de precios entre los dos laboratorios. Para la Comisión Preventiva la evidencia sobre descuentos reflejaba la naturaleza imperfecta de las concertaciones de precios, por los incentivos de cada parte para desconocer sus términos cuando ellas no pueden conocer los precios efectivos de venta. Así, la aplicación de descuentos finales, ofertas, reembolsos u otras rebajas en los precios de venta resultaban para esta Comisión coherentes con la concertación de precios.

La Comisión Preventiva también revisó la consistencia de modelos económicos al caso. En particular, rechazó la idea de un liderazgo de precios por parte de Laboratorios Chile, que había sido sostenida por todos los laboratorios cuestionados. La Comisión Preventiva desechó esta idea porque la caída observada en la participación de Laboratorios Recalcine en los mercados de productos genéricos sería inconsistente con el modelo de liderazgo de precios, siendo Laboratorios Chile líder y Benguerel seguidor. Un modelo de liderazgo de precios a la Stackelberg, por ejemplo, predice que en respuesta a un alza de precios por parte de un líder (o de empresas coludidas que inician el aumento), todas las demás empresas aumentarán su participación, a costa del líder o de los coludidos. En este caso, la participación de los Laboratorios Chile y Recalcine disminuyó.¹⁹

¹⁹ La Comisión Preventiva basó este argumento en el análisis de las participaciones de mercado por cada uno de los actores, pero no fue claramente explicado, como lo demuestra la posterior defensa que hacen los laboratorios acusados.

Reclamaciones e Informe del Fiscal a la Comisión Resolutiva

En agosto de 1992, los Laboratorios Chile y Recalcine interpusieron recursos de reclamación ante la Comisión Preventiva. Los laboratorios alegaron sobre aspectos formales, y en lo fundamental, que la Comisión no había logrado probar la concertación de precios por basarse en elementos indirectos, como la existencia de precios similares. Recalcine sostuvo una vez más que era un seguidor del Laboratorios Chile y agregó que la interpretación de la Comisión Preventiva de la relación líder-seguidor era equivocada, sin entregar los argumentos ni conceptuales ni empíricos para sostener su argumento. Ambos laboratorios señalaron que la Comisión Preventiva no había contado con nuevos antecedentes para actuar en sentido opuesto al recomendado por el Fiscal.

Los recursos fueron rechazados por la Comisión Preventiva, dando paso a un informe de ésta a la Comisión Resolutiva y luego, cuando los acusados apelaron, a otro informe del Fiscal a esta última. En su informe, la Comisión Preventiva concluyó que, a partir de los antecedentes dispuestos, había llegado al convencimiento, en conciencia, de que se había transgredido la ley. Por su parte, el Fiscal enfatizó la declaración de Benguerel sobre el seguimiento de precios como práctica habitual de los laboratorios, en la que Laboratorios Chile era el líder, y soslayó la explicación de la Comisión Preventiva sobre la inconsistencia entre la evolución de las participaciones de mercado y el modelo de liderazgo de precios.

En noviembre de 1992, Laboratorios Chile argumentó ante la Comisión Resolutiva que Benguerel se había desistido de la denuncia en su contra y que aceptaba el desistimiento y declaraba no tener cargo contra Berenguel. También indicó que las partes renunciaban a todas las acciones judiciales y ante los órganos de la competencia relacionadas con el caso.

Por su parte, Recalcine pidió la revocación del Dictamen de la Comisión Preventiva, argumentando que las conclusiones se sustentaban en presunciones no fundadas y las presunciones no constituían un medio legal de prueba en los casos ante los órganos de defensa de la competencia. Concretamente, señaló que la existencia de listas de precios con condiciones de venta similares y precios casi idénticos, no era prueba de acuerdos atentatorios a la libre competencia sino una parte del proceso en el que se determina el precio final de la venta. Indicó también, sin base de sustentación, que los precios finales de venta habían variado sus precios según los índices de inflación y también según las variaciones de los precios de las materias primas y el tipo de cambio, y que la Comisión Preventiva sólo había considerado los índices de inflación. Sostuvo que la igualdad de precios era sinónimo de competencia y no lo contrario por tratarse de productos que son sustitutos casi perfectos (o “commodities”).

En cuanto a los cambios en su participación en los mercados, Recalcine señaló que la contracción observada entre 1989 y 1991 tenía su origen simplemente en el crecimiento de Benguerel y otros laboratorios menores, lo que mostraba que efectivamente hubo competencia. Además, según el acusado, esta caída en la participación mostraba que su contrato de prestación de servicios con Laboratorios Chile no tuvo influencia en el mercado y no atentó contra la transparencia de la comercialización de los productos farmacéuticos genéricos, como se afirmó en el Dictamen. Para Recalcine era lícito seguir o copiar los

precios de lista de otros laboratorios, como lo hizo el propio Benguerel entre diciembre de 1990 y julio de 1991, porque la igualdad de precios de lista induce al cliente a buscar el parámetro referencial en los demás elementos que informan el precio final, mejorando la competencia.

Recalcine también enfatizó el rol de las normas sanitarias en la determinación del contrato de prestación de servicios. El Instituto de Salud Pública, órgano controlador de los laboratorios, impuso una norma sanitaria que exigía áreas y equipos totalmente separados y exclusivos para la fabricación de penicilínicos. Dado el alto costo de esta inversión para los laboratorios más pequeños, los contratos de maquila eran una opción atractiva. Así, el contrato con Laboratorios Chile era la mejor opción para mantenerse en el mercado de esos productos. Sin embargo, Recalcine no respondió a la crítica de que el contrato establecía un límite de producción y en caso de exceso de demanda que aceptaba que se vendiera con el nombre de Laboratorios Chile.

Laboratorios Chile también reclamó sobre el fondo del Dictamen con iguales argumentos respecto de las listas de precios, excepto que se reconoció como líder. Argumentó que lo importante eran los precios finales y las diferencias observadas en estos precios indicaban que no había concertación. Además, agregó como evidencia las declaraciones de varios testigos adicionales, llamados a este efecto, que indicaban que no había acuerdo entre los laboratorios y que no había barreras a la entrada a la industria de productos genéricos.

En sus descargos, Laboratorios Chile alegó por primera vez que sus productos competían con todos los otros productos disponibles en el mercado con idénticos principios activos o drogas y no sólo con los productos de Recalcine y Berenguel. Además, indicó que sus productos competitivos con los productos de Benguerel tenían un mayor número de alternativas que sus productos competitivos con productos de Recalcine, lo que mostraba que no podía restringir la oferta en mercados con bajas barreras de entrada y una amplia gama de competidores. En relación con el contrato, argumentó que su uso era frecuente en el medio farmacéutico y que este tipo de contratos lo realizaba desde antes.

La Decisión de la Comisión Resolutiva

En su informe a la Comisión Resolutiva, fechado el 7 de diciembre de 1992, el Fiscal mantuvo su posición de que la existencia de las listas de precios no era evidencia relevante de una concertación de precios porque los precios finales de venta estaban determinados por los descuentos. En cuanto al contrato de prestación de servicios entre los dos laboratorios, el Fiscal cambió su apreciación inicial y sugirió que debía ser modificado. Su argumento, que por cierto carece de relevancia económica, fue que si un laboratorio encarga a otro la fabricación de un medicamento, debe hacerlo con su marca para evitar una interpretación equivocada del mercado. El Fiscal señaló que no había barreras a la entrada en los mercados de medicamentos genéricos, pero no hizo una referencia concreta a esta afirmación, sino que se limitó a un análisis de normas vigentes y a la declaración de testigos expertos. Estos testigos no realizaron estudios específicos de la industria, en particular de factores tales como tamaño crítico de entrada, economías de escala y de distribución, etc.

Por Resolución 397 del 21 de septiembre de 1993, la Comisión Resolutiva tomó la posición del Fiscal y dejó sin efecto el Dictamen de la Comisión Preventiva. Sin embargo, los fundamentos de su decisión fueron diferentes a los del Fiscal. Primero, la Comisión Resolutiva señaló que los precios de lista no podían ser meramente referenciales, aludiendo implícitamente al argumento de la transparencia elaborado más arriba. Específicamente, señaló que en ausencia de discriminación y operando los mercados en forma transparente, el acuerdo de precios entre laboratorios sí debió tener efectos en los precios finales aunque haya sido a través de los descuentos. La falta de transparencia en los descuentos le pareció entonces objetable. Segundo, señaló que la similitud de los precios podía efectivamente considerarse indicio de un acuerdo de precios, pero que no había quedado suficientemente probado que las demás condiciones de venta, particularmente los descuentos, hayan sido iguales. Con ello y de los considerandos, la Comisión Resolutiva determinó que las prácticas anticompetitivas debían juzgarse por sus efectos y no por la intención de las empresas. Tercero, determinó que debía dejarse sin efecto o modificarse el contrato de prestación de servicios celebrado entre los dos laboratorios para que los medicamentos estuvieran perfectamente individualizados con la marca de cada laboratorio.

4. Análisis Económico de las Dos Decisiones

El caso contra los laboratorios Chile y Recalcine se inició como denuncia de una práctica excluyente, pero pronto la acusación se centró en una supuesta concertación de precios con el propósito de explotar a los consumidores (esto es, en una práctica explotativa). Luego, en la etapa final del proceso, el Fiscal y la Comisión Resolutiva pusieron énfasis en el contrato de producción entre los dos laboratorios, no por considerarlo el mecanismo de vigilancia de un acuerdo colusivo, sino porque hacía presumir un grado inaceptable de concentración de las decisiones de los dos laboratorios. Así, el caso podría ilustrar tres conductas contrarias a la competencia: las prácticas excluyentes, las prácticas explotativas, y las concentraciones de decisiones. Sin embargo, la evidencia del proceso estuvo limitada a la práctica explotativa, esto es, a la concertación de precios, y por lo tanto el análisis de esta sección se limita a ella.

4.1 Evidencia de concertación de precios

Las dos comisiones del sistema de la defensa de la competencia tuvieron acceso a las mismas pruebas, pero sacaron conclusiones opuestas. Esta situación pudo haber resultado de un conflicto sobre los hechos o de un conflicto sobre los bienes jurídicos que estaban en juego. El primer conflicto supone que las dos comisiones apreciaron de manera distinta las pruebas presentadas en el proceso y el segundo supone que las dos comisiones tomaron posiciones distintas sobre el bien jurídico protegido por el sistema de defensa de la competencia. El primer conflicto es específico al caso en consideración y puede ser analizado en el contexto del caso, esto es, sin necesidad de mostrar que refleja problemas estructurales del proceso ante las comisiones.²⁰ El análisis del segundo conflicto supone

²⁰ Esta afirmación es correcta sólo si se supone que ambas comisiones estaban de acuerdo en el estándar de la prueba (es decir, sobre el grado de certeza de la prueba para constituir evidencia). Ni antes ni después del caso el estándar de la prueba ha sido tema de discusión, lo que no indica acuerdo pero hace presumir que cualquier desacuerdo no habría sido importante.

una definición previa de las posiciones de las comisiones para verificar si en el caso en consideración las decisiones efectivamente reflejaron estas posiciones. En esta sección suponemos que las decisiones de las comisiones fueron resultado de un conflicto sobre los hechos porque aparentemente las comisiones no tenían posiciones opuestas sobre el bien jurídico protegido. En la sección 5, la posibilidad de un conflicto sobre este bien se plantea en el contexto más amplio del continuo debate sobre la defensa de la libre competencia.

Las pruebas presentadas durante el proceso tuvieron por objeto mostrar (a) que los laboratorios acusados habían efectivamente concertado sus precios y esta concertación era una de las conductas contrarias a la competencia, y (b) que los precios observados sólo podían ser el resultado de una concertación de precios entre los laboratorios. Las pruebas para mostrar (a) o (b) son distintas. Las primeras implican pruebas concretas y verificables de conductas cuya sanción está prevista en la ley o en la interpretación de la ley por las comisiones. Las segundas implican una demostración lógica (y por lo tanto abstracta) de que la concertación de precios es por lo menos condición necesaria para explicar los *altos* precios observados, pero también implican pruebas concretas y verificables de que los supuestos necesarios para esa relación teórica (es decir, para esa relación de *causalidad*) efectivamente se cumplen en el caso en cuestión. El conflicto sobre los hechos puede ser consecuencia de las limitaciones de las pruebas (a) o (b). En el caso contra los laboratorios, la debilidad de las pocas pruebas para mostrar (a) motivó que las partes pusieran énfasis en las pruebas para mostrar (b). Sin embargo, estas pruebas tampoco fueron suficientemente fuertes para lograr un consenso sobre los hechos. Más aún, las pruebas acumuladas para mostrar (a) sólo habrían servido para resaltar las consecuencias negativas de confiar la producción de pruebas a las partes interesadas, con una participación mínima de la Fiscalía.

Las pocas pruebas concretas sobre las conductas cuestionadas permitió a las comisiones estar de acuerdo sólo en dos hechos. Primero, que en julio de 1990, los laboratorios Chile y Recalcine firmaron un contrato por el cual el primero se comprometía a producir para el segundo una variedad de productos genéricos, con un conjunto de resguardos y condiciones que lo hacían atípico como contrato de maquila en la industria farmacéutica. Segundo, a partir de ese contrato de producción y hasta fines de 1991, los *precios de lista* de los productos genéricos de los dos laboratorios fueron iguales, en términos reales superiores a sus precios antes de la firma del acuerdo y en particular más altos que los precios de otros productores nacionales. Sin embargo, el contrato de producción no hacía referencia alguna a la concertación de precios –sus términos no apoyaban explícitamente la idea de tal concertación– y tampoco se presentó prueba alguna que en forma explícita mostrara la existencia de esta concertación. Por supuesto, esta falta de pruebas no sorprende si la conducta cuestionada está considerada (o tiene una alta probabilidad de ser considerada) ilícita y sancionada con un fuerte castigo.

Respecto a otros posibles hechos, las pruebas concretas no fueron suficientes para lograr consensos sobre su ocurrencia, su oportunidad o su significado. Así, la falta de pruebas sobre la evolución de variables críticas como las importaciones y exportaciones de remedios genéricos sorprende porque el comercio exterior tendría que haber influido sobre los precios internos. Sólo en el estudio de la Fiscalía relativo al mercado de genéricos, mencionado en su informe a la Comisión, se hace referencia a exportaciones de algunos medicamentos. En relación a otras variables, sorprende que no se hayan verificado las

oportunidades en que se produjeron cambios importantes, como por ejemplo los momentos en que se produjeron quiebres en la evolución de la participación de mercado de los dos laboratorios durante la década de 1980 (los quiebres más importantes se habrían producido antes de la supuesta concertación de precios a mediados de 1990). Todavía más importante, sorprende que no se haya investigado los descuentos sobre precios de lista que todas las partes aseguran fueron de una magnitud importante y además discriminatorios.

Las deficiencias de las pruebas concretas y verificables se pretendieron corregir con argumentos basados en la relación causal entre las estrategias competitivas de los dos laboratorios y el alto nivel de los precios finales de los remedios genéricos. El primer paso para esta argumentación es la definición de los mercados relevantes y la determinación de las estructuras de la oferta y la demanda en cada mercado. Esta tarea es esencial para determinar si las empresas tienen o podrían tener poder de mercado, a su vez condición necesaria para las prácticas explotadoras de los consumidores de esos bienes o servicios. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la Fiscalía, las comisiones y las partes no hicieron un análisis que permitiera definir adecuadamente los mercados relevantes. Implícitamente todos dieron por sentado que cada mercado se podía definir por el principio activo que define cada categoría de productos genéricos. No hubo una evaluación que permitiera conocer el grado de sustitución con medicamentos de marca o con productos basados en otros principios activos, ni conocer la influencia del comercio internacional en los precios internos. El análisis se centró en los pocos datos entregados por la Fiscalía, que reconocían que una pequeña proporción de la producción nacional de genéricos era exportada.

4.2. Modelos de concertación y liderazgo de precios

La teoría de la organización industrial ha generado una variedad de modelos para analizar estrategias competitivas óptimas en industrias con un grado importante de interdependencia entre los oferentes. Aunque en Chile la oferta de medicamentos genéricos debe tomar en cuenta la posibilidad de su importación (por lo menos el poder de mercado está acotado por esta posibilidad), el análisis siguiente supone la existencia de barreras que impiden la entrada de medicamentos importados.²¹ El análisis entonces puede proceder sobre el supuesto de que la demanda nacional se satisface sólo con la producción nacional, sin que los precios de importación pongan un techo operativo a los precios nacionales.²²

La concertación de precios de algunas empresas en una industria concentrada puede ser explícita o implícita. La concertación explícita implica un acuerdo para explotar a los clientes cobrándoles precios mayores que los costos marginales de las empresas coludidas. La concertación implícita supone el reconocimiento de la interdependencia entre los oferentes y se traduce en precios focales, equivalentes a los de una concertación explícita. En particular, una empresa líder con precios superiores a sus costos marginales puede ser

²¹ Si bien la ausencia de importaciones puede indicar que los precios de los medicamentos chilenos eran inferiores a los precios de los productos importados, la investigación tendría que haber determinado si la importación estaba sujeta a barreras artificiales que en la práctica protegían a la industria nacional. En todo caso, los laboratorios nacionales importaban el insumo principal de los productos genéricos y la investigación tendría además que haber considerado lo que había pasado con el precio de este insumo.

²² Si bien la evidencia del caso mostró la realización de exportaciones de productos genéricos, su monto y volumen fueron de poca importancia.

seguida por otras que aprovechan fijando precios también superiores a sus costos marginales. La equivalencia con la concertación explícita de precios se daría si estas otras empresas restringen voluntariamente su producción para sostener el precio alto fijado por el líder.

Cuando las empresas mantienen estructuras autónomas de decisión (esto es, cuando no se fusionan horizontalmente), la eficacia de la concertación explícita de precios depende de acuerdos complementarios sobre cuotas de mercados y mecanismos para forzar el cumplimiento de los precios concertados. En otras palabras, los acuerdos no pueden limitarse a una simple fijación de los precios de venta sino que requieren también la asignación de cuotas de producción y venta, la imposición de castigos a las violaciones de los precios y las cuotas, y el establecimiento de mecanismos para verificar el cumplimiento de los acuerdos y sancionar las violaciones. Sólo bajo estas condiciones, la colusión puede ser eficaz para maximizar las ganancias de las empresas coludidas, explotando a sus clientes. En general, cualquier acuerdo entre empresas que se limite sólo a fijar precios no tendrá las consecuencias de un acuerdo colusivo y cualquiera haya sido la intención de las partes no producirá los resultados buscados. Por ejemplo, si varias empresas circulan listas con los mismos precios para sus productos competitivos, estas listas no tendrán mayor consecuencia aunque hayan sido acordadas. Sólo si las listas fueran parte de un acuerdo que incluyera los otros términos recién mencionados, se podría alegar colusión para explotar a los clientes.²³

Los modelos de liderazgo puro plantean un enfoque diferente de la concertación de precios ya que suponen el aprovechamiento de un poder de mercado, pero sin acuerdos explícitos.²⁴ Una empresa grande puede intentar fijar sus precios como si fuera monopolista, ignorando las demás empresas y la fragilidad de las barreras que protegen su alta participación de mercado. Las rentas que esta empresa pueda obtener motivarán por lo menos a otra empresa a seguirla subiendo sus precios por sobre sus costos marginales, pero entonces se iniciará un proceso cuyo resultado final es predecible sólo si se supone que la empresa líder termina actuando como si fuera una empresa dominante y todas las demás empresas tomando los precios de la empresa dominante como un dato. La estabilidad de este equilibrio dependerá de la fragilidad de las barreras a la entrada. En todo caso, el proceso hacia a este equilibrio implica que las participaciones de las empresas en los mercados pueden primero estar correlacionadas de manera negativa –mientras las participaciones de la empresa grande y de cualquier otra que inmediatamente aumenta sus precios disminuyen, las participaciones de otras empresas aumentan– pero en el equilibrio las participaciones de las empresas pueden estar correlacionadas positiva o negativamente. En otras palabras, en ausencia de una colusión explícita, los procesos de interacción entre los oferentes pueden generar resultados que implican un aprovechamiento de su poder de mercado por una empresa grande, pero el precio es inferior al precio que habría fijado un monopolista porque las otras empresas ponen un límite a ese poder. La velocidad de los procesos de

²³ En ausencia de estos otros términos, el acuerdo sobre precios de lista y las prácticas de anunciar precios de lista pueden quizás justificarse por la conveniencia de informar a los demandantes los precios máximos para negociar “descuentos”.

²⁴ Scherer y Ross (1990) describen un tipo de liderazgo de precios “barométrico” que no implica consecuencias anticompetitivas porque el líder actúa sólo como barómetro de las condiciones de mercado, fijando precios aproximadamente iguales a los que existirían en competencia.

ajuste a una nueva política de precios de la empresa grande y la eficacia del límite que las demás empresas imponen al poder de mercado de la empresa grande dependen de varios factores, en particular de las barreras a la entrada a la industria.

Más allá de las discusiones teóricas sobre si la simple existencia de una segunda empresa puede originar suficiente competencia como para replicar el resultado de la competencia perfecta, los modelos de concertación explícita e implícita destacan la baja probabilidad de que en una industria concentrada se replique el resultado de un monopolio. Aunque los precios de las industrias concentradas sean superiores a los costos marginales de algunas de las empresas (excepcionalmente de todas), la pérdida de excedente total en relación a la competencia perfecta es menor que la pérdida de un monopolio y el hecho mismo de que se trate de una industria donde coexisten varias empresas hace necesario considerar la competencia como un proceso dinámico que podría converger a resultados parecidos a los de la competencia perfecta.²⁵

4.3. Análisis de las Decisiones de las Comisiones

La Comisión Preventiva

Excepto por declaraciones no fundamentadas, las partes no apoyaron sus posiciones con un análisis que permitiera zanjar el conflicto sobre la relación causal entre un acuerdo de precios no observable y los resultados económicos. En particular, los laboratorios denunciados hicieron referencia a un modelo de causalidad basado en “liderazgo de precios”, pero nunca desarrollaron en detalle la idea para explicar las correlaciones positivas entre sus propias producciones por un lado, y las correlaciones negativas entre sus producciones y las producciones de los demás laboratorios por el otro.

La Comisión Preventiva se centró en tres hechos. Primero, destacó los aumentos significativos de los precios de lista, en particular los aumentos en que sólo participaron los laboratorios denunciados. Segundo, centró su análisis en la existencia del contrato de producción que a su entender imponía demasiadas restricciones a Recalcine, al menos en comparación con las restricciones usuales de los contratos de maquila, comunes en la industria farmacéutica. Tercero, destacó las contradicciones de las conductas de los dos laboratorios con la única versión del modelo de liderazgo de precios consistente con las declaraciones de la defensa de los laboratorios, esto es, el modelo de la empresa dominante. Como se dijo antes, este modelo puede dar cuenta de la similitud de precios entre competidores, y en particular de la reacción de los seguidores al aumento de precios iniciado por el líder.²⁶ El modelo, sin embargo, no permite explicar por qué el líder decide en forma repentina (en el caso en julio de 1990) aumentar los precios de lista en un porcentaje muy alto, ni tampoco explica por qué el acuerdo de producción se produjo conjuntamente con esa alza de precios. Más aún, el modelo es inconsistente con el hecho de que Recalcine (el seguidor según la defensa) haya reducido inmediatamente el volumen

²⁵ En la práctica, esta convergencia nunca se alcanza porque las empresas están siempre buscando oportunidades para aumentar sus ganancias.

²⁶ Este modelo se basa en Stackelberg y se desarrolla didácticamente en Tarziján y Paredes (2001).

de sus ventas y su participación de mercado, lo que sólo podría haber ocurrido si hubiera habido una concertación explícita de precios.

La Comisión Preventiva sostuvo la relevancia del modelo de colusión o la concertación explícita de precios. Aceptando el modelo de Stigler (1964), la Comisión concluyó que las sucesivas alzas de los precios de lista de los laboratorios acusados eran parte del acuerdo de producción y reflejo de una colusión parcial que explicaba que los demás laboratorios hubieran aumentado su producción y su participación de mercado. Así, para la Comisión el acuerdo de producción era el mecanismo de vigilancia del comportamiento de Recalcine por Laboratorios Chile, y los descuentos sobre los precios de lista sólo reflejaban las dificultades de asegurar el cumplimiento de los precios concertados. Esta interpretación era consistente con los incentivos de los dos laboratorios para no cumplir con la concertación explícita de precios (a cada uno le convenía que el otro lo cumpliera pero no le convenía cumplirlo). Además, el modelo de colusión no es consistente con la denuncia de esta práctica por un laboratorio, sea o no parte de la conspiración (aparentemente Berenguel y otros laboratorios pequeños habían aumentado sus precios de lista al mismo tiempo que los dos laboratorios denunciados); sin embargo, hay que tomar en cuenta que la denuncia judicial de Laboratorios Chile para proteger su marca precipitó la denuncia de Berenguel ante el sistema de defensa de la competencia, y por lo tanto la acción de Laboratorios Chile podía considerarse un intento para forzar el acuerdo de aumento de precios.

En resumen, aunque el Dictamen de la Comisión Preventiva intentó un argumento coherente para sostener que había concertación de precios, su posición descansaba en evidencia abstracta y tenía lagunas que sólo podían haberse superado con evidencia concreta. En particular, se debe destacar la debilidad de su posición por no haber mostrado cómo la política de descuentos de los laboratorios podía ser consistente con la concertación de precios. La Comisión sólo señaló que los descuentos eran consistentes con una práctica colusiva, lo que es correcto si las empresas coludidas pueden discriminar por precios, pero no profundizó ni requirió más antecedentes sobre su magnitud y evolución, a pesar de que la posición del Fiscal que exculpaba a los denunciados se basó en buena medida en la inoperancia del acuerdo por la mera existencia de los descuentos.

La Comisión Resolutiva

El elemento central de la posición de la Comisión Resolutiva fue precisamente que no se había probado que los precios finales hubieran aumentado desde julio de 1990. La Comisión fundamentó su posición en la falta de evidencia concreta sobre el impacto de las políticas de descuento en los precios finales. Si bien la Fiscalía, los laboratorios y los clientes de los laboratorios afirmaron la existencia de descuentos a partir de julio de 1990, no se presentó evidencia concreta sobre la magnitud de los descuentos en relación a las alzas en los precios de lista. La Comisión Resolutiva simplemente constató que no hubo pruebas concretas de que los precios finales hubieran aumentado y su Resolución se fundamentó en esta falta de pruebas. La Comisión no hizo consideraciones sobre alguna relación causal entre el acuerdo de producción y las alzas en los precios de lista, y sólo en forma indirecta hizo referencia a las barreras a la entrada.²⁷ Esto es, aunque el fallo no lo

²⁷ Ello, no obstante podemos sostener hoy, con más investigación, que el daño atribuible a un cartel disciplinado pudo ser efectivamente significativo, aunque por un período de tiempo relativamente breve.

dice, la Comisión aceptó la idea de que no había barreras o que no eran importantes, pero al mismo tiempo sugirió que el contrato de maquila habría eliminado una barrera generada por el regulador cuando impidió un mayor grado de competencia en productos penicilínicos. En otras palabras, el contrato de maquila habría permitido aprovechar economías de escala ya que Recalcine no necesitaba tener fábrica propia. Además, aunque no hizo un análisis directo, la Comisión mencionó que la reducción de la producción de Recalcine se habría debido a la legislación de patentes, previamente aprobada en Chile.

La Comisión Resolutiva, sin embargo, obligó a rehacer el contrato de prestación de servicios, materia que fue presentada en 30 de noviembre de 1993, y que dio por concluido el proceso. En el nuevo contrato, se eliminaron todas las condiciones del anterior que habían sido cuestionadas. Así, el contrato quedó referido sólo a productos penicilínicos, sin límites a los volúmenes de producción, sin compromisos de volúmenes mínimos de compra, y establece que Recalcine debe proveer los insumos. En cuanto a la comercialización de los productos del acuerdo, el nuevo contrato estableció completa y clara separación entre los laboratorios en materias de envases, almacenaje y precios. Estos cambios en el contrato fueron suficientes para que la Comisión entendiera que se había logrado una separación clara entre las operaciones de los dos laboratorios, y que por lo tanto quedaban despejadas las dudas sobre su papel como acuerdo complementario de una concertación de precios.

5. Conclusiones

En el sistema jurídico chileno, la legislación antimonopolios es una excepción. El sistema jurídico privilegia las normas legales con forma de reglas en las cuales las conductas y sus consecuencias están definidas, aunque el grado de precisión varía mucho entre reglas. Por su parte, el artículo primero del DL 211 parte reconociendo que habría conductas contrarias a la competencia que deben considerarse ilícitos penales, pero en el resto del texto, el legislador no tipificó estas conductas y se limitó a dar ejemplos que por su generalidad o ambigüedad no han podido considerarse ilustrativos de conductas específicas. El DL 211 tampoco identificó el bien jurídico que justificaba la regulación de las conductas competitivas de las empresas y que podría haber guiado a la Fiscalía y las comisiones en su tarea. Aparentemente, por el temor a que las lagunas del texto legal y la falta de otras fuentes nacionales de derecho hicieran imposible la Resolución de los conflictos sobre la libre competencia, el legislador delegó autoridad en la Comisión Resolutiva para apreciar los antecedentes y la prueba en conciencia y fallar del mismo modo (Art. 18K, DL 211), estableciendo una excepción a los estándares aplicados en los tribunales civiles y penales. Sin embargo, a pesar de la amplitud de ese mandato, la aplicación del DL 211 no ha planteado mayores problemas porque los procesos ante la Comisión Resolutiva se han parecido más a litigios civiles que a juicios penales y jamás se ha aplicado la pena de presidio.²⁸

²⁸ Aunque la escasa investigación empírica sobre la aplicación del DL 211 no permite juicios definitivos, en la práctica la Fiscalía y las comisiones habrían ejercido su autoridad dentro de un rango limitado en relación a la amplia autoridad delegada en el texto del DL 211. Aparentemente los órganos de la defensa de la competencia han tomado en cuenta la experiencia de los países desarrollados donde las conductas contrarias a la competencia fueron tipificadas, aunque de una manera imprecisa que luego daría origen a la distinción entre

El caso contra los laboratorios Chile y Recalcine permite ilustrar los puntos fuertes y los puntos débiles del sistema chileno de defensa de la competencia.²⁹ El legislador delegó en la Fiscalía y las comisiones autoridad suficientemente amplia para admitir cualquier prueba idónea y poner de manifiesto la existencia de ciertos hechos; para adjudicar un sentido jurídico a estos hechos de acuerdo con la ley o con cualquier otra fuente de derecho (más recientemente con los derechos individuales garantizados por la Constitución, en particular el Artículo 19, n. 21, inciso primero); y para tomar medidas cautelares y aplicar una variedad de sanciones. Esta autoridad es un punto fuerte si va acompañada de la organización y los recursos económicos para ejercerla adecuadamente y también de mecanismos eficaces de control político y judicial para impedir abusos del poder delegado. Si estas condiciones se hubieran dado, con el tiempo el sistema habría contribuido a lograr la seguridad en cuanto valor jurídico básico para el goce de la autonomía privada definida por los derechos individuales garantizados por la Constitución –en la defensa de la competencia, a generar normas con la validez necesaria para hacer previsible las consecuencias de las conductas competitivas de las empresas. Desde la perspectiva del análisis económico, el sistema habría evolucionado a través de un proceso de aprendizaje hasta generar un conjunto de normas eficaces para promover la eficiencia.

El caso contra los laboratorios mostró que por lo menos en relación con la colusión de precios se estaba lejos de haber satisfecho esas condiciones porque no se había desarrollado la capacidad para producir pruebas sobre la existencia de hechos (esto es, para determinar si los daños denunciados o la amenaza de daños han sido causados por una conducta dolosa o culposa) y en menor medida por la persistencia de diferencias sobre la valoración jurídica de las conductas concretas cuestionadas. En otras palabras, al momento del caso contra los laboratorios, el sistema de defensa de la competencia no había generado normas válidas sobre concertación de precios, y el caso poco o nada contribuyó a generarlas. Un ejemplo del fracaso en generar estas normas, con implicancias más allá del caso contra los laboratorios, es la persistente duda sobre si la intención de causar daño era condición suficiente para dictar medidas cautelares o sanciones: en su dictamen la Comisión Preventiva entendió que sí lo era, pero la Comisión Resolutiva exigió pruebas de que el daño efectivamente se había producido o podía producirse como resultado de las políticas de precios de los dos laboratorios. Por cierto, según el análisis económico, el rechazo o la aceptación de esa condición suficiente debiera tener consecuencias importantes sobre las conductas competitivas de las empresas.

En el sistema chileno de defensa de la competencia, los economistas han estado participando en las dos comisiones, sin exigencia alguna de conocimientos jurídicos. Su participación ha tenido por lo menos dos consecuencias importantes. La primera es la insistencia en la eficiencia como criterio para evaluar las conductas cuestionadas, lo que en la práctica se traduce en intentos de aplicar algún análisis de costos y beneficios. Por

prohibiciones *per se* y *rule of reason* en los Estados Unidos y a la extensa consideración de las excepciones a los ilícitos típicos en la Unión Europea.

²⁹ Esta afirmación no considera si el texto del DL 211, dictado en 1973, está en conformidad con los principios de la Constitución de 1980, todavía vigente. Muchas normas de fondo, de organización y de procedimiento del DL 211 podrían considerarse contrarias a varios principios constitucionales. Cualquier reforma del DL 211 hará necesaria una cuidadosa revisión de la constitucionalidad de las nuevas normas.

supuesto, esta insistencia nos vuelve al tema del bien jurídico protegido por el sistema de defensa de la competencia. Como se dijo en la introducción, en la historia del derecho de la competencia se pueden identificar tres bienes jurídicos: la implementación de las garantías constitucionales que definen la autonomía privada; la promoción de la eficiencia económica; y la contención del poder económico de grupos privados. Si bien las situaciones en que la autonomía privada y la eficiencia económica entran en colisión no son excepcionales y justifican una variedad de regulaciones de las actividades privadas, las situaciones que involucran conductas competitivas de empresas en actividades no-reguladas con bajas barreras artificiales de entrada y salida sí son excepcionales. Los problemas principales en estas últimas actividades se presentan cuando los dos bienes anteriores entran en colisión con el objetivo político de contener el poder económico de empresas privadas, factor importante en la evolución del derecho de la competencia en los países desarrollados. Aunque el texto del DL 211 no lo dice expresamente, el sistema chileno parece haber ido tomando la autonomía privada y la eficiencia como los bienes jurídicos protegidos, o si se prefiere ha ignorado el problema de la contención del poder económico.³⁰ El caso contra los dos laboratorios confirmaría esta aceptación porque el requerimiento para modificar el acuerdo de producción se centró en la conveniencia de una mayor transparencia de las transacciones entre los dos laboratorios y en ningún caso se intentó limitar el tipo de transacciones entre los laboratorios.

La segunda consecuencia de la participación de los economistas es su aceptación de estándares de prueba que implican grados de certeza sobre los hechos (esto es, sobre las conductas que habrían causado el daño o implican una amenaza de daño) inferiores a los estándares comunes de la justicia penal e incluso de la justicia civil. En el caso contra los dos laboratorios, el fracaso en producir pruebas concretas pudo haber sido consecuencia de que el sistema no disponía de los recursos adecuados para generarlas o quizás de que no era necesario hacerlo porque se disponía de pruebas abstractas derivadas de modelos teóricos. Una posible explicación de las diferencias en las decisiones de las dos comisiones es que los economistas tuvieron mayor influencia en el Dictamen de la Comisión Preventiva, la que habría optado por utilizar pruebas abstractas sin exigir a la Fiscalía una investigación más profunda que permitiera generar pruebas concretas y aplicado un estándar semejante al conocido como *preponderance of evidence* en la justicia civil de los países con sistemas de derecho común. Este estándar implica un grado crítico de certeza sobre los hechos no inferior a 50 por ciento de probabilidad, muy inferior al grado crítico asociado con el estándar conocido como *beyond reasonable doubt*, aplicado en la justicia penal de esos países (el grado crítico de certeza es muy superior a 50 por ciento, por lo menos 90 por

³⁰ En Chile y desde las reformas económicas introducidas a partir de 1973, la preocupación política por el poder económico de las empresas privadas se ha ido concentrando en las industrias reguladas, esto es, industrias en las que el papel del Estado ha cambiado radicalmente como resultado de la privatización de las empresas públicas. Un número importante de las decisiones de la Comisión Resolutiva se relacionan con denuncias contra empresas de industrias reguladas, donde el grado de concentración es muy alto y el Estado ha impuesto fuertes barreras a la entrada. Por ejemplo, en la industria bancaria, una de las menos concentradas de las industrias reguladas, la política estatal de otorgamiento de licencias para nuevos bancos ha sido muy restrictiva y sólo en los últimos dos años se ha estado reconsiderando esta posición. La industria farmacéutica también está regulada pero esta regulación está basada principalmente en técnicas de información y condicionamiento y no en las técnicas ablativas que predominan en la regulación de las industrias que usualmente se consideran reguladas.

ciento).³¹ Por el contrario, la Comisión Resolutiva habría estado fuertemente influenciada por sus miembros con formación jurídica y reclamado por la falta de pruebas concretas, además de aplicar un estándar más exigente. Aunque esta explicación puede ser correcta, sólo a través del análisis sistemático de un número significativo de casos se podrá demostrar si es verdadera. En el intertanto no se puede ignorar la explicación alternativa de que la falta de recursos para generar pruebas concretas ha sido un fuerte incentivo para que las comisiones utilicen pruebas abstractas.

³¹ El análisis comparado de los estándares de las pruebas en los procesos judiciales está aún poco desarrollado; véase, Sherwin y Clermont (2001) y Demougin y Fluet (2002)-

Referencias

- Bork, R. (1978): *The Antitrust Paradox*, Basic Books Publishers, New York.
- Cooter, R. y Ulen (1998): *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Demougin, D. y C. Fluet (2002), "Preponderance of Evidence", CESIFO Working Paper N°. 725 (2), May 2002.
- Drahos, M. (2001), *Convergence of Competition Laws and Policies in the European Community: Germany, Austria, and the Netherlands*, Kluwer Law International, 2001.
- Furnish, D. (1974): "Chilean Antitrust Law", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 19.
- Gerber, D. J. (2001), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, paperback edition, 2001.
- Miceli, T. (1997): *The Economics of Litigation and Settlement*, Oxford University Press, Londres.
- Montt, L. y F. Irarrázabal (1996): *Ley Antimonopolios*, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, Chile.
- Ortúzar, W. y F. Arriagada: *Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva*, Ed. Andrés Bello, Santiago, Chile.
- Paredes, R. (1991): *Fundamentos para una Política Antimonopolios*, ed. Facea, Santiago, Chile.
- Paredes, R. (1997): "Jurisprudence of the Antitrust Commissions in Chile," in *The Law and Economics of Development*, E. Buscaglia, W. Ratliff and R. Cooter eds., JAI Press, London, England.
- Paredes, R. (2001): "Desafíos para la Institucionalidad Antimonopolios en Chile", en *¿Qué Hacer Ahora?*, H. Bayer y R. Vergara eds., Centro de Estudios Públicos.
- Paredes, R. y J. Vatter (1994): "Patentes, NAFTA y el Mercado Farmacéutico en Chile". *Documento de Trabajo*, Ministerio de Hacienda, Santiago, Chile.
- Peña, M. (2001): "El Proceso Antimonopolios: Laboratorios Chile versus Benguerel", *Seminario de Título*, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Chile.
- Peritz, R. J. R. (1996), *Competition Policy in America: History, Rhetoric, Law*, Oxford University Press, 1996.

Rodger, B. J. y A. Mac Culloch (1999), Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom, Cavendish Publishing Limited, 1999.

Scherer, F. y D. Ross (1990): Industrial Market Structure and Economic Performance, Houghton Mifflin Company, Boston.

Scherer, Frederic (1993), "Pricing, Profits, and Technological Progress in the Pharmaceutical Industry", Journal of Economic Perspectives, Vol. 7; 97-115.

Scherwin, E. y K. M. Clermont (2001), "A Comparative View of Standards of Proof", Public Law and Legal Theory: Working Paper 32, University of San Diego: School of Law, Winter 2000-2001.

Soriano García, J. E. (1998), Derecho Público de la Competencia, IDELCO y Marcial Pons, 1998.

Stigler, G. (1964): "A Theory of Oligopoly", Journal of Political Economy, vol. LXXII, N° 1, 1964.

Tarziján, J. y R. Paredes (2001): Organización Industrial para la Estrategia Empresarial, Prentice Hall, Buenos Aires, Argentina.

The Boston Consulting Group (1993): "The Changing Environment for U.S. Pharmaceuticals", mimeo.

The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law (1998), Stockton Press, 1998.

Waelbroeck, M. y A. Frignani (1998), Derecho Europeo de la Competencia, Bosch Casa Editorial S.A., 1998.