

ANT.: Acuerdo de cooperación MSD y
Laboratorios Saval S.A. Rol F25-13 FNE
MAT.: Informe de Archivo
Santiago, 10 JUN 2016

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN DE FUSIONES Y ESTUDIOS

Por medio del presente, informamos los resultados de la investigación del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 28 de noviembre de 2013, Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. Agencia en Chile ("MSD") y Laboratorios Saval S.A. ("Saval" y en conjunto con MSD, "las Partes") celebraron dos contratos, por medio de los cuales Saval se obligó a comercializar, promocionar y distribuir productos de MSD correspondientes a 14 marcas¹ en el mercado farmacéutico nacional, cumpliendo, para estos efectos, MSD el rol de proveedor (la "Operación").
2. Estos contratos se denominaban: (i) *Non Exclusive Product Distribution Agreement* ("Acuerdo de Distribución") y (ii) *Product Licensing and Supply Agreement* ("Acuerdo de Co-Marketing") (conjuntamente, los "Acuerdos"). Ambos tenían una vigencia de 10 años a partir del 1 de diciembre del año 2013 y empezaron a ser operativos el 1 de enero del año 2014.
3. Los Acuerdos compartían una idéntica estructura, similar a otros contratos de distribución y comercialización de productos, siendo su particularidad la de ser pactados por dos laboratorios que compiten en diversos mercados. Los productos incluidos en la Operación

¹ Las marcas incluidas en los contratos son las siguientes: (a) Acuerdo de Distribución: Cidoten (Betametasona), Conti Marvelon (desogestrel con etinilestradiol), Elocom (mometasona de uso tópico), Fosamax Plus (alendronato con colecalciferol), Livial (tibolona), Marvelon (desogestrel con etinilestradiol) y Prohair (finasterida);

(b) Acuerdo de Co-Marketing: Circler (etonogestrel), Neoclaritine (desloratadina), Ristaben (sitagliptina), Ristaben Met (sitagliptina con metformina), Ristaben Met XR (sitagliptina con metformina), Uniclax (mometasona de uso nasal) y Zintrepid (ezetimiba con simvastatina).

Es pertinente señalar que a la fecha de este informe ya no se comercializa Fosamax Plus, el cual no se encuentra vigente en el Registro Sanitario del Instituto de Salud Pública de Chile.

correspondían a medicamentos que se expenden con receta médica, principalmente en farmacias.

4. La principal diferencia entre el Acuerdo de Distribución y el de Co-Marketing radicaba en que a través del primero MSD delegaba en Saval la comercialización, promoción y distribución de su única marca en cada molécula (principio activo), mientras que, en el segundo, MSD contaba con dos marcas de un mismo principio activo y traspasaba a Saval el control de la segunda de ellas.
5. Al tomar conocimiento de la Operación, con fecha 31 de diciembre de 2013, se dio inicio de oficio a la presente investigación, detectándose a partir de los antecedentes recopilados, la existencia de riesgos a la competencia, los que fueron comparados con las eficiencias argumentadas por las Partes.
6. Cabe consignar, que los riesgos detectados fueron presentados a las Partes por esta División, en una reunión convocada al efecto. En respuesta a la exposición señalada, con fecha 25 de mayo de 2016, las Partes informaron el término de mutuo acuerdo de los contratos que sustentaban la Operación, estableciendo el plazo de un mes para que el término se verifique respecto de determinados productos y de tres meses respecto de los restantes. Con ello, se elimina el hecho objetivo que generaba los riesgos a la competencia identificados por esta División.

II. CARACTERIZACIÓN DE LA OPERACIÓN

A. Marco de análisis

7. La Operación que se analiza puede ser calificada como un acuerdo de cooperación horizontal. Este tipo de acuerdos corresponden a alianzas estratégicas realizadas entre agentes económicos que se encuentran activos en el mismo eslabón de la cadena productiva, como competidores actuales o potenciales en determinados mercados, y que se celebran de manera no encubierta. Los más habituales son, por ejemplo, los acuerdos de investigación y desarrollo, acuerdos de producción, incluidos los de subcontratación y especialización, acuerdos de compra, comercialización, estandarización e intercambios de información².

² Véase la COMISIÓN EUROPEA (2011), Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, Diario Oficial N° C 011 de 14 de enero de 2011, párr. 5 y FTC/DOJ (2000), Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors.

8. Los acuerdos de cooperación horizontal no necesariamente son anticompetitivos, toda vez que en algunos mercados puede resultar eficiente para los consumidores que empresas competidoras colaboren para lograr objetivos comunes, como por ejemplo, compartir riesgos, rebajar costos, realizar inversiones que impliquen beneficios comunes, financiar esfuerzos que aumenten la calidad y/o variedad de los productos, entre otros³.
9. Es precisamente la obtención de eficiencias como objeto central del acuerdo y la existencia de una aptitud objetiva de generarlas, lo que, junto a su traspaso al menos en parte a los consumidores, le otorga a los acuerdos de cooperación horizontal un tratamiento diferenciado del que existe para las colusiones⁴.
10. No obstante lo anterior, estos acuerdos pueden presentar riesgos a la competencia, en el caso, por ejemplo, de que permitan acordar precios, niveles de producción, repartirse el mercado, o bien, generen –o tiendan a generar– efectos negativos en los mercados involucrados, al ayudar a las partes a alcanzar, aumentar o mantener poder de mercado.
11. En nuestro derecho, un acuerdo de cooperación horizontal que produzca eficiencias, será ilícito si impide, restringe o entorpece la libre competencia, o tiende a producir dichos efectos, conforme señala el artículo tercero del DL 211⁵.
12. Para efectuar dicho análisis, ha de ponderarse si los efectos favorables a la competencia derivados del acuerdo (las eficiencias) compensan los efectos restrictivos a la misma (riesgos anticompetitivos), similar a la metodología empleada por esta Fiscalía para evaluar operaciones de concentración⁶ y que también utiliza el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. TDLC”).

³ COMISIÓN EUROPEA (2011), *op. cit.*, párr. 2.

⁴ De acuerdo a la jurisprudencia del H. TDLC, los acuerdos colusorios pueden ser declarados ilícitos con independencia de su efecto en el o los mercados en que inciden: “basta con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva” (H. TDLC, 15.01.2014, Rol C 224-11, Sentencia N°133/2014, considerando 103°).

⁵ Lo señalado en nuestro artículo 3° DL 211 es similar al estándar establecido en las Directrices europeas, en el que se expresa que para que un acuerdo tenga efectos restrictivos de la competencia se considera que debe tener un impacto negativo apreciable, real o probable, por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación. Véase COMISIÓN EUROPEA (2011), *op. cit.*, párr. 27.

⁶ El análisis es semejante al que se realiza en materia de operaciones de concentración en la medida que, conforme se señala en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de esta Fiscalía del año 2012, para demostrar la contradicción de un acuerdo con la normativa de libre competencia, deberá acreditarse que el mismo “otorga, refuerza o incrementa, o puede otorgar, reforzar o incrementar la capacidad de [las partes], por sí solas o en conjunto con otras, para ejercer poder de mercado, o cuando tienda a ello”, entendiéndose que ello ocurre cuando, con posterioridad al acuerdo, las partes pueden “en forma unilateral o coordinada, alternativa o conjuntamente, incrementar los precios, redu[ci]r la cantidad producida, disminu[ir] la

13. En la especie, se analiza en qué medida la Operación implicó una reducción de independencia de las Partes en la toma de decisiones respecto de parámetros relevantes de la competencia y, atendida la estructura del mercado, si dicha pérdida de independencia implicaba probables efectos o riesgos negativos para la competencia derivados de la Operación y si dichos riesgos podían ser compensados por las eficiencias argumentadas por las Partes.

B. Análisis de pérdida de independencia de las Partes

14. Para hacer operativos los Acuerdos, las Partes requerían coordinar acciones, de modo de maximizar sus beneficios conjuntos. En efecto, los Acuerdos contemplaban una serie de instancias de comunicación e intercambios de información para conseguir dicho objetivo.
15. En primer lugar, a fin de coordinar las cantidades de producto transferidas en el marco de la Operación, los Acuerdos exigían a Saval el envío periódico de proyecciones de venta y órdenes de compra a MSD. Estas frecuentes comunicaciones y proyecciones permitían a las Partes programar sus acciones futuras con razonable antelación.
16. En segundo lugar, los contratos contemplaban una instancia anual en que las Partes debían acordar los objetivos de venta y promoción que Saval se obligaba a cumplir.
17. En tercer lugar, los Acuerdos regulaban la *producción de material promocional y capacitación de la fuerza de venta* para los productos que formaban parte de la Operación, cuestión que significaba un control por parte de MSD de la actividad promocional de Saval respecto de las marcas traspasadas, en algunas de las cuales los laboratorios eran competidores.
18. En cuarto lugar, los Acuerdos consagraban cláusulas sobre auditorías generales y de contabilidad. Las auditorías generales permitían a MSD tener acceso a las instalaciones industriales de Saval, accediendo *in situ* al proceso productivo de su competidor. Por otra parte, las cláusulas sobre auditorías a los registros contables de Saval facultaban a MSD para obtener información financiera sensible.

innovación, la calidad o la variedad o alter[ar] alguna otra variable competitiva causando perjuicio a los consumidores, de un modo que ninguna de las Partes [del acuerdo] habría podido realizar por separado".

19. Por último, en relación con el mecanismo para repartir rentas derivadas de la comercialización de los productos, se establecía un precio de transferencia, el cual podía ser ajustado, requiriendo únicamente de una comunicación enviada con anticipación por MSD. De este modo, las Partes contaban con la posibilidad de negociar los precios de transferencia, dependiendo de la evolución del mercado y los resultados obtenidos por la gestión de Saval.
20. En definitiva, las instancias de coordinación y la facilitación de la distribución de rentas propiciada por la estructura de los Acuerdos, atenuaban la rivalidad competitiva en los mercados de los productos involucrados en los Acuerdos⁷.

III. MERCADO RELEVANTE

21. La Operación involucraba, a nivel nacional, la distribución y comercialización de medicamentos que se efectuaba principalmente a través del canal *retail*.
22. Los productos incluidos en los Acuerdos correspondían a medicamentos éticos, es decir, aquellos que, de acuerdo al Código Sanitario, deben ser dispensados al público previa presentación de la receta médica, cuestión que los distingue de los fármacos de venta directa u OTC⁸.
23. Tratándose de medicamentos éticos, el H. TDLC ha sentenciado que el mercado relevante está compuesto por los productos farmacéuticos que comparten un mismo principio activo⁹.

⁷ La coordinación inherente a la celebración y ejecución de los Acuerdos que se ha mencionado, eventualmente podía extenderse a un mayor número de productos farmacéuticos, toda vez que la Operación contemplaba derechos de opción preferente a favor de Saval, para hacerse de la comercialización de las extensiones de línea o nuevas presentaciones de los productos incluidos en los Acuerdos.

⁸ Código Sanitario, artículo 101, inc. primero: "La receta es el instrumento privado mediante el cual el profesional habilitado para prescribir indica a una persona identificada y previamente evaluada, como parte integrante del acto médico y por consiguiente de la relación clínica, el uso y las condiciones de empleo de un producto farmacéutico individualizado por su denominación de fantasía, debiendo agregar, a modo de información, la denominación común internacional que autorizará su intercambio, en caso de existir medicamentos bioequivalentes certificados, en los términos del inciso siguiente". Conforme al artículo 100 del mismo Código, la venta de medicamentos previa presentación de la receta constituye la regla general (inciso primero, primera parte: "La venta al público de productos farmacéuticos sólo podrá efectuarse previa presentación de la receta del profesional habilitado que los prescribe"), mientras que la venta directa requiere autorización expresa por parte del ISP (inciso primero, parte final: "salvo aquellos medicamentos que se autoricen para su venta directa en el respectivo registro sanitario"). La posibilidad de compra directa explica, además, el hecho de que la publicidad y demás actividades destinadas a conocer al consumidor un producto farmacéutico sólo están permitidas respecto de medicamentos de venta directa. Respecto de los medicamentos éticos, en cambio, se acepta lo que comúnmente se denomina "promoción médica", dirigida a los profesionales habilitados (Código Sanitario, artículo 100, inciso segundo y tercero).

⁹ H. TDLC, 12.10.2012, Rol C 229-11, Sentencia N°125/2012, Demanda de Laboratorio Recalcine S.A. contra Roche Chile Ltda., considerando 10°, "los medicamentos éticos, es decir, aquellos que son comercializados exclusivamente con receta médica, son elegidos, en definitiva, por el médico tratante y, por lo tanto, es un tercero distinto al consumidor quien decide qué medicamento utilizar. En el caso de estos medicamentos, este Tribunal ha considerado anteriormente que el mercado relevante es aquel compuesto por los productos

24. En efecto, para este tipo de medicamentos el contenido de la receta determina el producto que será finalmente adquirido por el consumidor¹⁰. El Código Sanitario permite al consumidor sustituir el medicamento prescrito por un producto con idéntico principio activo sólo cuando exista bioequivalencia acreditada con respecto al medicamento de referencia, o bien cuando el profesional expida la receta indicando su denominación común internacional (DCI). Por lo tanto, el máximo ámbito de sustitución para un consumidor está restringido a la molécula o principio activo.
25. En este caso, los mercados afectados correspondían a los siguientes principios activos: mometasona de uso tópico, mometasona de uso nasal, desloratadina, ácido alendrónico, dorzolamida con timolol, montelukast y timolol, sin perjuicio de que la Operación pueda afectar además otros mercados en que MSD y Saval son potenciales competidores.
26. En cuanto al mercado geográfico, es preciso considerar que la actividad comercial de los laboratorios se extiende a todo el territorio nacional.

IV. CONDICIONES DE ENTRADA

27. Existen condiciones desfavorables para una entrada oportuna y suficiente en los mercados afectados por la Operación¹¹.
28. Los laboratorios que pretendan ingresar a los mercados requieren de un período prolongado de tiempo para desarrollar un dossier del producto y sus correspondientes estudios clínicos, en orden a obtener las aprobaciones del Instituto de Salud Pública ("ISP"). Luego de esto, los interesados deben realizar inversiones relevantes en promoción –cuyo carácter es hundido– así como el desarrollo de una fuerza de venta, con el objeto de dar a conocer el producto a la comunidad médica, cambiar las tendencias de prescripción y lograr

farmacéuticos que tengan el mismo principio activo;". Véase también H. TDLC, 27.5.2005, Rol C 44-04, Sentencia N°17/2005, Demanda de Laboratorio Lafí Ltda., en contra de Laboratorios Pfizer Chile S.A., considerando 11°: "Que, por lo expresado en el considerando anterior, este Tribunal considerará, con fines metodológicos que resultan adecuados en este caso, que el mercado relevante se limita al de las atorvastatinas comercializadas en el país...".

¹⁰ H. TDLC, 12.10.2012, Rol C 229-11, Sentencia N°125/2012, Demanda de Laboratorio Recalcine S.A. contra Roche Chile Ltda, considerando 10°, "...son elegidos, en definitiva, por el médico tratante y, por lo tanto, es un tercero distinto al consumidor quien decide qué medicamento utilizar".

¹¹ En esta sección se encuentran referidas las condiciones de entrada presentes en mercados de medicamentos no protegidos por patentes. Tratándose de los mercados con patentes, no existe posibilidad de competir contra el medicamento original para un mismo principio activo, puesto que, en virtud de aquellas, se otorga a sus titulares el monopolio de explotación de un determinado producto y/o procedimiento por ciertos períodos de tiempo, ello con el objeto de promover la innovación. Los períodos de protección de patentes van desde 15 a 20 años, dependiendo de la regulación aplicable a la invención patentada.

posicionarlo en el mercado; todo lo cual retarda y vuelve costosa una entrada oportuna y suficiente, capaz de disciplinar a un *incumbente* con posición de dominio.

29. De acuerdo a la información aportada por actores de la industria, los plazos necesarios para introducir un nuevo producto al mercado fluctúan en el rango de 2 a 3 años.

30. Debe tenerse en cuenta, además, que en la mayoría de los mercados en los cuales la Operación generaba riesgos para la competencia –a excepción de la desloratadina– los medicamentos no cuentan con bioequivalencia acreditada¹². En estos casos, tanto la marca del medicamento como el prestigio del laboratorio fabricante adquieren suma relevancia, pues influyen en la decisión de prescripción del médico, lo cual dificulta aún más una entrada exitosa al mercado.

31. Por tanto, la posición que las Partes alcanzaban en los diversos mercados relevantes afectados por la Operación, se ve reforzada en virtud de las adversas condiciones de entrada al mercado.

V. RIESGOS PARA LA COMPETENCIA

A. Riesgos unilaterales en los mercados con traslape

32. A continuación, se presentan los riesgos a la competencia derivados de los Acuerdos, en el entendido de que las Partes perdían su independencia en los mercados afectados por éstos. Es pertinente señalar que, si bien, en el caso del Acuerdo de Co-Marketing, MSD conservaría en apariencia cierta autonomía sobre la marca no traspasada, dicha independencia resultaba improbable en virtud de la propia estructura de los Acuerdos, que pretendía alinear los incentivos económicos de ambas partes¹³.

33. Los riesgos unilaterales presentados en este capítulo se refieren principalmente a la posibilidad que adquieren las Partes de aumentar los precios, al perder su independencia en ciertos mercados de productos donde existe un traslape relevante, que implica la obtención de altas participaciones de mercado conjuntas.

¹² Esto sucede ya sea porque los medicamentos no requieren de estos estudios o –como en el caso del alendronato– porque aún no existen medicamentos que se hayan sometido al proceso. En todo caso, de acuerdo a los antecedentes tenidos en cuenta, la acreditación de bioequivalencia puede tardar en torno a un año.

¹³ En efecto, para los casos del Acuerdo de Co-Marketing donde existía traslape de principios activos entre las Partes, las instancias de coordinación y de traspaso de renta que contemplaba el contrato permitían a MSD y Saval definir conjuntamente sus estrategias comerciales de modo de maximizar el beneficio de ambas en dichos mercados.

34. Adicionalmente, la ejecución de los Acuerdos supone un riesgo reparto de mercado, atendido que las Partes pueden enfocar sus estrategias de promoción hacia médicos de distintas especialidades o que atienden distintas zonas geográficas, lo cual podría traducirse en una repartición de la demanda. En efecto, en aras de coordinar las actividades de promoción de las Partes para evitar la competencia en los mercados con traslape, Saval dirigió sus representantes a grupos diferenciados de médicos según se tratase de productos de MSD o de Saval.
35. Esta estrategia resultaba particularmente riesgosa en el caso en estudio. Lo anterior, por tratarse mayoritariamente de productos respecto de los cuales no se realizan estudios para acreditar bioequivalencia y cuya sustitución, por tanto, se encuentra limitada a las alternativas incluidas dentro de la misma receta. De esta forma, segmentar la promoción médica podría implicar segmentar la demanda de los consumidores.
36. Esta segmentación restringía la intensidad competitiva, permitiendo que las Partes mantuviesen, reforzasen o incluso incrementasen su posición de dominio. A su vez, dicha segmentación podía impactar mercados conexos que no formaban parte de la Operación, en la medida que la promoción médica se realiza por área terapéutica y no está limitada a cada principio activo particular.

Los mercados en los que existe traslape, donde se presentarían los riesgos descritos, se detallan a continuación:

(i) Acuerdo de Distribución: Mercado de Mometasona de uso Tópico

37. Mediante el Acuerdo de Distribución, MSD encargaba a Saval la distribución de su producto "Elocom", cuyo principio activo es mometasona de uso tópico, en sus diversas formas farmacéuticas (ungüento, crema y loción)¹⁴.
38. Saval, por su parte, también cuenta con una mometasona de uso tópico, la que comercializa bajo la marca "Dermosona". Ésta fue la primera copia genérica de Elocom en ser comercializada en Chile, lo que confiere a Saval la calidad de primer entrante en un mercado que se encontraba monopolizado por el laboratorio innovador¹⁵. Ello implica que

¹⁴ Indicado para el alivio de las manifestaciones inflamatorias y pruríticas de las dermatosis que responden a corticoesteroides como psoriasis y dermatitis atópica, según se indica en el Registro Sanitario del ISP.

¹⁵ Entonces Schering Plough, laboratorio que fue luego adquirido por MSD.

Elocom y Dermosona son las dos marcas de mayor trayectoria en el mercado chileno, cuestión que les otorga una ventaja importante en términos de promoción médica.

39. Las Partes son los dos principales laboratorios en este mercado, representando históricamente en conjunto más de un 60% de las ventas. El tercer competidor era ITF Labomed, con una participación en torno al 20%, cuyo producto fue retirado por el ISP a mediados del año 2014¹⁶, lo que ha incrementado la participación de las Partes, como se observa en la siguiente tabla:

Tabla 1
EVOLUCIÓN PARTICIPACIÓN DE MERCADO MOMETASONA TÓPICA
(Medida sobre la base de ing. por vta.)

Laboratorio	2011	2012	2013	2014	2015*
MSD	37,8%	36,6%	34,8%	39,7%	42,6%
SAVAL	26,8%	25,8%	27,2%	34,9%	35,8%
MSD+SAVAL	64,7%	62,4%	62,0%	74,6%	78,4%
ITF-LABOMED	18,0%	20,6%	20,9%	4,7%	0,0%
CHILE	8,0%	7,7%	6,8%	8,7%	9,1%
SANITAS	4,2%	5,6%	7,9%	11,2%	9,9%
OTROS	5,1%	3,7%	2,4%	0,7%	2,6%
Total general	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
HHI pre-Acuerdo	2585	2534	2504	3022	3283
Variación HHI			1896	2774	3048
HHI post-Acuerdo			4399	5796	6331

*Datos del año 2015 hasta octubre

Fuente: IMS Health

40. De este modo, a raíz de la Operación, las Partes pasaron a controlar los precios y las cantidades vendidas de cerca de un 80% del total de mometasona tópica, con las principales marcas del mercado, lo que traía consigo un riesgo significativo para la competencia.

¹⁶ Véase el comunicado del ISP de abril de 2014, Ref. N°: 8054/14 – 8067-14, que informa sobre el retiro del mercado de Momelab debido a “una desviación en la calidad identificada durante visita de cumplimiento de Buenas Prácticas de Manufactura”, disponible en: http://www.ispch.cl/sites/default/files/comunicado/2014/04/alerta_retiro_mercado_momelabcremadermica.pdf

(ii) Acuerdo de Co-Marketing: Mercado de Mometasona de uso Nasal

41. MSD cuenta con dos marcas de mometasona de uso nasal, corticoesteroide indicado para el tratamiento de los síntomas de la rinitis alérgica¹⁷. A través del Acuerdo de Co-marketing, MSD delegaba en Saval la promoción y distribución de la marca "Uniclar", conservando el control sobre la promoción y comercialización de "Nasonex".
42. Saval, por su parte, distribuye su marca "Rinoval" del mismo principio activo, primera marca genérica en ingresar al mercado luego de los medicamentos originales de MSD.
43. Al igual que en el caso anterior, MSD y Saval son los dos principales actores en este mercado, siendo durante más de una década competidores exclusivos en la molécula y, hasta la actualidad, los actores dominantes, según se exhibe en la siguiente tabla:

Tabla 2
EVOLUCIÓN PARTICIPACIÓN DE MERCADO MOMETASONA NASAL
(Medida sobre la base de ing. por vta.)

Laboratorio	2011	2012	2013	2014	2015*
MSD	77,5%	73,6%	68,5%	62,6%	60,8%
SAVAL	22,5%	25,4%	22,9%	20,1%	18,2%
MSD+SAVAL	100,0%	99,0%	91,3%	82,6%	79,0%
CFR	0,0%	0,7%	6,4%	11,7%	11,1%
CHILE	0,0%	0,0%	0,0%	2,3%	5,6%
RAFFO	0,0%	0,3%	2,2%	3,0%	1,7%
PASTEUR	0,0%	0,0%	0,0%	0,3%	1,9%
D&M PHARMA	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,7%
Total general	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
HHI pre-Acuerdo	6514	6060	5259	4470	4192
Variación HHI			3130	2513	2215
HHI post-Acuerdo			8390	6983	6408

*Datos del año 2015 hasta octubre

Fuente: IMS Health

¹⁷ La indicación aprobada por el ISP es "el tratamiento de los síntomas nasales de rinitis alérgica estacional y perenne en adultos y pacientes pediátricos de 2 años y mayores. Indicado para adultos y mayores de 12 años de edad adicionalmente al tratamiento con antibióticos en episodios agudos de sinusitis. Indicado en pacientes de 18 o más años de edad para el tratamiento de los pólipos nasales".

(iii) Acuerdo de Co-Marketing: Mercado de Desloratadina

44. En el mercado de la desloratadina, antihistamínico indicado para el alivio de los síntomas asociados a la rinitis alérgica, MSD dispone de las marcas "Aerius" y "Neoclaritine", y traspasaba esta última a Saval en virtud del Acuerdo de Co-Marketing.

45. Este mercado es liderado por MSD, con una participación en torno al 50% de las ventas, mientras que Saval representa una participación relativamente menor, cercana al 3%. Sin embargo, atendido el tamaño de MSD, la Operación igualmente superaba los umbrales de concentración establecidos en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de esta FNE ("la Guía"), como se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 3
EVOLUCIÓN PARTICIPACIÓN DE MERCADO DESLORATADINA
(Medida sobre la base de ing. por vta.)

Laboratorio	2011	2012	2013	2014	2015*
MSD	56,8%	53,6%	51,7%	50,9%	49,2%
SAVAL	3,5%	3,2%	2,7%	1,9%	1,9%
MSD+SAVAL	60,3%	56,8%	54,4%	52,7%	51,2%
CHILE	13,7%	16,4%	18,9%	13,9%	17,0%
MEDIPHARM	9,7%	8,0%	6,9%	12,6%	10,6%
PASTEUR	3,3%	5,2%	5,7%	3,6%	9,7%
ANDROMACO	0,0%	2,5%	7,7%	8,3%	1,3%
OTROS	13,0%	11,1%	6,5%	8,9%	10,2%
Total general	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
HHI pre-Acuerdo	3586	3289	3188	3055	2976
Variación HHI			278	190	190
HHI post-Acuerdo			3465	3246	3166

*Datos del año 2015 hasta octubre

Fuente: IMS Health

B. Riesgos unilaterales en los mercados en que Saval es un entrante potencial

46. A través del Acuerdo de Co-Marketing, MSD entregó a Saval la gestión de segundas marcas de medicamentos en áreas terapéuticas en las que es titular de patentes vigentes. De este modo, MSD –en su calidad de laboratorio innovador– se servía de Saval –especializado en la comercialización de genéricos de marca, con alto prestigio ante el cuerpo médico– para desarrollar una estrategia de proliferación de marcas.

47. Es preciso recordar que en estos mercados la marca juega un rol preponderante en las decisiones de prescripción de los médicos, por lo que cualquier nuevo entrante que pudiere disciplinar el desempeño competitivo de las *incumbentes* debe ser capaz de construir una marca y ser reconocido por los médicos.
48. Lo anterior se acrecienta en este caso, puesto que, al tratarse de productos patentados, el titular dispone de un período de tiempo prolongado en que su posición no puede ser desafiada, lo que le confiere una ventaja sumamente relevante sobre sus competidores futuros.
49. En este sentido, podría ser una estrategia rentable para un laboratorio innovador generar más de una marca comercial para un mismo principio activo, con el fin de atenuar la competencia en el mercado una vez expirada la patente.
50. El eventual reproche competitivo de dicho comportamiento estratégico parece más evidente en este caso, por cuanto se pretendía utilizar para estos efectos a un competidor, teniendo la totalidad de las patentes involucradas en el Acuerdo de Co-Marketing un plazo de vencimiento anterior a los 10 años que duraba el contrato y Saval, en ciertas áreas terapéuticas, podría haber sido considerado un entrante potencial.

C. Riesgos generales de coordinación

51. Sobre el particular, las Partes son competidoras en cuatro mercados de productos ajenos a los Acuerdos, en tres de los cuales disponen de una cuota significativa del mismo, a saber: (i) montelukast, medicamento para el tratamiento del asma, donde en conjunto ostentan una participación de 66% de las ventas; (ii) timolol, para el tratamiento de la hipertensión ocular y el glaucoma, donde conjuntamente poseen un 71% del mercado y (iii) dorzolamida en asociación con timolol, con igual indicación terapéutica, en el cual representan el 44% del mercado. El cuarto mercado en esta situación es alendronato, para el tratamiento de la osteoporosis, en la que ambos laboratorios poseen conjuntamente un 25% del mercado¹⁸.
52. Cabe consignar que la Operación en comento disponía de instancias que facilitaban la coordinación e incrementaban, por tanto, las posibilidades de colusión en los mercados referidos donde las Partes compiten actualmente. En este sentido, la ejecución de los

¹⁸ Cabe indicar que inicialmente el Acuerdo de Distribución incluía "Fosamax Plus" cuyo principio activo es alendronato con colecalciferol. Aunque Saval no participa directamente de este mercado, poseía un registro en el ISP vigente (bajo la marca Fosval Plus). Finalmente, las Partes decidieron retirar del mercado Fosamax Plus, conservando su calidad de competidores en el mercado de alendronato.

contratos conllevaba a alinear los incentivos de las partes, que también podían resultar útiles para sustentar una eventual coordinación en otros mercados¹⁹ a partir de todas las instancias de intercambio de información ya descritas.

53. En general, el contacto entre competidores y el intercambio de información comercial de por sí resulta riesgoso para la competencia. En el caso *sub lite*, la intensidad de la colaboración entre las Partes era de una entidad tal que la volvía riesgosa, de conformidad con los estándares del derecho comparado y del propio H. TDLC²⁰.

VI. EFICIENCIAS

54. Desde el punto de vista de MSD, según consta en sus análisis internos, la Operación buscaba aumentar la penetración o revertir la tendencia decreciente de las ventas de sus medicamentos antiguos o de segundas marcas de medicamentos innovadores. En este sentido, resultaba atractivo para MSD tercerizar la promoción, distribución y comercialización de estos productos, alcanzando una alianza con un laboratorio focalizado en productos genéricos de marca²¹ –como Saval– y así dejar disponible su fuerza de venta para focalizarse en otros productos más compatibles con su *core business*.

55. Para el caso de Saval, según antecedentes de la investigación, su principal interés habría sido ingresar a mercados en los que no tenía presencia, ya sea porque se encontraban protegidos por patente o simplemente por no haber realizado las inversiones necesarias para ello, en áreas terapéuticas que resultaban atractivas para eventuales desarrollos

¹⁹ En adición a favorecer las instancias de coordinación, la Operación también disminuye los incentivos de las partes a romper un eventual acuerdo en otros mercados, para no arriesgar la relación con su socio comercial. En este sentido, la presencia de productos de mercados sin traslape, incluidos en los Acuerdos podría servir para estabilizar el acuerdo en general y favorecer la formación de pactos colusorios. En este sentido, véase COOPER, R. y ROSS, T. (2009), "Sustaining Cooperation with Joint Ventures". *Journal of Law Economics And Organization*.

²⁰ Al respecto, las directrices europeas señalan: "La comercialización conjunta implica en general el intercambio de información comercial confidencial relativa, en particular, a la estrategia de comercialización y a los precios. En la mayor parte de los acuerdos de comercialización, es necesario un cierto grado de intercambio de información para aplicar el acuerdo. Por lo tanto, es necesario comprobar si el intercambio de información puede dar lugar a un resultado colusorio por lo que se refiere a las actividades de las partes dentro y fuera de la cooperación. Cualesquiera efectos negativos que resulten del intercambio de información no se evaluarán por separado sino teniendo en cuenta los efectos globales del acuerdo" COMISIÓN EUROPEA (2011), *op. cit.* pár. 244. Recientemente el H. TDLC ha recogido los criterios desarrollados en las directrices europeas, respecto a las condiciones que deben satisfacer los intercambios de información y contactos entre competidores, a fin de que los mismos no resulten lesivos para la competencia: "[...]De esta manera, las referidas directrices señalan que dicho intercambio puede dar lugar a un entendimiento común con resultados colusorios, aumentar la estabilidad interna y externa de un acuerdo ya adoptado, o posibilitar la exclusión de competidores. La probabilidad de que se ejecuten conductas coordinadas en un determinado mercado aumenta cuando la información que debe ser entregada por cada empresa es relevante, desagregada, reciente, privada, y se entrega en forma periódica" H. TDLC, 8.7.2015, Rol NC 429-15, Resolución N° 47/2015, Consulta de Servicios Equifax Ltda. sobre servicios de información Exchange, considerando 81.

²¹ Productos farmacéuticos que siendo similares u homólogos en su fórmula a la de un producto original de referencia, llevan asociada una marca o nombre que lo distingue.

futuros de la compañía (*i.e.*, el caso de las líneas de anticonceptivos y tratamiento de la diabetes).

56. En definitiva, las eficiencias perseguidas por la Operación se relacionaban con el uso de los visitantes médicos de Saval por parte de MSD, lo cual le permitiría a esta última acceder a un mayor número de médicos, expandir las ventas de los productos incluidos en los Acuerdos y liberar fuerza de venta para comercializar otros productos, y, a Saval, por su parte, entrar en mercados rentables donde no tenía presencia.

57. Al respecto, la ampliación de la fuerza de venta por parte de MSD necesaria para conseguir los mismos resultados que los obtenidos a partir de los Acuerdos, podría, a juicio de esta División, haberlos conseguido sin la necesidad de involucrar a un competidor en la promoción y comercialización de sus productos.

58. Adicionalmente, las eficiencias señaladas provenían sólo de la actividad promocional de Saval, mientras que los riesgos a la competencia resultaban mayoritariamente de las actividades de comercialización realizadas por dicho laboratorio (*i.e.*, la determinación de las cantidades y los precios de venta a las farmacias de cada uno de los medicamentos incluidos en los Acuerdos)²². En este sentido, las eficiencias argumentadas sólo eran atribuibles a una parte de la Operación (*i.e.*, la actividad promocional) y, por lo tanto, no podían considerarse como contrapeso de los riesgos que emanaban de las otras actividades que involucraba (*i.e.*, actividades de distribución y comercialización).

59. En síntesis, las eficiencias argumentadas no constituían un contrapeso suficiente para los riesgos generados por la Operación, por cuanto éstas no redundaban o inducían, con una probabilidad razonable, a menores precios, ni a una mejora en la calidad de los productos de cara a consumidores, pero fundamentalmente porque no eran inherentes a la Operación, siendo el crecimiento orgánico de MSD posible en tiempo y a costo moderado.

VII. CONCLUSIONES

60. La Operación tal y como se presenta en este informe reportaba riesgos a la competencia, por (i) debilitar la intensidad de la misma en mercados donde MSD y Saval son competidores actuales y donde en conjunto alcanzaban elevadas participaciones de

²² Una parte de las reuniones y contacto entre competidoras se realiza para coordinar las actividades de promoción y adicionalmente la segmentación de la promoción médica genera un riesgo de reparto de mercado, por lo cual, de todos modos, la mera promoción de los productos de su competidor implica riesgos para la competencia.

mercado (i.e., mometasona de uso tópico, mometasona nasal y desloratadina); (ii) desincentivar la entrada oportuna de un eventual competidor potencial en los mercados con patente vigente afectados por el Acuerdo de Co-Marketing y (iii) aumentar los riesgos de coordinación en mercados no incluidos en los Acuerdos, al incorporar una plataforma de traspaso de información y contacto frecuente entre ejecutivos. Tales riesgos no resultaban suficientemente compensados con las eficiencias derivadas de la Operación, lo que, a juicio de esta División, permitiría el ejercicio de acciones ante el H. TDLC.

61. No obstante, la División recomienda para este caso concreto no ejercer tales acciones, con fundamento en las siguientes consideraciones: a) Tras la comunicación a las Partes de los riesgos identificados, éstas pusieron término a los contratos que sustentaban la Operación; b) Producto de lo anterior, se restauró de modo eficaz el bien jurídico tutelado, toda vez que se eliminó de forma íntegra la causa generadora del riesgo a la libre competencia identificado, de manera eficiente y sin el desgaste de recurrir al órgano jurisdiccional; c) En el marco de la investigación no se pudo establecer que los riesgos detectados y generados por la estructura de la Operación se hayan materializado en efectos anticompetitivos atribuibles a los Acuerdos y vinculables a un beneficio económico; y d) Las Partes prestaron colaboración a la FNE durante la investigación, y no se trataba de actores reincidentes²³.

62. Debido a lo anterior, se estima necesario mantener en observación el cumplimiento de lo comunicado por los laboratorios y el desarrollo de los mercados afectados, y no ejercer acciones ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, toda vez que las medidas que podrían haber sido requeridas por vía contenciosa, ya han sido implementadas unilateralmente por las Partes. A su vez, cabe consignar que los agentes económicos, atendidos los riesgos a la libre competencia que conllevan los acuerdos de cooperación, deben ser en extremo cautelosos en su celebración y ejecución, para evitar incurrir en infracciones a la libre competencia.

²³ Lo anterior, en plena coincidencia con los criterios establecidos en nuestro Instructivo Interno, en particular, la potestad del Fiscal Nacional Económico para disponer el archivo de la investigación:

iv. Cuando se ha producido un cambio en las circunstancias, de modo que han dejado de observarse efectos contrarios a la libre competencia. [...];

v. Cuando existieren razones de eficiencia y eficacia que hagan estimar no procedente perseverar en ella, considerando la naturaleza de la investigación, las personas afectadas por la misma y los efectos en el(los) mercado(s);

vi. Cuando, conforme lo establece el artículo 39 inciso 1° del DL 211, según sus propias apreciaciones, no pareciere proporcional ni justificado en el interés general de la colectividad en el orden económico ni para el resguardo de la libre competencia en los mercados, el perseverar en la investigación;

VIII. RECOMENDACIÓN

En definitiva y salvo mejor parecer del señor Fiscal Nacional Económico, esta División recomienda archivar los antecedentes, sin perjuicio de la facultad de esta Fiscalía de velar permanentemente por la libre competencia en los mercados afectados y de abrir nuevas investigaciones para verificar el término efectivo de los Acuerdos, o bien si existieren otros o nuevos antecedentes que así lo justificaren.



FELIPE CERDA BECKER

JEFE DIVISIÓN DE FUSIONES Y ESTUDIOS



JTO