



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2018 - Año del Centenario de la Reforma Universitaria

Resolución

Número:

Referencia: EXP-S01:0057194/2013 - (C. 1462)

VISTO el Expediente N° S01:0057194/2013 del Registro del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, y

CONSIDERANDO:

Que el expediente citado en el Visto, se inició por la denuncia efectuada por el señor Don Luis Horacio YANICELLI (M.I. N° 12.734.286), en su carácter de apoderado de la firma BRADEL DEL PUEBLO S.R.L. contra el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, por supuesta violación a los Artículos 1°, 2° incisos a), g) y l), 4° y 5° de la Ley N° 25.156.

Que, con fecha 6 de mayo de 2013, se ordenó correr traslado al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a fin de que brindara las explicaciones que estimare corresponder, conforme el Artículo 29 de la Ley N° 25.156.

Que, con fecha 5 de junio de 2013, el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN brindó las explicaciones en legal tiempo y forma.

Que mediante la Resolución N° 73 de fecha 24 de julio de 2013 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, se ordenó la apertura de sumario conforme a lo previsto por el Artículo 30 de la Ley N° 25.156.

Que se ha constatado que el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, no es la única entidad que nuclea a los profesionales farmacéuticos en la Provincia de TUCUMÁN, sino que coexisten la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD; ambas entidades gestionan el cobro por parte de las farmacias, de los porcentajes a cargo de las obras sociales y prepagas; y contratan con las obras sociales, mutuales y otras entidades de prestaciones de servicios de salud al igual que el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN.

Que, ante la presunta comisión de una infracción a la Ley N° 25.156, por parte del COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE

LACOMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARÍA DE COMERCIO del MINISTERIO PRODUCCIÓN, decidió incorporar a la investigación a las DOS (2) entidades mencionadas en último término, y a tal fin, emitió su Resolución N° 2 de fecha 2 de junio de 2016, ordenando el traslado de la relación de los hechos a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, de conformidad con lo prescripto en el Artículo 29 de la Ley N° 25.156.

Que, el día 15 de julio de 2016, la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD se presentaron ante la referida Comisión Nacional y brindaron sus explicaciones.

Que, en esa oportunidad, la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN interpuso planteos de prescripción y nulidad.

Que por la Resolución N° 51 de fecha 11 de noviembre de 2016 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, se dio por concluida la instrucción sumarial y se ordenó correr el traslado por QUINCE (15) días al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD.

Que, el día 7 de diciembre de 2016, la firma BRADEL DEL PUEBLO S.R.L. solicitó ante la mencionada Comisión Nacional el dictado de una medida cautelar en los términos del Artículo 35 de la Ley N° 25.156 y en consecuencia de ello, se ordenó la formación del Expediente N° S01:0558800/2016 del Registro del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, caratulado: "INCIDENTE ART.35 LEY 25156 ARTICULADO POR BRADEL DEL PUEBLO SRL EN AUTOS PRINCIPALES: COLEGIO DE FARMACEUTICOS DE TUCUMAN S/INFRACCION LEY 25156 C.14762".

Que, en el marco del expediente citado en el considerando inmediato anterior, se emitió la Resolución N° 180 de fecha 14 de marzo de 2017 de la SECRETARÍA DE COMERCIO del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, ordenando medidas preventivas conforme la facultad otorgada a la Autoridad de Aplicación, en virtud del Artículo 35 de la Ley N°25.156, la que se encuentra recurrida pendiente de resolución.

Que, con fecha 31 de mayo de 2017, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ordenó formar el Expediente N° S01:0203191/2017 del Registro del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, agregado en firme a foja 1818 del expediente de la referencia, caratulado: "INCIDENTE DE VERIFICACION DE CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA ORDENADA EN LOS TERMINOS DEL ART.35 LEY 25156 EN AUTOS PRINCIPALES: COLEGIO DE FARMACEUTICOS DE TUCUMAN S/INFRACCION LEY 25156 (C.1462)".

Que, todas las encartadas efectuaron sus descargos y ofrecieron prueba en legal tiempo y forma, que fue considerada en la Resolución N° 4 de fecha 12 de enero de 2017 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Que, mediante el proveído de fecha 19 de junio de 2017, dicha Comisión Nacional declaró concluido el período de prueba y puso los autos para alegar.

Que, con fecha 29 de junio de 2017, la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, presentaron sus alegatos en forma conjunta, interpusieron planteos de prescripción y nulidad, y propusieron un compromiso en los términos del Artículo 36 de la Ley N° 25.156.

Que el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN y la firma BRADEL DEL PUEBLO S.R.L., presentaron sus alegatos con fechas 7 de julio y 1 de agosto de 2017, respectivamente.

Que, en la misma presentación la firma BRADEL DEL PUEBLO S.R.L. contestó el traslado conferido respecto del compromiso propuesto por la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y por el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD.

Que, corresponde tratar, en primer término, los planteos de prescripción interpuestos por la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y por el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, al efectuar sus descargos en los términos del Artículo 32 de la Ley N° 25.156.

Que, en materia de defensa de la competencia, atento la naturaleza sancionatoria del régimen e infracciones tipificadas en la Ley N° 25.156, lo relativo a la prescripción se analiza de la misma forma que los delitos tipificados en el Código Penal de la Nación.

Que ello es de suma relevancia para determinar a partir de qué momento comienza a contarse el plazo de prescripción estipulado por el Artículo 54 de la mencionada ley.

Que, en ese sentido, las conductas anticompetitivas pueden ser de producción inmediata, continuas o permanentes, o continuadas. En los DOS (2) últimos casos, el plazo de prescripción no comienza a contarse sino hasta que la conducta cesa de cometerse.

Que en el caso de las actuaciones de la referencia, la práctica anticompetitiva comenzó en el año 2001, con la suscripción del Acta Compromiso por parte de las TRES (3) entidades encartadas; continuó hasta el año 2008, en que se suscribió otro Acta Compromiso modificando el porcentaje de descuento permitido por dichas entidades a sus asociados; y se mantuvo vigente hasta la actualidad; todo ello conforme surge acabadamente de las pruebas obrantes en el expediente citado en el Visto.

Que, consecuentemente, tratándose de una conducta de carácter continuo, y estando acreditado que no ha cesado de cometerse, el plazo de prescripción nunca comenzó a correr, y por ello corresponde desestimar los planteos efectuados por la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y por el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD.

Que dichas instituciones cuando efectuaron sus descargos y alegatos, también interpusieron, planteos de nulidad con idénticos argumentos.

Que sostuvieron que el haber sido citados los directivos de ambas entidades a prestar declaración testimonial con obligación de decir verdad, y habérseles requerido información durante la etapa de instrucción, para terminar luego siendo imputados, sería violatorio de las garantías constitucionales de debido proceso y defensa en juicio.

Que, además, alegaron la violación del derecho de defensa, por no haber podido intervenir en la producción de la prueba llevada a cabo durante la instrucción.

Que, respecto al planteo de nulidad interpuesto con sustento en la prohibición de autoincriminación, cabe mencionar que las facultades de investigación conferidas a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, le impone realizar las diligencias necesarias para corroborar tanto los hechos, como los sujetos que han llevado a cabo la conducta prohibida.

Que, si durante la instrucción, se toma conocimiento que personas que en principio fueron llamadas como testigos, podrían estar involucrados en la conducta anticompetitiva investigada, éstas deben ser incorporadas a la causa, en el estado procesal en que ésta se encuentre a los fines de no retrotraer el procedimiento.

Que el derecho de defensa en juicio se garantizó, en el caso de autos, con el traslado de la relación de los hechos efectuada en el marco del Artículo 29 de la Ley N° 25.156, para que la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD brindaran explicaciones, y con el traslado conferido en los términos del Artículo 32 de dicha ley, para que efectuaran sus descargos y ofrecieran prueba.

Que, cumplido el procedimiento establecido por la Ley N° 25.156, y habiendo las encartadas ejercido plenamente su derecho de defensa, no se ha violado garantía constitucional alguna.

Que en relación a la imposibilidad de intervenir en la prueba producida durante la instrucción, siendo ésta reproducible luego de la imputación, pudiendo así solicitarlo la parte interesada al momento de efectuar su descargo y ofrecer prueba, su falta de participación no merece reproche constitucional de ninguna índole, conforme lo ha señalado reiterada jurisprudencia.

Que, por otro lado, tacharon de nulidad la Resolución N° 51/16 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, por resultar “imprecisa en los hechos imputados y en la prueba en que se basan, ya que se limitan a una descripción genérica de las conductas sin discriminación y sin conexión de cada prueba con el hecho concreto”.

Que, al respecto, basta remitirse al texto de la resolución citada en el considerando inmediato anterior, del que surge con meridiana claridad los hechos y la prueba recabada, relacionándolos específicamente con cada una de las imputaciones efectuadas, a saber la posición dominante del COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, su abuso y su participación en un acuerdo ilegal de fijación indirecta de precios de medicamentos y artículos de perfumería, prohibición de efectuar publicidad y de extender los horarios de atención al público, respecto de sus farmacias asociadas: se consideró la normativa aplicable al caso y las cláusulas y artículos anticompetitivos fijados en el Reglamento de Prestaciones Farmacéuticos y en el Código de Ética; la participación del COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, de la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y del CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD en el acuerdo ilegal para prohibir o limitar los descuentos sobre los precios de medicamentos y artículos de perfumería, la publicidad y la extensión de los horarios de atención al público de sus farmacias asociadas.

Que, asimismo, se determinaron los efectos anticompetitivos de las conductas imputadas (restrictivos de la competencia respecto de las farmacias; disminución de oferta de servicios farmacéuticos, respecto de las aseguradoras de servicios de salud; y regulación artificial de los precios de medicamentos y artículos de perfumería, en detrimento de los consumidores); y se encuadraron en el ordenamiento legal.

Que, la falta de claridad de la Resolución N° 51/16 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, alegada por las nulidicentes, pierde toda seriedad al confrontar los escritos de descargo presentados en contestación del traslado conferido en los términos del Artículo 32 de la Ley N° 25.156.

Que, por todo lo expuesto precedentemente, las nulidades opuestas no han de prosperar.

Que, la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, propusieron un compromiso en los términos del Artículo 36 de la Ley N° 25.156.

Que, con fecha 5 de julio de 2017, se ordenó correr vista a la denunciante, de conformidad a lo dispuesto por el Artículo 36 del Decreto N° 89 de fecha 25 de enero de 2001, la que presentó en tiempo y forma su contestación, manifestando su oposición al compromiso propuesto.

Que, la aprobación del compromiso previsto en el artículo antes mencionado, es de carácter restrictivo, fundamentalmente porque el bien jurídico protegido –la competencia y el interés económico general– trasciende la simple voluntad de los administrados, y porque la Administración no puede disponer libremente de él cuando una conducta lo ha menoscabado gravemente.

Que en el caso concreto, las pruebas producidas a lo largo de esta investigación, que llevaron a la imputación de las encartadas en virtud de lo dispuesto en el Artículo 34 de la Ley N° 25.156, y la apreciación de dichas pruebas que determinaron la plena convicción de una real afectación al interés económico general, impide que el compromiso propuesto sea considerado como el remedio más eficiente para poner fin a esta investigación; sobre todo considerando que la solidez de la imputación efectuada y la inminencia de la sanción, descartan de plano la viabilidad del compromiso propuesto; máxime teniendo en cuenta la extensa duración de la conducta prohibida, más de DIECISÉIS (16) años, es de vital importancia para descartar todo análisis de costo-beneficio entre el tiempo que podría llevar probar la conducta y el perjuicio que se podría evitar al aceptar el compromiso.

Que, es de suma relevancia, tener en cuenta el tipo de conducta anticompetitiva de que se trata, considerada de suma gravedad y de prioritario tratamiento por todas las agencias de competencia, lo que amerita no sólo el rechazo del compromiso propuesto, sino la aplicación de una sanción efectiva y acorde a la severidad de la infracción cometida.

Que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, emitió el Dictamen N° 94 de fecha 7 de noviembre 2017 donde aconseja al señor Secretario de Comercio, rechazar el planteo de prescripción interpuesto por la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y por el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD; rechazar el planteo de nulidad interpuesto por la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y por el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD; rechazar el compromiso propuesto en los términos del Artículo 36 de la Ley N° 25156 por la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y por el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD; ordenar el archivo del "INCIDENTE DE VERIFICACION DE CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA ORDENADA EN LOS TERMINOS DEL ART.35 LEY 25156 EN AUTOS PRINCIPALES: COLEGIO DE FARMACEUTICOS DE TUCUMAN S/INFRACCION LEY 25156 (C.1462)"; declarar responsables al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, de instrumentar un acuerdo para limitar y restringir la competencia entre las farmacias del territorio de la Provincia de TUCUMÁN (prohibición o limitación de descuentos; prohibición de efectuar publicidad relacionada con precios, descuentos u ofertas, tanto de medicamentos como de artículos de perfumería; limitación de horarios de apertura y cierre de las farmacias), con afectación al interés económico general de los Artículos 1°, 2° incisos a), b) y g) de la Ley N° 25.156; imponer al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN una multa por la suma total de PESOS CINCO MILLONES NOVECIENTOS MIL CUARENTA Y DOS (\$ 5.900.042); a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN una multa por la suma total de PESOS TRESCIENTOS VEINTIOCHO MIL OCHENTA Y SIETE (\$ 328.087); y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD una multa por la suma total de PESOS DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS DIEZ (\$ 225.710), de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del Artículo 46 de la Ley N° 25.156; debiendo efectivizarse las mismas dentro de los DIEZ (10) días de notificada la pertinente resolución que al efecto dictará el señor Secretario de Comercio, bajo apercibimiento, para el caso de incumplimiento, de exigir su cobro por vía judicial; hacer saber al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, que la multa deberá ser abonada en Coordinación Tesorería de la Delegación Edificio Roca dependiente de la Dirección General de Administración de la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, sita en la Avenida Presidente Julio Argentino Roca N° 651, Piso 5°, Sector 28 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Previo a ello, deberá contar con la respectiva Orden de Pago emitida por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, sita en la calle Reconquista N° 46, Piso 7° de esta Ciudad Autónoma, en el horario de ONCE HORAS (11:00 hs) a QUINCE HORAS (15:00 hs). El pago podrá efectuarse en efectivo o mediante cheque certificado. El cheque deberá librarse a la orden del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE FINANZAS. En el endoso deberá especificarse "Para ser depositado en la Tesorería General de la Nación Osiris 6250". El endoso deberá contener la/s misma/s firma/s de/los librador/es del cheque. No se aceptan cheques de pago diferido. Sólo se aceptarán cheques certificados dentro del primer y segundo día hábil de la respectiva certificación bancaria, dado que tiene una vigencia de CINCO (5) días y debe considerarse el clearing bancario VEINTICUATRO (24), CUARENTA Y OCHO (48) o SETENTA Y DOS (72) horas, según corresponda y el depósito ante el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA. En caso de pago por transferencia bancaria deberá efectuarse el depósito a la Cuenta Recaudadora N° 54633/97 "M.PROD.-5100/362-SSCI-Ingr. a Distribuir" del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA – Sucursal Plaza de Mayo. Los gastos de comisión por transferencia bancaria son a cargo del depositante. CBU 01105995-20000054633979, C.U.I.T. N° 30-71081745-2 del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN. Cuando se realice la transferencia bancaria deberán enviar el comprobante por correo electrónico a pacos@produccion.gov.ar y a abozzu@produccion.gob.ar dentro de los TRES (3) días de efectuada la transferencia, con los siguientes datos: RAZÓN SOCIAL, EXPTE. N°, RESOLUCIÓN SC N°, LEY N° 25.156, MONTO DE LA MULTA; ordenar al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, en particular, sustituya, elimine, o adecue, según corresponda y en los siguientes términos, los artículos PRIMERO (en lo que respecta a exclusividad

en relación a los convenios que celebre dicho Colegio con las entidades de seguros de salud, y la exclusividad en favor del COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN en relación con el servicio de gestión y cobro de facturas), NOVENO (eliminación total) y DÉCIMOSEGUNDO (eliminación total) del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas; y los Artículos 5 (en lo que respecta a combatir las cadenas de farmacias), 12 (en lo que respecta a la prohibición de toda competencia comercial, publicidad, propaganda, oferta de servicios o productos, descuentos, ofertas o cualquier otra forma de atracción de clientela), 19 incisos d) (prohibición de hacer descuentos) y e) (prohibición de ofrecer o hacer más publicidad por la sección perfumería o tratar a esa sección como si fuera un negocio independiente), y 31 incisos b) (prohibición de anuncios que explícita o implícitamente mencionen listas de precios o descuentos), y c) (prohibición de rebajas o liquidación en secciones anexas a la farmacia como es la perfumería) del Código de Ética; o cualquier otra normativa que se haya dictado o se dicte con similar finalidad. A tal efecto, deberá acreditar ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, dentro del plazo de SESENTA (60) días contados a partir de la notificación de la resolución pertinente, la sustitución, eliminación, o adecuación de los referidos artículos, en los términos referidos precedentemente, acompañando copia del texto modificado del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas, y del Código de Ética en legal forma; ordenar al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, se abstengan de prohibir, de cualquier forma, la competencia entre sus miembros o asociados; se abstenga de fomentar, alentar, facilitar o imponer la negativa de sus miembros o asociados a efectuar descuentos sobre medicamentos –ya sean de venta libre o de venta bajo receta–, sobre artículos de perfumería o cualquier otro producto que legalmente se expendan en las oficinas de farmacia de la Provincia de TUCUMÁN; se abstengan de prohibir a sus farmacias asociadas efectuar publicidad que se encuadre dentro de la normativa legal vigente; y se abstengan de interferir en la fijación de horarios de atención al público de sus farmacias asociadas; ordenar al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD comuniquen las medidas ordenadas, dentro de los TRES (3) días de notificada la presente, a todos sus miembros o asociados en forma fehaciente mediante los mecanismos que resulten idóneos a tal fin; una vez notificada y firme la resolución pertinente, publiquen su parte resolutive por UN (1) día, en el diario La Gaceta (TUCUMÁN) y en el Boletín Oficial, conforme lo dispone el Artículo 44 de la Ley N° 25.156; acreditar ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, el cumplimiento de lo ordenado en el inciso a) precedente, dentro del plazo de QUINCE (15) días de notificada la respectiva resolución del señor Secretario de Comercio y ordenar notificar la misma a las partes.

Que el suscripto comparte parcialmente los términos del mencionado dictamen, al cual cabe remitirse en honor a la brevedad, incluyéndose como Anexo de la presente resolución.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN ha tomado la intervención que le compete.

Que el infrascripto resulta competente para el dictado del presente acto en virtud de lo establecido en los Artículos 18, 21 y 58 de la Ley N° 25.156, los Decretos Nros. 89 de fecha 25 de enero de 2001, 357 de fecha 21 de febrero de 2002 y sus modificaciones, y 718 de fecha 27 de mayo de 2016.

Por ello,

EL SECRETARIO DE COMERCIO

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Recházase el planteo de prescripción interpuesto por la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y por el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD.

ARTÍCULO 2°.- Recházase el planteo de nulidad interpuesto por la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS

DETUCUMÁN y por el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD.

ARTÍCULO 3°.- Recházase el compromiso propuesto por la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y por el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD en los términos del Artículo 36 de la Ley N° 25.156.

ARTÍCULO 4°.- Decláranse responsables al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, de instrumentar un acuerdo para limitar y restringir la competencia entre las farmacias del territorio de la Provincia de TUCUMÁN (prohibición o limitación de descuentos; prohibición de efectuar publicidad relacionada con precios, descuentos u ofertas, tanto de medicamentos como de artículos de perfumería; limitación de horarios de apertura y cierre de las farmacias), con afectación al interés económico general conforme a los Artículos 1°, 2° incisos a), b) y g) de la Ley N° 25.156.

ARTÍCULO 5°.- Impónense al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, una multa por la suma de PESOS CINCO MILLONES NOVECIENTOS MIL CUARENTA Y DOS (\$ 5.900.042); a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN, una multa por la suma total de TRESCIENTOS VEINTIOCHO MIL OCHENTA Y SIETE (\$ 328.087); y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, una multa por la suma de PESOS DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS DIEZ (\$ 225.710), de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del Artículo 46 de la Ley N° 25.156.

ARTÍCULO 6°.- Establécese el plazo de DIEZ (10) días hábiles desde la notificación de la presente resolución, para que el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, hagan efectiva la sanción de multa, bajo apercibimiento, para el caso de incumplimiento, de exigir su cobro por vía judicial.

ARTÍCULO 7°.- Hagáse saber al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, que la multa deberá ser abonada en la Coordinación Tesorería de la Delegación Edificio Roca dependiente de la Dirección General de Administración de la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, sita en la Avenida Presidente Julio Argentino Roca N° 651, Piso 5°, Sector 28 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Previo a ello deberá contar con la respectiva Orden de Pago emitida por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARÍA DE COMERCIO del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, sita en la calle Reconquista N° 46, Piso 7° de esta Ciudad, en el horario de ONCE HORAS (11:00 hs) a QUINCE HORAS (15:00 hs). El pago podrá efectuarse en efectivo o mediante cheque certificado. El cheque deberá librarse a la orden del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE FINANZAS. En el endoso deberá especificarse "Para ser depositado en la Tesorería General de la Nación Osiris 6250". El endoso deberá contener la/s misma/s firma/s de/los librador/es del cheque. No se aceptan cheques de pago diferido. Sólo se aceptarán cheques certificados dentro del primer y segundo día hábil de la respectiva certificación bancaria, dado que tiene una vigencia de CINCO (5) días y debe considerarse el clearing bancario VEINTICUATRO (24), CUARENTA Y OCHO (48) o SETENTA Y DOS (72) horas, según corresponda y el depósito ante el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA. En caso de pago por transferencia bancaria deberá efectuarse el depósito a la Cuenta Recaudadora N° 54633/97 "M.PROD.- 5100/362-SSCI-Ingr. a Distribuir" del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA – Sucursal Plaza de Mayo. Los gastos de comisión por transferencia bancaria son a cargo del depositante. CBU 01105995-20000054633979, C.U.I.T. N° 30-71081745-2 del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN. Cuando se realice la transferencia bancaria deberán enviar el comprobante por correo electrónico a pacos@produccion.gov.ar y a abozzu@produccion.gob.ar dentro de los TRES (3) días de efectuada la transferencia, con los siguientes datos: RAZÓN SOCIAL, EXPTE. N°, RESOLUCIÓN SC N°, LEY N° 25156, MONTO DE LA MULTA.

ARTÍCULO 8°.- Ordénase al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, en particular, sustituya, elimine, o adecue, según corresponda y en los siguientes términos, los Artículos PRIMERO (en lo

que respecta a exclusividad en relación a los convenios que celebre el CFT con las entidades de seguros de salud, y la exclusividad en favor del CFT en relación con el servicio de gestión y cobro de facturas), NOVENO (eliminación total) y DÉCIMOSEGUNDO (eliminación total) del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas; y los Artículos 5 (en lo que respecta a combatir las cadenas de farmacias), 12 (en lo que respecta a la prohibición de toda competencia comercial, publicidad, propaganda, oferta de servicios o productos, descuentos, ofertas o cualquier otra forma de atracción de clientela), 19 incisos d) (prohibición de hacer descuentos) y e) (prohibición de ofrecer o hacer más publicidad por la sección perfumería o tratar a esa sección como si fuera un negocio independiente), 31 incisos b) (prohibición de anuncios que explícita o implícitamente mencionen listas de precios o descuentos), y c) (prohibición de rebajas o liquidación en secciones anexas a la farmacia como es la perfumería) del Código de Ética; o cualquier otra normativa que se haya dictado o se dicte con similar finalidad. A tal efecto, deberá acreditar ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, dentro del plazo de SESENTA (60) días contados a partir de la notificación de la presente resolución, la sustitución, eliminación, o adecuación de los referidos artículos, en los términos referidos precedentemente, acompañando copia del texto modificado del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas, y del Código de Ética en legal forma.

ARTÍCULO 9°.- Ordénase al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, en particular, sustituya, elimine, o adecue, según corresponda y en los siguientes términos, los Artículos PRIMERO (en lo que respecta a exclusividad en relación a los convenios que celebre el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN con los administradores de seguros de salud, y la exclusividad en favor del mismo en relación con el servicio de gestión y cobro de facturas), NOVENO (eliminación total) y DÉCIMOSEGUNDO (eliminación total) del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas; y los Artículos 5 (en lo que respecta a combatir las cadenas de farmacias), 12 (en lo que respecta a la prohibición de toda competencia comercial, publicidad, propaganda, oferta de servicios o productos, descuentos, ofertas o cualquier otra forma de atracción de clientela), 19 incisos d) (prohibición de hacer descuentos) y e) (prohibición de ofrecer o hacer más publicidad por la sección perfumería o tratar a esa sección como si fuera un negocio independiente), 31 incisos b) (prohibición de anuncios que explícita o implícitamente mencionen listas de precios o descuentos), y c) (prohibición de rebajas o liquidación en secciones anexas a la farmacia como es la perfumería) del Código de Ética; o cualquier otra normativa que se haya dictado o se dicte con similar finalidad. A tal efecto, deberá acreditar ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, dentro del plazo de SESENTA (60) días contados a partir de la notificación de la presente medida, la sustitución, eliminación, o adecuación de los referidos artículos, en los términos referidos precedentemente, acompañando copia del texto modificado del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas, y del Código de Ética en legal forma.

ARTÍCULO 10.- Ordénase al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD se abstengan de prohibir, de cualquier forma, la competencia entre sus miembros o asociados; se abstengan de fomentar, alentar, facilitar o imponer la negativa de sus miembros o asociados a efectuar descuentos sobre medicamentos – ya sean de venta libre o de venta bajo receta–, sobre artículos de perfumería o cualquier otro producto que legalmente se expendan en las oficinas de farmacia de la provincia de Tucumán; se abstengan de prohibir a sus farmacias asociadas efectuar publicidad que se encuadre dentro de la normativa legal vigente; se abstengan de interferir en la fijación de horarios de atención al público de sus farmacias asociadas.

ARTÍCULO 11.- Ordénase al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD comuniquen las medidas ordenadas por la presente medida, dentro de los TRES (3) días de notificada la presente resolución, a todos sus miembros o asociados en forma fehaciente mediante los mecanismos que resulten idóneos a tal fin; una vez notificada y firme la presente medida, publiquen su parte resolutive por UN (1) día, en el diario La Gaceta (de la Provincia de TUCUMÁN) y en el Boletín Oficial, conforme lo dispone el Artículo 44 de la Ley N° 25.156; acreditar ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, dentro del plazo de QUINCE (15) días de notificado el presente acto, bajo apercibimiento, para el caso de incumplimiento, de iniciar el procedimiento dispuesto en el Artículo 50 de la Ley N° 25.156, a los fines de aplicar la multa correspondiente.

ARTÍCULO 12.- Considérase al Dictamen N° 94 de fecha 7 de noviembre 2017 emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA que, como Anexo IF-2017-27266105-APN-CNDC#MP, forma parte integrante de la presente resolución.

ARTÍCULO 13.- Notifíquese a las partes interesadas.

ARTÍCULO 14.- Comuníquese y archívese.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Expte. N° S01:0057194/2013 (C.1462) GG-MPM y

Expte. S01:0203191/2017 (C. 1462 INC.) AGREGADO

DICTAMEN N.° 94

BUENOS AIRES, 7 de noviembre de 2017

SEÑOR SECRETARIO:

Se eleva a su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan bajo el Expediente N.° S01:0057194/2013, caratulado "COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN S/ INFRACCIÓN LEY 25.156 (C. 1462)", del Registro del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS; y el Expediente S01:0203191/2017 (C. 1462 INC.) caratulado "INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA ORDENADA EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 35 LEY 25.156", del Registro del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN.

I. LAS PARTES

1. El día 11 de marzo de 2013, se recibió en esta Comisión Nacional, la denuncia efectuada por el Dr. Luis Horacio YANICELLI, en su carácter de apoderado de la firma BRADEL DEL PUEBLO SRL (en adelante "BDP"), remitida por el Dr. Francisco José NADER, Subdirector de la Dirección de Comercio Interior de la Provincia de Tucumán, lo que dio lugar a la formación del presente expediente.
2. La denuncia se interpuso contra el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN (en adelante el "COLEGIO" o "CFT"), ente público no estatal creado por Ley de la Provincia de Tucumán N.° 5483, cuyos fines se encuentran regulados por sus Estatutos, a los que nos remitimos en honor a la brevedad (conf. fs. 844).

II. LA DENUNCIA

3. La conducta reprochada consistiría en la supuesta violación a los arts. 1° y 2°, incs. a), g) y l), y arts. 4° y 5° de la Ley N.° 25.156 (LDC).
4. El denunciante expuso que su mandante es una sociedad de responsabilidad limitada, totalmente integrada por profesionales farmacéuticos de la provincia de Tucumán, cuyo objeto es la explotación de fondos de comercio de farmacia, sean éstos de su propiedad o por arriendo.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

5. Seguidamente detalló a sus integrantes, refiriendo que los farmacéuticos Carlos Alberto Bravo, Ana del Valle Delorso de Bravo y Ana Victoria Bravo Delorso (los primeros esposos, y la última su hija) conforman la empresa familiar BDP, resultando propietaria de los siguientes fondos de comercio de farmacia: FARMACIA DEL PUEBLO CENTRO, FARMACIA DEL PUEBLO ALEM, FARMACIA DEL PUEBLO PLAZA, aclarando que tres farmacéuticos conforman la sociedad y ésta es propietaria de tres farmacias conforme lo dispone el art. 24 de la Ley N.º 5483.
6. Continuó informando que las mismas personas físicas mencionadas precedentemente, son socias en una segunda sociedad de responsabilidad limitada, PAV-DEL FARMACIAS TUC. S.R.L., la que a su vez es propietaria de los fondos de comercio de: FARMACIA DEL PUEBLO AVELLANEDA, FARMACIA DEL PUEBLO CÓRDOBA, y FARMACIA DEL PUEBLO JUJUY. Aclaró que la explotación de las referidas farmacias la realiza la firma BDP, mediante contratos de arrendamiento.
7. Informó, además, que BDP también arrienda FARMACIA DEL PUEBLO COLÓN, FARMACIA DEL PUEBLO VEINTICINCO, FARMACIA DEL PUEBLO BELGRANO, FARMACIA DEL PUEBLO –EL SOLAR– YERBA BUENA, FARMACIA DEL PUEBLO – LOS TRONCOS– YERBA BUENA (las dos últimas las alquila a la firma SIPTAH REBOTICA S.R.L., integrada por farmacéuticos); FARMACIA DEL PUEBLO – 9 DE JULIO, y FARMACIA DEL PUEBLO – BARRIO NORTE (ésta última la arrienda a la firma SERKETA BOTICARIOS S.R.L.).
8. Expuso que el COLEGIO estableció *“...un Reglamento de Prestaciones donde en su artículo 9 establece una serie de condicionamientos sobre los precios de los medicamentos a obras sociales, mutuales y sistemas de medicina prepaga, que poseen convenio de prestación con las farmacias adheridas al colegio, las que a su vez deben proveer de medicamentos a los afiliados a dichas instituciones y las órdenes de descuento presentarlas en el Colegio, el cual se encarga del cobro de las mismas a las entidades referidas, percibiendo por tal gestión una comisión a las farmacias prestadoras proporcional a su facturación (Art. Décimo del Contrato de Prestaciones)...”*.
9. Continuó exponiendo que *“...quien firma los convenios de prestaciones a afiliados de la obra social, es el Colegio con dichas instituciones, adhiriéndose lisa y llanamente las farmacias a las condiciones establecidas en dichos convenios y además, a las establecidas en un Reglamento de Prestaciones establecido por el propio Colegio, en relación a las farmacias adheridas. Sólo así es posible realizar prestaciones a las obras*



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

sociales que tienen convenio con el Colegio, que son por otra parte, la mayoría de éstas, incluyéndose en las mismas a las que cuentan con la mayor población de afiliados, como Subsidio de Salud, PAMI, empleados de comercio, etc....”.

10. Adujo que la prestación de la gestión de cobro desarrollada por el COLEGIO, es ajena al ente público no estatal, constituyendo un simple contrato comercial de locación de servicios de cobranza y contratación de obras sociales para proveer de medicamentos a los afiliados de éstas.
11. Advirtió que las farmacias contratan con las obras sociales por medio del COLEGIO, y que la adhesión a su sistema prestacional, implica la exclusividad de contratación por intermedio de éste, tal como surge del artículo 1° del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas (RPF)¹.
12. Aseveró que BDP “...es firmante por adhesión de dicho contrato y en consecuencia presta servicios con sus farmacias...a los beneficiarios de las entidades contratantes con el Colegio...”, en las farmacias que explota, tanto propias como arrendadas.
13. Afirmó que el artículo noveno del RPF, dispone que “Las farmacias adheridas al sistema de prestaciones se comprometen a: a) NO efectuar descuentos superiores al (10%) sobre el precio de venta al público, de especialidades medicinales que establezca Cairós (sic) y el Manual Farmacéutico; b) NO realizar descuentos adicionales sobre descuentos de Obras Sociales que tienen convenios con el Colegio, para garantizar la igualdad prestacional”.
14. Concluyó que tales obligaciones, expuestas precedentemente, violarían los artículos 1° y 2° de la LDC, ya que implicarían el establecimiento de precios mínimos, pero también y fundamentalmente, a partir de una posición dominante del COLEGIO, impondría esos precios mínimos en acuerdo de competidores, o sea, entre las farmacias.
15. Infirió que la fijación de precios mínimos surge de la aplicación del artículo noveno del RPF, que prohíbe realizar descuentos superiores al 10% y realizar descuentos adicionales a afiliados de obras sociales.

¹ El referido artículo 1°, dispone: “...quedando las farmacias que se adhieran al presente sistema de prestaciones, obligadas a aceptar y cumplir los compromisos de asistencia farmacéuticas que asuma el Colegio, a no suscribir por cuenta propia, ni por medio de otras instituciones contratos de prestaciones farmacéuticas con las instituciones vinculadas directamente con el Colegio y a no afiliarse a otras instituciones con el objeto de suscribir convenios de prestaciones farmacéuticas...”.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

16. Destacó que el RPF estatuido por EL COLEGIO, declara expresamente que las prohibiciones en cuestionamiento tienen por objeto “garantizar la igualdad prestacional”, lo que a su entender implicaría que a los consumidores les dé lo mismo comprar en cualquier farmacia porque todas ofrecerán los mismos precios, tratándose de una concertación directa de precios de venta de los medicamentos, sancionada por la LDC.
17. Aclaró que los descuentos a afiliados a obras sociales mencionados en el artículo 9 del Reglamento Prestacional, no son soportados por las farmacias, sino que, si el descuento al afiliado fuera del 40%, éste porcentaje es abonado por la obra social respectiva, y el 60% restante del precio es abonado por el afiliado. Por lo tanto, al prohibir el COLEGIO que se efectúe, por parte de las farmacias, otro tipo de descuento, estaría fijando precios mínimos bajo pena de sanción por parte de una entidad que posee posición dominante en el mercado.
18. Continuó analizando que los medicamentos que se venden a afiliados a obras sociales, poseen precios máximos, es decir que la obra social sólo reconoce el porcentaje de descuento a sus afiliados en base a esos precios máximos determinados. Ello implica que no está obligada a abonar porcentajes por encima de dichos precios máximos, pero de ninguna manera significa –afirmó– que una farmacia no pueda realizar descuentos adicionales, a su exclusiva costa, sobre el porcentaje que abona el afiliado. Aclaró que prohibir tales descuentos so pretexto de garantizar la igualdad prestacional, contraría la sana competencia entre farmacias.
19. También refirió que el COLEGIO tendría una actitud persecutoria respecto de la firma denunciante, efectivizada a través de sumarios administrativos ante el Tribunal de Ética y Disciplina, contra los farmacéuticos que trabajan en relación de dependencia para BDP, por realizar descuentos y efectuar ofertas respecto de productos de perfumería y medicamentos de venta libre que no se encontrarían alcanzados por los acuerdos con las obras sociales suscriptos por el COLEGIO.
20. Explicó que el argumento del CFT consiste en que “...el exceso de publicidad, la inducción a adquirir determinados medicamentos y los descuentos en el precio de los mismos, podrían constituir comportamientos indebidos en infracción a las normas legales y el Código de Ética...” (conf. fs. 18); y negó que los folletos en cuestión induzcan a consumir medicamento alguno, limitándose los mismos a señalar que determinado producto se vende al mejor precio de mercado.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

21. En apartado especial, resaltó la supuesta posición dominante del CFT, mencionando que el mismo representa 600 farmacias de un total provincial de poco más de 700; es decir, que tendría influencia sobre el 77% de las farmacias de la provincia a través de la firma de los convenios con las obras sociales (dentro de las que se encuentran las más grandes en cantidad de afiliados), actividad netamente comercial –según la denunciante– y ajena a su rol de contralor de la matrícula.
22. Agregó que el CFT se aprovecha *“...de que maneja la facturación de esa enorme porción de mercado oferente de servicios farmacéuticos y de que los contratos con las obras sociales establecen que el padrón de prestadores está constituido por las farmacias adheridas al sistema de prestaciones farmacéuticas que confecciona el Colegio...”*.
23. Reafirmó lo expresado, aseverando que el COLEGIO se resiste a incorporar al padrón de prestadores a las farmacias que explota la denunciante en la localidad de Yerba Buena, provincia de Tucumán, si bien se encuentran debidamente habilitadas por la autoridad competente, impidiendo de esa manera que las farmacias excluidas puedan vender medicamentos a los afiliados a las obras sociales con quienes el CFT tiene convenio.
24. Agregó que, por otra parte, tampoco podría la denunciante contratar en forma directa con las obras sociales, pues ello está prohibido por el artículo 1° del RPF que establece la exclusividad de contratación por parte del CFT; y si quisiera desvincularse del mismo, a los efectos de realizar convenios directos con las obras sociales, ello resultaría imposible por la complejidad y tiempo que le insumiría hacerlo, con el consecuente perjuicio económico que tal actitud le acarrearía.
25. Seguidamente, expuso que la estrategia de las farmacias de BDP es realizar una fuerte inversión en stock de medicamentos; ganar una renta reducida, lo que permite un mayor flujo de ventas, que a su vez permite obtener de sus proveedores mejores precios en razón del volumen de compra que se realiza; el recupero de la inversión se basa en lograr una rotación lo más rápida posible, evitando tener medicamentos detenidos en estantería.
26. Concluyó que es esa política de venta lo que ataca el COLEGIO, que aprovechándose de su control del mercado de pacientes de obras sociales, coacciona a la firma denunciante exigiéndole que no haga descuentos.
27. Explicó que la metodología que se contraponen a la de la denunciante, consiste en trabajar sin stock, lo que implica a su vez, no tener costos financieros por stock inmovilizado ni



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

descuentos por compra en volumen a las droguerías; la ganancia está reducida a la intermediación sin riesgo empresario, con un servicio poco eficiente y más caro para el consumidor. Esa modalidad comercial –afirmó– es imposible de sostener en el ámbito del centro comercial de la ciudad de Tucumán pues sería imposible competir con empresas de la envergadura de La Unión, FARMAR, América, Pharma Fonio, Molina y Plazoleta, entre otras.

28. Solicitó que esta Comisión Nacional ordene dejar sin efecto el artículo noveno del RPF, por cuanto constituye –a su entender– una clara manipulación de precios del mercado, además de ser una herramienta de presión que utiliza el CFT contra sus asociados; así como el artículo 1° que establece una cláusula de exclusividad a favor del CFT, impidiendo a sus asociados suscribir por cuenta propia, o por intermedio de otras entidades, contrato de prestaciones farmacéuticas con las instituciones vinculadas directamente con el COLEGIO; así como afiliarse a otras instituciones con el objeto de suscribir convenios de prestaciones farmacéuticas.
29. El día 18 de abril de 2013, el Dr. Luis Horacio YANICELLI, en su carácter de apoderado de la firma BDP, ratificó la denuncia que originó las presentes actuaciones y adecuó sus dichos a lo establecido por los artículos 175 y 176 del CPPN y artículo 28 de la LDC.
30. En dicho acto, agregó que la empresa BDP *"...en ningún caso vende [productos] por debajo de los costos. Lo que se prueba porque es una empresa superavitaria, conforme las declaraciones de ganancias de las cuales algunas se han adjuntado al expediente..."* (conf. fs. 101, respuesta a la pregunta 14).

III. EL PROCEDIMIENTO

III.1. LA DENUNCIA. RATIFICACIÓN

31. La denuncia recibida el día 11 de marzo de 2013, fue ratificada por el apoderado de la firma BRADEL DEL PUEBLO, Dr. Luis Horacio YANICELLI, el día 18 de abril de 2013.

III.2. EL TRASLADO DEL ARTÍCULO 29 DE LA LEY N.º 25.156. LAEXPLICACIONES

32. El día 06 de mayo de 2013, se ordenó correr traslado al CFT, a fin de que brindara las explicaciones que estimare corresponder, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la LDC.
33. El día 05 de junio de 2013 brindó explicaciones en legal tiempo y forma el CFT, por intermedio de su Presidente, Farmacéutico Fernando ESPER.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

34. El presentante negó que el COLEGIO se encuentre incurso en conductas previstas por la LDC, así como que obtenga ventajas competitivas, ya que materialmente resulta –a su entender– imposible por tratarse de una persona jurídica pública no estatal sin fines de lucro, que no actúa en el mercado.
35. Sostuvo que la denunciante incurre en un error de conceptualización e interpretación, pues la comercialización de productos medicinales no puede asimilarse al intercambio de bienes y servicios en general, sino que es una actividad que implica el ejercicio profesional del farmacéutico, actividad estrictamente reglada por implicar la prestación de un servicio público impropio que involucra directamente la tutela de la salud pública de la población; consecuentemente, no puede asimilarse al CFT como actor en el mercado.
36. Argumentó que las profesiones llamadas liberales que ejercen las personas físicas con capacidad técnica y título universitario habilitante, son reguladas también por normas provinciales, y que éstas han delegado algunas facultades de control, matriculación, disciplina, ética, arancelaria y demás inherentes al ejercicio profesional, mediante leyes especiales para cada profesión. Así, el CFT fue creado por Ley Provincial N.º 5483, que regula el ejercicio de la profesión de farmacéutico.
37. Dentro de los fines del CFT –sostuvo– se encuentra contemplada la obligación de velar por el cumplimiento de las normas legales y demás disposiciones atinentes al ejercicio profesional y la defensa de los intereses de los profesionales farmacéuticos, y estos objetivos fueron volcados a la mencionada Ley N.º 5483.
38. Afirmó que en virtud del inc. 5 del art. 66 de la norma citada, el COLEGIO, además del control de la matrícula de los farmacéuticos colegiados, se encuentra autorizado a celebrar convenios de asistencia farmacéutica con mutuales, obras sociales, etc.; y es en virtud de esa facultad legal que se instituyó un Sistema de Prestaciones Farmacéuticas (SPF) que se encuentra regulado por un Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas (RPF).
39. Explicó que el referido Reglamento autoriza al CFT a intermediar entre las prestaciones farmacéuticas brindadas por los colegiados, y las mutuales, obras sociales y otros entes, negociando en nombre de todas las farmacias adheridas al sistema; y a su vez el CFT les provee de un sistema administrativo-contable para el cobro de las facturaciones realizadas por las farmacias a las obras sociales, mutuales, etc.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

40. Aclaró que los servicios mencionados precedentemente se prestan únicamente a las farmacias que se adhieren al SPF, y que dicha adhesión es voluntaria e individual y se instrumenta mediante una solicitud de adhesión que, conforme el artículo 5° del RPF, quedará sujeta a Resolución que deberá dictar el Consejo Directivo del CFT admitiendo o denegando la misma.
41. Expuso que es función del CFT, entre otras, tutelar la igualdad de todos los colegiados "...evitando que se alteren las bases económicas y éticas que la ley exige a los prestadores...", y para ello se han establecido condiciones de cumplimiento obligatorio para las farmacias adheridas al SPF.
42. Agregó que como parte de esas condiciones obligatorias, se encuentra lo normado en el artículo noveno del RPF, que dispone: *"...Las farmacias adheridas al sistema de prestaciones se comprometen a: a) NO efectuar descuentos superiores al diez por ciento (10%) sobre el precio de venta al público, de especialidades medicinales que establezca Kairos y el Manual Farmacéutico; b) NO realizar descuentos adicionales sobre descuentos de Obras Sociales que tienen convenios con el Colegio, para garantizar la igualdad prestacional. C) NO efectuar publicidad y/o propaganda selectiva o masiva de descuentos y ofertas de especialidades medicinales, tanto en vidrieras, murales o cualquier otro medio periodístico, sean éstos gráficos, televisivos, radiales o de cualquier otra naturaleza, como así también toda propaganda de carácter público que resulte lesiva a la naturaleza de la profesión y el decoro del ejercicio profesional; y d) NO permanecer abiertas con atención al público fuera de los horarios comerciales en perjuicio de las oficinas de farmacia que se encuentren de guardia; exceptuándose a las farmacias con extensión horaria autorizadas por el Departamento de Fiscalización Farmacéutica"*.
43. Argumentó que el fin que persigue el CFT es la defensa de los intereses de las farmacias adheridas al SPF perteneciente al Colegio, promoviendo el concepto de medicamento como bien social que, por tal naturaleza, no debe estar sujeto a las estrategias clásicas del mercado.
44. Agregó que el establecimiento de restricciones o controles jurídicos y éticos no restringen por sí el accionar libre de la profesión mientras sean razonables y no constituyan restricciones abusivas o arbitrarias de dichas libertades ni ninguna otra garantía constitucional; no obstante, lo cual, sabido es que dichas garantías no son absolutas, sino que se encuentran sometidas a las leyes que reglamenten su ejercicio.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

45. Conforme a lo expresado, consideró que el SPF instituido no conculcaría normas ni parámetros constitucionales al encontrarse ceñido a los principios de legalidad y razonabilidad, teniendo su origen en la Ley N.º 5483 y sus modificatorias, en las facultades de la Asamblea específicamente y en las facultades de dirección y control del Consejo Directivo del CFT.
46. Respecto al principio de legalidad, manifestó que *“la actividad farmacéutica en la República Argentina es una actividad reglada (sic), distinta de la actividad comercial común regulada únicamente por el Código de Comercio y leyes complementarias; siendo una actividad de tipo comercial y público, pero estrechamente relacionada con valores de interés público como la salud pública y el bienestar general, valores superiores garantizados por la Constitución Nacional”*.
47. Tan es así –agregó– que en el caso del mercado de los medicamentos el precio de los mismos es fijado por la Industria en acuerdo con el Estado, y no libremente en virtud de la oferta y la demanda; ello en beneficio de los consumidores y evitando conductas monopólicas, no existiendo contradicción entre las restricciones impuestas y la Ley de Defensa de la Competencia.
48. Alegó que el SPF es un medio adecuado para el fin que se propone: existe proporcionalidad, adecuación, relación lógica entre las condiciones pactadas, el fin perseguido por las mismas y el bien jurídico protegido.
49. En tal sentido –continuó–, el CFT se propone tutelar la igualdad de todos los asociados al mismo, evitando que se alteren las bases económicas y éticas que la ley exige a los prestadores; consecuentemente, es adecuada y proporcional la restricción sobre no efectuar descuentos superiores a los que fija el RPF y no efectuar propaganda ni publicidad de descuentos que resulte lesiva a la naturaleza de la profesión.
50. Destacó que el SPF se encuentra regulado por el RPF que fue aprobado en Asamblea Extraordinaria; y es la Asamblea, integrada únicamente por farmacéuticos, la que aprueba la norma que se somete a su consideración, en forma amplia y democrática; y siendo la Asamblea soberana, el Colegio hace cumplir sus decisiones.
51. Añadió que el Farmacéutico señor Carlos Alberto Bravo, integrante de la firma BDP, participó de la referida asamblea y no formuló oposición alguna.
52. Destacó que el SPF no es obligatorio, sino que quien lo desee puede adherirse voluntariamente, pero quien se adhiere debe cumplir con el RPF. Los profesionales que



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

no quieran adherirse pueden firmar convenios individuales con las obras sociales y mutuales; incluso los asociados adheridos pueden suscribir convenios con las obras sociales que no se encuentren vinculadas contractualmente con el CFT; agregando que la misma denunciante tiene convenio en forma particular con un gran número de obras sociales y prepagas (OSDE, OSECAC, OSDOP, entre otras).

53. Afirmó que, ante la presunta comisión de una infracción por parte de los colegiados, el CFT debe disponer la formación de causa disciplinaria dictando la correspondiente resolución al efecto, para luego pasar los antecedentes al Tribunal de Ética y Disciplina, conforme lo dispone el artículo 79 de la Ley N.º 5483.
54. En la misma línea sancionatoria, citó el artículo decimotercero del RPF que prescribe: "El incumplimiento o violación de todas o algunas de las cláusulas del presente reglamento, de las disposiciones legales que regulan la profesión de farmacéutico, de las normas del código de ética profesional y de las disposiciones dictadas por el Colegio de Farmacéuticos de Tucumán y de cualquier otra norma de aplicación, por parte de una farmacia adherida al presente sistema de prestaciones farmacéuticas, facultará al Consejo Directivo a suspenderla o excluirla definitivamente de su lista de prestadores como así también del sistema administrativo-contable establecido en el artículo décimo, sin perjuicio de disponer, si correspondiere, la formación de causa disciplinaria y su elevación al Tribunal de Ética y Disciplina. En caso de suspensión o exclusión, el Colegio procederá a no recepcionar ni presentar la facturación de la farmacia suspendida o excluida y a no realizar ningún tipo de gestión de cobro de servicios prestados con posterioridad a la fecha en que fuera comunicada fehacientemente la suspensión o exclusión de la farmacia".
55. Concluyó que el CFT siempre actúa en cumplimiento de deberes y obligaciones que le competen conforme a las normas citadas y, por lo tanto, negó categóricamente que en el marco del RPF se viole la LDC y que en virtud del artículo noveno de dicho Reglamento, se establezcan condicionamientos sobre los precios de medicamentos.
56. Reiteró que el mencionado artículo noveno, establece límites a los descuentos en el precio de venta al público y reglamenta sobre la publicidad de los medicamentos cuyo cumplimiento es obligatorio para las farmacias adheridas al SPF, pero dicha adhesión es voluntaria, siendo la farmacia la que elige pertenecer o no al mismo.
57. Aclaró que es falso que únicamente adhiriéndose al SPF se pueden realizar prestaciones farmacéuticas a las obras sociales, ya que existen otras instituciones que prestan el



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

mismo servicio como ser la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN (en adelante "AFARTUC") y el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD (en adelante "CIFARSUD"); y que la prohibición de contratar en forma particular con las obras sociales vinculadas al COLEGIO tiene su razón de ser y obedece a imposiciones de las obras sociales que, para contratar con el COLEGIO, exigen un número de prestadores para poder asegurar cobertura farmacéutica a todos sus afiliados.

58. A continuación, resaltó la diferencia entre la "fijación de precios mínimos" y la regulación sobre "descuentos a aplicar sobre los medicamentos" que efectúa el COLEGIO.
59. Remarcó, respecto de la denuncia de fijación de precios mínimos por parte del CFT efectuada por la firma BDP, que los precios de los medicamentos los fija la industria farmacéutica con el control del Gobierno, los que son publicados en el Manual Farmacéutico y KAIROS; esos son los precios aceptados y que rigen para la seguridad social, no teniendo el CFT ninguna intervención.
60. Explicó que, por otro lado, el CFT regula sobre los descuentos en los medicamentos, a fin de proteger los intereses de los farmacéuticos y de los pacientes, evitando la competencia desleal que provoca el cierre de una gran cantidad de farmacias en la provincia, en detrimento de la efectiva prestación del servicio farmacéutico, así como la posición dominante que ejerce la firma denunciante.
61. Afirmó que es falso que el CFT persiga a la firma BDP por efectuar descuentos y proponer ofertas al público de productos de perfumería, sino que, conforme ya lo expresara, por disposición legal corresponde al Consejo Directivo del CFT aplicar las sanciones correspondientes en caso de violación de las normas que rigen la profesión; y que las farmacias explotadas por la firma denunciante reiteradamente infringen la Ley N.º 5483, el Código de Ética y el RPF, publicitando medicamentos y promocionando descuentos de precios en determinados medicamentos y artículos de perfumería.
62. En sustento de lo expuesto, adjuntó folletería perteneciente a la firma BDP, y transcribió textualmente el artículo 12, y el artículo 31, incs. b) y c), del Código de Ética, que rezan: *"Art. 12: La oferta de su trabajo [el de los farmacéuticos] debe hacerse en forma igualitaria con los demás Colegas. Esta obligación es concordante con el principio de la libre elección de la farmacia por parte del enfermo, que se obliga a respetar y difundir. Quédale prohibido, en consecuencia, toda competencia comercial, toda actitud, publicidad, propaganda y oferta de servicios o productos, que no se base en los medios establecidos en este código o no hayan sido aprobados por la autoridad sanitaria oficial. En particular,*



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

queda prohibido hacer descuentos, ofertas o cualquier otra forma de atracción de clientela que no sean previstas en estos estatutos"; "Art. 31: Están expresamente reñidas con la ética farmacéutica los siguientes anuncios, sea por cualquier medio de comunicación social...b) Los que prometan la prestación de servicios gratuitos, o los que explícita o implícitamente mencionen listas de precios o descuentos; c) Los que anuncien rebajas o liquidación en secciones anexas a la farmacia, como es la perfumería..." (todo ello en concordancia con el artículo noveno del referido Reglamento, que fue transcripto ut supra).

63. Según manifestó el presentante, es en mérito a lo expuesto, que el CFT resolvió la formación de causa disciplinaria a los Directores Técnicos de las farmacias de la denunciante, BDP, en aplicación de la normativa vigente, resultando clara la legalidad del procedimiento y la legitimidad de la medida adoptada por el CFT, ajena a todo tipo de persecución.
64. Respecto de las farmacias DEL PUEBLO EL SOLAR y DEL PUEBLO LOS TRONCOS, sitas en la localidad de Yerba Buena, provincia de Tucumán, negó que no hayan sido incorporadas al SPF, y adjuntó sendas resoluciones por las que se aprobó su incorporación, que aclaró que fue provisoria atento encontrarse recurridas las Resoluciones del SIPROSA en virtud de las cuales se otorgó las habilitaciones a dichas farmacias.
65. Afirmó que el CFT apoya las políticas económicas del Gobierno relativas a bajar los precios de los medicamentos, al contrario de lo que sostiene la denunciante. Y tan es así, que las farmacias cumplen debidamente con el ACUERDO GOBIERNO-INDUSTRIA FARMACÉUTICA, por el cual se convino un descuento del 30% en la dispensación de medicamentos incluidos en dicho acuerdo, contra la emisión de notas de crédito por parte de FARMALINK por el total del importe descontado al paciente (en el caso de poseer plan de cobertura); o equivalente al 20%, en caso de que el paciente no posea plan de cobertura, soportando las farmacias el 10% restante. Consecuentemente, sostuvo, el descuento relacionado al ACUERDO GOBIERNO-INDUSTRIA, es totalmente diferente y ajeno a los descuentos contemplados en el artículo noveno del RPF.
66. Resaltó que los Farmacéuticos Carlos Alberto Bravo, Ana Delorso de Bravo y su hija Ana Victoria Bravo Delorso, integran al menos cuatro sociedades propietarias de farmacias, y que a su vez, son propietarios individualmente de tres oficinas de farmacia, por lo que



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

estarían explotando al menos trece oficinas de farmacia que, a su entender, integrarían una "cadena" en violación a la Ley N.º 5483.

67. Infirió que la explotación, por parte de la firma BDP, de al menos trece farmacias, tal como lo reconoce la denunciante, ubicadas en puntos estratégicos de la ciudad, demostraría la superioridad de dicha firma en el mercado y *"...el ejercicio de un abuso de su posición dominante, compitiendo en forma desleal con las demás farmacias..."*.
68. La Ley N.º 5483, en su artículo 22, dispone que no podrá habilitarse o autorizarse el traslado de una farmacia cuando la distancia que medie entre ésta y otra ya habilitada, sea inferior a trescientos metros. Adujo el presentante que se trata de garantizar de esta manera la prestación de un adecuado servicio a la población *"...con una razonable distribución de las oficinas de farmacia en toda la provincia tendiente a satisfacer la demanda... cualquiera sea la zona de la provincia en que se habite, evitando la concentración indiscriminada de farmacias en las zonas altamente comerciales (céntricas o estratégicas) que priorizan el beneficio económico de su propietario por sobre las reales carencias de la población, dejando desprotegidos a los habitantes de la periferia"*.
69. Insistió en que son precisamente las farmacias barriales, las farmacias de los pueblos, las que evitan que gran parte de la población se quede sin coberturas de salud en cuanto a la provisión de medicamentos; y son éstas las que *"...se ven seriamente afectadas por las conductas monopólicas del mercado como las que ejerce la denunciante"*.
70. Ahondó en sus apreciaciones manifestando que *"...Es la firma denunciante la que con la explotación de la cadena de farmacias tiende a la formación de monopolio al que denomina empresa familiar, realizando propaganda y publicidad de descuentos en los precios de los medicamentos, incluso llegando a hacer entrega de los mismos sin cargo, todo ello prohibido en la legislación aplicable [...] Las pequeñas y medianas farmacias no pueden competir con la cadena de farmacias Del Pueblo, debiendo cerrar muchas de ellas con el consecuente perjuicio para los farmacéuticos de la comunidad"*.
71. Respecto a las impugnaciones llevadas a cabo por el CFT contra las habilitaciones de las oficinas de farmacia que explota la firma BDP, sostuvo que tanto de la legislación vigente como de sus fundamentos, se deriva que el legislador quiso una farmacia para cada farmacéutico para impedir la concentración del mercado y asegurar una efectiva prestación del servicio por parte del farmacéutico propietario; y que las sociedades de responsabilidad limitada o colectivas tienen un tope para la explotación de farmacias: una



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

por cada miembro de la sociedad comercial, no pudiendo ser propietarios simultáneamente de otras farmacias.

72. Expresó que fue en virtud del fundamento vertido precedentemente, que se decidió impugnar las habilitaciones concedidas a la firma BDP, por considerar que eran violatorias de la Ley N.º 5483, concentrando en tres personas físicas (profesionales farmacéuticos) la explotación de una "cadena" de farmacias, mediante la utilización de argucias legales (contratos de arriendo y conformación de distintas sociedades comerciales).
73. Concluyó aseverando que el CFT no realizó ninguna conducta contraria a la ley, ni que implique persecución respecto de la denunciante, y por tal motivo, solicitó que se rechace la denuncia interpuesta por la firma BDP.

III.3. LA APERTURA DE SUMARIO

74. Con fecha 24 de julio de 2013, mediante Resolución CNDC N.º 73, se ordenó la apertura del sumario prevista en el artículo 30 de la Ley N.º 25.156, con los fundamentos siguientes: *"Que de acuerdo a las explicaciones brindadas por EL COLEGIO, no se puede, a priori y en esta etapa del proceso, descartar la posible comisión de conductas relevantes desde el punto de vista del Derecho de Defensa de la Competencia. Que no se puede afirmar en el estado procesal actual, que la conducta reprochada en autos al CFT, no revista entidad suficiente para afectar el interés económico general"*.

III.4. LA INCORPORACIÓN DE AFARTUC Y CIFARSUD A LA INVESTIGACIÓN

75. De la prueba colectada, se pudo constatar que el COLEGIO no es la única entidad que nuclea a los profesionales farmacéuticos y las farmacias en la provincia de Tucumán, sino que coexisten la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN (en adelante "AFARTUC") y el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD (en adelante "CIFARSUD"), ambas entidades al igual que el COLEGIO gestionan el cobro por parte de las farmacias, de los porcentajes a cargo de las Obras Sociales y Prepagas, y contratan con las Obras Sociales, Mutuales y otras entidades de prestaciones de servicios de salud, al igual que el COLEGIO.
76. CIFARSUD es una asociación civil sin fines de lucro con injerencia específica en la provincia de Tucumán, cuyos socios son farmacéuticos con título profesional habilitante (socios activos), o los que en atención a los servicios prestados a la asociación o a



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

determinadas condiciones personales sean designados por Asamblea (conf. artículo 5 del Estatuto obrante a fs. 472/475),

77. Su objeto, conforme su Estatuto, es: "a) *Propender el perfeccionamiento de la Legislación vinculada al servicio público de farmacias. b) Proporcionar a sus afiliados información permanente sobre la actividad, tendiente a prestigiar los servicios y prestaciones farmacéuticas. c) Colaborar con las autoridades públicas y con el Colegio de Farmacéuticos en todo lo concerniente al ejercicio profesional que acuerda la Ley N.º 5483 y normas complementarias. d) Representar a sus asociados en convenios con Organismos Oficiales, Obras Sociales, Mutuales, Gremios y otras Organizaciones intermedias que tiendan a hacer más accesibles las prestaciones farmacéuticas. e) Afiliarse o apoyar a Instituciones o Entidades con finalidades semejantes. f) Fomentar la armonía y el respeto mutuo entre los asociados en la prestación de los servicios, estimulando el espíritu solidario y profesional. g) Brindar a sus componentes, servicios y asesoramiento tendientes a optimizar los costos de sus oficinas farmacéuticas. h) Toda otra actividad vinculada con el objeto del Círculo"* (conf. artículo 2).
78. AFARTUC es una asociación civil, sin fines de lucro, que agrupa a los propietarios de farmacias radicadas en la provincia de Tucumán, y cuyo objeto coincide con el transcripto precedentemente respecto de CIFARSUD (conf. artículos 1 y 2, del Estatuto de AFARTUC obrante a fs. 484/490).
79. El COLEGIO, AFARTUC y CIFARSUD suscribieron, en el año 2001, un Acta Acuerdo, conforme se menciona en el Acta de Asamblea N.º 50 del COLEGIO, de fecha 21 de agosto de 2001 (conf. fs. 211), la cual fue sustituida por otra "Acta Compromiso" suscripta entre el COLEGIO, AFARTUC y CIFARSUD de fecha 11 de noviembre de 2008, que consta a fs. 358 (en adelante se denominarán, "Acta Acuerdo" o "Acta Compromiso, indistintamente).
80. El COLEGIO, al contestar el requerimiento efectuado por esta Comisión Nacional, en relación al Acta Compromiso suscripta en el año 2001, expresó: "...*El Acta compromiso del año 2001, difiere de la del 2008 respecto al porcentaje de los descuentos con respecto al precio de venta al público de especialidades Medicinales que establezca Kairos y Manual Farmacéutico es así que en el año 2001 se convino no efectuar descuentos superiores al 15% y en el año 2008 se convino no efectuar descuentos superiores al 10%...El Acta compromiso del año 2001 fue sustituida por el Acta compromiso del año 2008...El Acta Compromiso del año 2008 se encuentra vigente...*" (conf. fs. 370).



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

81. Mediante el Acta Compromiso del año 2008, el COLEGIO, AFARTUC y CIFARSUD se *"...comprometen al cumplimiento, por cada uno de sus asociados, de las siguientes normas: 1°) a) Compromiso de no efectuar descuentos superiores al 10% sobre el precio de venta al público de especialidades medicinales que fija el Manual Farmacéutico y la Agenda Kairos. b) **NO** efectuar publicidad y/o propaganda selectiva o masiva de descuentos u ofertas de especialidades medicinales, tanto en vidrieras, murales o cualquier otro medio periodístico, sean éstos gráficos, televisivos, radiales, o de cualquier otra naturaleza, como así también de toda propaganda de carácter público que resulte lesiva a la naturaleza de la profesión y el decoro del ejercicio profesional. 2°) El incumplimiento o violación por parte de las Farmacias, del compromiso asumido por las Instituciones firmantes, facultará a las Autoridades de las mismas a suspender o excluir definitivamente a la Farmacia infractora de sus respectivos listados de prestadores. En caso de suspensión o exclusión definitiva se procederá a no recepcionar ni presentar la facturación de la Farmacia suspendida o excluida y a no realizar ningún tipo de gestión de cobro de servicios prestados con posterioridad a la fecha en que fuera comunicada fehacientemente la suspensión o exclusión de la Farmacia. Asimismo, las Instituciones firmantes se comprometen a no admitir en sus listados de prestadores a las Farmacias excluidas o suspendidas por las otras Instituciones firmantes mientras dure la sanción. Ello sin perjuicio, si correspondiera, de la formación de causa disciplinaria por el Consejo Directivo del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán y su elevación al Tribunal de Ética y Disciplina del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán"* (la negrita pertenece al original).
82. Ante la presunta comisión de una infracción a la Ley N.º 25.156, por parte del COLEGIO, CIFARSUD y AFARTUC [art. 2, incs. a), f) y g)]², esta Comisión decidió investigar el accionar de todas las entidades intervinientes en la referida acta y, a tal fin, se emitió la Resolución CNDC N.º 2, de fecha 2 de junio de 2016, ordenando el traslado de la relación de los hechos a AFARTUC y a CIFARSUD, entidades ambas no denunciadas en autos, pero resultando su presunta participación de las constancias obrantes en estos actuados.
83. El día 15 de julio de 2016, se presentó el Sr. Rubén Alberto Luján Fernández en el carácter de apoderado de CIFARSUD, y brindó explicaciones (conf. fs. 1026/1028).

² Inc. a) Fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto; inc. f) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste; inc. g) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

84. Sostuvo que la denuncia efectuada por BRADEL DEL PUEBLO SRL no se dirigió contra CIFARSUD, entidad que al no fijar precios, no puede concertar ningún mecanismo sobre el mismo; que la publicidad de medicamentos indiscriminada incita al consumo generando un alto riesgo sanitario; *“que es imposible que ante tal atomización del servicio de salud y legislación aplicable a cada caso, esta entidad pueda generar por medio de una simple acta compromiso conductas concentradores (sic) o que tipifiquen infracciones a la Ley 25.156”*.
85. Por las consideraciones vertidas precedentemente, concluyó: *“que con respecto a esta parte no se observan los presupuestos que el legislador contempló para que proceda sanción por la denuncia interpuesto contra COLEGIO (sic), el que no tiene acordada con esta parte concertación alguna para alterar o intervenir el mercado farmacéutico tucumano, no tiene tal voluntad y si la tuviera no tiene ni los medios ni la fortaleza tal circunstancia (sic)”*.
86. Con fecha 15 de julio de 2016, se presentó el Sr. Rubén Alberto Luján FERNÁNDEZ en el carácter de apoderado de AFARTUC, a brindar explicaciones (conf. fs. 1034/1036), alegando:
- Que al haber sido denunciado en el escrito de inicio el COLEGIO y no AFARTUC, resultando el perjuicio “particular” aducido por la denunciante del accionar del COLEGIO, accionar ajeno a AFARTUC quien no posee relación sustancial alguna con el denunciante, no habría legitimación activa ni pasiva en relación a AFARTUC.
 - Que el Acta Compromiso del año 2008 sea continuidad de la del 2001, es una mera manifestación del COLEGIO, ya que no se desprende de ningún documento tal circunstancia de continuidad.
 - Que del Acta de Asamblea obrante a fs. 211 (de fecha 21 de agosto de 2001), se desprende que el Acta Compromiso suscripta, “tiene como objeto un acuerdo mínimo de convivencia del sector, representados por las instituciones preocupadas por el interés de las farmacias y los profesionales farmacéuticos y en la misma solo se especifica que los descuentos que pudieran efectuarse por las farmacias no debería superar el 15% del precio de los medicamentos, precios que no son fijados por este eslabón de la cadena de valor del medicamento” (conf. fs. 1034vta., anteúltimo párrafo), y que la referida acta no sería “operativa”.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

- Que el Acta Compromiso suscripta en el año 2008, no dice que sea continuidad de la anterior del año 2001 o de acta alguna posterior, y que la finalidad expresa de dicho documento es “considerar” y no “tomar” las medidas necesarias para salvaguardar la estabilidad económica y financiera de las farmacias preservando la ética profesional; que los firmantes asumen el compromiso de que sus farmacias asociadas “tenderán” a que no realicen descuentos mayores al 10% ni publicidad sobre especialidades medicinales; y que las instituciones involucradas en el acuerdo, *“tendrán la facultad como posibilidad [de] ejercer las sanciones que estime pertinente, cuestión ésta totalmente no dispositiva del acuerdo, porque toda el acta acuerdo tiene una función declarativa”*³.
- Que AFARTUC siempre entendió que los acuerdos en cuestión (tanto el del año 2001 como el del 2008), tenían naturaleza declarativa; y que nunca realizó un procedimiento nacido de la facultad que se acordó en dicho compromiso.
- Que AFARTUC suscribió las Actas Compromiso, tanto la del 2001 como la del 2008, *“en la creencia que se acordaban condiciones máximas y mínimas entre las farmacias que los otorgantes representaban para la prestación de los convenios vigentes que sirvieran de principios fundacionales de conductas que permitieran un ejercicio lógico, sustentable y duradero en todo el territorio provincial de la oficina de farmacia”*.
- Que *“el acta compromiso del año 2008 es igual a la del año 2001 y se encuentra incorporada al reglamento prestacional del COLEGIO desde esa fecha y en juego armónico al conocimiento de las mismas por parte del denunciante, la presente denuncia estaría prescripta por haber transcurrido largamente el plazo de 5 años para la interposición de la denuncia que establece la LDC”*. Y para el caso de no prosperar el planteo de prescripción, debería encuadrarse la inactividad del denunciante en la doctrina de los actos propios.
- *“Que con respecto a la posición dominante está más que claro de lo manifestado por el propio denunciante que entre esta cámara [AFARTUC] y la otra que representa a las oficinas de farmacia que opera en la provincia de Tucumán [CIFARSUD] solo le queda una porción del 30% del mercado farmacéutico por lo que no tiene de arranque*

³ Cabe aclarar, en honor a la verdad, que el Acta Compromiso suscripta en el año 2008, obrante a fs. 358, no usa el verbo “tender”, sino que expresa que las instituciones firmantes “...se comprometen al cumplimiento, por cada uno de sus asociados, de las siguientes normas...”, y establece categóricamente las medidas a adoptar para el caso de incumplimiento por parte de algún asociado.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

posición dominante, y por ese solo hecho la denuncia extensiva a esta parte debe ser rechazada”.

- Que AFARTUC no realiza actividad comercial, le está vedado estatutariamente al no poseer fines de lucro.

III.5. EL TRASLADO DEL ART. 32 DE LA LEY N.º 25.156. LA IMPUTACIÓN

87. Con fecha 11 de noviembre de 2016, mediante Resolución CNDC N.º 51/2016, se decidió:

“ARTÍCULO 1º: Dar por concluida la instrucción sumarial en estas actuaciones, y ordenar correr traslado por quince (15) días al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, por la presunta comisión de un abuso de posición dominante [arts. 1º y 2º incisos f) y j) de la Ley N.º 25.156] en el mercado de prestación de servicios farmacéuticos y la presunta participación en un acuerdo de fijación de precios de medicamentos y artículos de perfumería, inversión en publicidad y horarios de apertura y cierre de sus farmacias afiliadas [art. 1 y 2, incisos a), b) y g) de la Ley N.º 25.156] junto con la ASOCIACIÓN DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN y el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, conductas llevadas a cabo, en principio, de forma continua, desde el año 2001 y hasta la actualidad, en la provincia de Tucumán, para que efectúen su descargo y ofrezcan la prueba que consideren pertinente, en los términos del artículo 32 de la Ley N.º 25.156. “

“ARTÍCULO 2º: Ordenar correr traslado por quince (15) días a la ASOCIACIÓN DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD por la presunta participación en un acuerdo de fijación de precios de medicamentos y artículos de perfumería, inversión en publicidad y horarios de apertura y cierre de sus farmacias afiliadas (art. 1 y 2, incisos a), b) y g) junto con el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, conducta llevada a cabo, en principio, de forma continua, desde el año 2001 y hasta la actualidad, en la provincia de Tucumán, para que efectúen su descargo y ofrezcan la prueba que consideren pertinente, en los términos del artículo 32 de la Ley N.º 25.156.”

III.6. LOS DESCARGOS

88. Notificada la Resolución CNDC N.º 51/2016 a AFARTUC, CIFARSUD y el CFT (conf. fs. 1477, fs. 1478 y fs. 1476), presentaron sus descargos y ofrecieron prueba en legal tiempo y forma.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

89. A los fines de contar el plazo pertinente, se tuvo en cuenta que el CFT se notificó personalmente con fecha 22 de noviembre de 2016 (conf. fs. 1476), y que a AFARTUC y a CIFARSUD se le concedió un plazo adicional de dos (2) días (conf. proveído de fs. 1484).
90. Las defensas opuestas por las entidades imputadas, se tratarán *in extenso* en apartados subsiguientes.
91. La prueba ofrecida por las partes, fue considerada en la Resolución CNDC N.º 4, de fecha 12 de enero de 2017, a la que nos remitimos en honor a la brevedad (conf. fs. 1566/1570). La misma será analizada en el apartado pertinente.

III.7. LA MEDIDA PREVENTIVA ORDENADA

92. Mediante presentación de fecha 7 de diciembre de 2016, el apoderado de la denunciante solicitó el dictado de una medida en los términos del artículo 35 de la Ley N.º 25.156. Por tal razón, se ordenó la formación del Expediente S01:0558800/2016, caratulado "INCIDENTE ART. 35 LEY 25.156 ARTICULADO POR BRADEL DEL PUEBLO S.R.L." en autos principales "COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN S/ INFRACCIÓN LEY 25.156 (C. 1462)".
93. Con fecha 14 de marzo de 2017, se emitió la Resolución SC N.º 180 (en adelante la "RESOLUCIÓN"), que hace suyo el Dictamen CNDC N.º 1110, de fecha 30 de diciembre de 2016.
94. En la RESOLUCIÓN se dispuso ordenar una medida preventiva conforme la facultad otorgada a la Autoridad de Aplicación por el art. 35 de la Ley N.º 25.156, en los siguientes términos:
"ARTÍCULO 1º: Ordénase al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD que, a partir de la fecha de la presente medida y hasta la notificación de la resolución final a emitirse en el Expediente N.º S01: 0057194/2013 del Registro del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, se abstengan de: prohibir de cualquier forma, la competencia entre sus miembros o asociados; fomentar, alentar, facilitar o imponer la negativa concertada de sus miembros a efectuar descuentos sobre medicamentos, ya sean de venta libre o de venta bajo receta, y sobre artículos de perfumería; prohibir a sus farmacias asociadas efectuar publicidad que se encuadre dentro de la normativa legal vigente.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

ARTÍCULO 2°: Ordénase al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN suspender la aplicación de: las obligaciones establecidas para los farmacéuticos en el Artículo del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas; los Artículos 9 y 12 del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas; de los Artículos 12, 19 incisos d) y e), y 31 del Código de Ética, o cualquier otra normativa que se haya dictado con similar finalidad en su reemplazo.

ARTÍCULO 3°: Lo dispuesto en los Artículos 1° y 2° de la presente resolución tendrán una duración de SEIS (6) meses renovables por períodos iguales.

ARTÍCULO 4°: Ordénase al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD comunicar las medidas ordenadas, dentro de los TRES (3) días de notificada la presente medida, a todos sus miembros en forma fehaciente mediante los mecanismos que resulten idóneos a tal fin, y acreditar dicho cumplimiento ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARÍA DE COMERCIO del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN dentro del plazo de QUINCE (15) DÍAS.

ARTÍCULO 5°: Ordénase al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, publicar las medidas ordenadas en la presente resolución por el término de UN (1) día en el diario LA GACETA de la provincia de TUCUMÁN y acreditar dicho cumplimiento ante la mencionada Comisión Nacional, dentro del plazo de QUINCE (15) días.

ARTÍCULO 6°.- Considérase al Dictamen N.° 1110 de fecha 30 de diciembre de 2016 emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, que como Anexo, IF-2017-00807956-APN-CNDC#MP, forma parte integrante de la presente medida.

ARTÍCULO 7°.- Notifíquese a las partes interesadas..."

95. La RESOLUCIÓN fue notificada el 16 de marzo de 2017 (conf. fs. 145, 147/148 del incidente); y con fecha 31 de marzo de 2017, CIFARSUD y AFARTUC interpusieron recurso de reconsideración y apelación en subsidio; en la misma fecha el CFT interpuso recurso directo.
96. Remitido el referido incidente a la SECRETARÍA DE COMERCIO para su intervención, con fecha 5 de mayo de 2017 se dictó la Resolución SC N.° 357, que dispuso desestimar



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

por improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por AFARTUC y por CIFARSUD, y conceder el recurso directo interpuesto por AFARTUC y CIFARSUD, así como el recurso directo interpuesto por el CFT, recursos éstos últimos que se encuentran en trámite ante la Alzada.

III.8. LA VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA PREVENTIVA

97. Con fecha 31 de mayo de 2017, se ordenó la formación del "INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA ORDENADA EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 35 LEY 25.156" en autos principales "COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN S/ INFRACCIÓN LEY 25.156 (C. 1462)", Expediente S01:0203191/2017 (C. 1462 INC. VERIFICACIÓN).
98. Con fecha 19 de junio de 2017, se proveyó: *"Atento lo ordenado en los ARTÍCULOS 4° y 5° de la Resolución SC N.° 180 de fecha 14 de marzo de 2017, intímese al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD y a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN a acreditar, en el plazo de cinco (5) días, su cumplimiento, bajo a percibimiento de aplicar la multa dispuesta en el inciso d), del artículo 46 de la Ley N.° 25.156".* (La parte resolutive de la Resolución SC N.° 180, fue transcripta en el numeral 95 precedente.)
99. Es decir, debían, en principio, acreditar la comunicación de las medidas ordenadas a todos sus miembros en forma fehaciente; y acreditar la publicación de las medidas ordenadas en la Resolución SC N.° 180, por el término de UN (1) día, en el diario LA GACETA de la provincia de TUCUMÁN.
100. Las imputadas fueron debidamente notificadas conforme surge de fs. 47, 48 y 49 del incidente.
101. El CFT se presentó en autos con fecha 30 de junio de 2017 (conf. fs. 50/51 del incidente). No acreditó el cumplimiento de lo ordenado, sino que se limitó a manifestar que la "medida preventiva no se encuentra firme, toda vez que la Resolución SC N.° 180 de fecha 14 de marzo de 2017, ha sido recurrida por esta parte, habiendo sido concedido dicho recurso por esa instancia con fecha 5 de mayo de 2017". Por su parte, AFARTUC y CIFARSUD se presentaron el 15 de agosto de 2017, acreditando el cumplimiento de ambas órdenes.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

102. Atento el estado procesal de estas actuaciones, ante la inminencia del dictamen final, se ordenó agregar el incidente a los autos principales⁴, conforme lo aconseja la buena práctica procesal y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5, inc. b), del Decreto 1759/72 (⁵).
103. Procede, en esta instancia, dictaminar acerca de la continuidad de la verificación de cumplimiento de lo ordenado mediante Resolución SC N.º 180, o su archivo.
104. Ameritaría continuar el procedimiento de verificación de cumplimiento de la medida cautelar, específicamente el cumplimiento de lo ordenado mediante los artículos 1º y 2º, es decir, las órdenes de abstención y suspensión de las obligaciones establecidas para los farmacéuticos en el RPF y el Código de Ética, recabando la prueba correspondiente.
105. La prueba a realizar, retrasaría la emisión de este dictamen final y la obtención de una resolución definitiva emanada del Señor Secretario de Comercio. Consecuentemente, para evitar la dilación de las actuaciones principales, se aconsejará el archivo del mismo, ya que el sólo incumplimiento en notificar la medida y efectuar la publicación ordenada (respecto del CFT; y cumplimiento fuera de plazo, en el caso de AFARTUC y CIFARSUD), no es suficiente para la aplicación de la multa dispuesta en el artículo 46, inc. d), de la Ley N.º 25.156, cuyo texto dispone: "Los que no cumplan con lo dispuesto en los artículos 8º, 35 y 36 serán pasibles de una multa de hasta un millón de pesos (\$ 1.000.000) diarios, contados [...] desde el momento en que se incumple...**la orden de cese o abstención**" (el resaltado nos pertenece); no contempla el incumplimiento de otras medidas, como la orden de publicación o la falta de notificación a los miembros de las entidades imputadas.

III.9. AUTOS PARA ALEGAR

106. Mediante providencia de fecha 19 de junio de 2017, en uso de la facultad conferida por el ARTÍCULO 1º, inc. n), de la Resolución SC N.º 190/16, por encontrarse vencido el plazo de prueba establecido en la Resolución CNDC N.º 4, y no habiendo medidas pendientes, se declaró concluido el período de prueba, y se pusieron los autos para alegar.

⁴ Decreto 759/66...12. Se establece que el término "Agregar" y sus derivados indican que un expediente se incorpora a otro **para formar parte del mismo, perdiendo su individualidad propia** mientras subsista tal situación. (El resaltado no pertenece al original.)

⁵ "Deberes y facultades del órgano competente. – El órgano competente dirigirá el procedimiento procurando...b) Proveer en una sola resolución todos los trámites que, por su naturaleza, admitan su impulsación simultánea y concentrar en un mismo o audiencia todas las diligencias y medidas de prueba pertinentes..."



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

107. Dicha providencia fue notificada en última instancia a la denunciante, con fecha 12 de julio de 2017. Por ser el plazo para alegar común, éste venció el día 20 de julio de 2017.
108. A fs. 1791/1794 obra agregado el alegato presentado por AFARTUC y por CIFARSUD, de forma conjunta.
109. A fs. 1799/1801 obra agregado el alegato presentado por el CFT.
110. A fs. 1804/1810, se encuentra agregado el alegato de la denunciante, BRADEL DEL PUEBLO.
111. La valoración de los fundamentos de los alegatos y la prueba obrante en autos, se efectuará *infra*, en el apartado VII.2, a los fines de evitar reiteraciones innecesarias.

IV. EL PLANTEO DE PRESCRIPCIÓN

112. AFARTUC y CIFARSUD interpusieron planteo de prescripción, al brindar explicaciones conforme el artículo 29 de la Ley N.º 25.156 (conf. fs. 1034/1036 y 1026/1028); al efectuar sus descargos en los términos del artículo 32 de la referida ley (conf. fs. 1543/1547 y 1525/1536); y con sus alegatos (conf. fs. 1791/1794)
113. Los artículos 54 y 55 de la Ley N.º 25.156 que tratan sobre la prescripción, no determinan desde cuándo ha de comenzar a contarse el plazo de prescripción. En este sentido, no puede dejar de tenerse en cuenta que, además de las conductas de producción inmediata, existen muchas conductas anticompetitivas que responden a la estructura de las infracciones permanentes (o continuas) y que otras coinciden con la estructura de las infracciones continuadas.
114. Al respecto cabe la siguiente aclaración. Por un lado, las infracciones permanentes son aquellas en donde el administrado comete una infracción, cuyo mantenimiento le es imputable. En estos casos se admite que el plazo de prescripción comienza a contarse desde que cesa la conducta infractora, por lo que habrá casos en los que se asimile este supuesto a ciertas infracciones por omisión, en donde la conducta infractora permanece mientras se mantenga el deber de actuar. O bien, podrá tratarse de una acción que crea una situación antijurídica, cuyos efectos permanecen hasta que el autor cambia su conducta.
115. Las infracciones continuadas, por otro lado, son aquellas en las cuales se producen, simultánea o sucesivamente, varias acciones que la ley cubre con un tipo único, siempre



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

y cuando formen parte de un proceso unitario, con unidad de acción, propósito o fin, homogeneidad de la norma violada y del sujeto activo.

116. Teniendo en cuenta esto, es acertada la afirmación que nuestros tribunales han hecho respecto a que en ciertas prácticas el plazo de prescripción no comienza a contarse, sino hasta que la misma cesa de cometerse. Ello es independiente del régimen supletorio que se aplique a la Ley de Defensa de la Competencia. Es decir, la modificación introducida por la Ley N.º 26993 que sustituyó la aplicación del Código Penal de la Nación y del Código Procesal Penal, por la aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, pues en ambas versiones del artículo 56 se sometía la aplicación de esos regímenes legales "en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente ley".
117. No puede dejar de resaltarse la naturaleza sancionadora del régimen de defensa de la competencia, y la naturaleza de las infracciones tipificadas en la Ley N.º 25.156, que conllevan a analizarlas, en lo relativo a la prescripción, de la misma forma que los "delitos" tipificados en el Código Penal. Ello no implica la aplicación supletoria del Código Penal ni del Código Procesal Penal, sino atender a la naturaleza del instituto que se está integrando con conceptos de otras ramas del derecho, por no estar precisados en la propia ley de defensa de la competencia.
118. En este sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, en la causa "Loma Negra C.I.S.A. y otros s/ Ley 22262", ha sostenido que "[...] *tanto si la conducta investigada constituyera un hecho único abarcativo de todos los períodos anteriormente señalados (conf. art. 63 CP) como si se considerase que las conductas investigadas habrían estado constituidas por hechos aislados (uno por cada año investigado...)* se llegaría a similar conclusión, dado que en este último caso, el plazo de prescripción de la acción por el hecho ocurrido cada año se habría interrumpido por el cometido el año siguiente [...]".
119. De igual manera, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, en la causa "Torneos y Competencias s/ incidente de prescripción en autos s/ Ley 22262", ha dicho que "[...] *los hechos que la Comisión atribuye a las personas jurídicas imputadas [que] constituirían impedimentos u obstaculizaciones de acceso a un mercado [...] son comportamientos que perduran en el tiempo y que, por ende, no puede prescribir hasta no haber cesado de cometerse [...]*".



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

120. Más recientemente, en fecha 13 de agosto de 2015, la Cámara Nacional de Comodoro Rivadavia ha rechazado la excepción de prescripción en el caso "Honda Motors Argentina S.A. y otros c/ Estado Nacional – Secretaría de Comercio s/ recurso directo Ley 25.156", diciendo que "[...] *los presupuestos que hacen al delito continuado, en tanto existe unidad de propósito y de derecho violado, se ejecuta en momentos distintos [con] acciones diversas, cada una de las cuales, aunque integre una única figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito [...]*".
121. En efecto, agrega el Tribunal, "[...] *para que se configure dicha 'continuación' con los efectos interruptivos a los que alude la norma, se requiere que exista una pluralidad de hechos, que cada uno viole la misma disposición legal, y que tales violaciones se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución, razón por la cual el plazo liberatorio no comienza mientras perdura tal forma de consumación. En el caso, no es posible considerar que el momento de la consumación de la infracción, hubiera sido el de la supuesta concertación del acuerdo colusivo que se les enrostra, siendo que no se trata de una única conducta instantánea, sino que el mismo necesariamente debió haber sido ejecutado en distintos momentos y con diversas acciones en un extenso período temporal (tal como surge de la descripción de la conducta imputada), lo que tornaría improcedente la excepción opuesta [...]*".
122. En el ámbito de defensa de la competencia, entonces, el plazo de prescripción comienza a contarse desde el momento en el que la infracción se comete, o desde que cesa, si es permanente o continuada; y el mismo se interrumpe por las causales contempladas en el art. 55 de la Ley de Defensa de la Competencia. Por lo que el íter lógico a seguir en todo análisis de prescripción supone, en primera instancia, verificar la naturaleza de la supuesta conducta anticompetitiva para determinar si es inmediata, permanente, o continuada.
123. En el caso de autos, la práctica anticompetitiva:
- 1) **Comenzó en el año 2001 con la suscripción del Acta Compromiso por parte de las tres entidades imputadas** (conf. Acta de Asamblea del CFT de fecha 21 de agosto de 2001 *in extenso* donde claramente se exponen las intenciones anticompetitivas de las tres instituciones firmantes, los mecanismos de control y represalias dispuestas contra las farmacias disidentes, y las modificaciones introducidas al RPF vigente, en concordancia con lo resuelto en dicha Asamblea y en el Acta Compromiso).



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Especialmente relacionada a la vigencia del Acta Compromiso originaria suscripta en el año 2001, surge de las Actas de Comisión Directiva de CIFARSUD (ACDC):

- *Fs. 572 ACDC 18 de abril de 2001, "Farmacia Santa Elena: quiere que la defienda el Círculo ante los demás pues los otros farmacéuticos no la ponen en cartelera, pero se hace saber que también fue el causante de esto ya que se recibieron varias denuncias de que estaba realizando descuentos en medicamentos".*
- *Fs. 573 ACDC 24 de abril de 2001, "Farmacia Santa Elena: se recibió un mensaje en donde el membrete de arriba es del Cap. del SIPROSA en la parte inferior hace propaganda esta Farmacia, haciendo alusión de un descuento del 10%, además el mensaje se refiere a la venta indiscriminada y que las farmacias no mantienen la cadena de frío. Se decide llamarlo a una reunión. Y a su vez realizar una circular para todos los socios haciendo reconocer el pacto que se firmó de no hacer descuentos sigue en vigencia y respetar los días de turno y los horarios de cierre también recordar los días feriados ...".*
- *Fs. 574vta. ACDC 8 de mayo de 2001, "Farmacia San Pablo: se citará a los propietarios de dicha farmacia para tratar temas relacionados a descuentos".*
- *Fs. 582vta. ACDC del 19 de junio de 2001: "Reunión con las Farmacias de Concepción: Asistieron muy pocas, ante eso se decide hacer nota para todas las Fcias. de Concepción en la que se recuerde el compromiso asumido el año pasado en cuanto a la eliminación de descuentos, horarios de apertura y cierre...".*
- *Fs. 587vta. ACDC del 19 de julio de 2001: "El martes 17 de julio [de 2001], la presidente viajó a Tucumán para firmar un acta acuerdo sobre los descuentos que efectúan las Farmacias. En el acta-acuerdo se especifica que los descuentos ofrecidos por las Fcias. no podrán superar el 15%. Esto será válido únicamente para capital ya que en el interior los descuentos, salvo alguna rara excepción, fueron eliminados...".*
- *Fs. 589vta. ACDC 7 de agosto de 2001: "Convenio entre Col.Farmac. y AFARTUC sobre descuento que se efectúa sobre el mostrador. CIFARSUD debe firmarlo con el 0% de descuento en el interior de la provincia...".*
- *Fs. 592 ACDC del 22 de agosto de 2001: "Asamblea Extraordinaria en Colegio Farmacéutico...En la misma, las autoridades del Colegio preguntaron a los presentes si estaban de acuerdo en la disminución del porcentaje de descuento*



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

en mostrador que hacen algunas Farmacias. Por mayoría se aprueba. Luego de aprobado esto, viene el 'nuevo régimen prestacional' en donde habrá una reglamentación que las Farmacias deberán cumplir. Se acuerda no hacer propaganda por ningún medio. Regirá más o menos dentro de 30 días. Si la Fcia. no se encuadra dentro de esa reglamentación, habrá castigos como por ej. no recibirle la facturación de obras sociales. Se aprueba también...".

- *Fs. 594 ACDC 4 de septiembre de 2001, vale aclarar que el ACD es de CIFARSUD, y en la reunión se encuentran presentes los integrantes de la Comisión Directiva, y el Sr. Eduardo Miguel Fonio quien actualmente es el Presidente de AFARTUC: "El Sr. Fonio comienza leyendo un acta-compromiso entre las tres Instituciones, firmada por las tres, en donde se acuerda no hacer descuentos en mostrador por arriba del 15% y además no hacer propagandas por cualquier medio escrito, radial, televisivo, etc. Paralelamente existe otra acta firmada solamente por el representante del Colegio Farmac. en la cual se consigna la variante de que en el sur de la provincia, el descuento será del 0%..."*

En relación a AFARTUC, a fs. 732 obra el Acta de Comisión Directiva N.º 186, de fecha 16 de febrero de 2002, en la que consta: *"Nota al Colegio de Farmacéuticos de Tucumán en la que se denuncia la constatación de descuentos encubiertos que realiza Farmacia Tucumán, se aprueba por unanimidad"*.

También AFARTUC, a fs. 1525/26, reconoce al momento de plantear la prescripción, que *"...ya habían transcurrido largamente dichos 5 años desde el 2001, fecha en que fue suscripta la primera Acta y 2008 de rectificación de la misma..."* (el resaltado no corresponde al original).

Por su lado, el COLEGIO, al contestar el requerimiento efectuado por esta Comisión Nacional, en relación al Acta Compromiso suscripta en el año 2001, a fs. 370 expresó: *"...El Acta compromiso del año 2001, difiere de la del 2008 respecto al porcentaje de los descuentos con respecto al precio de venta al público de especialidades medicinales que establezca Kairos y Manual Farmacéutico es así que en el año 2001 se convino no efectuar descuentos superiores al 15% y en el año 2008 se convino no efectuar descuentos superiores al 10%...El Acta compromiso del año 2001 fue sustituida por el Acta compromiso del año 2008...El acta compromiso del año 2008 se encuentra vigente..."*.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

2) Continuó con la suscripción del Acta Compromiso del año 2008.

- A fs. 466, la Presidenta de CIFARSUD manifestó: *"PREGUNTADO PARA QUE DIGA si la firma puesta al pie de la documental obrante a fs. 358 ('ACTA COMPROMISO' de fecha once de noviembre de 2008), que se le exhibe en este acto, le pertenece. DIJO: Sí, me pertenece. Ese compromiso se hizo para protegernos de la intromisión de grandes cadenas, por ejemplo, que no podrían establecerse por estas limitaciones en el sistema de gestión de cobro. El acta compromiso se encuentra vigente; y se firmó en el entendimiento de que beneficia a todos"*.
- En el Acta de Comisión Directiva de CIFARSUD, de octubre de 2010, se asentó: *"...3. Comunicar la propuesta desde la Federación (Presidencia) de incorporar a Fcias. Del Pueblo de la Ciudad de San Miguel de Tucumán propiedad del Señor Bravo y de la Fcia. El León propiedad del Señor Rodríguez Campo....Se resuelve no permitir el ingreso de ninguna de estas farmacias, por considerar que éticamente fueron llamadas la atención en el Colegio de Farmacéuticos de Tucumán por haber incurrido en faltas graves..." (Anexo I, folio 155). (Se entiende que dichas faltas consistían, precisamente, en efectuar descuentos o publicidad.)*
- A fs. 643 el Presidente de AFARTUC, Sr. Eduardo Miguel FONIO, reconoció el contenido y firma del Acta Compromiso obrante a fs. 358.
- A fs. 816, consta el ACTA N.º 270 de Reunión de Comisión Directiva de AFARTUC de fecha 7 de noviembre de 2008, en la cual se deja constancia: *"Punto Cuarto: Presidencia informa que ha concurrido a dos reuniones con autoridades del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán y CIFARSUD, a los efectos de no efectuar descuentos superiores al 10% sobre el precio de venta al público de especialidades medicinales, no realizar descuentos adicionales sobre descuentos a Obras Sociales...la Farm. María de los Dolores López Cuadra, mociona se apruebe el informe de Presidencia y se le autorice a firmar un Acta Acuerdo con las autoridades del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán y CIFARSUD. Puesta a consideración la moción, se aprueba por unanimidad"*.
- En el ACTA N.º 272 de Reunión de Comisión Directiva de AFARTUC, de fecha 9 de enero de 2009, fs. 911, se asentó: *"Punto Cuarto: Varios: Presidencia informa que con fecha 23 de diciembre de 2008 se imprimió un comunicado de AFARTUC*



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

dirigido a todas las farmacias asociadas, con dos puntos: el 1º) Se firmó Acta Compromiso con el Colegio de Farmacéuticos de Tucumán y CIFARSUD a fin de considerar medidas necesarias para salvaguardar la estabilidad económica y financiera de todas y cada una de las farmacias de Tucumán, preservando la ética profesional, se comprometen al cumplimiento, por cada uno de sus asociados de las normas enunciadas en dicha ACTA se adjunta fotocopia y se comunica la puesta en rigor a partir del día 1º de enero de 2009”.

- Asimismo, al brindar explicaciones, a fs. 1027, el apoderado de CIFARSUD reconoció la existencia y contenido de las Actas Compromiso, manifestando: “...el denunciante se siente agraviado al creer que existen conductas concertadas en los convenios del 2001 y 2008, pero esto tiene que ver con el respeto a la legislación vigente ya que desde el año 1968....se establece la forma de difusión de las cuestiones referidas al medicamento y en esa inteligencia es que esta cámara suscribió el acuerdo sobre esa materia...”.

- 3) **Se confirmó con la reforma del RPF aprobada en Asamblea Extraordinaria celebrada el día 12 de noviembre de 2008, continuada el día 20 de noviembre de 2008, Acta N.º 65**, cuyas copias certificadas obran a fs. 312/332, a los fines de plasmar la imposibilidad de sus colegiados (que también forman parte de AFARTUC y de CIFARSUD, ya que controla la matrícula de todos los farmacéuticos de la provincia de Tucumán) de efectuar descuentos, publicidad, extender el horario de atención al público, y fijó las sanciones para los infractores (ver ARTÍCULO DECIMOTERCERO y ARTÍCULO DECIMOSÉPTIMO, especialmente este último, contempla un procedimiento sancionatorio en manos del Consejo Directivo del CFT, excediendo sus funciones y arrogándose facultades disciplinarias que competen al Tribunal de Ética del CFT).
- 4) **Vigencia hasta la actualidad de las condiciones impuestas a las farmacias por el CFT, AFARTUC y CIFARSUD.**

En relación a la vigencia y cumplimiento del Acta Compromiso suscripto entre el COLEGIO, AFARTUC Y CIFARSUD, cabe destacar las siguientes probanzas de autos tal como se mencionan en el Resolución SC N.º 51:

A fs. 268, la Presidenta de CIFARSUD manifestó que las farmacias adheridas no tienen restricciones (en relación a condiciones de comercialización), pero admite que las farmacias adheridas a la institución no efectúan ningún tipo de descuento al



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

público por ventas de medicamentos a través de las obras sociales; y agregó que no tiene ningún vínculo con el COLEGIO.

No obstante, lo manifestado a fs. 268, a fs. 467, el día 27 de agosto de 2014, la Presidenta de CIFARSUD afirmó: *"PREGUNTADA PARA QUE DIGA si las farmacias a las que les presta el servicio de gestión de cobro, pueden ser excluidas del mismo. En su caso, por qué motivos. DIJO: Si, pueden ser excluidas si no cumplen con las condiciones convenidas al momento de contratar, **por ejemplo, en el caso de descuentos o bonificaciones incumpliendo lo acordado entre las instituciones que nuclean a las farmacias (por ejemplo, lo acordado en el Acta Compromiso)**. En este caso, se acerca el colega farmacéutico a denunciar el hecho, entonces llamamos al farmacéutico que incumple y le preguntamos por qué está llevando a cabo ese proceder, y si persiste, se lo excluiría del sistema de prestaciones farmacéuticas y se le daría intervención al Tribunal de Ética del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán..."*. (El resaltado nos pertenece.)

A fs. 520, obra la documental aportada por FACOR S.R.L., firma que explota cuatro farmacias en la provincia de Tucumán, donde consta: *"...El círculo de Farmacéuticos del Sud establece que sus farmacias Asociadas no pueden hacer propaganda de descuentos pronto pago por medicamentos vendidos a través de Obras Sociales. Esta institución se rige por los convenios de prestación y reglamentos de cada Obra Social..."* (constancia emitida con fecha 25 de agosto de 2014).

En lo que concierne a AFARTUC, a fs. 477 su tesorero manifestó: *"PREGUNTADO PARA QUE DIGA si las farmacias adheridas al Sistema de Prestaciones Farmacéuticas de AFARTUC, pueden realizar descuentos sobre medicamentos a afiliados o no afiliados a las Obras Sociales, Mutuales y/o empresas de medicina prepaga. DIJO: Sí, AFARTUC no interviene. En este acto se le exhibe para su lectura el Acta Compromiso suscripta con fecha 11 de noviembre de 2008 (que obra a fs. 358 del expediente). Acto seguido, aclara que reconoce la referida acta, y manifiesta que si bien se suscribió nunca entró en vigencia..."*. No obstante, las pruebas colectadas en autos, que se mencionan a continuación, permiten inferir lo contrario.

- A fs. 257, el representante de la FARMACIA UNIÓN, asociada a AFARTUC, informó (con fecha 23 de septiembre de 2013): *"no se aplican descuentos a los medicamentos en la ciudad de San Miguel de Tucumán, ni Gran Tucumán"; "no se puede realizar publicidad sobre el precio y/o medicamentos"*.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

- A fs. 1035, AFARTUC afirmó, con fecha 15 de julio de 2016; *“Que esta cámara otorgó el acta compromiso, tanto del año 2001 como la del año 2008, en la creencia que se acordaban condiciones máximas y mínimas entre las farmacias que los otorgantes representaban...”*.
- A fs. 1533vta., con fecha 19 de diciembre de 2016, al efectuar su descargo, AFARTUC afirmó *“...lo máximo que intenta (AFARTUC) en el mejor de los casos es evitar que se generalice una política de descuentos sobre los precios de venta al público que generen un mercado depredador....”*.
- Y a fs. 643, como ya se mencionó. El Presidente de AFARTUC reconoció la firma y contenido del Acta Compromiso suscripta el 11 de noviembre de 2008, que obra a fs. 358.

El Presidente del CFT expresamente reconoció la continuidad del acuerdo suscripto en el año 2001, mediante el Acta Compromiso del año 2008 y su vigencia actual; y, lo más importante, ese organismo defiende la “legalidad” de las prohibiciones y limitaciones en la realización de descuentos sobre medicamentos y sobre artículos de perfumería, y respecto la publicidad y de los horarios de atención y publicidad, hasta la actualidad.

A fs. 434, expresó textualmente: *“...En consecuencia es adecuada, proporcional la restricción sobre no efectuar descuentos superiores a los que fija el Reglamento de Prestaciones y no efectuar un tipo de propaganda y publicidad de descuentos que resulte lesiva a la naturaleza de la profesión...”* (presentación de fecha 12 de marzo de 2014).

Ninguna duda cabe que desde el año 2001 hasta el presente, valiéndose de la amenaza de aplicar sanciones, las tres imputadas han conseguido que sus asociados cumplieran con el acuerdo anticompetitivo llevado a cabo. Si bien AFARTUC y CIFARSUD poseen facultades sancionatorias (dispuestas en los artículos 11 y 12 del Estatuto de CIFARSUD, y en el artículo 12 del Estatuto de AFARTUC), actuaban como agentes de control del acuerdo y anoticiaban al CFT para que aplicara las sanciones establecidas en el Código de Ética a los matriculados que incumplían el acuerdo.

El propio accionar de AFARTUC y de CIFARSUD corrobora la continuidad y vigencia del acuerdo suscripto; de lo contrario, ningún sentido tiene la decisión tomada por



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

asamblea de fecha 2 de diciembre de 2016 y 7 de diciembre de 2016, respectivamente, en las que se "denunció y dio por concluido" el Acta Compromiso suscripta oportunamente entre dichas instituciones y el CFT (ver manifestaciones vertidas a fs. 1529vta., tercer párrafo; y fs. 1547, quinto párrafo. Se aclara que no han sido acompañadas al expediente principal las Actas de Asamblea referidas).

124. Concluyendo: por las consideraciones precedentes, deberá rechazarse el planteo de prescripción interpuesto, dado el carácter de continua de la conducta llevada a cabo por las encartadas.

V. LAS NULIDADES PLANTEADAS

125. Tanto AFARTUC como CIFARSUD interpusieron planteos de nulidad junto con los descargos efectuados en los términos del artículo 32 de la LDC.

126. Mediante Resolución CNDC N.º 4, de fecha 12 de enero de 2017, se consideró:

"Que tanto AFARTUC como CIFARSUD plantearon, con idénticos fundamentos, la nulidad de los testimonios recabados durante la instrucción y de la Resolución CNDC N.º 51/2016, por resultar "imprecisa en los hechos imputados y en la prueba en que se basan, ya que se limitan a una descripción genérica de las conductas sin discriminación y sin conexión de cada prueba con el hecho concreto". Articularon, también, excepción de prescripción.

Que atento los planteos de nulidad y prescripción, los mismos serán considerados al momento de emitirse el dictamen final a elevar al Señor Secretario de Comercio para el dictado de la resolución final (artículo 34 de la Ley N.º 25.156)."

127. CIFARSUD desarrolló su planteo de nulidad a fs. 1543vta., punto III-2, fundándolo en la violación a la garantía constitucional del debido proceso y defensa en juicio, porque se citó a los directivos o dirigentes de la entidad a prestar declaración testimonial, estando obligados a decir verdad de todo lo que se le pregunte o indique, sin asistencia letrada y sin haberseles advertido que podían ser imputados con posterioridad; además fueron requeridos a brindar informe, "para terminar siendo imputados directos en las seudas conductas tipificantes de la ley 25.156" (conf. fs. 1544 primero y segundo párrafos).

128. Vale aclarar, que siendo el apoderado de AFARTUC y CIFARSUD el mismo letrado, si bien en el encabezado del escrito de descargo se presentó representando a CIFARSUD, al momento de plantear las nulidades referidas, expresa: "Que esto lleva a la nulidad de



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

lo actuado respecto de Afartuc y Cifarsud, cuestión que se deja planteada a los fines de que sea resuelta al momento de decretarse el presente sumario” (conf. fs. 1544).

129. En oportunidad de alegar sobre la prueba producida en los términos del art. 34 de la Ley N.º 25.156, en presentación conjunta, CIFARSUD y AFARTUC reiteraron el planteo de nulidad.
130. Si bien la naturaleza penal-administrativa de las sanciones emergentes de la Ley N.º 25.156, lleva a remitirse en su aplicación a los principios generales del derecho penal – más allá de que la reforma introducida por la Ley N.º 26993 eliminó la supletoriedad de la ley penal en materia de defensa de la competencia–, no obstante ello, no corresponde la aplicación indiscriminada de esos principios a las infracciones administrativas, atento la naturaleza especial del interés jurídico protegido.
131. A la luz de estas consideraciones debe analizarse el planteo de nulidad invocado con sustento en la prohibición de auto incriminación, efectuado por AFARTUC y CIFARSUD y la supuesta violación al derecho de defensa, por no haber participado de la producción de la prueba llevada a cabo en esta investigación.
132. El ejercicio de las facultades de investigación conferidas a la CNDC impone realizar diligencias necesarias para corroborar tanto los hechos, como los sujetos que han llevado a cabo la conducta prohibida, en caso de existir.
133. Si por el devenir de la investigación, se toma conocimiento que sujetos que en principio fueron llamados como testigos, podrían estar involucrados en la conducta anticompetitiva investigada, lógico es que se los incorpore a la causa, en el estado procesal en que ésta se encuentre a los fines de no retrotraer el procedimiento.
134. Sí es exigencia constitucional, que se le confiera el ejercicio de sus derechos conforme al debido proceso, lo que se cumplió irrefutablemente en este expediente con el traslado de la relación de los hechos efectuada en el marco del artículo 29 de la LDC, para que las encartadas brindaran explicaciones, y con el traslado en los términos del art. 32 LDC, para que hicieran sus descargos y ofrecieran prueba. Consecuentemente, no se ha violado garantía constitucional alguna.
135. En la misma línea de razonamiento se han expresado nuestros Tribunales en varios precedentes, entre los que se puede consultar lo decidido por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, en autos caratulados “HONDA MOTORS ARGENTINA S.A. Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL- SECRETARÍA DE COMERCIO s/



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

RECURSO DIRECTO LEY 25.156", de fecha 13 de agosto de 2015; y lo decidido por la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala B, Causa N.º 54419, "LOMA NEGRA COMPAÑÍA INDUSTRIAL S.A. Y OTROS S/ EY 22262, COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA", de fecha 26 de agosto de 2008, entre otros.

136. Tal como se adelantó en el numeral 120 precedente, también adujeron las nulidicentes que la Resolución SC N.º 51/2016, mediante la que se imputó a las encartadas, resulta *"imprecisa en los hechos imputados y en la prueba en que se basan, ya que se limitan a una descripción genérica de las conductas sin discriminación y sin conexión de cada prueba con el hecho concreto"*.
137. De la lectura de la resolución atacada de nulidad, surge palmariamente que se han analizado los hechos y la prueba, de la que se hizo un punteo pormenorizado, en relación a: i) la posición dominante del COLEGIO, su abuso y su participación en un acuerdo ilegal de fijación indirecta de precios de medicamentos y artículos de perfumería, prohibición de efectuar publicidad y de extender los horarios de atención al público, respecto de sus farmacias asociadas: se consideró la normativa aplicable al caso y las cláusulas y artículos anticompetitivos fijados en el RPF y en el Código de Ética; ii) la participación del COLEGIO, AFARTUC Y CIFARSUD en el acuerdo ilegal para prohibir o limitar los descuentos sobre los precios de medicamentos y artículos de perfumería, la publicidad y la extensión de los horarios de atención al público de sus farmacias asociadas.
138. Nos remitimos al texto de la referida resolución, que básicamente se reproduce en el apartado VIII.2.a *infra*.
139. Se puede apreciar, también, que se determinaron los efectos anticompetitivos de las conductas imputadas (restrictivo respecto de las farmacias, disminución de oferta de servicios farmacéuticos respecto de las aseguradoras de servicios de salud, y regulación artificial de los precios de medicamentos y artículos de perfumería en detrimento de los consumidores), y su encuadramiento dentro de la Ley N.º 25.156: abuso de posición dominante por parte del CFT [artículos 1º y 2º, incisos f) y j) de la ley referida]; y participación en un acuerdo colusorio por parte del CFT, AFARTUC y CIFARSUD [artículos 1º y 2º, incisos a), b) y g) de la ley referida].
140. Por otro lado, y no menos importante, es el hecho de que todas las encartadas presentaron sus descargos y ejercieron sus derechos teniendo la posibilidad de rebatir



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

los argumentos de la imputación realizada y ofrecer prueba, por lo que no se vislumbra cuál sería el sustento de la nulidad impetrada.

141. Finalizando, entonces, por las consideraciones precedentemente vertidas, se aconsejará el rechazo del planteo de nulidad efectuado por AFARTUC y por CIFARSUD.

VI. EL COMPROMISO PROPUESTO (ART. 36 DE LA LEY 25.156)

142. A fs. 1529vta. AFARTUC y a fs. 1547 CIFARSUD, solicitaron la suspensión del procedimiento y, transcurrido el plazo legal, el archivo de las actuaciones de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de la Ley N.º 25.156, en virtud de las cartas documento remitidas al CFT y a AFARTUC por parte de CIFARSUD; y al CFT y a CIFARSUD, por parte de AFARTUC, en las que ponen en conocimiento de los destinatarios que *"por voluntad unánime de la asamblea convocada al efecto, se decidió dar de baja el acta compromiso de fecha 11 de noviembre de 2008"* (conf. cartas documento obrantes a fs. 1537 y fs. 1538 de fecha 6 de diciembre; y fs. 1550 y fs. 1551 de fecha 7 de diciembre de 2016).

143. Respecto de esas dos solicitudes, en la Resolución CNDC N.º 4, de fecha 12 de enero de 2017, se consideró: *"Que en relación a la aplicación del instituto previsto en el artículo 36 de la Ley N.º 25.156, los planteos efectuados tanto por AFARTUC como por CIFARSUD no reúnen los recaudos de ley y, por lo tanto, no serán considerados procedentes. Sin perjuicio de su oportuna consideración en caso de que las partes decidan acogerse al referido instituto en debida forma"* (conf. fs. 1566, último párrafo).

144. Mediante presentación de fecha 29 de junio de 2017, obrante a fs. 1795, CIFARSUD y AFARTUC, por presentación conjunta, ratificaron sus presentaciones anteriores y manifestaron:

"I... Que asimismo como consta en el cuerpo 6 asambleas de ambas instituciones se reunieron y dejaron sin efecto formalmente lo que de hecho nunca existió como consta formalizado en las cartas documentos que se adjuntaron.

II. Que el compromiso que ofrecemos es básicamente a lo que se reduce la presunta conducta, comprometerse a no firmar ni convenir ni de ningún modo expresar ni acordar con ninguna persona natural ni jurídica algún control sobre los descuentos que puedan realizar los asociados a las dos entidades que represento, y ante cualquier duda sobre cualquier tipo de cuestión que pueda incidir en el precio o descuentos que tenga carácter general solicitar opinión a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

III. A su vez, ofrecemos la abstención de regular o inducir de ningún modo la publicidad de los asociados en torno a descuentos u otro tipo de beneficios comerciales.

IV. Observar estrictamente las normas de la ley de defensa de la competencia y ante cualquier duda presentarnos directa y/o a través de los asociados individualmente (a cuyo fin ofrecemos la base de datos de los mismos para que la CNDC pueda monitorear conforme marca la ley el cumplimiento del compromiso) ante la autoridad de Competencia a solicitar su opinión sobre medidas o resoluciones que haya que tomar que incidan o puedan incidir en la evolución del presente compromiso.

V. Concluyendo y concretando en nombre de mis representados presento formalmente (nuevamente) el presente compromiso, sin reconocer hechos ni derecho ni culpabilidad alguna en la conducta por la que se les investiga, ni efectos de ningún tipo de la presunta conducta, ni daños a la cadena ni a los consumidores, con el objetivo de solicitar que aceptado el compromiso de conducta ofrecido que implica a) no regular ni incidir de ningún modo en el precio de descuento o modalidades de comercialización de los medicamentos que impliquen mejoras para el consumidor aún respecto de los precios determinados en el KAIROS; b) no regular ni inducir de ningún modo a los miembros de las presentes asociaciones sobre publicidad comercial; c) solicitar (a) la autoridad de competencia de la República Argentina su opinión sobre toda medida de carácter general que pueda o tenga potencial de ser considerada violatoria de la ley de Defensa de la Competencia.

VI. Solicito a la Autoridad de competencia de la República Argentina acepte el presente compromiso realizado de buena fe y no aplique sanciones de ningún tipo (ni pecuniarias ni de apercibimientos) a mis representadas que han obrado en todo momento de buena fe y en el convencimiento de cumplir un rol relevante en la cadena de comercialización de medicamentos y dando un aporte a la salud pública."

145. Con fecha 5 de julio de 2017, se ordenó correr vista por el plazo de diez (10) días a la denunciante, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 36 del Decreto N.º 89/2001 y artículo 1º, inciso e), apartado 4), de la Ley N.º 19549, de aplicación supletoria conforme lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley N.º 25.156, lo que fue debidamente notificado el día 18 de julio de 2017.

146. La vista fue contestada por la denunciante en tiempo oportuno, mediante presentación de fecha 1 de agosto de 2017, en la que manifestó que no se opone a los ofrecimientos



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

efectuados por AFARTUC y CIFARSUD, pero que ratifica que han sido parte necesaria de la maniobra distorsiva de la competencia que se les imputó en este expediente.

147. Procede en esta instancia dictaminar sobre la propuesta efectuada por AFARTUC y CIFARSUD.
148. Prevé el art. 36 de la Ley N.º 25.156: *"Hasta el dictado de la resolución del artículo 34 el presunto responsable podrá comprometerse al cese inmediato o gradual de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ello. El compromiso estará sujeto a la aprobación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia a los efectos de producir la suspensión del procedimiento. Transcurridos tres (3) años del cumplimiento del compromiso del presente artículo, se archivarán las actuaciones"*.
149. Del estudio de los antecedentes de esta CNDC se desprende que la aprobación del compromiso previsto en el artículo antes mencionado es de carácter restrictivo, fundamentalmente porque el bien jurídicamente protegido, la competencia y el interés económico general, trasciende la simple voluntad de los administrados, y porque la administración no puede disponer libremente de él cuando una conducta lo ha menoscabado gravemente.
150. En el caso concreto, las pruebas producidas a lo largo de esta investigación, que llevaron a la imputación de las encartadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley N.º 25.156, y la apreciación de dichas pruebas que determinaron la plena convicción de una real afectación al interés económico general, impide que el compromiso propuesto sea considerado como el remedio más eficiente para poner fin a esta investigación.
151. Por el contrario, esta CNDC ha sostenido de manera reiterada que *"si en casos como el presente se aceptara el compromiso ofrecido por las partes, sería muy sencillo para cualquier empresa incurrir en conductas prohibidas para luego, frente a la inminencia de una sanción, limitarse a presentar un compromiso de abstenerse de realizar esa conducta en lo sucesivo. Por ende, en ese caso, la LDC no constituiría un factor tendiente a disuadir a las empresas de realizar conductas anticompetitivas"* (*"COOPERTIVA ENTRERRIANA DE PRODUCTORES MINEROS LTDA. S/ INFRACCIÓN A LA LEY 22.262"*, Expte. N.º 064-011479/1999, C. 505, Dictamen N.º 417, entre otros).
152. Deben valorarse también, las circunstancias particulares en que se ha presentado el compromiso bajo análisis. En primer lugar, si bien conforme lo establece el artículo 36 de la LDC que se transcribió *ut supra*, el compromiso puede ser presentado hasta el dictado



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

de la resolución final, lo cierto es que la solidez de la imputación efectuada y la inminencia de la sanción, descartan de plano la viabilidad del compromiso propuesto; máxime teniendo en cuenta la extensa duración de la conducta prohibida (más de dieciséis años), de vital importancia para descartar todo análisis de costo-beneficio entre el tiempo que podría llevar probar la conducta y el perjuicio que se podría evitar al aceptar el compromiso.

153. Es de suma relevancia, también, tener en cuenta el tipo de conducta anticompetitiva de que se trata, considerada de suma gravedad y de prioritario tratamiento por todas las agencias de competencia, lo que amerita no sólo el rechazo del compromiso propuesto, sino la aplicación de una sanción efectiva y acorde a la severidad de la infracción cometida.

154. En virtud de lo expuesto, probanzas de autos y su valoración, y extensión del período en que se ha llevado a cabo la conducta, se aconsejará no aceptar el compromiso propuesto.

VII. ANÁLISIS JURÍDICO ECONÓMICO

VII.1. MERCADO RELEVANTE

155. La conducta imputada –a saber: la instrumentación de un acuerdo anticompetitivo a nivel de las farmacias en la provincia de Tucumán para limitar los descuentos sobre los precios de lista y también restringir la publicidad y extensión de horarios de atención al público–, se produce en lo que constituye el último eslabón de la cadena de valor de la industria farmacéutica: la dispensa o comercialización minorista.

156. Conforme a la legislación de medicamentos nacional y provinciales, sólo las farmacias se encuentran autorizadas para realizar la dispensa de medicamentos, bajo receta o de venta libre. Asimismo, también se establece que las farmacias deben estar dirigidas por un profesional farmacéutico. En este sentido, cabe advertir que la dispensa de medicamentos es una actividad que se realiza en condiciones de exclusividad y por tanto sin competir con cualquier otro tipo de canal de dispensa minorista.

157. Asimismo, las farmacias de modo complementario suelen también vender otros tipos de artículos relacionados con la salud y el cuidado personal, tales como artículos de tocador y perfumería, leches maternizadas y suplementos nutricionales. La venta de estos productos se realiza en competencia.

158. Por ello, el mercado relevante en relación a la dispensa o comercialización minorista de medicamentos en la provincia de Tucumán, es una actividad que las farmacias realizan



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

en condiciones de exclusividad o monopolio legal. Esta actividad es recogida en el clasificador nacional de actividades económicas de la AFIP como "477310: Venta al por menor de productos farmacéuticos y de herboristería", que es la actividad principal que las farmacias deben declarar a los efectos tributarios.

159. Cabe destacar que en este mercado las imputadas participan de dos modos. Por un lado, condicionando la oferta, por cuanto obligan a sus farmacias asociadas a comportarse de una determinada manera en el mercado, limitando su capacidad y voluntad para competir. Por otro lado, obteniendo beneficios, por cuanto el grueso de sus ingresos proviene del porcentaje de la facturación que retienen a sus asociadas en concepto de intermediación con las distintas obras sociales, mutuales y similares con las cuales existen convenios administrados por las imputadas. Las imputadas tal como está planteada la actividad, son actores imprescindibles para que los beneficiarios de las obras sociales, mutuales y demás, accedan a los medicamentos.

160. En relación al mercado geográfico, éste se encuentra circunscripto a toda la provincia de Tucumán, ya que la conducta imputada involucra a todas las farmacias habilitadas en la referida provincia.

VII.2. ANÁLISIS DE LA PRUEBA Y LOS ALEGATOS.

VII.2.a. LA IMPUTACIÓN

161. Esta Comisión Nacional, oportunamente entendió que la prueba producida y recabada en la instrucción del sumario, resultaba suficiente para imputar al COLEGIO, a AFARTUC y a CIFARSUD, por las presuntas conductas anticompetitivas enunciadas precedentemente, y con fundamento en el análisis que se transcribe a continuación.

La posición dominante del COLEGIO, su abuso y la instrumentación de un acuerdo ilegal de precios, inversión en publicidad y horarios de apertura y cierre entre sus farmacias afiliadas.

162. En relación a la posición dominante del COLEGIO respecto del servicio de farmacia o dispensa de medicamentos (venta al por menor de productos farmacéuticos y de herboristería), se deben considerar las siguientes pruebas: a) se encuentran funcionando en la provincia de Tucumán 653 farmacias (361 en San Miguel de Tucumán, y 292 en el interior de la provincia) según informe del Ministerio de Salud de la Provincia de Tucumán obrante a fs. 972; no obstante, de acuerdo a la información brindada por las entidades involucradas en autos, habría un total de 675 farmacias, y este es el número que se



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

tendrá en cuenta en el presente análisis; y b) a fs. 497, el COLEGIO informó que 579 farmacias se encuentran adheridas al Sistema de Prestaciones Farmacéuticas (la totalidad de las asociadas al COLEGIO, de las cuales 450 se encuentran radicadas en San Miguel de Tucumán), lo que representa el 85,77% del total de las farmacias que funcionan en la provincia de Tucumán.

163. En cuanto a la posición dominante del COLEGIO respecto de las Obras Sociales, Mutuales y otros entes con los que contrata para brindarles el servicio farmacéutico a través de las farmacias adheridas al Sistema de Prestaciones Farmacéuticas, debe considerarse que el COLEGIO posee contrato con 54 prestadores de servicios de salud (conf. fs. 248), dentro de los cuales se encuentra el suscripto con el INSTITUTO DE PREVISIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL DE TUCUMÁN - SUBSIDIO DE SALUD (IPSST-SS), que es la Obra Social provincial, y que aglutina a la mayor cantidad de afiliados (312.529 sin contar afiliados por reciprocidad⁶), conforme informó a fs. 495, y comparando la cantidad de afiliados del resto de las coberturas sociales (conf. planillas obrantes a fs. 991/1006).
164. En cuanto al comportamiento del COLEGIO y concordantemente con lo que se viene exponiendo, no se encuentra controvertido en autos, que el COLEGIO sancionó con apercibimiento al Director Técnico de la farmacia DEL PUEBLO, Carlos Alberto BRAVO, por efectuar y promocionar descuentos en los precios de algunos medicamentos de venta libre y artículos de perfumería y por realizar publicidad.
165. A fs. 35/37 consta la Resolución N.º 227/11 emitida por el Consejo Directivo del COLEGIO que resuelve la formación de causa disciplinaria en contra del Farmacéutico Carlos Alberto BRAVO, Director Técnico de la Farmacia del Pueblo sita en la calle Jujuy 120 de la ciudad de San Miguel de Tucumán, por la presunta infracción a la Ley Provincial N.º 5483 y a la Ley Nacional N.º 17565, al Código de Ética y al Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas.
166. A fs. 54/56 obra la Resolución 05/12 de fecha 19 de junio de 2012, en la cual el Honorable Tribunal de Ética y Disciplina del COLEGIO resolvió sancionar al Farmacéutico Carlos Alberto Bravo, con apercibimiento según lo previsto en el Art. 66 de la ley N.º 5483.

⁶ Afiliados de otras Obras Sociales Provinciales en tránsito en la provincia de Tucumán.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

167. El COLEGIO fundó la referida sanción en las disposiciones legales, estatutarias y reglamentarias que regulan la actividad farmacéutica en la provincia de Tucumán, que se analizan a continuación.

Ley 5483 (fs. 119/126)

168. "Título III: Del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán. Art. 57: Es función de la Asamblea considerar y aprobar el reglamento interno del Colegio de Farmacéuticos y sus modificaciones".

169. "Art. 66: Corresponde al Consejo Directivo:...5) Celebrar convenios de asistencia farmacéutica con mutuales, obras sociales u otros entes, ajustados a los siguientes principios: propender al abaratamiento de los productos; respetar la libertad de comercio; no ser obligatorio para los colegiados disidentes...9) Defender los legítimos derechos e intereses profesionales, el honor y la dignidad de los farmacéuticos, velando por el decoro e independencia de la profesión...11) Velar por el cumplimiento de las normas legales y demás disposiciones atinentes al ejercicio profesional...15) Comunicar al Tribunal de Ética y Disciplina, a los efectos de las sanciones correspondientes, los antecedentes de las faltas previstas en esta Ley o las violaciones del reglamento interno, cometidas por los colegiados...16) En general, cumplir con las atribuciones y deberes que le competen, estatuidos en la presente Ley...".

Sistema de Prestaciones Farmacéuticas (SPF), regulado por el Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas (RPF) (fs. 66/67)

170. El Sistema de Prestaciones Farmacéuticas que utiliza el COLEGIO se encuentra regulado por un Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas. Dicho reglamento fue dictado por el COLEGIO, a los efectos de intermediar en relación a las prestaciones farmacéuticas efectuadas por los profesionales farmacéuticos a los afiliados de Mutuales, Obras Sociales y otros entes.

171. El COLEGIO negocia las condiciones prestacionales con estas entidades en nombre de todas las farmacias adheridas al sistema, a la vez que provee de un sistema administrativo contable al efecto.

172. Por tanto, los servicios mencionados se prestan únicamente a las farmacias que se adhieren al Sistema de Prestaciones Farmacéuticas, siendo la adhesión al mismo –en principio– voluntaria.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

173. Asimismo, la adhesión al Sistema de Prestaciones Farmacéuticas es individual y se instrumenta mediante una solicitud de adhesión que debe presentarse por escrito conjuntamente con una copia del Reglamento de Prestaciones el que deberá ser suscripto por el Director Técnico de la Oficina de Farmacia.
174. En ese sentido, según ha manifestado la parte denunciada, en caso de adherirse las farmacias quedan obligadas a cumplir todas las cláusulas establecidas en el reglamento. Y ante la presunta comisión de una infracción por parte de los colegiados, el COLEGIO debe disponer la formación de causa disciplinaria dictando la correspondiente resolución al efecto, para luego pasar los antecedentes al Tribunal de Ética y Disciplina.
175. Las cláusulas del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas emitido por el COLEGIO que se analizarán a continuación, resultan palmariamente claras en cuanto a las restricciones a la competencia impuestas a las farmacias adheridas.
176. *"ARTÍCULO PRIMERO: El COLEGIO está facultado a suscribir convenios con Mutuales, Obras Sociales y otros entes conforme lo autoriza la Ley Provincial 5483, quedando las farmacias que se adhieran al Sistema de Prestaciones Farmacéuticas obligadas a aceptar y cumplir los compromisos de asistencia farmacéutica que asuma el Colegio, a no suscribir por cuenta propia ni por intermedio de otras instituciones contrato de prestaciones farmacéuticas con las instituciones vinculadas directamente con el Colegio y a no afiliarse a otras instituciones con el objeto de suscribir convenios de prestaciones farmacéuticas".*
177. Por su lado, el ARTÍCULO DÉCIMOSEGUNDO, dispone: *"Cuando el Colegio decidiera la rescisión de la relación contractual que lo vincula con una Obra Social, Mutual u otros entes, las farmacias adheridas quedarán inhibidas de relacionarse contractualmente con la entidad de que se trate durante el término de seis meses a partir de la fecha en que cesó la relación contractual entre el Colegio y la entidad respectiva".*
178. Mediante esta prohibición, se deja a la obra social, mutual o entidad de servicios de salud que se desvincula del COLEGIO, sin las prestaciones de 579 farmacias adheridas al Sistema de Prestaciones Farmacéuticas, que representan el 85,77% del total de las farmacias que funcionan en la provincia de Tucumán, por el lapso de seis meses.
179. Además, por aplicación del ARTÍCULO PRIMERO *transcripto ut supra*, tampoco podrían esas farmacias contratar con esas entidades de servicios de salud, porque la farmacia que se encuentre adherida al Sistema de Prestaciones Farmacéuticas del COLEGIO,



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

tiene prohibido contratar "con otras instituciones con el objeto de suscribir convenios de prestaciones farmacéuticas", o sea que, indirectamente, tampoco puede acceder a los contratos con prestadores de servicios de salud que hayan suscripto AFARTUC o CIFARSUD⁷.

180. Las cláusulas de exclusividad sirven en tales casos como una forma de constituir y preservar el poder de mercado que detenta el COLEGIO y de abusar de su posición dominante imponiendo condiciones que perjudican a las obras sociales, mutuales y otros administradores de fondos para la salud, dado que les niega la alternativa de contratar independientemente con un grupo significativo de farmacias, ampliando la cobertura geográfica de sus servicios. Sus efectos sobre la competencia son por lo tanto restrictivos, perjudicando el interés de afiliados de dichas entidades y de la clientela en general de las farmacias, así como también el interés de aquellas farmacias que estarían dispuestas a ofrecer independientemente sus servicios o de ofrecer sus servicios a través de otras instituciones intermediarias si dicha acción no significara perder la posibilidad de participar en los contratos que el COLEGIO ha celebrado.
181. El ARTÍCULO NOVENO, dispone: "Las farmacias adheridas al sistema de prestaciones se comprometen a: a) NO efectuar descuentos superiores al diez por ciento (10%) sobre el precio de venta al público, de especialidades medicinales que establezca Kairos y el Manual Farmacéutico; b) NO realizar descuentos adicionales sobre descuentos de Obras Sociales que tienen convenios con el Colegio, para garantizar la igualdad prestacional. C) NO efectuar publicidad y/o propaganda selectiva o masiva de descuentos y ofertas de especialidades medicinales, tanto en vidrieras, murales o cualquier otro medio periodístico, sean éstos gráficos, televisivos, radiales o de cualquier otra naturaleza, como así también toda propaganda de carácter público que resulte lesiva a la naturaleza de la profesión y el decoro del ejercicio profesional; y d) NO permanecer abiertas con atención al público fuera de los horarios comerciales en perjuicio de las oficinas de farmacia que se encuentren de guardia; exceptuándose a las farmacias con extensión horaria autorizadas por el Departamento de Fiscalización Farmacéutica".
182. En concordancia con el precitado ARTÍCULO NOVENO del Reglamento, el Código de Ética refuerza esta disciplina a través de sus artículos 19 y 31 por los cuales se impide la baja de los precios por medio del otorgamiento de descuentos, no sólo respecto de

⁷ Asociaciones que luego analizaremos en profundidad y que también prestan servicios a las farmacias como el COLEGIO.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

especialidades medicinales, sino también incluyendo la perfumería y otras secciones anexas a la farmacia, según se detalla más adelante; además de prohibir realizar anuncios de publicidad.

183. El ARTÍCULO DÉCIMOTERCERO faculta a suspender o excluir del Sistema de Prestaciones Farmacéuticas a los farmacéuticos que no cumplan con las obligaciones impuestas por el COLEGIO.

184. La precitada facultad ha sido efectivamente ejercida contra la denunciante, BRADEL DEL PUEBLO SRL, en evidente represalia por su política de descuentos en los precios de los medicamentos y otros productos.

185. Esta CNDC entiende que la prueba evidencia que el Colegio ha tenido la manifiesta intención de suprimir la competencia en precios entre las farmacias asociadas a lo largo de los 16 años de duración de la conducta, con el fin de acotar la libertad que cuentan para fijar los de los productos que comercializan (desde medicamentos hasta artículos de perfumería), cartelizando la oferta y así afectando directamente al bien tutelado por la Ley 25.156, lo cual constituye una de las infracciones más graves que pueden producirse al régimen de defensa de la competencia. Adicionalmente, esta supresión de la competencia se ha extendido hacia otras dimensiones en las cuales las farmacias también tienen cierto grado de libertad para competir entre sí: inversión en publicidad y horarios de apertura/cierre, lo cual deteriora aún más el servicio que las farmacias asociadas pueden prestar al público.

186. Cabe destacar que hace casi veinte años, esta Comisión Nacional ha tenido oportunidad de expedirse en un caso similar y en similar sentido, señalando que *“existe peligro para el interés económico general cuando, por las restricciones para el correcto funcionamiento del mercado, los operadores que actúan en él se ven privados de los beneficios que la puja competitiva puede traer aparejados. Los principales perjudicados en este caso son los adquirentes de medicamentos, que se ven privados de obtener menores precios en productos esenciales para la salud y una mejor atención en cuanto a horarios”*⁸.

187. En un caso similar ocurrido en Italia, la autoridad de competencia (Autorità Garante Della Concorrenza e Del Mercato – AGCM), sancionó a una asociación de farmacias

⁸ “Cámara Argentina de Farmacias c/ Colegio Oficial de Farmacéuticos y Bioquímicos de la Capital Federal”, Expte. N.º 25202/85 (C. 154), Resolución SCI N.º 12/86.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

(FEDERFARMA) de la provincia de Teramo, por limitar e imponer a sus miembros descuentos máximos que podrían aplicarse en los precios de los medicamentos de venta libre (OTC)⁹.

188. En dicha ocasión, el mercado relevante analizado por la autoridad italiana fue el de distribución al por menor de productos farmacéuticos de venta libre en la provincia de Teramo, que pertenece a la región de Abruzzo. Las farmacias en dicha provincia eran 91, de las cuales aproximadamente 82 eran privadas, mientras que en la ciudad cabecera homónima existían alrededor de 10 farmacias.

Código de Ética (conf. fs. 127/130)

189. En concordancia con las prohibiciones y limitaciones dispuestas en el RPF, el COLEGIO dictó un Código de Ética, que le permite tomar medidas disciplinarias a través del Tribunal de Ética y Disciplina, contra quienes no cumplan las restricciones a la competencia impuestas. Se enuncian a continuación, los artículos relevantes para el caso:

190. **“Art. 5°: El profesional farmacéutico debe combatir....la cadena de farmacias”.**

191. Si el SIPROSA, que es quien fiscaliza y regula la actividad, permite a los farmacéuticos, como en el caso de los integrantes de BDP, explotar once (11) farmacias, el Colegio no puede oponerse sancionando a los colegiados que se encuentran debidamente autorizados por la autoridad competente.

192. **“Art. 12: La oferta de su trabajo debe hacerse en forma igualitaria con los demás colegas. Esta obligación es concordante con el principio de la libre elección de la farmacia por parte del enfermo, que se obliga a respetar y difundir. Quédale prohibido, en consecuencia, toda competencia comercial, toda actitud, publicidad, propaganda y oferta de servicios o productos que no se base en medios establecidos en este Código o no hayan sido aprobados por la autoridad sanitaria oficial. En particular, queda prohibido hacer descuentos, ofertas o cualquier otra forma de atracción de clientela que no sean las previstas en estos estatutos”.**

193. **“Art. 19: Son actos contrarios a la ética y por tanto, quedan prohibidos:...d) la competencia desleal en el funcionamiento de las farmacias, haciendo indebidos descuentos, atendiendo fuera del horario legal”.**

⁹ 1684 - FEDERFARMA TERAMO-SCONTI SUI PREZZI AL PUBBLICO, *Provvedimento n. 18421*; ver en: <http://www.agcm.it/component/domino/download/41256297003874BD/4A7DD276CB7D9960C125749B004BAA0D.html?a=p18421.pdf>



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

194. **"Art. 19...e)**...ofrecer o hacer publicidad por la sección perfumería que dé la farmacia o tratar a esa sección como si fuera un negocio independiente del servicio farmacéutico".
195. **"Art. 31:** Están expresamente reñidas con la ética farmacéutica los siguientes anuncios...: b) ...los que explícita o implícitamente mencionen listas de precios o descuentos. c) los que anuncien rebajas o liquidación en secciones anexas a la farmacia, como es la perfumería".
196. De los artículos transcritos del Código de Ética surge que el COLEGIO se atribuye la regulación de los precios de los medicamentos, artículos de perfumería y otros que se expenden en las farmacias adheridas, así como su inversión en publicidad y propaganda y sus horarios de apertura y cierre (conf. fs. 220vta.).
197. Hasta aquí se ha analizado y queda acreditada *"prima facie"* la posición dominante del COLEGIO y su abuso en el mercado de servicios farmacéuticos en la provincia de Tucumán, constituyendo una conducta prohibida por la Ley N.º 25.156, art.1 y art. 2, incisos f) y j)).

La participación del COLEGIO, CIFARSUD y AFARTUC en el acuerdo ilegal para prohibir o limitar descuentos, prohibir publicidad y la extensión de horarios de apertura y cierre de sus farmacias afiliadas.

198. En relación al servicio de gestión de facturación y cobro del porcentaje cubierto por las obras sociales y entidades de servicios de salud¹⁰, además del COLEGIO, funcionan otras dos instituciones que prestan ese servicio a las farmacias que se adhieran al mismo: "AFARTUC y CIFARSUD"¹¹.
199. A fs. 267, CIFARSUD informó que posee 51 farmacias asociadas, 7 en San Miguel de Tucumán y 44 en el interior de la provincia, lo que representa un 7,56% del total. Asimismo, contrata con 12 prestadores de servicios de salud; y que "Las farmacias adheridas a nuestra institución no efectúan ningún tipo de descuento al público por ventas de medicamentos a través de las Obras Sociales".
200. Por su parte, a fs. 283/285 AFARTUC, informó que contrata con 19 prestadores de servicios de salud; y que posee 45 farmacias adheridas: 27 en San Miguel de Tucumán,

¹⁰ Según lo informado por CIFARSUD a fs. 1026vta., las farmacias *"atienden bajo dos grandes modalidades, al contado alcanza un 25% de la facturación"*, y el porcentaje restante correspondería a las ventas en el marco de la seguridad social.

¹¹ Por tales servicios, perciben un porcentaje del total de la facturación: COLEGIO 2%; AFARTUC 2%; y CIFARSUD 2,5% (conf. fs. 64, art. 15; 285 y 268, respectivamente).



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

8 en Gran Tucumán y 10 en el interior de la provincia, lo que representa el 6,67% restante sobre el total de farmacias habilitadas.

201. A fs. 131/147, consta el contrato suscripto entre INSTITUTO DE PREVISIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL DE TUCUMÁN - SUBSIDIO DE SALUD (IPSST-SS) con el COLEGIO, AFARTUC y CIFARSUD, de fecha 28 de septiembre de 2012 ⁽¹²⁾. Dicha institución es la entidad que nuclea al mayor número de beneficiarios del sistema de seguridad social de la provincia (aproximadamente 312.529 personas, de acuerdo a lo informado a fs. 495).
202. En virtud de lo expuesto anteriormente, las tres prestadoras de servicios de gestión de recepción y cobro de las facturaciones de prestaciones farmacéuticas (COLEGIO, AFARTUC y CIFARSUD), concentran la facturación de la totalidad de la oferta de servicios farmacéuticos de la provincia de Tucumán (es decir representan el 100% de las farmacias localizadas en provincia). Este hecho, implica que la farmacia que pretenda contar con esa masa de afiliados como clientela (nos referimos a beneficiarios del IPSST-SS), deberá adherirse, invariablemente, a alguna de esas instituciones, para poder prestar sus servicios.
203. A fs. 358, consta el "Acta Compromiso" suscripta entre el COLEGIO, AFARTUC y CIFARSUD de fecha 11 de noviembre de 2008 la que –como se mencionó *ut supra*–, se encuentra vigente de acuerdo a lo afirmado por el COLEGIO a fs. 370.
204. Mediante el referido instrumento, el COLEGIO, AFARTUC y CIFARSUD, que son las tres instituciones a través de las cuales contratan las distintas entidades aseguradoras de salud (Obras Sociales, Mutuales, Prepagas, etc.) y que realizan la gestión de la facturación y cobro de las ventas de los medicamentos realizadas a los beneficiarios de dichas aseguradoras se *"...comprometen al cumplimiento, por cada uno de sus asociados, de las siguientes normas: 1º) a) Compromiso de no efectuar descuentos superiores al 10% sobre el precio de venta al público de especialidades medicinales que fija el Manual Farmacéutico y la Agenda Kairos. b) No efectuar publicidad y/o propaganda selectiva o masiva de descuentos u ofertas de especialidades medicinales, tanto en vidrieras, murales o cualquier otro medio periodístico, sean éstos gráficos, televisivos, radiales, o de cualquier otra naturaleza, como así también de toda propaganda de carácter público que resulte lesiva a la naturaleza de la profesión y el decoro del ejercicio*

¹² Con vigencia a partir del 1 de octubre de 2012, y hasta que alguna de las partes manifieste su voluntad de dejarlo sin efecto, denunciando el mismo unilateralmente, de manera fehaciente.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

profesional. 2º) El incumplimiento o violación por parte de las Farmacias, del compromiso asumido por las Instituciones firmantes, facultará a las Autoridades de las mismas a suspender o excluir definitivamente a la Farmacia infractora de sus respectivos listados de prestadores. En caso de suspensión o exclusión definitiva se procederá a no recepcionar ni presentar la facturación de la Farmacia suspendida o excluida y a no realizar ningún tipo de gestión de cobro de servicios prestados con posterioridad a la fecha en que fuera comunicada fehacientemente la suspensión o exclusión de la Farmacia. Asimismo, las Instituciones firmantes se comprometen a no admitir en sus listados de prestadores a las Farmacias excluidas o suspendidas por las otras Instituciones firmantes mientras dure la sanción. Ello sin perjuicio, si correspondiera, de la formación de causa disciplinaria por el Consejo Directivo del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán y su elevación al Tribunal de Ética y Disciplina del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán” (la negrita pertenece al original).

205. En relación a la vigencia y cumplimiento del Acta Compromiso suscripto entre el COLEGIO, AFARTUC Y CIFARSUD, nos remitimos, en honor a la brevedad, a las consideraciones y pruebas mencionadas al momento de analizar el planteo de prescripción, en el apartado IV de este dictamen.
206. En cuanto a la aseveración del COLEGIO, respecto a que las farmacias pueden contratar otro sistema de prestaciones farmacéuticas que no sea el del COLEGIO, para eludir las obligaciones que se le imponen a través del REGLAMENTO DE PRESTACIONES FARMACÉUTICAS, esta Comisión considera que ello no constituye una opción para las farmacias, atento a que los otros dos sistemas de gestión de cobro que funcionan en la provincia de Tucumán (AFARTUC y CIFARSUD) –como ya se expresó–, han convenido con el COLEGIO excluir de su listado de prestadores a las farmacias que no respeten las condiciones relativas a la limitación o impedimento de efectuar descuentos, la prohibición de efectuar publicidad y la extensión de horarios, además de efectuar denuncia ante el COLEGIO para que inicie sumario disciplinario en caso de incumplimiento.
207. Concluyendo: tanto las disposiciones reglamentarias mencionadas precedentemente, como el acuerdo suscripto entre el COLEGIO, CIFARSUD y AFARTUC, tienen por objeto y efecto una cartelización de la oferta, instrumentada para fijar precios netos de descuentos en la comercialización minorista de medicamentos y productos de perfumería, para regular la inversión en publicidad y los horarios de apertura y cierre de



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

las farmacias, disponiendo sanciones y exclusiones del sistema a aquellas farmacias que quieren competir brindando mejores precios o servicios y no acatan dichos acuerdos, dejándolas fuera de los listados de prestadores del COLEGIO, CIFARSUD Y AFARTUC, y con ello también, fuera del servicio de gestión de cobro de los medicamentos cubiertos por las mayores obras sociales de la Provincia, que dichas instituciones gerencian.

208. Esta cartelización instrumentada por las imputadas ha afectado directamente a los consumidores al impedir que reciban mejores precios y calidad de prestación del servicio, por cuanto ha impedido la realización de mayores descuentos en precios, mayor publicidad informativa sobre los productos disponibles y horarios de atención ampliados o más cómodos.
209. En este sentido, en la imputación se ha dicho que las obligaciones que imponen el COLEGIO, CIFARSUD y AFARTUC para acceder al sistema de prestaciones farmacéuticas, afectarían a los consumidores y a la competencia de las farmacias entre sí (los arts. 1° y 9° del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas, los arts. 5°, 12°, 19° y 31° del Código de Ética y las Cartas Compromiso suscriptas en 2001 y 2008 entre el COLEGIO, CIFARSUD Y AFARTUC), y perjudicarían a las obras sociales, mutuales, empresas de medicina prepaga y demás entidades aseguradoras de la salud (los arts 1° y 12° del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas) constituyendo, "*prima facie*" todas ellas conductas prohibidas por la Ley N.° 25.156.
210. La imputación efectuada por esta CNDC, mereció los correspondientes descargos de las entidades imputadas, cuyos fundamentos se mencionan seguidamente.
211. Cabe aclarar, que sólo se mencionaran los argumentos que sean relevantes para la dilucidación del presente caso, obviando los manifiestamente improcedentes o inconducentes.

VII.2.b. DESCARGOS Y ALEGATOS RELACIONADOS CON LA NORMATIVA LEGAL APLICABLE

212. Argumentó el CFT (conf. fs. 1497/1520), que el servicio farmacéutico no es una actividad privada y/o comercial, y que la actividad farmacéutica es materia no delegada al gobierno nacional, resultando de competencia provincial. Se refirió luego a los derechos constitucionales a la salud y a la vida, y a que se trata de un servicio público impropio, en tanto si bien es regulado por el Estado, es prestado por particulares – en referencia a los profesionales farmacéuticos y las farmacias.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

213. Esta CNDC considera que el COLEGIO además de regular el ejercicio de la profesión del farmacéutico, desarrolla en paralelo una actividad económica o comercial claramente identificable, toda vez que presta servicios de intermediación en la facturación entre sus colegiados y los prestadores de servicios de salud contra el pago de un 2% de la facturación de sus colegiados¹³ y una cuota de inscripción al Sistema de Prestaciones Farmacéuticas (SPF)¹⁴; como también celebra convenios con distintas entidades de salud, facultado por el artículo 66 de la Ley 5483. Y esto sin dudas, implica estar sujeto a las leyes de la oferta y la demanda, en lo que refiere a dichos servicios de intermediación.
214. Sostuvo, además, que no puede configurarse posición dominante alguna, pues el COLEGIO no participa del mercado comercial, por tratarse de una persona jurídica pública no estatal sin fines de lucro creada por la Ley Provincial N.º 5483. El COLEGIO –agregó– *“sólo regula el ejercicio de la profesión del farmacéutico, conforme las normas nacionales y provinciales que se han dictado al efecto”*.
215. Aseveró que el art. 66 inc. 5) de la Ley N.º 5483 legitima al COLEGIO para celebrar acuerdos con los prestadores de salud (Obras Sociales, Mutuales, Prepagas, etc.), a los fines de que pueda beneficiarse todo profesional farmacéutico que adhiera voluntariamente al SPF.
216. Y agregó que *“es proporcional y adecuada la restricción de no efectuar descuentos superiores a los que fija el RPF, y no efectuar un tipo de propaganda y publicidad que resulte lesiva o distorsiva a la naturaleza de las prestaciones, porque como se ha dicho, el medicamento es un bien social básico y no meramente comerciable”* (conf. fs. 1499 vta.); y que, de prosperar la denuncia de BDP, *“...se dejaría impune la conducta de publicidad desleal, la cual es contraria a derecho, conforme el art. 9 del RPF y art. 31 del Código de Ética, actual art. 28 del Nuevo Código...”* (conf. fs. 1501 vta.).
217. Transcribió, luego, el art. 66, *in extenso*, de la Ley N.º 5483, para justificar el accionar del COLEGIO, afirmando que, como su conducta se ajusta a la norma, debería haberse atacado dicha norma (Ley N.º 5483) a través de una “acción declarativa de inconstitucionalidad”.
218. En relación a estos argumentos, cabe mencionar que la Ley N.º 5483, que crea el CFT, si bien en su art. 57 le otorga facultades a la Asamblea para considerar y aprobar su

¹³ Conf. ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO del RPF a fs. 67.

¹⁴ Conf. ARTÍCULO TERCERO del RPF a fs. 66.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

reglamento interno y sus modificaciones, también establece lineamientos en un todo de acuerdo con la Ley N.º 25.156, de defensa de la competencia.

219. En particular, el artículo 66 de la Ley N.º 5483, establece tres principios que también son propios de la ley de defensa de la competencia, a saber: *“Corresponde al Consejo Directivo...5) Celebrar convenios de asistencia farmacéutica con mutuales, obras sociales u otros entes, ajustados a los siguientes principios: propender al abaratamiento de los productos; respetar la libertad de comercio; no ser obligatorio para los colegiados disidentes...”* (el subrayado no corresponde al original).
220. Por lo tanto, el COLEGIO se encuentra obligado no sólo a cumplir con las disposiciones de su ley de creación, sino también con lo preceptuado en la Ley N.º 25.156, cuyo bien jurídico tutelado posee raigambre constitucional (conf. art. 42, Constitución Nacional).
221. El RPF dictado por el CFT y su Código de Ética, en las disposiciones analizadas anteriormente, infringen la Ley N.º 25.156, y, por lo tanto, carecen de fuerza legal, no pudiendo ser considerados fuentes de derecho por parte del CFT ni de obligaciones para sus colegiados/asociados.
222. Cabe notar que el Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas (RPF) excede, en mucho, las características propias de un reglamento interno, que es la figura prevista en la Ley Provincial N.º 5483. El RPF, regula las obligaciones y derechos de las partes no en relación a su colegiación, sino en relación a la actividad económica que realizan sus colegiados y que dicha institución intermedia con las entidades de servicios de salud, y por la que percibe el 2% de la facturación de sus asociados¹⁵.
223. En efecto, el Reglamento Interno contemplado en la Ley N.º 5483, ley que otorgó a la Asamblea su consideración y aprobación, tiene por objeto reglamentar las obligaciones de los colegiados y de los órganos que conforman el CFT. Basta remitirse al texto de los artículos 59, 60, 65, 66 y sgtes.
224. Volviendo al análisis de la legalidad del RPF, el CFT afirmó que en virtud del inciso 5 del art. 66 de la Ley N.º 5483, el COLEGIO, además del control de la matrícula de los farmacéuticos colegiados, se encuentra autorizado a celebrar convenios de asistencia farmacéutica con mutuales, obras sociales, etc. Y es en virtud de esa facultad legal que se instituyó un Sistema de Prestaciones Farmacéuticas (SPF) que se encuentra regulado por un Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas. Lo cierto es que la Ley N.º 5483 sólo

¹⁵ conf. RPF a fs. 66, art. 15.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

facultó al CFT a celebrar convenios, pero no a cartelizar las farmacias, presionar o castigar a sus colegiados, interferir en la libre contratación por parte de mutuales, obras sociales y otros entes y prohibir o limitar descuentos sobre el precio de venta de medicamentos y artículos de perfumería, hacer publicidad o manejar libremente los horarios de apertura y cierre, que redundarían en un beneficio para los pacientes/consumidores.

225. Nótese que el ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO, claramente evidencia el propósito de la entidad de interferir en la libre contratación entre farmacias y mutuales, obras sociales y similares cuando dispone que: *“Cuando el Colegio decidiera la rescisión de la relación contractual que lo vincula con una Obra Social, Mutual u otros entes, las farmacias adheridas quedarán inhibidas de relacionarse contractualmente con la entidad de que se trate durante el término de seis meses a partir de la fecha en que cesó la relación contractual entre el Colegio y la entidad respectiva”*.
226. Tal como se expresó en la Resolución SC N.º 51 (imputación) *“mediante esta prohibición, se deja a la obra social, mutual o entidad de servicios de salud que se desvincula del COLEGIO, sin las prestaciones de 579 farmacias adheridas al Sistema de Prestaciones Farmacéuticas, que representan el 85,77% del total de las farmacias que funcionan en la provincia de Tucumán, por el lapso de seis meses”*.
227. Más grave aún, el ARTÍCULO NOVENO del RPF, directamente establece un verdadero cartel dirigido a suprimir la competencia entre las farmacias que representa, impedir el abaratamiento de los medicamentos, ya que dispone que: *“Las farmacias adheridas al sistema de prestaciones se comprometen a: a) NO efectuar descuentos superiores al diez por ciento (10%) sobre el precio de venta al público, de especialidades medicinales que establezca Kairos y el Manual Farmacéutico; b) NO realizar descuentos adicionales sobre descuentos de Obras Sociales que tienen convenios con el Colegio, para garantizar la igualdad prestacional. C) NO efectuar publicidad y/o propaganda selectiva o masiva de descuentos y ofertas de especialidades medicinales, tanto en vidrieras, murales o cualquier otro medio periodístico, sean éstos gráficos, televisivos, radiales o de cualquier otra naturaleza, como así también toda propaganda de carácter público que resulte lesiva a la naturaleza de la profesión y el decoro del ejercicio profesional”*. Asimismo, también procede a una manipulación y restricción de la oferta al impedir la extensión de los horarios de atención al público, ya que dispone que: *“d) NO permanecer abiertas con atención al público fuera de los horarios comerciales en perjuicio de las oficinas de*



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

farmacia que se encuentren de guardia; exceptuándose a las farmacias con extensión horaria autorizadas por el Departamento de Fiscalización Farmacéutica”.

228. Estas limitaciones a la competencia que impone a las farmacias asociadas, son acompañadas y reforzadas por las sanciones dispuestas por el Código de Ética a los profesionales colegiados, a través de sus artículos 19 y 31 que se transcriben *infra*.
229. El ARTÍCULO DÉCIMOTERCERO faculta a suspender o excluir del Sistema de Prestaciones Farmacéuticas a los farmacéuticos que no cumplan con las obligaciones impuestas por el CFT, facultad que ha sido efectivamente ejercida contra la denunciante, BRADEL DEL PUEBLO S.R.L., en evidente represalia por su política de descuentos en los precios de los medicamentos y otros productos, y por publicitar esos beneficios para los consumidores.
230. Explicó también, el Presidente del CFT, que el referido RPF autoriza al COLEGIO a intermediar entre las prestaciones farmacéuticas brindadas por los colegiados, y las mutuales, obras sociales y otros entes, negociando en nombre de todas las farmacias adheridas al sistema; y a su vez el COLEGIO les provee de un sistema administrativo-contable para el cobro de las facturaciones realizadas por las farmacias a las obras sociales, mutuales, etc. Como sostuvo el propio CFT, es el RPF el que autoriza al COLEGIO a intermediar, etc., etc., no la Ley N.º 5483.
231. Como ya se mencionó *ut supra*, en concordancia con las prohibiciones y limitaciones dispuestas en el RPF, el CFT dictó un Código de Ética, que le permite tomar medidas disciplinarias a través del Tribunal de Ética y Disciplina, contra los farmacéuticos y las farmacias que no cumplan las restricciones a la competencia impuestas no sólo por el CFT, sino también por las otras dos imputadas, AFARTUC y CIFARSUD, dado que ejerce el control de la matrícula de los farmacéuticos.
232. El Código de Ética es, en este sentido, el instrumento necesario e idóneo para hacer viable y durable en el tiempo la supresión de la competencia entre las farmacias de toda la provincia de Tucumán.
233. Es dable resaltar la persistencia del CFT en su conducta, ya que a fs. 1515/1520 aportó la copia simple de un supuesto nuevo Código de Ética, que mantiene el sentido de todos los artículos cuestionados en esta investigación (vgr.: el “actual” artículo 28 resulta idéntico al anterior artículo 31: *“Están expresamente reñidas con la ética farmacéutica los anuncios, por cualquier medio de comunicación que anuncien precios, descuentos,*



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

ofertas o rebajar en medicamentos, cualquiera sea su tipo de expendio (venta libre, bajo receta archivada, bajo receta oficial) y cualquiera sea su denominación, origen, procedencia y destino”). Nótese que esta prohibición atenta directamente contra el interés económico de la clientela que atienden, es decir, la población de toda la provincia de Tucumán.

234. Por último, detalló lo que, a su entender, serían incumplimientos por parte del denunciante que ameritaron la sanción impuesta por el COLEGIO en relación a la publicidad efectuada por BDP y el sumario administrativo llevado a cabo por el Tribunal de Ética del COLEGIO.
235. Toda la folletería aportada al sumario administrativo iniciado por el COLEGIO ante el Tribunal de Ética, se refiere a descuentos sobre medicamentos de venta libre y promociones respecto de artículos de perfumería y de limpieza; por lo que el argumento del CFT afirmando que dicha publicidad induce al consumo indebido de medicamentos, y que su accionar tuvo por objeto proteger la salud pública, no hace más que confirmar la existencia de la práctica de cartelización que en estos actuados se investiga.
236. En su alegato, que obra a fs. 1799/1801, el CFT afirmó que no realiza actos persecutorios respecto de la denunciante, sino que *“cumple con un mandato legal, aplicando la sanción correspondiente a la conducta desplegada por el señor Bravo”*, lo que se desprendería del Decreto 3440-21-MDP y del Código de Ética del año 2016.
237. El Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N.º 3440-21-MDP (que se puede consultar *in extenso* a fs. 1507/1514), hizo lugar al recurso de alzada interpuesto por el CFT, y determinó que no se pueden habilitar más farmacias, aparte de las once (11) que ya están en funcionamiento, a nombre de los titulares del grupo de farmacias de la denunciante, por haber interpretado de manera distinta a la efectuada por el Departamento de Fiscalización Farmacéutica y Tecnología Médica del Sistema Provincial de Salud – SIPROSA, el artículo 26 de la Ley N.º 5483. El referido decreto se encuentra recurrido, según manifestó la denunciante.
238. Sobre el particular, esta CNDC ya se ha expedido en el sentido de que si el SIPROSA, que es quien fiscaliza y regula la actividad, permite a los farmacéuticos, como en el caso de los integrantes de BDP, explotar once (11) farmacias, el Colegio no puede oponerse sancionando a los colegiados que se encuentran debidamente autorizados por la autoridad competente, o negarse a su adhesión al SPF.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

239. Es precisamente la vía recursiva utilizada, el medio legal para hacer valer sus objeciones, y debe atenerse a lo definitivamente resuelto por la autoridad competente. Pero de ninguna manera puede el COLEGIO adelantarse a dicha decisión final, y arrogarse funciones sancionatorias que exceden sus facultades.
240. En suma, esta CNDC considera que en modo alguno la legislación que otorga al CFT el monopolio legal de contralor de la matrícula de los profesionales farmacéuticos en la provincia de Tucumán, puede instrumentarse a fines de articular un acuerdo que afecte los precios de los medicamentos, evidentemente con alta capacidad de afectar a los consumidores y al interés económico general, una conducta indubitablemente anticompetitiva y por ende prohibida por la ley 25156, cuyo bien jurídico tutelado –la competencia– posee raigambre constitucional (conf. art. 42, Constitución Nacional).

VII.2.c. DESCARGOS Y ALEGATOS RELACIONADOS CON LA GESTIÓN DE FACTURACIÓN Y COBRO DE SERVICIOS FARMACÉUTICOS

241. Tanto AFARTUC como CIFARSUD sostuvieron que: 1) la gestión de facturación y cobro del porcentaje cubierto por las obras sociales, es llevada a cabo también por otras entidades, además del CFT, AFARTUC y CIFARSUD, como FARMALINK, FAR+, FAMANDAT, ASOFAR, MUTUAL FARMA SUR, etc.; 2) una misma farmacia puede estar asociada a las tres entidades (AFARTUC, CIFARSUD y CFT) e, inclusive, a otras nacionales; 3) que existen convenios con los administradores de seguros de salud (gerenciadoras) en las que participan todas las entidades sumariadas, y otros que no son comunes; 4) doce (12) o diecinueve (19) convenios de prestaciones sobre un total de 500 que existen en el mercado de la seguridad social, no son una amplia mayoría, por lo que las farmacias tienen un amplio mercado que no es administrado por las entidades imputadas; 5) el INSTITUTO DE PREVISIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL DE TUCUMÁN – SUBSIDIO SALUD (IPSST-SS) no nuclea al mayor número de beneficiarios del sistema de seguridad social de la provincia, *“ya que el PAMI representa una mayor cantidad de beneficiarios y aun así tomados juntos representan solo el 50% de la población, el restante universo está representado por todas las obras sociales sindicales, las prepagas y las personas sin cobertura o planes sociales como el Profe, el plan Remediar, o los planes materno infantiles”* (conf. fs. 1530).
242. En relación al convenio con el IPSST-SS, manifestaron que el mismo tiene por objeto *“el armado de una red que es del instituto y que será administrada por una empresa llamada Preserfar y que van a gerenciar un sistema de descuentos en favor del instituto con*



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

participación de los laboratorios”; y que conforme su cláusula 6, PRESERFAR “se reserva el derecho de incorporar farmacias al esquema de bonificaciones de los laboratorios bastando con comunicar su decisión al INSTITUTO y a los PRESTADORES”, lo que demostraría –según infieren–, “que las cámaras prestadoras no tienen ninguna injerencia en la incorporación de nuevas farmacias a la red conformada oportunamente en el anexo III del mismo convenio” (conf. fs. 1530vta, primer párrafo). Agregaron, en la misma línea de razonamiento, que las farmacias de Tucumán pueden solicitar su alta en forma directa a PRESERFAR o al propio IPSST-SS, para atender a sus afiliados.

243. Lo mismo ocurriría respecto del PAMI, pudiendo las farmacias requerir el alta prestacional ante FARMALINK o MUTUAL FARMA SUR o ASOFAR.
244. En sus alegatos (conf. fs. 1791/1794 y fs. 1799/1801), las tres entidades coincidieron en afirmar que de la prueba producida surge que: 1) cualquier farmacia puede contratar con las distintas administradoras directamente (ello surgiría de la información aportada por PRESERFAR, ADMIFARM, FAMANDAT y COMPAÑÍA DE SERVICIOS FARMACÉUTICOS); 2) que AFARTUC y CIFARSUD, en caso de tener convenio con esas administradoras, pueden representar a sus farmacias asociadas; 3) que la actividad farmacéutica se encuentra regulada, conforme surge del informe obrante a fs. 1762, remitido por la Dirección General de Fiscalización Sanitaria; 4) que es el denunciante quien detenta posición dominante, estando en mejor posición financiera en desmedro de las pequeñas farmacias, y que ha firmado convenio con prestadores con los cuales el CFT no celebró contrato.
245. Haciendo lugar a la prueba ofrecida por las imputadas, se requirió prueba de informes a PRESERFAR, FARMALINK, COMPAÑÍA DE SERVICIOS FARMACÉUTICOS Y FARM+, FAMANDAT S.A., ADMIFAR GROUP SALUD S.A., ASOCIACIÓN PROPIETARIOS DE FARMACIAS ARGENTINAS (ASOFAR) y ASOCIACIÓN MUTUAL FARMA SUR. A continuación, se enunciará lo informado por cada una de las entidades requeridas:
246. **ASOFAR** (fs 1589 y fs. 1687). No cumple actividad ni intermediación comercial. Sí brindan a las farmacias asociadas el servicio de recepción y presentación de liquidaciones referidas a las prestaciones de servicios farmacéuticos a las entidades de seguridad social. Del mismo modo dichas entidades giran los pagos para que esa asociación realice transferencias a cada uno de los asociados. No poseen vínculo comercial con el COLEGIO. Solo tienen unas pocas farmacias asociadas de la provincia de Tucumán, respecto de las cuales **sólo** efectúan presentaciones al INSSJP (PAMI).



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Informan cuáles son las cinco (5) farmacias que les prestan servicios a los afiliados al PAMI: son todas DEL PUEBLO, pertenecientes a los denunciantes.

247. Se observa que las cinco (5) farmacias asociadas a ASOFAR, son también asociadas al COLEGIO. En los estados contables del COLEGIO figura como Anexo al estado de recursos y gastos, otro estado de recursos y gastos de ASOFAR.

248. También que, al PAMI le prestan servicios el CFT, AFARTUC y CIFARSUD de acuerdo al listado que esas mismas entidades aportaron al expediente (conf. fs. 248, 267 y 283).

249. **FARMASUR** (fs. 1630) No presta servicios farmacéuticos en la provincia de Tucumán. Solo atiende PAMI a través del convenio con la Industria, donde funciona como dispensador. No tiene farmacias asociadas.

250. **FARMALINK** (fs. 1657) Tareas de auditorías, procesamiento y liquidaciones de recetas de medicamentos ambulatorios que se dispensan en las farmacias seleccionadas por las Entidades de Salud que tienen contrato con FARMALINK (siendo estas últimas sus clientes).

FARMALINK no tiene vinculación contractual ni convenios con farmacias. No tiene como clientes ni vinculación contractual alguna con el IPSST, ni con EL COLEGIO, u otra entidad que agrupe a farmacias de Tucumán.

251. En la provincia de Tucumán, cuatrocientos veintidós (422) farmacias envían recetas de varias entidades de salud a FARMALINK para su auditoría. FARMALINK no tiene relación con las farmacias, sino con las Entidades de Salud. No forma red de farmacias. Por lo tanto, no exige requisito alguno, para incorporarse a la red de farmacias de cada entidad de salud. Las entidades de salud informan a FARMALINK qué farmacias forman parte de su red de prestadores y se encuentran habilitadas a recibir a sus afiliados, dispensarles medicamentos y luego enviar las recetas para que FARMALINK las audite.

252. El listado de entidades de salud que tienen contrato con FARMALINK obra a fs. 1659; de veintiún (21) entidades, doce (12) tienen convenio con el CFT, AFARTUC o CIFARSUD.

253. **COMPAÑÍA DE SERVICIOS FARMACÉUTICOS** (fs. 1667 y fs. 1727). Se dedica a la contratación y administración de red farmacéutica a nivel país; recepción de recetas en forma centralizada en sus instalaciones; captura y registro informático de los datos de las recetas recibidas (afiliados, medicamentos, médicos, precios, etc.).



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

254. Le prestan servicio seiscientos diecisiete (617) farmacias (todas las radicadas en la provincia de Tucumán). Tiene convenio con las tres entidades imputadas (CFT, AFARTUC y CIFARSUD) para brindarle servicios a SANCOR SALUD (que a su vez tiene convenio con CIFARSUD y con el CFT), y con la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DEL PAPEL, CARTÓN Y QUÍMICOS (que tiene contrato con CIFARSUD).
255. En el caso de la contratación del COLEGIO, AFARTUC o CIFARSUD, la gestión correspondiente se hace directamente con dichas instituciones; no con cada farmacia en particular.
256. **FARM+ S.A.** (fs. 1681). Tiene contrato con ocho (8) entidades de salud, de las cuales dos (2) tienen convenio con el CFT y una (1) con AFARTUC.
257. La cantidad de farmacias en la provincia de Tucumán, contratadas por FARM+ S.A., es de treinta y dos (32) (fs. 1785), y si bien manifiesta que ninguna de ellas pertenece al COLEGIO ni a AFARTUC o a CIFARSUD, confrontando el listado acompañado a fs. 1785, se verifica que sí son farmacias asociadas a esas entidades.
258. Informa que las farmacias se nuclean en círculos, cámaras o son independientes. Si la farmacia requerida es integrante de un círculo, el mismo no ve con buenos ojos que sus integrantes pacten con gerencadoras como Farm + , o con sus clientes en forma directa. Si se desea contar con farmacias de un círculo determinado, lo usual es contratar con el círculo, aunque de hecho se utilice sólo algunas de las farmacias, en razón de la utilización territorial. Manifiesta que no posee vínculo comercial con CFT, CIFARSUD o AFACTUC, no obstante está acreditado que las farmacias sí pertenecen a estas entidades.
259. **PRESERFAR S.A.** (fs. 1689). Sólo presta servicios al IPSST-SS. No contrata con farmacias prestadoras del IPSST-SS en forma directa ni indirecta. Las altas y bajas lo realizan las asociaciones de farmacias signatarias del convenio, o sea el CFT, AFARTUC y CIFARSUD.
260. **ADMIFARM GROUP SERVICIOS S.A.** (fs. 1696) Desarrolla como actividad la celebración de contratos con administradores de fondos para la salud, basados en la asistencia de medicamentos, mediante los cuales les facilita su red de farmacias. Son cincuenta y cinco (55) las farmacias de Tucumán que utilizan sus servicios (ver listado a fs. 1702/1704). Para ser prestadoras, las farmacias de la provincia de Tucumán pueden



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

solicitar su alta en forma directa. No posee vínculo contractual ni ningún tipo de convenio vigente con ninguna de las entidades mencionadas.

261. Tiene contrato con diez (10) entidades de salud, de las cuales ninguna tiene contrato con el CFT, AFARTUC ni CIFARSUD.

262. **FARMANDAT** (fs. 1708). Se dedica a la gestión de administración, control, liquidación y pago, de las prestaciones brindadas por las oficinas de farmacias a los beneficiarios de los Agentes de Salud. Las farmacias radicadas en Tucumán que prestan servicios son veintiocho (28) todas asociadas al CFT o a CIFARSUD o a AFARTUC (conf. fs. 1708-2). Las farmacias pueden solicitar su alta en forma directa, y su habilitación normalmente queda a resolución de la Obra Social conforme a su necesidad de contar con prestadores. No mantiene ningún vínculo contractual con el COLEGIO, AFARTUC o CIFARSUD.

263. Tienen convenio con catorce (14) entidades de salud, de las cuales sólo dos (2) tienen convenio con el CFT.

264. De la prueba mencionada, se infiere lo siguiente:

265. Se comprobó lo afirmado por esta CNDC en cuanto a que el CFT, AFARTUC y CIFARSUD son las únicas gerenciadoras de servicios farmacéuticos que se dedican exclusivamente a prestar servicios en la provincia de Tucumán.

266. Luego, existen otras gerenciadoras a nivel nacional, que requieren los servicios de farmacias de la provincia de Tucumán y pueden contratar en forma directa con las farmacias: FARM+ S.A., ADMIFARM GROUP SERVICIOS S.A. y FARMANDAT. FARMALINK, no contrata con farmacias, son las entidades de servicios de salud las que le proveen el listado de farmacias que les prestan servicios. COMPAÑÍA DE SERVICIOS FARMACÉUTICOS, contrata a las farmacias a través del CFT, de AFARTUC y de CIFARSUD.

267. Toda esta información no enerva lo sostenido por esta CNDC al momento de efectuar la imputación. Ha quedado corroborado que el incumplimiento de las condiciones impuestas a sus asociados por las imputadas, a través del RPF, de las Actas Acuerdo, y del Código de Ética (no efectuar descuentos o limitarlos, no efectuar publicidad, y no extender sus horarios de atención al público), ocasionaría que la farmacia incumplidora quede fuera del listado del SPF y de los convenios suscriptos por AFARTUC y CIFARSUD con las entidades de seguros de salud, en forma directa o a través de gerenciadoras.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

268. Ello implica privarles de un universo de afiliados de gran importancia, ya que no podrían atender a afiliados al IPSST-SS, que cuenta con 312.529 afiliados aproximadamente (conf. fs. 495); a afiliados al INSSJP-PAMI, que cuenta con un padrón de 160.000 afiliados en la provincia de Tucumán, aproximadamente, según el titular del PAMI en Tucumán, Alfredo Neme SCHEIJ¹⁶; y a afiliados a otras sesenta y siete (67) entidades de salud con las que tienen convenio (conf. listados a fs. 248, 267 y 283).
269. Considerando solamente a los afiliados al PAMI, al IPSST-SS, a OSPRERA (Obra Social del Personal Rural y Estibadores de la República Argentina, 90.815) y a la Obra Social del Personal de Prensa de Tucumán (45.381), representan un 65% del total de afiliados a Obras Sociales de la provincia de Tucumán¹⁷.
270. Por otro lado, los convenios suscriptos con el IPSST-SS, con el PAMI y con la Obra Social del Personal de Prensa de Tucumán, las convierten también en las administradoras de prestaciones farmacéuticas con mayor injerencia en la provincia de Tucumán, teniendo en cuenta que ni el IPSST-SS¹⁸ ni el PAMI contratan en forma directa con farmacias, ni a través de otras empresas de prestación de servicios farmacéuticos.
271. Independientemente de la cantidad de afiliados que posean las Obras Sociales, empresas de medicina prepaga y mutuales que tienen convenio prestacional con el CFT, como ya se advirtió en la imputación efectuada, la Cláusula DÉCIMO SEGUNDA del RPF¹⁹ priva a las entidades que rescindan el convenio con el CFT, de la posibilidad de contar con las 579 farmacias asociadas al SPF; y la posibilidad de aplicación del ARTÍCULO PRIMERO del RPF contra alguna farmacia, al sólo arbitrio del CFT resulta violatoria de la Ley N.º 25.156.
272. Como ya se expresó en la imputación oportunamente efectuada, por aplicación del ARTÍCULO PRIMERO transcripto ut supra, tampoco podrían esas farmacias contratar con las entidades de servicios de salud desvinculadas del CFT, porque la farmacia que se encuentre adherida al Sistema de Prestaciones Farmacéuticas del COLEGIO, tiene prohibido contratar *"con otras instituciones con el objeto de suscribir convenios de prestaciones farmacéuticas"*, o sea que, indirectamente, tampoco podría acceder a los

¹⁶ Dato obtenido de la página web www.eltucumano.com/noticia/241510/pami

¹⁷ En total son 458.994, conforme lo informado por la Superintendencia de Servicios de Salud a fs. 995.

¹⁸ Conf. lo informado por el IPSST a fs. 419.

¹⁹ El ARTÍCULO DÉCIMOSEGUNDO, dispone: *"Cuando el Colegio decidiera la rescisión de la relación contractual que lo vincula con una Obra Social, Mutual u otros entes, las farmacias adheridas quedarán inhibidas de relacionarse contractualmente con la entidad de que se trate durante el término de seis meses a partir de la fecha en que cesó la relación contractual entre el Colegio y la entidad respectiva"*



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

contratos con prestadores de servicios de salud a través de otras administradoras de servicios farmacéuticos.

273. No es relevante, a los fines de considerar la conducta desplegada por el CFT, así como por AFARTUC y CIFARSUD, que no se haya sancionado concretamente a otras farmacias –además de las del grupo denunciante–, por incumplimiento de lo dispuesto en el RPF, en las Actas Acuerdo y en Código de Ética, pues ello sólo pone de manifiesto el poder de disciplinamiento de dichas instituciones, y control del acuerdo mediante denuncia de sus propios asociados, con amenaza para la farmacia incumplidora, de denuncia ante el Tribunal de Ética del CFT que ejerce el control de la matrícula de los profesionales farmacéuticos y vías de hecho.
274. Lo dicho, surge con meridiana claridad de las actas transcritas en el numeral 120, especialmente del ACD obrante a fs. 572: *“Farmacia Santa Elena: quiere que la defienda el Círculo ante los demás pues los otros farmacéuticos no la ponen en cartelera, pero se hace saber que también fue el causante de esto ya que se recibieron varias denuncias de que estaba realizando descuentos en medicamentos”*.
275. La presión que provocan las imputadas hacia sus asociados, para que acaten sus decisiones, y las herramientas con las que cuentan, se observa sin lugar a dudas, de lo manifestado en el Acta de Comisión Directiva de CIFARSUD, obrante a fs. 616, en la que se asentó que se llevó a cabo una reunión con el CFT y con AFARTUC *“con el objeto de pedir al gobierno de la provincia que implemente una operatoria especial para el canje de Bocades destinada a la compra de medicamentos [...] De no obtener respuesta [...] se decide el cierre total de farmacias el día viernes 3 de mayo [...] A las farmacias que no acaten el cierre, las droguerías les venderán de contado efectivo y sin descuento. A las que se adhieran al cierre, las droguerías les otorgarán tres días más para el pago de sus facturas”*.
276. Accionar compulsivo que quedó plasmado en las Actas Acuerdo suscriptas por las tres entidades, en los siguientes términos: *“2º) El incumplimiento o violación por parte de las Farmacias, del compromiso asumido por las Instituciones firmantes, facultará a las Autoridades de las mismas a suspender o excluir definitivamente a la Farmacia infractora de sus respectivos listados de prestadores. En caso de suspensión o exclusión definitiva se procederá a no recepcionar ni presentar la facturación de la Farmacia suspendida o excluida y a no realizar ningún tipo de gestión de cobro de servicios prestados con posterioridad a la fecha en que fuera comunicada fehacientemente la suspensión o*



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

exclusión de la Farmacia. Asimismo, las Instituciones firmantes se comprometen a no admitir en sus listados de prestadores a las Farmacias excluidas o suspendidas por las otras Instituciones firmantes mientras dure la sanción. Ello sin perjuicio, si correspondiera, de la formación de causa disciplinaria por el Consejo Directivo del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán y su elevación al Tribunal de Ética y Disciplina del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán”.

VII.2.d. DESCARGOS Y ALEGATOS RELACIONADOS CON LAS ACTAS ACUERDO

277. Con respecto al Acta Acuerdo suscripta entre las tres entidades imputadas, AFARTUC manifestó que no es cierto que las farmacias no puedan efectuar descuentos, y menciona en prueba de lo dicho, que adjunta publicidades aparecidas en los medios gráficos de la provincia de Tucumán.
278. CIFARSUD, por su lado y en relación a la prohibición a sus asociados de efectuar publicidad, manifestó que dicha prohibición sólo se refiere a publicidad contraria a la normativa vigente.
279. No obstante el texto de las Actas Acuerdo, demuestra lo contrario: “1º) a) *Compromiso de no efectuar descuentos superiores al 10% sobre el precio de venta al público de especialidades medicinales que fija el Manual Farmacéutico y la Agenda Kairos; b) **NO** efectuar publicidad y/o propaganda selectiva o masiva de descuentos u ofertas de especialidades medicinales, tanto en vidrieras, murales o cualquier otro medio periodístico, sean éstos gráficos, televisivos, radiales, o de cualquier otra naturaleza, como así también de toda propaganda de carácter público que resulte lesiva a la naturaleza de la profesión y el decoro del ejercicio profesional”.*
280. AFARTUC y CIFARSUD, solicitaron como prueba de descargo, que se requiriera al DIARIO LA GACETA DE TUCUMÁN que remitiera copia de los pedidos de publicaciones efectuadas por farmacias de la provincia de Tucumán, relacionadas a descuentos y horarios de atención que no sean turnos obligatorios, durante el período 2008 a 2016.
281. A fs. 1740 obra la respuesta de dicho diario, informando que resulta necesario que se le indique con precisión, a cuáles publicaciones se refiere lo solicitado, por cuanto los diarios publicados en dicho período comprenden más de 3200 ediciones diarias, y la sistematización de sus archivos no permite realizar la búsqueda solicitada.
282. Si bien AFARTUC manifestó aportar al expediente copia de publicaciones que probarían que las farmacias practican descuentos, más allá de lo pactado mediante el Acta



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Acuerdo, lo cierto es que no adjuntó publicación alguna. Y por su lado, las copias aportadas por CIFARSUD a fs. 1555/1564, son inconducentes.

283. En relación a la prohibición de efectuar descuentos, AFARTUC, a fs. 1531 vta., reprochó que la CNDC haya tenido en cuenta la información suministrada por FARMACIA LA UNIÓN (que afirmó que en la Ciudad de Tucumán no se aplican descuentos a los medicamentos), y no haya tenido en cuenta que otro establecimiento denominado FARMAR declara que ellos sí hacen descuentos, encontrándose las referidas farmacias a 150 metros de distancia.
284. Lo cierto es que FARMAR, cuya titularidad pertenece a FARCOR S.R.L., firma que explota las farmacias CATEDRAL I, CATEDRAL II, CATEDRAL III y CATEDRAL IV en la ciudad de Tucumán, informó que *"Sólo aplicamos descuentos del 10% por pago en efectivo y en ventas de contado no acumulable a descuentos por obra social o similares"* (fs. 250). Es decir, cumple con lo estipulado en el Acta Compromiso del año 2008. Y aportó la constancia obrante a fs. 520, emitida por CIFARSUD con fecha 25 de agosto de 2014, en la que consta: *"...El círculo de Farmacéuticos del Sud establece que sus farmacias Asociadas no pueden hacer propaganda de descuentos pronto pago por medicamentos vendidos a través de Obras Sociales..."*.
285. Manifestó FARCOR S.R.L. que sí puede realizar publicidad, con las limitaciones del Código de Ética y las normas regulatorias del sector. Esa resulta una respuesta engañosa, pues por disposición del artículo 31 del Código de Ética redactado por el CFT, que reza: *"están expresamente reñidas con la ética farmacéutica los siguientes anuncios...: b) ...los que explícita o implícitamente mencionen listas de precios o descuentos. c) los que anuncien rebajas o liquidación en secciones anexas a la farmacia, como es la perfumería"*, en la práctica los descuentos y promociones están prohibidos, en concordancia con lo estipulado mediante las Actas Acuerdo.
286. Cabe resaltar que FARMACIA LA UNIÓN se encuentra asociada a AFARTUC, mientras que las farmacias pertenecientes a FARCOR S.R.L. se encuentran asociadas a CIFARSUD.
287. CIFARSUD y AFARTUC presentaron su alegato en forma conjunta (conf. fs 1791/1794).
288. Reiteraron que la prohibición de efectuar publicidad contenida en las Actas Acuerdo del año 2001 y del año 2008, se refería a la publicidad prohibida por la Ley N.º 27.565,



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

especialmente en su artículo 32, inciso h), que prohíbe *"inducir a los clientes a proveerse de determinados medicamentos"*.

289. Insistieron en que el Acta Acuerdo del año 2008 no se encuentra vigente y que fue sólo *"una expresión de buena voluntad"*.

290. A pesar de los dichos de las imputadas, no se ha podido desvirtuar la contundente prueba obrante en autos sobre la existencia del acuerdo llevado a cabo por las tres entidades mediante Actas Acuerdo suscriptas en los años 2001 y 2008, prohibiendo o limitando los descuentos y prohibiendo efectuar publicidad por parte de sus farmacias asociadas, prueba mencionada *in extenso* en los apartados IV (en relación a su vigencia hasta la actualidad) y VII.2., a los que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.

291. Si bien el texto de las Actas Acuerdo, se refiere a la prohibición de realizar descuentos superiores al 15% o 10% sobre el precio de venta al público de especialidades medicinales que fija el Manual Farmacéutico y la Agenda Kairos, lo cierto y probado en autos, es que las tres entidades acordaron no efectuar descuentos sobre medicamentos con cobertura de la seguridad social, y limitar los descuentos sobre medicamentos de *"venta en mostrador"*²⁰ (al 10% en el Acta Acuerdo suscripta en el año 2008), en concordancia con lo estipulado por el artículo noveno del RPF.

292. Para no efectuar un detalle excesivo de las constancias que corroboran lo sostenido en el punto anterior (que se mencionaron a lo largo de este dictamen), se mencionarán sólo algunas que dan acabada cuenta del alcance del acuerdo efectuado por las tres entidades imputadas, que excede lo plasmado por escrito en las Actas Acuerdo.

293. CIFARSUD en las ACD, dejó expresa constancia de lo siguiente: *"...Se decide [...] realizar una circular para todos los socios haciendo reconocer que el pacto que se firmó de no hacer descuentos sigue en vigencia"; "...se decide hacer nota para todas las Fcias. de Concepción en la que se recuerde el compromiso asumido el año pasado en cuanto a la eliminación de descuentos..."; "...En el acta-acuerdo se especifica que los descuentos ofrecidos por las Fcias. No podrán superar el 15%. Esto será válido únicamente para capital ya que en el interior los descuentos, salvo alguna rara excepción, fueron eliminados...";* En ACD de AFARTUC se dejó expresa constancia de lo siguiente: *"...Presidencia informa que ha concurrido a dos reuniones con autoridades del Colegio*

²⁰ Cuando las imputadas hacen mención de *"medicamentos de venta en mostrador"*, se refieren a medicamentos que se venden sin cobertura de las obras sociales o empresas de medicina prepaga o de otra entidad de servicios de salud.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

de Farmacéuticos de Tucumán y CIFARSUD, a los efectos de no efectuar descuentos superiores al 10% sobre el precio de venta al público de especialidades medicinales, no realizar descuentos adicionales sobre descuentos a Obras Sociales...".

294. Debe considerarse, especialmente, lo manifestado por la Presidenta de CIFARSUD en la audiencia celebrada el día 27 de agosto de 2014: "PREGUNTADA PARA QUE DIGA si las farmacias a las que les presta el servicio de gestión de cobro, pueden ser excluidas del mismo. En su caso, por qué motivos. DIJO: Si, pueden ser excluidas si no cumplen con las condiciones convenidas al momento de contratar, por ejemplo, en el caso de descuentos o bonificaciones incumpliendo lo acordado entre las instituciones que nuclean a las farmacias (**por ejemplo, lo acordado en el Acta Compromiso**). En este caso, se acerca el colega farmacéutico a denunciar el hecho, entonces llamamos al farmacéutico que incumple y le preguntamos por qué está llevando a cabo ese proceder, y si persiste, se lo excluiría del sistema de prestaciones farmacéuticas y se le daría intervención al Tribunal de Ética del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán..." (el resaltado nos pertenece). Resulta claro, que además de lo acordado mediante el Acta Compromiso, existen otros acuerdos no plasmados por escrito, pero que se infieren de las demás constancias de autos.
295. En relación al horario de apertura y cierre de las farmacias, el ARTÍCULO NOVENO del RPF dispone: "Las farmacias adheridas al sistema de prestaciones se comprometen a [...] d) NO permanecer abiertas con atención al público fuera de los horarios comerciales en perjuicio de las oficinas de farmacia que se encuentren de guardia; exceptuándose a las farmacias con extensión horaria autorizadas por el Departamento de Fiscalización Farmacéutica".
296. A los fines de determinar la regulación vigente al respecto, se requirió al MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA DE LA PROVINCIA DE TUCUMÁN – DTO. DE FISCALIZACIÓN FARMACÉUTICA Y TECNOLOGÍA MÉDICA, solicitándole que informe: 1) si existen farmacias autorizadas a funcionar horario corrido, en caso afirmativo indique horario de apertura y cierre de las mismas; 2) si existen en la provincia de Tucumán, farmacias que se encuentren autorizadas a atender las 24 hs. independientemente de los turnos obligatorios; 3) si existe alguna restricción, obligación o condicionamiento legal en relación al horario de atención al público de las farmacias de la provincia de Tucumán, más allá de los turnos obligatorios; 4) requisitos para cumplir turnos voluntarios; 5) Si es necesaria autorización por parte de la autoridad de aplicación, para que una farmacia



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

pueda funcionar horario corrido y/o las 24 horas en la provincia de Tucumán; en caso afirmativo, aporte nómina de farmacias autorizadas.

297. A fs. 1753/1754 consta la respuesta del referido organismo, y a fs. 1755 el listado de farmacias (un total de diecinueve) que se encuentran autorizadas a extender el horario comercial de 8 horas.

298. No cabe duda que el horario de atención de las farmacias en la provincia de Tucumán se encuentra regulado, por lo que la única explicación posible para la prohibición contenida en el apartado d) del ARTÍCULO NOVENO del RPF, es impedir que otras farmacias, más allá de las ya habilitadas por la autoridad competente, soliciten la extensión horaria; o bien que aun teniendo autorización, no permanezcan abiertas.

299. Tanto el CFT, AFARTUD como CIFARSUD, han instrumentado un acuerdo de fijación de precios netos de descuentos respecto de la dispensa de medicamentos (no efectuar descuentos, no efectuar publicidad, limitar horarios de atención al público), excediendo su rol de control de la matrícula (en el caso del CFT), y los objetivos estatutarios fijados en el artículo 2 de los estatutos de CIFARSUD y de AFARTUC.

VII.2.e. COROLARIO

300. Ha quedado debidamente demostrado:

- 1) Que el CFT, nuclea a todos los farmacéuticos matriculados de la provincia de Tucumán, y a 579 farmacias adheridas al SPF, y que junto con AFARTUC y con CIFARSUD, aglutinan al 100% de las farmacias habilitadas para funcionar en la provincia de Tucumán.
- 2) El acuerdo de fijación de descuentos –y concomitantemente de precios netos de descuento– y otras condiciones comerciales de venta minorista de medicamentos en la provincia de Tucumán instrumentado en forma conjunta por el CFT, AFARTUC y CIFARSUD.
- 3) Que el CFT, AFARTUC y CIFARSUD pergeñaron el acuerdo anticompetitivo en el seno de sus reuniones de Asamblea y de las reuniones entre sus directivos, quedando plasmado en las Actas de Asamblea y de Directorio, en las Actas Acuerdo, en las estipulaciones del RPF y en las disposiciones de Código de Ética;
- 4) Que las condiciones anticompetitivas acordadas entre el CFT, AFARTUC y CIFARSUD a través de las Actas Acuerdo, no se limitaban a su texto, sino a las decisiones tomadas



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

en sus reuniones de socios, donde se fijaban las condiciones a respetar y las sanciones a aplicar a las farmacias disidentes, actuando los mismos farmacéuticos como contralor del cumplimiento y el CFT como órgano sancionador.

- 5) Que individualmente el CFT cuenta con una posición dominante, de la cual ha abusado al utilizar dicha posición de modo funcional para instrumentar el acuerdo de fijación de condiciones comerciales de venta previamente referido. El CFT utilizó el monopolio legal que le otorga la ley de control de la matrícula de los profesionales farmacéuticos para implementar un sistema de intercambio de información y de contralor del cumplimiento del acuerdo, a través del Tribunal de Ética y Disciplina, dirigido a detectar y sancionar a las farmacias que se apartaban del acuerdo.
- 6) Vale resaltar, llegado este punto, las Actas de Asamblea que siguieron a la suscripción de las Actas Acuerdo suscriptas en el año 2001 y en el año 2002. En el Acta de fecha 21 de agosto de 2001, llevada a cabo por el CFT, su presidente dijo: *"...se trabajó con todas las instituciones porque a todos les pasa lo mismo, se ha remado juntos para encontrar una respuesta positiva. Hubo un acta acuerdo entre las instituciones que dio lugar para pisar firme y seguir adelante. En la misma se especifica que los descuentos que pudieran efectuarse no superen el 15% de los precios establecidos al público...no hacer ningún tipo de publicidad y/o propaganda selectiva o masiva de descuentos, así como ofertas de especialidades medicinales....El Presidente solicita la aprobación de este acuerdo para el futuro proyecto de modificación de reglamento...El Presidente somete a votación de la Asamblea para la modificación del reglamento prestacional. Por unanimidad se vota por el sí. Proyecto de reforma al Reglamento prestacional....(se) da lectura al proyecto de reforma..."* (conf. fs. 295/296. En esta Asamblea se encontraba presente la Presidenta de CIFARSUD).

Y en la Asamblea llevada a cabo los días 12 y 20 de noviembre de 2008 en el CFT, se procedió a modificar el RPF, cuyos artículos quedaron con la redacción actual. Repárese en que la segunda Acta Acuerdo suscripta entre las tres instituciones, data del 11 de noviembre de 2008.

301. En resumen, las obligaciones que imponen el COLEGIO, CIFARSUD y AFARTUC (arts. 1° y 9° del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas, los arts. 5°, 12°, 19° y 31° del Código de Ética y las Actas Compromiso suscriptas en 2001 y 2008 entre el COLEGIO, CIFARSUD y AFARTUC), para acceder al sistema de prestaciones farmacéuticas y a las aseguradoras de servicios de salud con las que mantienen contrato, implementando una



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

cartelización del mercado de prestaciones farmacéuticas de la provincia de Tucumán, constituyen actos prohibidos a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia, previstos en los artículos 1° y 2°, incisos a), b) y g).

VIII. RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA Y PERJUICIO AL INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

302. La Ley N.º 25.156 en su artículo 1° exige para la configuración de una infracción al régimen de defensa de la competencia que la conducta anticompetitiva imputada resulte idónea para ocasionar un perjuicio al interés económico general.
303. En el caso concreto de autos, se ha determinado que la conducta investigada configura un acuerdo para la fijación de condiciones de comercialización de los medicamentos que repercuten en los precios que terminan pagando los consumidores finales de los mismos, y en la calidad del servicio farmacéutico, en la provincia de Tucumán.
304. Dicho acuerdo fue pergeñado en el contexto de las reuniones assemblearias que se realizan en las asociaciones a las que se encuentran adheridos los farmacéuticos, los propietarios de farmacias y las farmacias.
305. El CFT, AFARTUC y CIFARSUD, han instrumentado la colusión, ejerciendo disciplina sobre los asociados que pudieran disentir o pretender apartarse del cartel, ya que, en primer lugar, las farmacias no pueden eludir las obligaciones que le imponen las asociaciones porque no poseen opción de contratar otro sistema de gerenciamiento de sus prestaciones farmacéuticas que no sea el del COLEGIO, el de AFARTUC o el de CIFARSUD. Ello es así por cuanto las tres entidades han convenido en excluir de su listado de prestadores a las farmacias que no respeten las condiciones relativas a la limitación o impedimento de efectuar descuentos, la prohibición de efectuar publicidad y la extensión de horarios, además de efectuar denuncia ante el COLEGIO para que inicie un sumario disciplinario.
306. Nos referimos a que no tienen otra opción –más allá de que pueden contratar con gerencadoras que prestan servicio a nivel nacional–, porque desvincularse ya sea del CFT, o de AFARTUC o CIFARSUD, implica perder una masa importante de clientes, a saber, aquellos afiliados a aseguradoras de salud tales como IPSS-SS, PAMI y la Obra Social de la Asociación de Prensa de Tucumán, entre otras.
307. El accionar de las imputadas a lo largo de dieciséis años ha restringido directamente el derecho a competir que tienen las farmacias de toda la provincia de Tucumán; ha



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

perjudicado directamente a los consumidores al impedir precios más bajos y un mejor servicio; y también ha perjudicado a obras sociales, mutuales, empresas de medicina prepaga, etc., al impedir una mejor prestación farmacéutica a sus afiliados.

IX. LAS SANCIONES

IX.1. LAS MULTAS

308. En este caso específico y tal como surge de autos, de la investigación efectuada se acreditó la comisión, por parte de las imputadas, de un acuerdo colusorio con efectos negativos sobre la competencia y los precios al consumidor final de los medicamentos dispensados por las farmacias en el territorio de la provincia de Tucumán (tal como se adelantó en el apartado VII.2.e. COROLARIO), lo que conlleva una grave afectación al interés económico general.
309. Además, debe considerarse relevante, al momento de justipreciar la sanción a aplicar, que dado el tipo de producto y servicios objeto de la práctica imputada, la misma directamente impacta sobre la salud de la población, entendida ésta como un interés jurídico protegido de raigambre constitucional insoslayable.
310. Los carteles o acuerdos colusorios son considerados en la legislación nacional e internacional como infracciones graves a la ley de defensa de la competencia y por ello constituyen una de las prácticas más severamente sancionadas en los países que cuentan con legislación antitrust²¹.
311. En Argentina, la Ley N.º 25.156 penaliza las prácticas horizontales concertadas que tienen tanto como objeto o por efecto restringir la competencia. El Capítulo VII de la Ley N.º 25.156 establece el marco para la graduación y aplicación de sanciones para las personas físicas o jurídicas que infrinjan la Ley²².
312. El artículo 46 establece los distintos tipos de sanciones aplicables en caso de infracción a la Ley N.º 25.156. En su inciso a) está previsto el cese de actos o conductas prohibidas; el inciso b) regula la graduación de multas; el inciso c) otorga facultades a la autoridad

²¹ La International Competition Network (ICN), organización que reúne a prácticamente todas las agencias de defensa de la competencia del mundo para promover una aplicación más eficiente de las leyes de defensa de la competencia, tiene conformado un Grupo de Trabajo especial para Carteles. Dicho organismo señala que la lucha contra los carteles constituye el corazón de la aplicación de las leyes de defensa de la competencia.

²² Esta misma concepción se encuentra expresada en el caso de las multas a las empresas cementeras por la CNDC, en el dictamen Nro. 513 del 25 de julio de 2005 y en la Resolución Nro. 124/2005 de la ex Secretaría de Coordinación Técnica, caso confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; consultar al respecto en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/108269/norma.htm>.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

de competencia para imponer el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia.

313. El inciso b) del Artículo 46 establece que *“Los que realicen los actos prohibidos en los Capítulos I y II y en el artículo 13 del Capítulo III, serán sancionados con una multa de diez mil pesos (\$ 10.000) hasta ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000), que se graduará en base a: 1. La pérdida incurrida por todas las personas afectadas por la actividad prohibida; 2. El beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida; 3. El valor de los activos involucrados de las personas indicadas en el punto 2 precedente, al momento en que se cometió la violación.”*
314. En la graduación de la multa conjuntamente con los elementos indicados por el artículo 46, deben considerarse los factores incluidos en el Artículo 49, siendo éstos: a) la gravedad de la infracción; b) el daño causado, c) los indicios de intencionalidad, d) la participación del infractor en el mercado, e) el tamaño del mercado afectado, f) la duración de la práctica o concentración y la reincidencia o antecedentes del responsable, así como su capacidad económica.
315. La concepción subyacente en la normativa internacional y nacional es que la multa debe privar al infractor de los beneficios ilícitamente obtenidos e incluso resultar superior para que funcione como un disuasivo para infracciones similares. Si la multa resultase inferior al beneficio ilícito obtenido le resultaría económicamente ventajoso al infractor incurrir en el ilícito y pagar la multa ya que podría quedarse con la diferencia. Sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en doctrina local e internacional, se encuentra ampliamente reconocida la dificultad práctica de estimar con suficiente precisión los beneficios y perjuicios antes mencionados.
316. Por ello, en el derecho comparado la multa básica para los casos de acuerdos colusorios es de entre el 20% (EE.UU.) y el 30% (U.E.) de la facturación del producto involucrado, obtenida durante el periodo de duración de la conducta., lo cual puede llegar a ser una suma muy importante de dinero, capaz de comprometer la viabilidad económica de los denunciados. En similar sentido, la legislación argentina, considerando que el caso de marras constituye una de las infracciones más graves, al tratarse de un acuerdo colusorio, admitiría aplicar una multa dentro del rango más alto de los previstos en la LDC.
317. En el caso de que la imputada sea una asociación, la severidad no es menor –lo cual es de especial importancia en este caso–. Al respecto, las directrices europeas establecen



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

lo siguiente: *"En los asuntos en los que participen asociaciones de empresas, es importante que, en la medida de lo posible, sean las empresas miembros de tales asociaciones las destinatarias de las decisiones y se les impongan multas individuales. Cuando este procedimiento no resulte viable (por ejemplo, cuando la asociación cuente con varios miles de empresas miembros), y a excepción de los procedimientos con arreglo al Tratado CECA, se impondrá a la asociación una multa global calculada según los principios expuestos anteriormente pero equivalente a la totalidad de las multas individuales que hubieran podido ser impuestas a cada uno de los miembros de la asociación"*²³.

318. En la misma línea de razonamiento, se decidió en el caso italiano mencionado *ut supra* (ver numeral 187/8). En dicho caso, a los efectos de determinar la sanción, la autoridad de competencia de Italia (AGCM), expuso que era además necesario determinar el volumen de negocio de la entidad que ha llevado a cabo la infracción, que, en el caso de asociaciones de empresas, está dado por la totalidad de los ingresos que obtuvo dicha asociación por parte de sus asociados. De acuerdo a la información proporcionada por FEDERFARMA Teramo, estos ingresos ascendieron, para el año 2006, a 140.015 euros.
319. Por lo tanto, con el fin de garantizar el efecto disuasorio de la sanción, señalaron, por una parte, el hecho de que la parte investigada era una asociación de empresas que tiene una facturación determinada y, en segundo lugar, que la pena, en términos absolutos, debía estar razonablemente relacionada con la gravedad de la infracción.
320. Sobre la base de los criterios referidos, y teniendo en cuenta las directrices mencionadas por la Comisión de la U.E. para el cálculo de las multas, la pena se determinó en 11.200 euros.
321. En suma, en los casos de colusión, particularmente en aquellas colusiones que han durado muchos años, las multas pueden ser muy severas y comprometer la viabilidad económica financiera de los denunciados. Por ello, tanto en el derecho comparado como en la Argentina, la legislación prevé montos máximos de multa. En el caso argentino el monto máximo de multa es de 150 millones de pesos argentinos, mientras que en buena parte de las jurisdicciones de los países desarrollados el máximo corresponde al 10% de la facturación total a nivel mundial lograda por el imputado en el último ejercicio.

²³ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA, Artículo 5º, inciso c). Official Journal: OJ C 9, 14.01.98).



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

322. En la misma dirección, de acuerdo con lo establecido por el artículo 49 de la Ley 25.156, la capacidad económica también constituye uno de los factores a tener en cuenta en la graduación de la multa. Sobre el particular, ha dicho la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil: *“La finalidad preventiva y punitiva que tiene la multa –la cual fue considerada en el Dictamen 510 y no ha sido cuestionada por las recurrentes– tiene como presupuesto una disminución del patrimonio del infractor suficiente para cumplir con su objeto, para lo cual su situación económica debe ser necesariamente valorada (ver Omar B. Arias y Omar R. Gauna, Código Penal Comentado, Astrea, 2001, t. 1, págs. 64 y 79/80). Tampoco es irrazonable que el organismo administrativo hubiera valorado, para fijar el monto base, las ventas totales de las firmas y no las del producto objeto de la investigación, pues tal factor es claramente indicativo de la capacidad económica de las infractoras, parámetro que debe ser considerado de acuerdo con lo que dispone, sin mayor precisión, el art. 49 de la LDC. El art. 46, inc. b), de la ley 25.156, permite tomar el valor de los activos de las empresas, el cual en el caso es bastante más alto que el de sus ventas totales. Por lo demás, el monto base se fijó en una doceava parte de las ventas totales según el estado de resultados de 2003, es decir en un mes promedio, cuando la conducta se extendió por un periodo mucho más extenso (1997/2002). Y la duración de la práctica es otra de las pautas establecidas en la LDC para calcular la multa (art. 49)”²⁴.*

323. Los ingresos de las entidades imputadas en concepto de servicios de gestión y cobro de facturación de las farmacias asociadas, esto es el valor de los recursos ordinarios, fueron de \$ 14.535.896 al 31 de diciembre de 2015, para el COLEGIO; de \$ 1.676.198 al 30 de abril de 2015, para AFARTUC; y de \$1.134.940 al 31 de diciembre de 2015, para CIFARSUD (conforme surge a fs. 1412, 1136 y 1266, respectivamente).

324. Considerando la inflación, se computó el valor de los ingresos de las entidades expresado en moneda de septiembre de 2017, utilizando a tal efecto el IPC San Luis e IPC INDEC (ambos capítulo salud). Los ingresos en concepto de servicios de gestión y cobro de facturación a las farmacias asociadas así expresados ascienden a \$ 28.451.564 para el COLEGIO, \$3.280.874 para AFARTUC y \$2.221.454 para CIFRASUD.

325. Debido a la gravedad extrema de la conducta investigada se calculó una multa equivalente al 30% de tales ingresos y, dado que la conducta imputada se ha extendido

²⁴ Causa 7748/05, “Air Liquide Argentina SA y otros s/ apelación de resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”, Sumario Nro. 338, 10/08/2012, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 3, Ficha Nro.: 000036972.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

a lo largo de 16 años, al monto resultante se lo multiplicó por 16. Como resultado, las multas así calculadas ascenderían a \$136.567.508 para el COLEGIO, \$15.748.196 para AFARTUC y \$10.662.979 para CIFRASUD.

326. Si bien dichas multas se encuentran por debajo del máximo de 150 millones establecidos por la ley (artículo 46, inciso b), la información contable disponible en el expediente indica que tales multas serían varias veces superiores a los ingresos reales de las imputadas por todo concepto, resultando montos excesivamente onerosos a la luz de los balances y estados de recursos y gastos aportados. Por tanto, procede reducir las multas propuestas para encuadrarlas en el criterio de capacidad económica del artículo 49 de la ley.
327. A tal fin, se adecuarán las multas a imponer a la capacidad de pago de las imputadas, considerando que limitar la multa al 10% de los ingresos totales de las entidades, expresados en moneda de septiembre del corriente año, resulta razonable y en línea con la experiencia internacional en la materia.
328. Sin embargo, en el caso del CFT el límite será del doble (20%), considerando que puede decirse que la entidad ha sido el artífice principal de la maniobra, por cuanto la misma sólo puede sostenerse por cuanto en última instancia es esa entidad la que detenta la exclusividad legal de la regulación de la matrícula de los farmacéuticos, rol que ha indebidamente utilizado para evitar descuentos en el precio al consumidor final de los medicamentos en la provincia donde opera. Las multas efectivas a pagar obran en el siguiente cuadro.

Tabla 1: Multas efectivas a pagar por las entidades imputadas, conforme lo establecido en el artículo 49 de la Ley 25.156, sobre capacidad económica (valores en pesos constantes de septiembre de 2017).

Entidades imputadas	Ingresos por todo concepto estimados para 2017 (*)	% de multa aplicado	Multas efectivas a pagar
COLEGIO	29.500.208	20%	5.900.042
AFARTUC	3.280.874	10%	328.087
CIFARSUD	2.257.097	10%	225.710
TOTAL	35.038.179		6.453.839

Nota: Aquí se incluyen los ingresos por todo tipo de conceptos y no solamente por gestión y cobro de facturación. Fuente: CNDC en base a información obrante en el expediente de marras, IPC INDEC e IPC San Luis, capítulo salud.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

329. Los montos de las multas efectivas a pagar por las tres entidades que se expusieron en la tabla anterior, representan aproximadamente para el caso del CFT, un 10% de su patrimonio neto, un 7% de sus activos y un 27% de sus resultados; para el caso de AFARTUC, representan aproximadamente, un 9% de su patrimonio neto, un 9% de sus activos y un 17% de sus resultados; para el caso de CIFARSUD, representan aproximadamente, un 7% de su patrimonio neto, un 2% de sus activos y un 32% de sus resultados.
330. Lo anterior muestra que, sobre la base de la información contable aportada por las entidades imputadas, se ha procedido a determinar una multa que sea lo suficientemente disuasiva para la realización de prácticas del tipo de las sancionadas, pero a la vez cuyo pago no comprometa la viabilidad económica financiera de las entidades penalizadas y su permanencia en la actividad.

IX.2. ORDEN DE CESE

331. En virtud de la prueba recabada en autos, y del análisis efectuado en el presente dictamen, y sin perjuicio de la multa dispuesta, la norma establece que la autoridad de competencia podrá ordenar el cese de los actos o conductas prohibidos y, en su caso, la remoción de sus efectos.
332. En este caso, particularmente, la orden de cese tiene una importancia mayor, por cuanto, dado el gran número de farmacias implicadas, casi inmediatamente el cese de la práctica de las denunciadas desarticulará la colusión y promoverá una genuina competencia en beneficio tanto de los beneficiarios de las obras sociales, mutuales y similares, como de los consumidores en general (adquirentes de medicamentos sin cobertura social, y de productos de perfumería y otros).
333. Conforme se sostuvo en la imputación y se comprobó a lo largo de este expediente, tanto las disposiciones del RPF como del Código de Ética mencionadas oportunamente, como el acuerdo suscripto entre el COLEGIO, CIFARSUD y AFARTUC, resultan claramente anticompetitivos y exclusorios, al tener como objeto y efecto determinar y fijar indirectamente los precios de los medicamentos y productos de perfumería (comercializados en farmacias), prohibir publicidad y limitar horarios de apertura y cierre de las farmacias; sancionando y excluyendo del sistema de gestión de cobro de las prestaciones farmacéuticas (por parte de las aseguradoras de salud) a aquellas



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

farmacias que no acatan dichos acuerdos, dejándolas fuera de los listados de prestadores del COLEGIO, CIFARSUD Y AFARTUC, y con ello también fuera del servicio de gestión de cobro de los medicamentos cubiertos por las mayores obras sociales de la Provincia, que dichas instituciones administran.

334. Deberá, consecuentemente, ordenarse la derogación de dichas disposiciones y demás medidas necesarias para desarticular por completo el entramado institucional a través del cual las imputadas han logrado instrumentar en su favor y en detrimento del interés económico general una colusión entre las farmacias de la provincia de Tucumán que impide mayores descuentos de precios y mejor servicio, que de otra manera sería imposible de sostener. Dichas medidas se mencionarán en la conclusión de este dictamen, para evitar repeticiones.

X. CONCLUSIÓN

335. Por todo lo expuesto, esta Comisión Nacional aconseja al SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO:

1. Rechazar el planteo de prescripción interpuesto por la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y por el CIRCULO DE FARMACIAS DEL SUD.
2. Rechazar el planteo de nulidad interpuesto por la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y por el CIRCULO DE FARMACIAS DEL SUD.
3. Rechazar el compromiso propuesto en los términos del artículo 36 de la Ley N.º 25.156, por la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y por el CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD.
4. Ordenar el archivo del "INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA ORDENADA EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 35 LEY 25156" en autos principales: "COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN S/ INFRACCIÓN LEY 25156 (C. 1462)".
5. Declarar responsable al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, de instrumentar un acuerdo para limitar y restringir la competencia entre las farmacias del territorio de la provincia de Tucumán (prohibición o limitación de descuentos; prohibición de efectuar publicidad relacionada con precios, descuentos u ofertas, tanto de medicamentos como de artículos de perfumería; limitación de



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

horarios de apertura y cierre de las farmacias), con afectación al interés económico general [artículos 1° y 2°, incisos a), b) y g) de la Ley N.° 25.156].

6. Imponer al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN una multa de CINCO MILLONES NOVECIENTOS MIL CUARENTA Y DOS PESOS (\$ 5.900.042); a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN una multa de TRESCIENTOS VEINTIOCHO MIL OCHENTA Y SIETE PESOS (\$ 328.087); al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD una multa de DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS DIEZ PESOS (\$ 225.710), de conformidad con lo dispuesto en el inc. b) del artículo 46 de la Ley N.° 25.156; debiendo efectivizarse las mismas dentro de los DIEZ (10) días de notificada la pertinente resolución que al efecto dictará el Sr. SECRETARIO DE COMERCIO, bajo apercibimiento, para el caso de incumplimiento, de exigir su cobro por vía judicial.
7. Hacer saber al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD, que la multa deberá ser abonada en Coordinación Tesorería de la Delegación Edificio Roca dependiente de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN de la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, sita en la Avenida Presidente Julio Argentino Roca N.° 651, 5° piso, Sector 28 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Previo a ello deberá contar con la respectiva Orden de Pago emitida por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARÍA DE COMERCIO del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, sita en Reconquista N.° 46, piso 7° de esta ciudad, en el horario de ONCE (11:00) a QUINCE (15:00). El pago podrá efectuarse en efectivo o mediante cheque certificado. El cheque deberá librarse a la orden del BANCO DE LA NACION ARGENTINA. En el endoso deberá especificarse "Para ser depositado en la Tesorería General de la Nación Osiris 6250". El endoso deberá contener la/s misma/s firma/s del/de los librador/es del cheque. No se aceptan cheques de pago diferido. Sólo se aceptarán cheques certificados dentro del primer y segundo día hábil de la respectiva certificación bancaria, dado que tiene una vigencia de CINCO (5) días y debe considerarse el clearing bancario [VEINTICUATRO (24), CUARENTA Y OCHO (48) o SETENTA Y DOS (72) horas, según corresponda] y el depósito ante el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA. En caso de pago por transferencia bancaria deberá efectuarse el depósito a la Cuenta Recaudadora N.° 54633/97 "M.PROD.- 5100/362-SSCI-Ingr. a Distribuir" del BANCO



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

DE LA NACIÓN ARGENTINA – Sucursal Plaza de Mayo. Los gastos de comisión por transferencia bancaria son a cargo del depositante. CBU 01105995-20000054633979, CUIT del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN: 30-71081745-2. Cuando se realice la transferencia bancaria deberán enviar el comprobante por correo electrónico a pacos@produccion.gob.ar y a abozzu@produccion.gob.ar dentro de los TRES (3) días de efectuada la transferencia, con los siguientes datos: RAZÓN SOCIAL, EXPTE. N.º, RESOLUCIÓN SC N.º, LEY N.º 25.156, MONTO DE LA MULTA.

8. Ordenar al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS, en particular, sustituya, elimine, o adecue, según corresponda y en los siguientes términos, los artículos PRIMERO (en lo que respecta a exclusividad en relación a los convenios que celebre el CFT con las entidades de seguros de salud, y la exclusividad en favor del CFT en relación con el servicio de gestión y cobro de facturas), NOVENO (eliminación total) y DÉCIMOSEGUNDO (eliminación total) del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas; y los artículos 5 (en lo que respecta a combatir las cadenas de farmacias), 12 (en lo que respecta a la prohibición de toda competencia comercial, publicidad, propaganda, oferta de servicios o productos, descuentos, ofertas o cualquier otra forma de atracción de clientela), 19 incisos d) (prohibición de hacer descuentos) y e) (prohibición de ofrecer o hacer más publicidad por la sección perfumería o tratar a esa sección como si fuera un negocio independiente), y 31 incisos b) (prohibición de anuncios que explícita o implícitamente mencionen listas de precios o descuentos), y c) (prohibición de rebajas o liquidación en secciones anexas a la farmacia como es la perfumería) del Código de Ética; o cualquier otra normativa que se haya dictado o se dicte con similar finalidad. A tal efecto, deberá acreditar ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, dentro del plazo de sesenta (60) días contados a partir de la notificación de la resolución pertinente, la sustitución, eliminación, o adecuación de los referidos artículos, en los términos referidos precedentemente, acompañando copia del texto modificado del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas, y del Código de Ética en legal forma.
9. Ordenar al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD:
 - a) Se abstengan de prohibir, de cualquier forma, la competencia entre sus miembros o asociados.



Ministerio de Producción

Secretaría de Comercio

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

- b) Se abstengan de fomentar, alentar, facilitar o imponer la negativa de sus miembros o asociados a efectuar descuentos sobre medicamentos –ya sean de venta libre o de venta bajo receta–, sobre artículos de perfumería o cualquier otro producto que legalmente se expenda en las oficinas de farmacia de la provincia de Tucumán.
 - c) Se abstengan de prohibir a sus farmacias asociadas efectuar publicidad que se encuadre dentro de la normativa legal vigente.
 - d) Se abstengan de interferir en la fijación de horarios de atención al público de sus farmacias asociadas.
10. Ordenar al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN, a la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS DE TUCUMÁN y al CÍRCULO DE FARMACIAS DEL SUD:
- a) Comuniquen las medidas ordenadas, dentro de los tres (3) días de notificada la presente, a todos sus miembros o asociados en forma fehaciente mediante los mecanismos que resulten idóneos a tal fin.
 - b) Una vez notificada y firme la resolución pertinente, publiquen su parte resolutive por un (1) día, en el diario LA GACETA (Tucumán) y en el Boletín Oficial, conforme lo dispone el artículo 44 de la Ley N.º 25.156.
 - c) Acreditar ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, el cumplimiento de lo ordenado en el inciso a) precedente, dentro del plazo de quince (15) días de notificada la respectiva resolución del Sr. Secretario de Comercio, bajo apercibimiento, para el caso de incumplimiento, de iniciar el procedimiento dispuesto en el art. 50 de la Ley N.º 25.156, a los fines de aplicar la multa correspondiente.
11. Ordenar notificar la resolución que dicte el Sr. SECRETARIO DE COMERCIO, a las partes.
336. Elévese el presente dictamen al Señor SECRETARIO DE COMERCIO, previo paso por la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, para su conocimiento.



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2017 - Año de las Energías Renovables

Hoja Adicional de Firmas
Informe gráfico firma conjunta

Número:

Referencia: C. 1462 - Dictamen final

El documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 79 pagina/s.