



Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



Expediente N°104.692/89 (C.212).

BUENOS AIRES, 06/05/86

SEÑOR SECRETARIO:

I- Estas actuaciones se iniciaron por denuncia del Señor Hugo Roberto MIGUENS contra el INSTITUTO DE OBRA MEDICO ASISTENCIAL (IOMA), ente autárquico de la Provincia de Buenos Aires, por entender que la conducta de éste limita, restringe y distorsiona la competencia en el mercado de productos medicinales, al excluir aquellos productos que no están comprendidos en el formulario terapéutico editado por él y consecuentemente discriminar contra los laboratorios productores de medicamentos no incluidos.

El denunciante sostiene (fs. 11/17) que la Resolución 0422/89 del IOMA estableció el Formulario Terapéutico, que consiste en un listado de medicamentos al que deben atenerse los profesionales en sus prescripciones a los pacientes ambulatorios, y que representa sólo un 10% de las especialidades medicinales que se comercializan en el país. Asegura asimismo que la conducta distorsiva de la denunciada se ve agravada porque fue concertada con las siguientes entidades: Federación Médica de la Provincia de Buenos Aires (FEMEBA), Federación de Clínicas Sanatorios y Hospitales Privados de la Provincia de Buenos Aires (FECLIBA), Federación Odontológica de la Provincia de Buenos Aires (FOPBA), Federación Bioquímica de la Provincia de Buenos Aires, Mesa de Enlace de Delegaciones Regionales de la CGT de la Provincia de Buenos Aires, CGT La Plata, Berisso y Ensenada, Círculo Médico de Campana, Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Buenos Aires, Sociedad Odontológica de La Plata (SOLP), Asociación de Clínicas y Sanatorios Privados de la Provincia de Buenos Aires, ACLIBA, ACLIBA II, ACLIBA III, ACLIBA IV, y AGEPBA. A juicio del denunciante, esta concertación implica una infracción al artículo 1° y al artículo 41 incisos b), c), f) y h) de la Ley N° 22.262.

En su presentación, además, cuantifica la afectación al interés económico general de la Provincia de Buenos Aires sobre la base de cifras del Censo Nacional de Población y Vivienda, sosteniendo que la utilización del listado producirá cambios en la composición del mercado farmacéutico, al privar al consumidor de una gran variedad de productos medicinales que a la larga pueden llegar a desaparecer del mercado.

Finaliza la denuncia arguyendo la inaplicabilidad al IOMA del artículo 5° de la Ley N° 22.262, por cuanto la ley orgánica del Instituto, N° 6982,

Handwritten signatures and initials in blue ink, including "SC" and "y ca".



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos*
Secretaría de Comercio e Inversiones

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



texto ordenado por el decreto N° 179 del 13/01/87, no prevé como atribución del Directorio la facultad de crear ningún formulario terapéutico a los efectos de determinar los porcentajes que deberán obtener los afiliados.

Acompaña al escrito promotor un ejemplar del formulario cuestionado (fs. 1), fotocopia del Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires del 19 de marzo de 1987 donde fuere publicado el Decreto N° 179 en el cual se ratifica la creación del Instituto de Obra Medico Asistencial (fs. 2/5) y fotocopia de las Resoluciones N° 427/89, 428/89 y 429/89 del directorio de IOMA (fs. 6/10) que se refieren a la configuración del formulario.

II- A fs. 21 se ratificó la denuncia; y a fs 23 se determina la reserva de la presente causa, a resultas del Expediente N° 321.381/87 iniciado por el mismo denunciante contra el Instituto Provincial de Atención Médica (IPAM) de la Provincia de Córdoba, por tener vinculación con la presente.

Asimismo, a fs 49 se agregó del Dictamen y la Resolución recaídos en el Expediente N° 75.647/83, iniciado por Jorge Eduardo Villegas contra la Federación Medica de la Provincia de Buenos Aires (FEMEBA) por guardar relación la dinámica del mercado allí descripta con la que versa en autos.

III- Siendo que el Instituto de Obra Medico Asistencial (IOMA) debe circunscribir su actuación a la ley orgánica de creación N° 6.982, con las modificatorias introducidas por los Decretos-Leyes N° 7.840/72; 8.717/77; 9.158/78 y 10.042/83; y Decreto Ordenatorio N° 179 del 13/01/87, y encontrándose lo actuado por el Instituto dentro del marco general de atribuciones que le otorga la ley, un primer análisis de los hechos nos permite advertir que no estamos frente a una práctica comercial restrictiva ordinaria, sino frente a una norma de carácter general dictada en el marco de las atribuciones que le confiere el ordenamiento jurídico provincial, más allá de las circunstancias de que ella pueda generar una eventual limitación de la concurrencia en el mercado de medicamentos. Debe destacarse, al analizar las conductas imputadas al IOMA, que se trata de un organismo de carácter autárquico (art. 1° del Estatuto, según T.O. de la Ley -Dto. 179/87-) de la Provincia de Buenos Aires, encargado de ejecutar la política de salud de dicha Provincia sobre el sector de los trabajadores y jubilados estatales. Es decir, aún cuando este organismo tenga plena capacidad para actuar como persona jurídica, debe cumplir prioritariamente con una función establecida por ley, que es la de asegurar prestaciones de salud a un considerable porcentaje de la población de la Provincia. Es evidente que las disposiciones referidas tienen el propósito de ampliar la cobertura de los servicios asistenciales, es decir, apuntan a una finalidad de bien social, que es la salud pública, y no a provocar deliberadamente el desplazamiento de alguno de los operadores o productos.

24



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones*

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



Se advierte, además, que en varias jurisdicciones y por análogos motivos, las autoridades administrativas han considerado pertinente la adopción de listados restringidos de fármacos.

Al considerarse que el Instituto actúa como consecuencia de disposiciones legales tendientes a hacer efectivos los derechos reconocidos constitucionalmente, como es el derecho a la salud, bien puede entenderse que no sólo la conducta denunciada encuentra suficiente sustento jurídico, sino que al haberse otorgado por vías legales una indiscutible prioridad a la extensión del bien público salud entre toda la población provincial, permitiendo la confección de un Vademécum, dicha finalidad pública tolera la existencia de ciertas regulaciones que de algún modo puedan limitar el ámbito de la competencia en la venta de medicamentos.

Entre los argumentos que se han esgrimido para el establecimiento de restricciones de este tipo, se ha destacado no sólo la conveniencia de promover un uso más racional de los medicamentos sino la necesidad de preservar la salud de la población, que es un bien público garantizado constitucionalmente y al mismo tiempo un derecho reconocido a todos los habitantes.

Respecto de las alegaciones del presentante en cuanto a una supuesta transgresión a la ley 16.463 y su decreto reglamentario, debe destacarse que la elaboración de un vademécum no supone una negación de las propiedades terapéuticas de los medicamentos autorizados de acuerdo a la ley mencionada ni una restricción indebida al derecho de producirlos y comercializarlos, sino una selección, de entre la totalidad de ellos, de aquéllos que considera que cubren las necesidades terapéuticas de sus asociados. Esta hipótesis encuentra sustento en los elementos aportados por el propio denunciante en cuanto a que el formulario ha sido elaborado sobre bases científicas y de acuerdo a parámetros reconocidos internacional y nacionalmente. En este sentido, la generalización de dichos criterios se encuentra confirmada por las recomendaciones y criterios de selección y aprobación de la Organización Mundial de la Salud, la Oficina Panamericana de la Salud de la OEA, la FDA (Food and Drugs Administration) de EEUU y la COMRA (cfr. Formulario agregado a fs. 1).

En el mismo sentido, debe tenerse presente que a fs. 24/31 se encuentra agregado el dictamen de esta Comisión en el Expte. 321.381/87, formulándose a fs. 29 -tercer y cuarto párrafos- conceptos que avalan lo anteriormente expuesto.

Al margen de lo expuesto, de haberse producido las violaciones a derechos y garantías constitucionales a las que se refiere el denunciante -derecho a ejercer la industria y el comercio, la garantía de igualdad y la de legalidad (fs. 15 vta.)-, el mismo disponía de los procedimientos jurisdiccionales de otra índole, a los cuales podría haber recurrido.

Handwritten signature and initials.



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones*

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

75

Las preocupaciones respecto del funcionamiento de los sistemas de salud han sido objeto de análisis por parte de organismos internacionales con competencia en la materia. Estas instituciones no sólo han elaborado informes en los que se destacan los numerosos elementos en común que presentan los diferentes países y regiones del mundo, sino que han elaborado recomendaciones tendientes a buscar soluciones razonables a problemas similares. En su último informe sobre las condiciones de salud de la región, la Organización Panamericana de la Salud ha recomendado: "Entre las acciones más importantes emprendidas por los países para promover el uso racional de los medicamentos está la elaboración y actualización de listas básicas o esenciales de medicamentos. Un número creciente de países ha publicado los formularios terapéuticos correspondientes, lo que ha permitido difundir información técnico-científica sobre los medicamentos de los cuadros básicos y promover su prescripción y utilización como elementos de primera elección cuando existe necesidad terapéutica. (del informe de la ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD sobre "Las Condiciones de Salud en las Américas". 1994. Pág. 377).

Asimismo, el último Informe dedicado a la Salud del Banco Mundial expresa que "en la lista modelo de medicamentos esenciales elaborada por la OMS se propone una lista básica de medicamentos que este organismo considera importantes y eficaces para hacer frente a los problemas sanitarios que afectan a los países en desarrollo. La primera lista, elaborada en 1977 por un grupo de expertos, ha sido revisada y actualizada en siete oportunidades y actualmente comprende alrededor de 270 productos. El propósito de la lista es servir como una pauta, a partir de la cual los países puedan crear sus propias listas de medicamentos esenciales. El objetivo que se persigue es que los medicamentos esenciales incluidos en la lista nacional estén disponibles, en todo momento y en las formas farmacéuticas adecuadas, en los establecimientos de salud del sector público. A nivel de los centros de salud, con alrededor de 30 o 40 medicamentos se pueden tratar casi todas las dolencias. En los hospitales de distrito no se precisa más de 120 medicamentos. ("Informe sobre el Desarrollo Mundial - "Invertir en Salud"-, de 1993. Pág. 149)".

En este contexto, la necesidad de que se cuente con información sistematizada se torna un elemento crucial, no sólo ya para el profesional que debe recetar entre el vasto universo de medicamentos existente, sino para quien debe afrontar los gastos de la medicación. Al tratarse de un organismo público que cuenta con un número cierto y limitado de recursos para hacer frente a prescripciones médicas variables que no pueden preverse con exactitud al comienzo de cada ejercicio, resulta razonable que al menos por cuestiones financieras y de sistematización de la información, se establezcan listas que acoten algunos de los posibles gastos sin descuidar las prestaciones sanitarias.

el
[Handwritten signature]



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos*
Secretaría de Comercio e Inversiones

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



IV- Con respecto a la conducta de concertación aducida por el denunciante por parte del Instituto con otras entidades médicas, odontológicas, farmacéuticas y hospitalarias, manifestada a fs. 12 vta., ha de aclararse que si bien el mismo Instituto utiliza el término "concertado", su empleo no tiene el sentido que el denunciante pretende darle. El uso que se hace del término en el formulario terapéutico, acompañado a fs. 1, se ve claramente explicitado a fs. 10, en la Resolución del Instituto N° 0429/89 del 29 de marzo de 1989, de la cual se desprende en sus considerandos que la "concertación" aludida hace referencia a una actitud participativa y de aporte o colaboración de los beneficiarios, prestatarios y asociaciones de trabajadores para la confección o modificación del formulario aquí cuestionado. Empleado en este sentido, el término "concertación" no tiene los alcances ni puede encuadrar en los supuestos del artículo 41 de la Ley 22.262, ya que no se trata de un acuerdo colusorio de tipo comercial que tenga alguna de las finalidades o efectos previstos en los artículos 1° y 41 de dicha ley.

Aunque la expresión empleada expresamente por la denunciada sea "concertación", no es su sentido el técnico-jurídico que le da la Ley 22.262 sino el de una acción de colaboración de asociaciones que son convocadas en virtud de los conocimientos, experiencia o consejo que pueden aportar en la redacción del formulario.

Entre los elementos que pueden considerarse para el análisis de la existencia de una posible conducta concertada, se encuentra una adecuada relación entre medios y fines o efectos, de forma tal que cabe suponer que los efectos obtenidos o las finalidades buscadas no hubieran sido posibles sin la participación de más de una persona con algún interés en el resultado. En efecto, si la finalidad o el efecto que se persiguen pueden obtenerse a través del accionar de uno sólo de los actores, o del accionar aislado de cada uno de ellos, sea porque se detente una posición de dominio o se posea capacidad decisoria, no se comprende la necesidad de que dicha persona requiera la participación de otros sujetos en un acuerdo.

Asimismo, el elemento "interés" en la participación de concertaciones también debe mencionarse. Por una parte, es razonable sostener que la participación en un acuerdo presupone la existencia de un cierto interés económico o de algún tipo de beneficio para cada uno de los que acuerdan en el resultado que se obtenga, y tanto más en la medida en que se participe expresamente en una concertación legalmente prohibida y sancionada. Por sus elementos integradores, la tipología establecida por el artículo 41 de la Ley 22.262 supone que quienes participan de una concertación se encuentran movidos por algún interés o beneficio económico propio, ya sea a través de desplazar empresas competidoras, de fijar precios uniformes en el mercado, de distribuirse zonas geográficas en exclusividad, de limitar los desarrollos técnicos o las inversiones, o de cualquiera de los otros supuestos.

SC



Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

En el caso que se analiza, resulta claro y evidente que la finalidad perseguida o el efecto que se ha obtenido con la conducta denunciada no requería desde ninguna perspectiva la participación de otros actores más que la exclusiva del mismo Instituto, quien pudo haber aprobado y puesto en vigencia, con los mismos efectos sobre el mercado, el mismo vademécum que se aprobó con el consejo de otros actores. Asimismo, tampoco se percibe el interés o beneficio económico que para la mayoría de los actores involucrados en la denuncia pueda traer la participación en la redacción de un vademécum.

V- Sin embargo, y sin perjuicio de ello, se estima necesario analizar los rasgos y funcionamiento del mercado en cuestión.

Para ello, deben abordarse los aspectos específicos del mismo y sus interrelaciones con los otros segmentos del mercado más global y abarcativo que lo incluye, cual es el de las prestaciones vinculadas a la salud humana. Es obvio que en cualquier mercado conviene analizar las relaciones que existen con otros mercados que lo afectan; pero en este caso particular, las influencias de ese contorno son determinantes para el propio funcionamiento del mercado. En referencia al impacto en el mercado de las conductas cuestionadas y todo el proceso suscitado en torno a las mismas, es relevante analizar la dinámica de los mercados de prestaciones médicas, farmacológicas y asistenciales en general.

Como se ha sostenido, la doctrina económica considera a la salud como un sector de actividad que no se puede confiar enteramente al libre accionar del mercado, porque incluye elementos que típicamente se caracterizan como *bienes públicos* y una fuerte presencia de *externalidades*, lo que conlleva la necesidad de que el Estado ejerza una función activa. Sin embargo, a pesar de esas características peculiares que justifican una intervención activa del Estado, obviamente en su funcionamiento deben promoverse al máximo posible los mecanismos competitivos que contribuyan a la eficiencia en el uso de los recursos, elevando la calidad y disminuyendo los costos.

En nuestro país, la financiación para satisfacer la demanda de servicios médicos y asistenciales en general, es básicamente provista a través de tres canales principales y uno residual.

El primero lo constituye la atención médica y sanitaria financiada con recursos públicos y prestada en forma gratuita por el Estado a través de sus instalaciones hospitalarias y sanitarias, sean nacionales, provinciales o municipales, que asisten fundamentalmente a los sectores de menores recursos.

El segundo, más difundido, es el que se organiza a partir de la ley de obras sociales, que instaura un sistema solidario de aportes obligatorios, en virtud del cual los jubilados y la población que trabaja en relación de dependencia obtiene cobertura médico-asistencial mediante la contribución de una parte proporcional de sus ingresos. Un régimen similar a este último es el de las mutuales, que también organizan servicios de asistencia médica financiados con los

80/



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos*
Secretaría de Comercio e Inversiones

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



aportes de los socios. En el caso de las mutuales, la adhesión es voluntaria; mientras que en las obras sociales impera la obligatoriedad, de modo que a quien trabaja en relación de dependencia en cierta rama de actividad se lo afilia automática y compulsivamente a la obra social respectiva, de la que es cautivo.

El tercer canal, de creciente importancia en los últimos años, está constituido por las empresas de servicios de medicina prepaga, que ofrecen al usuario que adhiere voluntariamente una modalidad de seguro por la cual, mediante el pago de una cuota mensual, se cubren determinados tipos de riesgos, obteniendo coberturas que abarcan servicios médicos, hospitalarios y de medicamentos.

Finalmente, existe otro sector de la comunidad, cada vez más reducido, que financia o solventa en forma individual sus gastos de salud, contratando privada e individualmente sus médicos, sanatorios y medicamentos, y abonando los honorarios y gastos correspondientes de su propio patrimonio.

En un análisis general, la asistencia médico sanitaria incluye básicamente tres clases de bienes y servicios diferentes: los servicios médicos propiamente dichos, prestados por profesionales habilitados para ello; los medicamentos elaborados por laboratorios farmacéuticos, intermediados por droguerías y vendidos al público en farmacias; y los servicios hospitalarios brindados por los hospitales públicos y las clínicas y sanatorios privados, incluyendo en este rubro tanto servicios calificados que implican utilización de aparatología y recursos humanos y materiales específicos en el campo sanitario, como los servicios básicos de hotelería hospitalaria.

El Estado presta, al menos, los servicios médicos y los hospitalarios con sus propios recursos humanos y materiales; y en algunos casos pone asimismo medicamentos a disposición de sectores de escasos recursos. En cambio, otra es la situación de las empresas de medicina prepaga, las mutuales o las obras sociales, que deben en casi todos los casos contratar servicios de terceros (médicos y profesionales, sanatorios o clínicas, farmacias) para satisfacer los requerimientos de asistencia de sus clientes, asociados o afiliados.

Respecto del segmento de obras sociales, existen algunas que ofrecen planes de atención "cerrados", por contar con instalaciones hospitalarias propias y profesionales médicos que trabajan en forma exclusiva para ellas o porque a través de diversas modalidades contratan en forma más o menos directa con algunos sanatorios o clínicas, algunos profesionales y algunas farmacias o redes de farmacias. Es decir, los prestadores contratados en los diversos ítems configuran un listado que no es "de libre elección" sino restringido, entendiendo en este caso por "de libre elección" un listado que tienda a abarcar la totalidad del universo de prestadores.

En cambio, otras obras sociales, en general las más masivas y con mayor dispersión territorial, han estructurado sistemas "abiertos" o "de libre elección", en los que se contratan los servicios con clínicas, farmacias y

80



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones*

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



profesionales a través de las asociaciones que los agrupan, de modo que ofrecen al afiliado una cobertura que abarca los servicios de médicos, clínicas y farmacias de modo no restringido como en el caso de los sistemas cerrados.

Al encararse esas contrataciones se enfrentan el poder de mercado de cada obra social, con el poder de los prestadores oferentes que cuando se nuclean en asociaciones pueden detentar posiciones de dominio absoluto en sus respectivos segmentos. Dejando de lado por un momento los medicamentos, y centrándonos en los servicios profesionales y sanatoriales, las contrataciones pueden ser de diversos tipos, con múltiples combinaciones, entre las que resalta por su difusión la contratación por "prestaciones" o "por acto médico", en la que la obra social asume el riesgo de no conocer ni controlar ex-ante el monto global que alcanzarán, lo que conlleva la necesidad de una ardua labor de auditoría para evitar sobreprestaciones, sobrefacturaciones u otros abusos. Otra alternativa de contratación que se ha comenzado a generalizar los últimos tiempos en nuestra país es la que se efectúa sobre una base "capitada", donde la obra social ex-ante puede negociar y contratar las prestaciones en base a una "capita" mensual fija de antemano, de modo que el riesgo pasa a los prestadores oferentes o al nucleamiento que contrata en nombre de los mismos, y la obra social direcciona su esfuerzo de auditoría para asegurar la calidad y evitar subprestaciones u otros abusos. Puede ser que entre la obra social que paga y los prestadores individuales únicamente intermedie una asociación médica o sanatorial, o bien una red de prestadores conformada al efecto, o bien también alguna empresa a la que la obra social le haya derivado la contratación de los prestadores. Una contratación en base "capitada" entre la obra social y el intermediario puede coexistir con un mecanismo de liquidación por "prestaciones" o "acto médico" entre el intermediario y los prestadores individuales.

En lo que se refiere estrictamente a los medicamentos, ellos son producidos por los laboratorios y distribuidos a través de droguerías y farmacias. Algunos son de venta libre, en tanto otros sólo pueden ser expedidos mediante recetas médicas. En general, los medicamentos tienen precios sugeridos de venta al público en farmacias y hay un esquema de márgenes para las droguerías y farmacias.

En Argentina, hay una relativa abundancia de diferentes marcas y presentaciones que contienen el mismo tipo de droga, además de una gran rotación en nuevas presentaciones.

La promoción y marketing de los medicamentos es efectuada por los laboratorios, centrando sus esfuerzos en los médicos, que son quienes los han de recetar, utilizando en esa función un gran número de agentes de propaganda médica (visitadores) y diversos mecanismos de información e incentivos.

4/



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones*

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



Por todo ello, a la hora de establecer su cobertura en medicamentos las obras sociales pueden actuar de diversos modos y deben enfrentar al menos las siguientes cuestiones:

1) incluirán todos y cualquier medicamento en su cobertura; o solamente la limitarán a ciertos rubros terapéuticos, excluyendo otros (por ejemplo revitalizantes o productos cercanos a la cosmética).

2) dentro de los rubros terapéuticos que deciden incluir, incluirán todos los medicamentos y presentaciones, que pese a ser más o menos sustitutos tienen entre sí una gran dispersión de precios, reintegrando o solventando en un porcentaje similar ese costo; u optarán por establecer para cada tipo un reintegro o cobertura uniforme en valor nominal, independientemente del precio de cada medicamento; u optarán por trabajar en base a un listado restringido y no universal de medicamentos, en el que incluirán aquellos que garanticen eficacia con los menores precios.

3) esos sistemas de cobertura o reintegro estarán disponibles en toda la red de farmacias, a través de convenios de tipo abierto con las asociaciones que las nuclean; o se negociarán mejores condiciones a través de contrataciones con algunos establecimientos, lo que si bien tiene la desventaja para el afiliado de contar sólo con algunas bocas de abastecimiento, tiene la ventaja, entre otras, de mejores condiciones para la obra social y mejores control y auditoría.

Aquí se abre entonces una serie de alternativas, donde la obra social juega un rol crucial como financiador de los requerimientos de medicamentos de sus afiliados. Debe primariamente tenerse en cuenta que en este esquema, el consumidor de los medicamentos (el paciente) no es el que los elige (en rigor, la elección recae en el profesional médico que lo receta) ni tampoco el que los solventa completamente de su propio peculio, puesto que los solventa sólo indirectamente a través de los aportes obligatorios al esquema de tipo solidario a la obra social. Es decir, en palabras sencillas, la venta de medicamentos es obviamente impulsada por su oferente básico, el laboratorio que lo produce; es canalizada a través de droguerías y farmacias que concentran la oferta de todos los laboratorios y finalmente, consumido por el paciente que no lo elige ni lo paga directamente; la elección es realizada por el médico y el pago cubierto por la obra social.

Dentro de ese marco, la alternativa de elaborar listados restringidos, vademécums, como en el presente caso, bien puede justificarse desde la perspectiva de la obra social.

A priori, un esquema de este tipo, si sus procedimientos y mecanismos de selección son totalmente transparentes y eficaces en términos de reducción de costos y aseguran un standard de calidad razonable, si bien restringiría en algo la libertad de elección de los pacientes (en realidad, de los médicos) respecto de los medicamentos con cobertura, muy bien podría en

80
y 24
[Handwritten signatures]



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos*
Secretaría de Comercio e Inversiones

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

compensación asegurarle una cobertura de prestaciones satisfactoria, en función de los recursos limitados de la obra social y de las funciones que legalmente le han sido asignadas respecto de la salud de la población.

Sin duda cobra relevancia en este aspecto la modalidad con la que se efectúe el procedimiento de selección de medicamentos. No parece objetable un proceso altamente transparente y sin distorsiones como las que se generarían, por ejemplo, con favoritismos o preferencias a incluir productos de determinados oferentes por vinculaciones o contraprestaciones que no redundan en beneficios para el usuario y el sistema. Si el proceso de selección adoleciera de dichas irregularidades o fuera ineficaz para lograr el mayor beneficio a los menores costos posibles, un sistema de este tipo también podría resultar poco eficiente, y tanto más si se considera que la obra social no tiene las señales de la dinámica compulsiva que deriva de soportar la presión de competencia de otras fuentes por las que sus afiliados pudieran optar, ya que pueden valerse de la cautividad de sus afiliados.

En este marco, y en el contexto general de las prestaciones de salud tanto al momento de la denuncia como en la actualidad, parece aceptable que las obras sociales puedan acudir a esquemas en principio restrictivos, como los vademécums cuestionados en el presente caso, para desarrollar la función que les ha sido asignada.

Desde un punto de vista estrictamente económico, y volviendo a abordar la problemática de la salud en su conjunto, sin duda sería óptimo un sistema que no sólo asegure cierta puja competitiva en busca de eficiencia por parte de quienes ofrecen sus productos y servicios a las obras sociales (laboratorios, farmacias, profesionales, clínicas, etc.), compitiendo entre sí y sin monopolizar ni detentar posiciones de dominio, sino que simultáneamente asegure una puja competitiva entre las propias obras sociales, dentro del sistema solidario, o entre éstas y otros sistemas fuera del solidario, como la medicina prepaga. De este modo, se generaría la posibilidad de los afiliados de optar entre diferentes instituciones y de que exista una movilidad entre canales alternativos, lo que resultaría en la búsqueda de una mayor eficiencia por parte de las obras sociales. En esta hipótesis, los afiliados podrían evaluar las prestaciones, y eventualmente revelar sus preferencias optando por la entidad que mejor satisfaga sus requerimientos.

VI - Por lo expuesto anteriormente, debe concluirse que las conductas imputadas no encuadran en los artículos 1º y 41 de la Ley, ya que no presentan los elementos que permitan inducir restricciones con entidad suficiente para distorsionar el funcionamiento del mercado de los medicamentos y afectar el interés económico general; ni permiten presumir la existencia de un abuso por parte de agentes que detenten posiciones de dominio, de forma que también se afecte el interés económico general.



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos*
Secretaría de Comercio e Inversiones
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

En consecuencia, esta Comisión Nacional aconseja desestimar la denuncia interpuesta y disponer el archivo de las presentes actuaciones, conforme a los artículos 19 y 30 de la norma antes citada.

Saludamos a Ud. atentamente.

Ernesto Cionfrini.

Dr. ERNESTO CIONFRINI
VOCAL

[Signature]
LIC. MARIO A. BACMAN
VOCAL

[Signature]
LIC. HORACIO L. SALERNO
VOCAL

[Signature]
DR. SILVIA SAVOINI
VOCAL

[Signature]
LIC. JORGE A. LANGRANO
Subsecretario de Regulación
de Comercio Interior

AL SEÑOR
SECRETARIO DE COMERCIO E INVERSIONES
ING. AGR. MARCELO EDUARDO REGUNAGA
S. / D.



Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones



BUENOS AIRES, 6 JUN 1996

VISTO el Expediente N° 104.692/89 del Registro de la EX-SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR tramitado ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, por el cual el Señor Hugo Roberto MIGUENS denuncia al INSTITUTO DE OBRA MÉDICO ASISTENCIAL (IOMA), ente autárquico de la PROVINCIA DE BUENOS AIRES, por limitar, restringir y distorsionar la competencia en el mercado de productos medicinales, al excluir aquellos productos que no están comprendidos en el formulario terapéutico editado por el mencionado Instituto, y

CONSIDERANDO:

Que el denunciante sostiene que por medio de la Resolución N° 0422 del 27 de marzo de 1989 el INSTITUTO DE OBRA MÉDICO ASISTENCIAL (IOMA) decidió instrumentar el Formulario Terapéutico conformado por un conjunto limitado de productos que representarían sólo un DIEZ POR CIENTO (10 %) de las especialidades medicinales que se comercializan en el país.

44/
29/
Que en su presentación afirma que de este modo el Instituto discrimina arbitrariamente en contra de aquellos laboratorios cuyos productos no se hallan incluidos en el formulario mencionado, distorsionando el mercado de especialidades medicinales.

g
17
Que agrega que en el punto DOS (2) del Instructivo que figura como Anexo I de la Resolución INSTITUTO DE OBRA MÉDICO ASISTENCIAL (IOMA) N° 0428 del 29 de

SECRETARÍA DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS
UNIDAD MINISTRO
UNIDAD SECRETARÍA GENERAL

ES COPIA FOTOGRÁFICA DEL ORIGINAL



DR. FERNANDO M. ZAMORA
DIRECTOR DE DESPACHO



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones*



marzo de 1989 se establecen porcentajes diferentes de descuento a los afiliados, según los medicamentos estén dentro o fuera del formulario terapéutico; cubriéndose en el primer caso el SETENTA POR CIENTO (70%) del importe y el afiliado el TREINTA POR CIENTO (30%), y en el segundo caso invirtiéndose las proporciones.

Que asegura el denunciante que dado el menor costo de los productos incluidos en el formulario respecto de los excluidos, éste se transforma en el único listado de productos recetables.


Que agrega que la conducta distorsiva se ve agravada porque la misma fue concertada con otras entidades: FEDERACIÓN MEDICA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (FEMEBA), FEDERACIÓN DE CLÍNICAS SANATORIOS Y HOSPITALES PRIVADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (FECLIBA); FEDERACIÓN ODONTOLÓGICA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (FOPBA), FEDERACIÓN BIOQUÍMICA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES; MESA DE ENLACE DE DELEGACIONES DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (CGT); CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJO DE LA PLATA, BERISSO Y ENSENADA (CGT), CÍRCULO MÉDICO DE CAMPANA, COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES; SOCIEDAD ODONTOLÓGICA DE LA PLATA (SOLP); ASOCIACIÓN DE CLÍNICAS Y SANATORIOS PRIVADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES; ACLIBA; ACLIBA II; ACLIBA III; ACLIBA IV Y AGEPBA.

Que, tal como sostiene la COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA

cc
[Handwritten signatures and initials]

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y SERVICIOS PÚBLICOS
UNIDAD MINISTRO
UNIDAD SECRETARÍA GENERAL

ES COPIA FOTOGRAFICA DEL ORIGINAL


DR. FERNANDO M. ZAMORA
DIRECTOR DE DESPACHO



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones*



COMPETENCIA en su dictamen, "siendo que el INSTITUTO DE OBRA MEDICO ASISTENCIAL (IOMA) debe circunscribir su actuación a la Ley orgánica de creación N° 6.982 (T.O. Decreto N° 179 del 19 de marzo de 1987), y encontrándose lo actuado por el Instituto dentro del marco general de atribuciones que le otorga la ley, un primer análisis de los hechos nos permite advertir que no estamos frente a una práctica comercial restrictiva ordinaria, sino frente a una norma de carácter general dictada en el marco de las atribuciones que le confiere el ordenamiento jurídico provincial, más allá de las circunstancias de que ella pueda generar una eventual limitación de la concurrencia en el mercado de medicamentos."

Que debe destacarse, al analizar las conductas imputadas al INSTITUTO DE OBRA MEDICO ASISTENCIAL (IOMA), que se trata de un organismo de carácter autárquico (artículo N° 1° del Estatuto, según T.O. de la Ley orgánica de creación N° 6.982 - Decreto N° 179 del 19 de marzo de 1987) de la PROVINCIA DE BUENOS AIRES, encargado de ejecutar la política de salud de dicha Provincia sobre el sector de los trabajadores y jubilados estatales.

Que se advierte además que, en varias jurisdicciones y por análogos motivos, las autoridades administrativas han considerado pertinente la adopción de listados restringidos de fármacos.

Que al considerarse que el Instituto actúa como consecuencia de disposiciones legales tendientes a hacer efectivos los derechos reconocidos constitucionalmente, como es el derecho a la salud, bien puede entenderse que no sólo la conducta denunciada encuentra suficiente sustento jurídico, sino que al haberse otorgado por vías legales una indiscutible

48/
24/
2
17

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS
UNIDAD MINISTRO
UNIDAD SECRETARÍA GENERAL
ES COPIA FOTOGRÁFICA DEL ORIGINAL


DR. FERNANDO M. ZAMORA
DIRECTOR DE DESPACHO



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones*



prioridad a la extensión del bien público salud entre toda la población provincial, permitiendo la confección de un Vademécum, dicha finalidad pública tolera la existencia de ciertas regulaciones que de algún modo puedan limitar el ámbito de la competencia en la venta de medicamentos.

Que entre los argumentos que se han esgrimido para el establecimiento de restricciones de este tipo, se ha destacado la necesidad de preservar la salud pública, que no es sólo un bien de raigambre constitucional que debe ser garantizado por el Estado sino un derecho que es reconocido a la totalidad de los habitantes.

Que asimismo, la doctrina económica considera a la salud como un sector de actividad que no se puede confiar enteramente al libre accionar del mercado, porque tiene las características de bien público y una fuerte presencia de externalidades, lo que conlleva la necesidad de que el Estado ejerza una función activa.

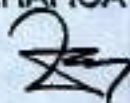
Que respecto de las alegaciones del presentante en cuanto a una supuesta transgresión a la Ley Nº 16.463 y su Decreto Reglamentario Nº 9763 del 7 de diciembre de 1964, debe destacarse que la elaboración de un Vademécum no supone una negación de las propiedades terapéuticas de los medicamentos autorizados de acuerdo a la ley mencionada ni una restricción indebida al derecho de producirlos y comercialarlos, sino una selección, de entre la totalidad de ellos, de aquéllos que considera que cubren las necesidades terapéuticas de sus asociados.

Que esta hipótesis encuentra sustento en los elementos aportados por el denunciante en cuanto a que el formulario ha sido elaborado sobre bases científicas y de

de
y
y

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS
UNIDAD MINISTRO
UNIDAD SECRETARÍA GENERAL

ES COPIA FOTOGRÁFICA DEL ORIGINAL



DR. FERNANDO M. ZAMORA
DIRECTOR DE DESPACHO



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones*



acuerdo a parámetros reconocidos internacional y nacionalmente, ya que la generalización de dichos criterios está confirmada por las recomendaciones y criterios de selección y aprobación de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), la OFICINA PANAMERICANA DE LA SALUD, la FOOD AND DRUGS ADMINISTRATION de los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA y la CONFEDERACIÓN MÉDICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, entre otras instituciones.

Que en el mismo sentido, debe tenerse presente que en el dictamen de la COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA agregado a las presentes actuaciones se formulan conceptos que avalan lo anteriormente expuesto.

Que de haberse producido las violaciones a derechos y garantías constitucionales a las que se refiere el denunciante -derecho a ejercer la industria y el comercio, la garantía de igualdad y la de legalidad-, el mismo disponía de procedimientos jurisdiccionales de otra índole, a los cuales podría haber recurrido.

Que entre los estudios elaborados por las organizaciones internacionales especializadas en la materia, merece destacarse el último informe sobre las condiciones de salud de la región de la ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, quien ha recomendado: "Entre las acciones más importantes emprendidas por los países para promover el uso racional de los medicamentos está la elaboración y actualización de listas básicas o esenciales de medicamentos. Un número creciente de países ha publicado los Formularios Terapéuticos correspondientes, lo que ha permitido difundir información técnico-científica sobre los medicamentos de los cuadros básicos y promover su prescripción y utilización como

Handwritten signatures and initials in the bottom left corner.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS
UNIDAD MINISTRO
UNIDAD SECRETARÍA GENERAL
ES COPIA FOTOGRÁFICA DEL ORIGINAL



DR. FERNANDO M. ZAMORA
DIRECTOR DE DESPACHO



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones*



elementos de primera elección cuando existe necesidad terapéutica. (del informe de la ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD sobre "Las Condiciones de Salud en las Américas", 1994. Pág. 377).

Que el último Informe del BANCO MUNDIAL dedicado a la Salud expresa que "en la lista modelo de medicamentos esenciales elaborada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) se propone una lista básica de medicamentos que este organismo considera importantes y eficaces para hacer frente a los problemas sanitarios que afectan a los países en desarrollo. La primera lista, elaborada en 1977 por un grupo de expertos, ha sido revisada y actualizada en siete oportunidades y actualmente comprende alrededor de DOSCIENTOS SETENTA (270) productos. El propósito de la lista es servir como una pauta, a partir de la cual los países puedan crear sus propias listas de medicamentos esenciales. El objetivo que se persigue es que los medicamentos esenciales incluidos en la lista nacional estén disponibles, en todo momento y en las formas farmacéuticas adecuadas, en los establecimientos de salud del sector público. A nivel de los centros de salud, con alrededor de TREINTA (30) o CUARENTA (40) medicamentos se pueden tratar casi todas las dolencias. En los hospitales de distrito no se precisa más de CIENTO VEINTE (120) medicamentos. ("Informe sobre el Desarrollo Mundial - "Invertir en Salud"-, de 1993. Pág. 149)".

Que en este contexto, la necesidad de que se cuente con información sistematizada se torna un elemento crucial, no sólo ya para el profesional que debe recetar entre el vasto universo de medicamentos existente, sino para quien debe afrontar los gastos de la medicación.

Que al tratarse de un organismo público que cuenta con un número cierto y

Handwritten signatures and initials on the left margin, including the number 84.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS
UNIDAD MINISTRO
UNIDAD SECRETARÍA GENERAL
ES COPIA FOTOGRÁFICA DEL ORIGINAL

DR. FERNANDO M. ZAMORA
DIRECTOR DE DESPACHO



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones*



limitado de recursos para hacer frente a prescripciones médicas variables que no pueden preverse con exactitud al comienzo de cada ejercicio, resulta razonable que al menos por cuestiones financieras y de sistematización de la información, se establezcan listas que acoten algunos de los posibles gastos sin descuidar las prestaciones sanitarias.

Que con respecto a la conducta de concertación aducida por el denunciante por parte del Instituto con otras entidades médicas, odontológicas, farmacéuticas y hospitalarias, debe aclararse que si bien el mismo Instituto utiliza el término "concertado", su empleo no tiene el sentido que el denunciante pretende darle. El uso del término utilizado en el Formulario Terapéutico se ve claramente explicitado en la Resolución del Instituto N° 0429 del 29 de marzo de 1989, que en sus considerandos hace referencia a una actitud participativa y de aporte o colaboración de los beneficiarios, prestatarios y asociaciones de trabajadores para la confección o modificación del formulario aquí cuestionado.

Que empleado en el sentido indicado por el denunciante, el término no tiene el alcance técnico-jurídico que le da la Ley N° 22.262, sino el de una acción de colaboración de asociaciones que son convocadas en virtud de los conocimientos, experiencia o consejo que pueden aportar en la redacción del formulario.

Que entre los elementos que pueden considerarse para el análisis de la existencia de una posible conducta concertada, se encuentra una adecuada relación entre medios y fines o efectos, de forma tal que cabe suponer que los efectos obtenidos o las finalidades buscadas no hubieran sido posibles sin la participación de más de UNA (1) persona con algún interés en el resultado. En efecto, si la finalidad o el resultado que se persiguen pueden obtenerse a través

50/

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS
UNIDAD MINISTRO
UNIDAD SECRETARÍA GENERAL
ES COPIA FOTOGRÁFICA DEL ORIGINAL



DR. FERNANDO M. ZAMORA
DIRECTOR DE DESPACHO



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones*



del accionar de uno sólo de los actores, o del accionar aislado de cada uno de ellos, sea porque se detente una posición de dominio o se posea capacidad decisoria, no se comprende la necesidad de que dicha persona requiera la participación de otros sujetos en un acuerdo.

Que asimismo debe tenerse en cuenta el elemento "interés" en la realización de concertaciones, ya que es razonable sostener que la participación en un acuerdo presupone la existencia de un cierto interés económico o de algún tipo de beneficio, para cada uno de los que acuerdan, en el resultado que se obtenga, y tanto más en la medida en que se participe expresamente en una concertación legalmente prohibida y sancionada. Por sus elementos integradores, la tipología establecida por el artículo 41 de la Ley N° 22.262 supone que quienes participan de una concertación se encuentran movidos por algún interés o beneficio económico propio, ya sea a través de desplazar empresas competidoras, de fijar precios uniformes en el mercado, de distribuirse zonas geográficas en exclusividad, de limitar los desarrollos técnicos o las inversiones, o de cualquiera de los otros supuestos.

Que en el caso que se analiza, resulta claro y evidente que la finalidad perseguida o el efecto que se ha obtenido con la conducta denunciada no requería desde ninguna perspectiva la participación de otros actores más que la exclusiva del mismo Instituto, quien pudo haber aprobado y puesto en vigencia, con los mismos efectos sobre el mercado, el mismo Vademécum que se aprobó con el consejo de otros actores.

Que asimismo, tampoco se percibe el interés o beneficio económico que para la mayoría de los actores involucrados en la denuncia pueda traer la participación en la redacción de un Vademécum.

Handwritten signatures and initials on the left margin.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS
UNIDAD MINISTRO
UNIDAD SECRETARÍA GENERAL
ES COPIA FOTOGRÁFICA DEL ORIGINAL



DR. FERNANDO M. ZAMORA
DIRECTOR DE DESPACHO



*Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones*



Que en el marco del análisis de los rasgos y funcionamiento del mercado en cuestión realizado por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, cuyos términos se comparten, en el contexto general de las prestaciones de salud, tanto al momento de la denuncia como en la actualidad, parece aceptable que las obras sociales puedan acudir a esquemas en principio restrictivos, como los Vademécum cuestionados en el presente caso, para desarrollar la función que les ha sido legalmente asignada.

Que por lo expuesto anteriormente, debe concluirse que las conductas imputadas en la denuncia no encuadran en los artículos 1º y 41 de la Ley Nº 22.262, ya que no presentan los elementos que permitan inducir la existencia de restricciones con entidad suficiente para distorsionar el funcionamiento del mercado de los medicamentos y afectar el interés económico general; ni permiten presumir la existencia de un abuso por parte de agentes que detentan posiciones de dominio, de forma que también se afecte el interés económico general.

Que en consecuencia, y conforme al dictamen emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA y a lo dispuesto por los artículos 19 y 30 de la Ley Nº 22.262, corresponde desestimar la denuncia y disponer el archivo de las actuaciones.

Por ello,

EL SECRETARIO DE COMERCIO E INVERSIONES

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º: Desestimar la denuncia interpuesta contra el INSTITUTO DE OBRA

92/

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS
UNIDAD MINISTRO
UNIDAD SECRETARÍA GENERAL

ES COPIA FOTOGRÁFICA DEL ORIGINAL



DR. FERNANDO M. ZAMORA
DIRECTOR DE DESPACHO



Ministerio de Economía y
Obras y Servicios Públicos
Secretaría de Comercio e Inversiones

MEDICO ASISTENCIAL y disponer el archivo de las actuaciones.

ARTICULO 2º: Vuelva a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA para la prosecución del trámite.

ARTÍCULO 3º: Regístrese, comuníquese y archívese.

RESOLUCIÓN Nº 142

Marcelo Recunaga
MARCELO RECUNAGA
SECRETARIO DE COMERCIO
E INVERSIONES

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS
UNIDAD MINISTRO
UNIDAD SECRETARÍA GENERAL
ES COPIA FOTOGRÁFICA DEL ORIGINAL



DR. FERNANDO M. ZAMORA
DIRECTOR DE DESPACHO