



**República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional**  
Las Malvinas son argentinas

**Resolución**

**Número:**

**Referencia:** EX-2019-62696077- -APN-DGD#MPYT s/ Rechazo de planteo de nulidad efectuado por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA

---

VISTO el Expediente N° EX-2019-62696077- -APN-DGD#MPYT, las Leyes Nros. 25.156 y 27.442, y los Decretos Nros. 480 del 23 de mayo de 2018 y 50 del 19 de diciembre de 2019 y sus modificatorios, y

CONSIDERANDO:

Que, el expediente citado en el Visto, se inició como consecuencia de la denuncia interpuesta el día 7 de diciembre de 2011 ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARÍA DE COMERCIO por la firma FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S., y la firma FARMACITY S.A., por la presunta comisión de conductas anticompetitivas violatorias de la entonces vigente Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia.

Que, en la denuncia se expusieron una serie de presuntas conductas discriminatorias concertadas que tendrían por efecto la expulsión de la firma FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S. del mercado minorista de medicamentos de la ciudad de Mar del Plata.

Que, en la denuncia, la firma FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S. solicitó el dictado de una orden de cese en los términos del artículo 35 de la Ley N° 25.156.

Que, a su vez, la firma FARMACITY S.A. también ha solicitado una orden de cese en los términos del artículo 35 de la Ley N° 25.156.

Que, en fecha 19 de enero de 2012, el representante legal de la firma FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S., ratificó la denuncia que originó las presentes actuaciones.

Que, en fecha 22 de mayo de 2012, en el marco del Expediente N° S01:0342985/2011, caratulado “CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA S/SOLICITUD DE INTERVENCIÓN (C.1400)”, la firma FARMACITY S.A., realizó una presentación ampliatoria de la contestación del traslado del artículo 29 de

la Ley N° 25.156 denunciando la existencia de maniobras verticales, discriminatorias, concertadas y potencialmente exclusorias contra FARMACITY S.A.

Que en virtud de ello, se ordenó formar con la referida presentación y la documental adjuntada, el expediente caratulado: “FARMACITY S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1441)”, siendo debidamente ratificada la denuncia interpuesta con fecha 16 de agosto de 2012.

Que mediante Resolución N° 12/2013 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, se resolvió acumular como foja única el expediente caratulado “FARMACITY S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1441)” a las presentes actuaciones al comprender que, en ambas actuaciones existía identidad en el objeto de las conductas denunciadas e identidad parcial de los sujetos denunciados.

Que, según los denunciantes, FARMACITY habría sufrido ciertas acciones, a saber: i) “la modificación unilateral, intempestiva y discriminatoria en perjuicio de Farmacity, de los costos que debe afrontar para dispensar medicamentos a los afiliados del PAMI por la vía de imposición de un incremento unilateral e inconsulto del porcentaje de contribución de los descuentos que debe asumir, mayores costos que no han sido impuestos a otras farmacias (...) y la disminución de competitividad frente a las demás farmacias y por tales motivos, su potencial exclusión del mercado (...)”; ii) “la modificación también unilateral, intempestiva y discriminatoria en perjuicio de Farmacity, de los porcentajes de descuentos que asume cada farmacia en el proceso de dispensación de medicamentos a los afiliados de Prepagas y Obras Sociales (...)”; iii) “las sistemáticas dilaciones respecto a la incorporación de farmacias de FARMACITY a la red de dispensación de medicamentos del PAMI, de las empresas de medicina prepagas y Obras Sociales, por parte de Farmalink S.A. (...)”; iv) “la discontinuidad del abastecimiento de medicamentos de forma directa por parte de los laboratorios, que, a partir de cierto momento, remitieron a FARMACITY a abastecerse mediante distribuidoras y/o droguerías, eliminando una posibilidad de ahorros y eficiencia y escala de la compra directa (...)”; y v) “la modificación unilateral e inconsulta y contemporánea de las condiciones de venta y financiación de medicamentos por parte de las Droguerías (...)”.

Que, según se desprende del Dictamen N° IF-2022-117404325-APN-CNDC#MEC de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA las cámaras empresariales de laboratorios farmacéuticos, el CENTRO INDUSTRIAL DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS ARGENTINOS; la CÁMARA DE ESPECIALIDADES MEDICINALES; y la COOPERATIVA DE LABORATORIOS ARGENTINOS DE ESPECIALIDADES MEDICINALES son las representantes de la industria farmacéutica.

Que, según se ha informado en el Dictamen citado en el considerando precedente, las cámaras empresariales representantes de la Industria Farmacéutica, constituyeron la agrupación de colaboración empresaria denominada ACE-PAMI, con el propósito de administrar el acuerdo suscripto entre el PAMI y las cámaras empresariales, conocido como “CONVENIO PAMI-INDUSTRIA”.

Que, en fecha 4 abril de 2012 y 3 de julio de 2013, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ordenó correr traslado de las denuncias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 25.156.

Que, en fechas 25 de abril de 2012 y 26 de julio de 2013, la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA brindó las explicaciones en legal tiempo y forma.

Que la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA destacó que tanto la fijación del porcentaje aportado al sistema como su distribución entre las farmacias adheridas, habían sido modificados a lo largo del

tiempo por medio de diferentes negociaciones llevadas a cabo por los distintos sectores intervinientes, con el fin de asegurar la continuidad de la prestación en todo el país.

Que la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA aclaró que parte del pago se recibe en efectivo y parte en notas de recupero de descuento, y sólo el efectivo es liquidado por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA a las farmacias a través de sus entidades adheridas.

Que, la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA negó: (i) la existencia de un acuerdo diseñado por los principales laboratorios para perjudicar a FARMACITY S.A. que tenga como propósito la apropiación de los excedentes de los consumidores, manteniendo el margen de rentabilidad de los laboratorios; (ii) que cualquier jugador del mercado en contra de dicho acuerdo, fuera objetivo de destrucción; (iii) que las medidas enunciadas tuvieran como objetivo perjudicar a FARMACITY S.A., ya sea disminuyendo sus márgenes de rentabilidad o buscando la desnaturalización de su modelo de negocio; (iv) el injustificado rechazo y demora de trámites de recupero y reintegro efectivizados a los beneficiarios del PAMI; (v) el presunto trato discriminatorio respecto a FARMACITY S.A. con relación a los descuentos que absorbe de los medicamentos dispensados a los beneficiarios de las obras sociales y prepagas; y (vi) la injustificada demora en la incorporación de nuevas farmacias FARMACITY a la red de dispensación de las prepagas y obras sociales, entre otros planteos.

Que, el día 26 de julio de 2013, el representante legal de la FEDERACIÓN ARGENTINA DE CÁMARAS DE FARMACIA brindó las explicaciones del caso, en legal tiempo y forma, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Ley N° 25.156.

Que, la FEDERACIÓN ARGENTINA DE CÁMARAS DE FARMACIA negó la existencia de maniobras verticales, discriminatorias concertadas y virtualmente exclusorias ya sea dirigida a FARMACITY S.A. o a cualquier otra farmacia, comercio o entidad destinada al expendio de medicamentos.

Que, la FEDERACIÓN ARGENTINA DE CÁMARAS DE FARMACIA mencionó que desde el inicio del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA se optó por un criterio de bonificación diferenciado, teniendo en consideración a aquellas farmacias que se encontraban más alejadas de los centros urbanos y con menor nivel de facturación para que pudiesen ser prestadoras del servicio en beneficio de los afiliados que viven en zonas distantes o desfavorables; conformando así un sistema solidario.

Que, la FEDERACIÓN ARGENTINA DE CÁMARAS DE FARMACIA aclaró que dicha bonificación no resultaría discriminatoria sino solidaria, logrando que no sólo FARMACITY S.A. sino también otras farmacias contribuyan con mayor bonificación, por causa de su nivel de facturación y ubicación geográfica.

Que, el día 24 de julio de 2013, el representante legal de la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS MUTUALES Y SINDICALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, brindó las explicaciones del caso, en legal tiempo y forma, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Ley N° 25.156.

Que, la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS MUTUALES Y SINDICALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA negó que haya existido: (i) “modificación unilateral e intempestiva de los descuentos que absorbe FARMACITY en relación a los medicamentos dispensados por ella a los beneficiarios del PAMI y el injustificado rechazo de los trámite de recupero y reintegro efectivizados a esos beneficiarios”; (ii) “(...) el tratamiento diferencial discriminatorio a FARMACITY con relación a los descuentos que absorbe respecto de los medicamentos dispensados por ella a los beneficiarios de las Obras Sociales (...)”; c) “(...) la injustificada demora en la incorporación de nuevas farmacias FARMACITY a la dispensación de Obras Sociales (...)”.

Que, asimismo, la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS MUTUALES Y SINDICALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA ha expresado que no tiene fines de lucro sino altruistas, de acuerdo a su tipo asociativo, cumpliendo con todos los requisitos y la normativa controlada por la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA.

Que, la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS MUTUALES Y SINDICALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA confirmó que suscribió un acuerdo complementario para la dispensa de medicamentos a beneficiarios del PAMI, para que las farmacias más pequeñas y más retiradas del país tengan un impacto menor en sus aportes, facilitando así su integración a la dispensa de medicamentos a beneficiarios de dicha obra social.

Que, el día 2 de junio de 2014, mediante Resolución CNDC N° 38/2014, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ordenó rechazar la medida cautelar solicitada por las firmas FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S. y FARMACITY S.A. y ordenar la apertura del sumario conforme lo previsto en el artículo 30 de la Ley N° 25.156 .

Que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA dio por concluida la instrucción sumarial e imputó a las entidades farmacéuticas CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA, FEDERACIÓN ARGENTINA DE CÁMARAS DE FARMACIA, y ASOCIACIÓN DE FARMACIAS MUTUALES Y SINDICALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, respecto de las conductas que “prima facie” se les atribuyeron, consistentes en la presunta participación en un acuerdo que infringiría los artículos 1° y 2° incisos a), f), h) y k) de la Ley N° 25.156, en tanto las entidades farmacéuticas mencionadas implementaron un nuevo esquema de bonificaciones diferenciadas de características exclusorias y discriminatorias, y restringieron el ingreso de nuevas farmacias pertenecientes a la cadena FARMACITY, en la dispensa de medicamentos a afiliados del PAMI en todo el territorio nacional; confiriendo el traslado previsto en el artículo 32 de la Ley N° 25.156, para que efectúen sus descargos y ofrezcan la prueba que consideren pertinente respecto de las conductas que les fueron imputadas.

Que, el día 1 de diciembre de 2017, el representante legal de la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS MUTUALES Y SINDICALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, presentó su descargo y ofreció prueba, en legal tiempo y forma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 25.156.

Que, el día 1 de diciembre de 2017, el representante legal de la FEDERACIÓN ARGENTINA DE CÁMARAS DE FARMACIA presentó su descargo y ofreció prueba en legal tiempo y forma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 25.156.

Que, el día 4 de diciembre de 2017, los representantes legales de la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA presentaron su descargo en legal tiempo y forma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 25.156.

Que, las imputadas efectuaron sus respectivos descargos y ofrecieron prueba, lo que motivó el dictado por parte de las Disposiciones Nros. 32/2018 y 61/2018, ambas de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, mediante las cuales se ordenó la apertura a prueba y su ampliación, respectivamente.

Que, el 28 de noviembre de 2018, la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA y los peritos de parte designados por esta, plantearon la nulidad del peritaje concedido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA mediante la Disposición CNDC N° 32/2018, en los términos de los artículos 167 inciso 3° y 168 párrafo 2 y 3 del Código Procesal Penal de la Nación, de aplicación supletoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley N° 27.442.

Que, la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA manifestó que la nulidad planteada es de orden general ya que los vicios en los que se habría incurrido afectan de manera directa no solo la participación de la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA sino también la intervención del juez.

Que, la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA sostuvo que la nulidad es de carácter absoluto en los términos del artículo 168 párrafo 2 del Código Procesal Penal de la Nación, ya que se ve afectada la garantía de defensa en juicio que asiste a la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA en virtud de lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Que, asimismo, la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA agregó que los peritos designados de oficio contestaron los puntos ordenados transcribiendo las cifras aportadas por FARMACITY sin aportar conclusión alguna acerca de la razonabilidad de dicha información, ni elaboración técnica que la valide o la certifique.

Que, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ha sostenido mediante el Dictamen N° IF-2022-117404325-APN-CNDC#MEC que la pericia contable ofrecida oportunamente por la propia CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA —y concedida por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en el marco de la Disposición de apertura a prueba no puede entenderse como un acto pasible de ser atacado por nulidad, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 167 y 168 del Código Procesal Penal de la Nación.

Que, asimismo, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en el Dictamen citado en el considerando precedente ha sostenido que la Ley N° 27.442 no contempla en su ordenamiento el planteo de nulidad.

Que, del mismo modo, la Comisión citada en el considerando precedente ha informado que conforme al artículo 166 del Código Procesal Penal de la Nación, y a la jurisprudencia, los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieren observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad.

Que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA también ha informado que conforme las constancias obrantes en el expediente, se encuentra debidamente agregado el informe pericial elaborado por los peritos designados de oficio, que fuera presentado con fecha 16 de noviembre de 2018, y que pone de manifiesto el procesamiento de la información obtenida y circunscripta al tema objeto de la pericia, conforme fuera expuesto en la Disposición N° 32/2018 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Que, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, ha informado que de las actas que forman parte del informe pericial antedicho, se desprende la participación activa de los peritos de parte propuestos por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA en todo el proceso inherente a la pericia.

Que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA mediante el Dictamen N° IF-2022-117404325-APN-CNDC#MEC ha informado que corresponde rechazar por improcedente la nulidad planteada por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA contra la pericia contable formulada a FARMACITY S.A.

Que, el día 12 de diciembre de 2018, mediante las Disposiciones Nros. 34/2018 y 35/2018 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA se concedieron las confidencialidades peticionadas por la

firma FARMALINK y la ACE-PAMI respectivamente, de la documental oportunamente acompañada.

Que, el día 11 de enero de 2019, la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA interpuso recurso de apelación en los términos del artículo 66 de la Ley N° 27.442, contra las disposiciones citadas en el considerando precedente.

Que, mediante el Dictamen N° IF-2022-117404325-APN-CNDC#MEC la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ha informado que ambas disposiciones no encuadran en ninguno de los supuestos aptos para ser tratados por la vía recursiva.

Que, según lo informado por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA mediante el dictamen citado en el considerando precedente la información aportada tanto por la ACE-PAMI como por FARMALINK obra en autos en formato de informe no confidencial, posibilitando a la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA su acceso, al igual que a las restantes partes involucradas en los presentes obrados.

Que, el día 13 de diciembre de 2018, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA mediante providencia simple PV-2018-65195652-APN-CNDC#MPYT, decretó clausurado el período de prueba y puso la causa para alegar, de conformidad con lo establecido por el artículo 43 de la Ley N° 27.442 y en su Decreto Reglamentario N° 480/2018, notificando debidamente a las partes, a la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA, a la FEDERACIÓN ARGENTINA DE CÁMARAS DE FARMACIA, y a ASOCIACIÓN DE FARMACIAS MUTUALES Y SINDICALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA la firma FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S. y FARMACITY S.A., en igual fecha, de conformidad con las constancias obrantes en autos.

Que, el día 19 de diciembre de 2018, los representantes legales de la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA interpusieron un planteo de nulidad contra la providencia simple PV-2018-65195652-APN-CNDC#MPYT, en los términos de los artículos 166, 167 inciso 3 y 168 última parte del Código Procesal Penal de la Nación, el cual fue resuelto vía incidental en el expediente N° EX-2018-67188615- -APNDGD#MPYT caratulado “INC. C. 1414 - INCIDENTE PLANTEO DE NULIDAD DEDUCIDO POR LA CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA –COFACONTRA PROVIDENCIA AUTOS PARA ALEGAR 13.12.2018” en autos principales: “FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S. S/SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1414)”, mediante la Resolución de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR N° 592/2019 de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR por la que se rechazó el planteo efectuado por improcedente.

Que, el día 30 de octubre de 2019, la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 592/2019 de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR en los términos del artículo 66 de la Ley N° 27.442.

Que, según lo informado por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA la providencia simple PV-2018-65195652-APN-CNDC#MPYT no es un acto susceptible de generar un gravamen irreparable, derivándose de ello que la Resolución SCI N° 592/2019, tampoco es un acto susceptible de causar gravamen irreparable.

Que el día 21 de diciembre de 2018, la FEDERACIÓN ARGENTINA DE CÁMARAS DE FARMACIA presentó su alegato en legal tiempo y forma, de conformidad con lo establecido por el artículo 43 de la Ley N° 27.442.

Que, el día 21 de diciembre de 2018, la firma FARMACITY S.A. presentó su alegato en legal tiempo y forma, de

conformidad con lo establecido por el artículo 43 de la Ley N° 27.442.

Que el día 7 de enero de 2019, la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA efectuó una presentación espontánea ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, informando un hecho nuevo sobreviniente que consistió en la suscripción por parte de la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA y el PAMI, en fecha día 23 de octubre de 2018, de un contrato de prestación de servicios farmacéuticos para la dispensa de medicamentos del segmento ambulatorio, clozapinas y diabetes (tiras e insulinas) a los afiliados del PAMI denominado “CONVENIO DE DISPENSA DE MEDICAMENTOS AMBULATORIOS, CLOZAPINAS Y DIABETES PAMI- COFA”, con vigencia a partir del día 1 de noviembre de 2018, cuya copia fue debidamente agregada a las actuaciones, junto a una certificación contable.

Que, según lo informado en el Dictamen N° IF-2022-117404325-APN-CNDC#MEC por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en cuanto al mercado relevante, las conductas imputadas se producen en el último eslabón de la cadena farmacéutica, es decir, en la distribución minorista de medicamentos.

Que, en este sentido, según lo informado por COMISIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA el mercado relevante es el de dispensa de medicamentos para afiliados del PAMI por cuanto los hechos denunciados se circunscriben a esa parte de la demanda y no existen evidencias de otras alternativas de acceso a medicamentos a precios competitivos respecto de los fijados dentro del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA.

Que, asimismo, la Comisión citada en el considerando precedente ha informado que el modelo de negocios de la denunciante se extiende a la venta de medicamentos en general y a otros rubros comerciales de forma tal que sus clientes afiliados del PAMI son, al mismo tiempo, potenciales clientes de los otros rubros.

Que, según la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, en esta lógica de negocios integral que involucra todas sus líneas comerciales, se inscribe la política de descuentos adicionales a los fijados en el ACUERDO BONIFICACIONES, que llevó adelante la firma FARMACITY S.A. a su exclusivo cargo.

Que, de este modo, la citada Comisión ha sostenido que a la luz de esta estrategia global de negocios de la denunciante y de la rentabilidad que le generó, así como de los indicadores de desempeño dentro del CONVENIO PAMI en materia de participación según ventas, niveles de facturación y solicitud de nuevas altas de locales durante el período investigado, no se advierte que la continuidad de la firma FARMACITY S.A. se hubiera visto comprometida.

Que uno de los objetivos centrales del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA fue la existencia de una red de farmacias de alcance nacional que, estructurada sobre bases solidarias, garantiza la cobertura económica sanitaria a los afiliados al PAMI de todo el país.

Que, en función del criterio de solidaridad incorporado por las partes que suscribieron el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA y el CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, la discontinuidad operativa de farmacias, hubiera implicado un perjuicio para los afiliados del PAMI en cuanto a disponibilidad de locales de dispensación, especialmente en aquellas zonas de menor densidad poblacional.

Que la ACE-PAMI en su carta documento de fecha 5 de enero de 2012 también le informó a FARMACITY S.A. que podía ejercer su propia representación ante el CONVENIO PAMI- INDUSTRIA, sin necesidad de que intervengan las entidades farmacéuticas representantes de LA DISPENSACIÓN, CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA, FEDERACIÓN ARGENTINA DE CÁMARAS DE FARMACIA, y

## ASOCIACIÓN DE FARMACIAS MUTUALES Y SINDICALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.

Que, a partir de la prueba recabada, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ha concluido que se acreditó que la denunciante conocía, al menos desde al año 2011, que podía requerir la incorporación al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA como dispensador independiente; es decir, no solamente a través de las entidades farmacéuticas representantes de LA DISPENSACIÓN.

Que, según la Comisión citada en el considerando precedente los cambios introducidos con el ACUERDO BONIFICACIONES, sin perjuicio de los mayores aportes que representó para la firma FARMACITY S.A., benefició a un número significativo de farmacias y, en particular, a aquellas que podrían ver comprometida su continuidad dentro del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA de mantenerse los aportes preexistentes al ACUERDO BONIFICACIONES.

Que, en este sentido la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ha expresado que más allá de las razones aducidas por las imputadas para denegar el alta de las farmacias de la denunciante, tal comportamiento no se revela como un medio idóneo con potencialidad para excluir a la firma FARMACITY S.A. del mercado considerando que esta firma disponía de medios alternativos para ingresar que estaban formalmente reconocidos en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA como dispensador independiente.

Que, durante la tramitación de las presentes actuaciones, el día 24 de mayo de 2018, entró en vigencia la nueva Ley de Defensa de la Competencia N° 27.442, y su Decreto Reglamentario N° 480 de fecha 23 de mayo de 2018 derogando la Ley N° 25.156 que hasta entonces había regulado el ámbito de aplicación en la materia.

Que, en consecuencia, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, ha emitido el Dictamen N° IF-2022-117404325-APN-CNDC#MEC de fecha 2 de noviembre de 2022, correspondiente a la “C. 1414”, en el cual recomendó al Secretario de Comercio: (i) Rechazar por improcedente el planteo de nulidad efectuado por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA -COFA- contra la pericia contable efectuada a la firma FARMACITY S.A.; (ii) Rechazar por inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA -COFA- contra las Disposiciones CNDC N° 34/2018 –DISFC-2018-34-APN-CNDC#MPYT- y N° 35/2018 –DISFC-2018- 35-APN-CNDC#MPYT-; (iii) Rechazar por inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA -COFA- contra la Resolución SCI N° 592/2019, -RESOL-2019-592-APN-SCI#MPYT-; (iv) Disponer el archivo de las presentes actuaciones, caratuladas “FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S S/SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1414)”, y su acumulado el expediente N.º S01:0213923/2012, caratulado “FARMACITY S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1441)”, expediente N.º EX-2019-62696077- -APNDGD#MPYT, del Registro del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 de Ley N.º 27.442.

Que ha tomado la intervención de su competencia el servicio jurídico competente.

Que la presente medida se dicta en virtud de lo establecido en la Ley N° 27.442, y en los Decretos Nros. 480 del 23 de mayo de 2018 y 50 del 19 de diciembre de 2019 y sus modificatorios.

Por ello,

EL SECRETARIO DE COMERCIO

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Recházase por improcedente el planteo de nulidad efectuado por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA contra la pericia contable efectuada a la firma FARMACITY S.A., en razón de los argumentos expuestos en los considerandos de la presente medida.

ARTÍCULO 2°.- Recházase por inadmisibles el recurso de apelación interpuesto por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA contra las Disposiciones Nros. 34 y 35 ambas del día 12 de diciembre de 2018 y ambas de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, en razón de los argumentos expuestos en los considerandos de la presente medida.

ARTÍCULO 3°.- Recházase por inadmisibles el recurso de apelación interpuesto por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA contra la Resolución de N° 592 del 19 de septiembre de 2019 de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR, en razón de los argumentos expuestos en los considerandos de la presente medida.

ARTÍCULO 4°.- Ordénase el archivo de las presentes actuaciones, caratuladas “FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1414)”, y su acumulado el expediente N.° S01:0213923/2012, caratulado “FARMACITY S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1441)”, expediente N.° EX-2019-62696077- -APN-DGD#MPYT del Registro del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 de Ley N° 27.442.

ARTÍCULO 5°.- Considérase al Dictamen de fecha 2 de noviembre de 2022, emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARÍA DE COMERCIO del MINISTERIO DE ECONOMÍA, correspondiente a la “C. 1414”, que identificado como IF-2022-117404325- APN-CNDC#MEC, forma parte integrante de la presente medida.

ARTÍCULO 6°.- Notifíquese a las partes interesadas.

ARTÍCULO 7°.- Comuníquese y archívese.



**República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional**  
Las Malvinas son argentinas

### **Dictamen firma conjunta**

**Número:**

**Referencia:** COND.1414 - Dictamen - Archivo Art.43 Ley 27.442

---

## **SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO**

Se eleva para su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan bajo el expediente EX-2019-62696077- -APN-DGD#MPYT, caratulado “**FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S S/SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1414)**”, y su acumulado el expediente N.º S01:0213923/2012, caratulado “**FARMCITY S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1441)**”, del Registro del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO.

## **I. SUJETOS INTERVINIENTES**

### **I.1. Las denunciantes**

1. FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S. (en adelante, “FARMACIA ALBERTI”), es una sociedad en comandita simple, cuya actividad es la venta al por menor de productos farmacéuticos, de herboristería, de productos cosméticos, de tocador y de perfumería, localizada en la ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, que tiene suscripto un contrato de franquicia con la firma FARMCITY S.A., razón por la cual adoptó su modelo de negocios y su simbología identificativa.

2. FARMCITY S.A., (en adelante, “FARMACITY” y/o la “DENUNCIANTE”), es una sociedad anónima, propietaria de la cadena de farmacias más importante de la República Argentina. Cuenta con un total de 241 farmacias en la ciudad de Buenos Aires y en las provincias de Chaco, Córdoba, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza,

Misiones, Salta, San Juan, San Luis y Santiago del Estero. Además, cuenta con una franquicia en la ciudad de Mar del Plata.

## **I.2. Las imputadas<sup>1</sup>**

3. La CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA (en adelante, “COFA”), desde 1935, es la organización farmacéutica de segundo grado que agrupa a los Colegios Farmacéuticos y Asociaciones Farmacéuticas provinciales de la República Argentina.

4. La FEDERACIÓN ARGENTINA DE CÁMARAS DE FARMACIA (en adelante, “FACAF”) es una federación creada en el año 1986, que nuclea en su seno a las entidades civiles sin fines de lucro que agrupan a los propietarios de farmacias, sean o no profesionales farmacéuticos, en toda la extensión del país.

5. La ASOCIACIÓN DE FARMACIAS MUTUALES Y SINDICALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (en adelante, “AFMYSRA”) es una asociación civil sin fines de lucro que nuclea farmacias pertenecientes a los sindicatos, mutuales, obras sociales, cooperativas, federaciones, y cualquier otra entidad que no tenga fines de lucro.

## **II. LAS DENUNCIAS**

### **II.1. La denuncia de FARMACIA ALBERTI**

6. El día 7 de diciembre de 2011, el Sr. Germán Sergio BAO SUEIRO, en su carácter de apoderado de la firma FARMACIA ALBERTI interpuso ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (en adelante, “CNDC”) la denuncia que originó las presentes actuaciones, consistente en una serie de conductas discriminatorias concertadas que tendrían por efecto la expulsión de FARMACIA ALBERTI del mercado minorista de medicamentos de la ciudad de Mar del Plata. Asimismo, solicitó el dictado de una orden de cese en los términos del artículo 35 de la Ley N.º 25.156. Dado que el escrito de denuncia de FARMACIA ALBERTI es idéntico en sus argumentos al oportunamente presentado por la firma FARMACITY, se remite *brevitatis causae*, y se dan por reproducidos en el presente.

7. El día 19 de enero de 2012, el Sr. Germán Sergio BAO SUEIRO, en su carácter de representante legal de FARMACIA ALBERTI, ratificó la denuncia que originó las presentes actuaciones y adecuó sus dichos a lo establecido por los artículos 175 y 176 del CPPN y el artículo 28 de la Ley N.º 25.156.

## II.2. La denuncia de FARMACITY

8. El día 22 de mayo de 2012, en el marco del Expediente N.º S01:0342985/2011, caratulado “CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA S/SOLICITUD DE INTERVENCIÓN (C.1400)”, (en adelante, “COND.1400”), los Dres. Agustín SIBOLDI y Fernando Raúl BORIO, en su carácter de apoderados de la firma FARMACITY, realizaron una presentación ampliatoria de la contestación del traslado del artículo 29 de la Ley N.º 25.156 oportunamente brindadas en el marco de las actuaciones previamente referidas, a los efectos de realizar ante esta CNDC una serie de manifestaciones y peticiones tendientes a la investigación de los hechos en dicho expediente.

9. En dicha presentación, denunciaron la existencia de maniobras verticales, discriminatorias, concertadas y potencialmente exclusorias contra FARMACITY; en virtud de lo cual, se ordenó formar con ésta y la documental adjuntada, el expediente caratulado: “FARMACITY S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1441)”, siendo debidamente ratificada la denuncia interpuesta con fecha 16 de agosto de 2012.

10. El día 11 de enero de 2013, mediante Resolución CNDC N.º 12/2013, se dispuso acumular como foja única el expediente caratulado “FARMACITY S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1441)” (en adelante, la “ACUMULACIÓN”), a las presentes actuaciones al comprender que, en ambas actuaciones existía identidad en el objeto de las conductas denunciadas e identidad parcial de los sujetos denunciados.

11. En la presentación previamente referida, los representantes legales de la firma FARMACITY realizaron un pormenorizado detalle acerca del esquema de negocio de dicha cadena de farmacias y del mercado involucrado, al cual se remite en honor a la brevedad, y se da por reproducido en el presente.

12. Indicaron que FARMACITY habría sufrido ciertas acciones, a saber: (i) *“la modificación unilateral, intempestiva y discriminatoria en perjuicio de Farmacity, de los costos que debe afrontar para dispensar medicamentos a los afiliados del PAMI por la vía de imposición de un incremento unilateral e inconsulto del porcentaje de contribución de los descuentos que debe asumir, mayores costos que no han sido impuestos a otras farmacias (...) y la disminución de competitividad frente a las demás farmacias y por tales motivos, su potencial exclusión del mercado (...)”*; (ii) *“la modificación también unilateral, intempestiva y discriminatoria en perjuicio de Farmacity, de los porcentajes de descuentos que asume cada farmacia en el proceso de dispensación de medicamentos a los afiliados de Prepagas y Obras Sociales (...)”*; (iii) *“las sistemáticas dilaciones respecto a la incorporación de farmacias de FARMACITY a*

*la red de dispensación de medicamentos del PAMI, de las empresas de medicina prepagas y Obras Sociales, por parte de Farmalink S.A. (...)*"; (iv) *"la discontinuidad del abastecimiento de medicamentos de forma directa por parte de los laboratorios, que, a partir de cierto momento, remitieron a FARMACITY a abastecerse mediante distribuidoras y/o droguerías, eliminando una posibilidad de ahorros y eficiencia y escala de la compra directa (...)*"; y (v) *"la modificación unilateral e inconsulta y contemporánea de las condiciones de venta y financiación de medicamentos por parte de las Droguerías (...)"*.

13. Expusieron que *"(...) las farmacias que aspiraban a atender a los beneficiarios del PAMI debían adherir al Acuerdo Industria-Distribución-Dispensación y, por carácter transitivo, al Acuerdo Pami-Industria, en virtud de lo cual se avenían a aportar uniformemente todas ellas cierto porcentaje del descuento que recibe el beneficiario al comprar su medicamento, que asumirían las propias farmacias"*<sup>2</sup>, indicando que los porcentajes fueron establecidos en dicho acuerdo, y que estos variaban según la cantidad de población en distintas zonas geográficas.

14. Especificaron que antes de la presente denuncia, FARMACITY recibía como mínimo el 82.65% del precio sugerido al público, indicando que con fecha 23 de agosto de 2011, tomaron conocimiento de la existencia del Informativo N.º 116/2011, del día 18 de agosto de 2011, emitido por la FACAF (en adelante, el "INFORMATIVO"), mediante el cual se hizo saber la nueva escala de porcentajes que deberían absorber las farmacias en el marco del CONVENIO PAMI - INDUSTRIA.

15. Asimismo, indicaron que en dicho informativo se le habría comunicado que podían expresar, en el plazo de 72 horas, su conformidad o no respecto a dicha modificación, aclarando además que aquellas farmacias que no aceptasen la nueva escala se las consideraría como si hubiesen expresado caducidad de su mandato, pudiendo otorgarlo a otra entidad.

16. Seguidamente indicaron que, con fecha 31 de agosto de 2011, FARMACITY recibió por parte de la FACAF una carta documento, en la cual se le informó que desde el comienzo del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, se acordó un sistema de bonificaciones segmentado, habitualmente liquidado por la firma FARMALINK S.A. (en adelante, "FARMALINK"). Asimismo, precisaron que en dicha carta documento la FACAF también le expresó su renuncia al mandato conferido.

17. Continuaron relatando diversas situaciones suscitadas a partir del cambio en el esquema de bonificaciones, sobre la negativa a recibir las recetas procesadas por FARMACITY por la atención de afiliados del INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS – INSSJP (en adelante e indistintamente "INSSJP" y/o "PAMI") por parte de la FACAF y otras entidades inferiores adheridas a esta, así también del intercambio de cartas documento con la firma FARMALINK, la ACE-PAMI<sup>3</sup>, la CÁMARA

ARGENTINA DE FARMACIAS (en adelante, “CAF”), y el PAMI, a cuya exposición se remite en honor a la brevedad procesal y se da por reproducida en el presente.

18. Informaron que finalmente FARMACITY arribó a un acuerdo con la FACAF, quien decidió retomar la recepción de la documentación relativa al reintegro de los descuentos a los beneficiarios del PAMI.

19. En lo que refiere a ACE-PAMI, esta le remitió a FARMACITY una carta documento con fecha el día 5 de enero de 2012, manifestando varios puntos: (i) según los contratos firmados, las farmacias intervendrían como dispensadores de medicamentos a los afiliados al INSSJP por medio de sus entidades representantes, COFA, AFMYSRA, y FACAF, caso contrario podrían solicitar y ser autorizados para funcionar como dispensadores independientes; (ii) había sido notificada por medio de una carta de fecha el día 11 de agosto de 2011 sobre las modificaciones en los aportes del acuerdo en cuestión; (iii) por ello había instruido a FARMALINK para que procesara las liquidaciones conforme a la notificación mencionada anteriormente; y (iv) quién representaba a FARMACITY al 11 de septiembre de 2011 era la FACAF.

20. En otro orden de ideas, expusieron que hacia mediados del año 2011, en forma discriminatoria y como parte del plan para desplazar a FARMACITY del mercado, la firma FARMALINK supuestamente controlada por LA INDUSTRIA, habría comenzado a demorar el otorgamiento de altas a sus nuevas farmacias, encontrándose privada de contar con el alta para atender a los beneficiarios de diversas prepagas, Obras Sociales y PAMI.

21. Atento la extensión de los hechos denunciados y argumentos esgrimidos por FARMACITY en su escrito de denuncia, se remite a ellos *brevitatis causae* y se dan por reproducidos en el presente.

22. Por último, solicitaron que se dicte una orden de cese en los términos del artículo 35 de la Ley N.º 25.156, hasta tanto se resuelva mediante acto definitivo.

23. Finalizaron su presentación ofreciendo prueba documental y efectuando el planteo de reserva de caso federal.

24. El día 16 de agosto de 2012, el Sr. Mario QUINTANA, en su carácter de presidente de la firma FARMACITY, y el Dr. Fernando Raúl BORIO, en su carácter de apoderado de la citada firma, procedieron a ratificar la denuncia interpuesta, adecuando sus dichos a lo establecido por los artículos 175 y 176 del CPPN y el artículo 28 de la Ley N.º 25.156.

25. Cabe destacar que, en oportunidad de ratificar la denuncia los representantes legales de FARMACITY confirmaron que FARMACIA ALBERTI es una franquiciada suya.

### **II.3. Consideraciones sobre las denuncias**

26. Las cámaras empresariales de laboratorios farmacéuticos, el CENTRO INDUSTRIAL DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS ARGENTINOS (en adelante, "CILFA"); la CÁMARA DE ESPECIALIDADES MEDICINALES -CAEME- (en adelante, "CAEME"); y la COOPERATIVA DE LABORATORIOS ARGENTINOS DE ESPECIALIDADES MEDICINALES -COOPERALA- (en adelante, "COOPERALA"), son las representantes de la Industria Farmacéutica (en adelante, la "INDUSTRIA"). CILFA es una cámara empresaria que nuclea los laboratorios farmacéuticos nacionales. CAEME, por su parte, reúne a los laboratorios multinacionales. Y, por último, COOPERALA agrupa a los laboratorios nacionales pequeños y medianos.

27. Asimismo, las cámaras empresariales CILFA, CAEME y COOPERALA, constituyeron la agrupación de colaboración empresaria denominada ACE-PAMI, con el propósito de administrar el acuerdo suscripto entre el PAMI y la INDUSTRIA, conocido como "CONVENIO PAMI-INDUSTRIA", (en adelante, "CONVENIO PAMI-INDUSTRIA"), el cual será descrito en el apartado denominado: "*Breve historia de los convenios suscriptos entre el PAMI, la INDUSTRIA y la DISPENSACIÓN*".

28. A su vez, las entidades farmacéuticas COFA, FACAF y AFMYSRA, en representación de la DISPENSACIÓN, suscribieron con la INDUSTRIA el CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN (en adelante, "CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN"), que fijó las pautas para la dispensa de medicamentos para los afiliados del PAMI, el cual también será abordado en detalle en el apartado previamente mencionado.

### **III. LAS EXPLICACIONES**

29. Con fecha 4 abril de 2012 y 3 de julio de 2013, esta CNDC ordenó correr traslado de las denuncias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N.º 25.156. En virtud de lo oportunamente resuelto en la Resolución CNDC N.º 86/2017 -RESFC-2017-86-APN-CNDC#MP-, de fecha 8 de noviembre de 2017 (en adelante, la "IMPUTACIÓN") cuyo tratamiento se efectuará *ut infra*, a continuación, se transcribirán las explicaciones brindadas por las entidades farmacéuticas imputadas COFA, FACAF, y AFMYSRA<sup>4</sup>. Respecto a las explicaciones brindadas oportunamente por las restantes denunciadas en autos que no fueron imputadas, en honor a la brevedad procesal se dan por reproducidas en el presente.

### III.1. Explicaciones de la COFA

30. En fechas 25 de abril de 2012 y 26 de julio de 2013, los representantes legales de la COFA brindaron las explicaciones en legal tiempo y forma. En primer término, aclararon que los contratos vinculados al PAMI del año 1997 mencionados tanto por FARMACIA ALBERTI como por FARMACITY en sus escritos de denuncia, no se encontraban vigentes, y que los contratos que rigen las prestaciones objeto de las denuncias (años 2011-2012), no son los mencionados en dichas presentaciones.

31. Describieron el funcionamiento de las bonificaciones o aportes que realizan las partes del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA e INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, para brindarle a los afiliados del PAMI un efectivo acceso a los medicamentos que requiriesen, en cualquier farmacia que voluntariamente se adhiera a dicho convenio, en todo el país, a cuya descripción se remite y se da por reproducida en el presente<sup>5</sup>.

32. Precisaron que las farmacias dentro del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA tenían diferentes aportes que iban del 8% al 23% de su nivel de facturación e indicaron que dichos porcentajes fueron establecidos teniendo presente también la ubicación geográfica y poblacional de la oficina de farmacia, resultando ser un criterio objetivo y aplicado a todas las farmacias que se encuentren en las mismas condiciones.

33. Destacaron que tanto la fijación del porcentaje aportado al sistema como su distribución entre las farmacias adheridas, habían sido modificados a lo largo del tiempo por medio de diferentes negociaciones llevadas a cabo por los distintos sectores intervinientes, con el fin de asegurar la continuidad de la prestación en todo el país.

34. Con relación a la actuación de la firma FARMALINK, sostuvieron que esta realizaría sus tareas de validación y auditoría, sin la intervención de la COFA, dentro de las cuales procesa las recetas y confecciona las liquidaciones a las farmacias del CONVENIO PAMI por indicación de la ACE-PAMI que conforman las entidades de la INDUSTRIA.

35. Seguidamente, aclararon que parte del pago se recibe en efectivo y parte en notas de recupero de descuento, y sólo el efectivo es liquidado por la COFA a las farmacias a través de sus entidades adheridas.

36. Explicaron el funcionamiento de la COFA como entidad y cómo surgió el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA e INDUSTRIA-DISPENSACIÓN para la provisión de medicamentos a los afiliados de dicha obra social, a lo cual se remite *brevitatis causae*.

37. Tras la ACUMULACIÓN, y en virtud del traslado de la denuncia efectuada por FARMACITY, los representantes legales de COFA replicaron en parte las explicaciones

brindadas, las que fueron transcriptas en los considerandos precedentes.

38. En virtud del nuevo traslado, la COFA negó: (i) la existencia de un acuerdo diseñado por los principales laboratorios para perjudicar a FARMACITY que tenga como propósito la apropiación de los excedentes de los consumidores, manteniendo el margen de rentabilidad de los laboratorios; (ii) que cualquier jugador del mercado en contra de dicho acuerdo, fuera objetivo de destrucción; (iii) que las medidas enunciadas tuvieran como objetivo perjudicar a FARMACITY, ya sea disminuyendo sus márgenes de rentabilidad o buscando la desnaturalización de su modelo de negocio; (iv) el injustificado rechazo y demora de trámites de recupero y reintegro efectivizados a los beneficiarios del PAMI; (v) el presunto trato discriminatorio respecto a FARMACITY con relación a los descuentos que absorbe de los medicamentos dispensados a los beneficiarios de las Obras Sociales y Prepagas; y (vi) la injustificada demora en la incorporación de nuevas farmacias FARMACITY a la red de dispensación de las Prepagas y Obras Sociales, entre otros planteos.

39. Mencionaron la existencia del Caso 1400, en el cual se denunció a la firma FARMACITY por la supuesta violación sistemática a las disposiciones de la Ley N.º 25.156. Enfatizaron que FARMACITY habría presentado la actual denuncia con el sólo propósito de trabar y desbaratar el accionar de la COFA, acudiendo al relato de versiones distorsionadas, falaces de los hechos y circunstancias del mercado farmacéutico y específicamente a lo que hace al contrato de prestaciones farmacéuticas en atención a los afiliados del PAMI.

40. Sostuvieron que dicho accionar por parte de FARMACITY habría sido posible mediante el incumplimiento de responsabilidades que supone la política sanitaria nacional vigente e intentando la modificación radical de aquella en cuanto a la transformación del sistema de dispensación de medicamentos basado en el instituto de la solidaridad a una práctica comercial, con el objetivo del dominio del mercado y la maximización de sus ganancias a costa de los consumidores.

41. Agregaron que FARMACITY por medio de su formato de negocio supermercadista estaría considerando al consumidor como uno más y al cual se le pretendería vender productos de diversa naturaleza con descuentos especiales y promociones, además de permitirle adquirir medicamento de venta libre, sin intervención ni asesoramiento de un farmacéutico.

42. Manifestaron que las farmacias barriales habrían sufrido la irrupción del modelo supermercadista impuesto por FARMACITY, en el cual proliferaban las góndolas, las ofertas de medicamentos como bienes de consumo masivo, transformando así a las farmacias en una actividad puramente comercial donde priman los intereses económicos por sobre los sanitarios.

43. Señalaron que los CONVENIOS PAMI-INDUSTRIA e INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, en los cuales se habrían originado las conductas pasibles de ser sancionadas por la normativa de defensa de la competencia venían funcionando desde hace más de veinte años.

44. Expresaron que el fin que busca el aporte efectuado por los sectores intervinientes de la INDUSTRIA y la DISPENSACIÓN al PAMI, es que el conjunto de las especialidades medicinales llegue a todos los beneficiarios del sistema.

45. Indicaron que los citados convenios tienen sus bases en el principio de solidaridad social, y por el cual se solicitaron y obtuvieron condiciones especiales de precio y financiación de medicamentos en base a sacrificios compartidos de los distintos sectores involucrados en él.

46. Resaltaron que para la aplicación del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, adoptaron una fórmula para poder soportar el acuerdo pactado con los laboratorios a nivel país, conforme a la situación geográfica, población y de facturación de las farmacias, posibilitando que aquellas farmacias que estaban instaladas en centros urbanos más poblados realizaran un aporte mayor que aquellas que se encontraban en zonas rurales o de baja densidad poblacional, permitiendo así la atención de prestaciones farmacéuticas del PAMI en todo el país.

47. Seguidamente, explicaron que se decidió aplicar una nueva escala a partir de la aparición en el mercado farmacéutico de grupos concentrados, a través del cual se intentó mantener una ecuación armónica del desempeño de la dispensación.

48. Indicaron que, a partir de ello se acordó a mediados de 2011 incorporar en la grilla de aportes, una nueva fórmula basada en el número de farmacias de un mismo grupo económico, buscando de esta manera alentar la participación de aquellas farmacias privadas, afectadas por la irrupción de dichos grupos. Precisarón que la referida grilla surge de la nota fechada el día 11 de agosto de 2011 remitida por COFA, FACAF y AFMYSRA a la ACE-PAMI, demostrando de esta manera que la COFA actuó con total conocimiento y consentimiento de sus colegios y asociaciones adheridas.

49. Al respecto, expresaron que FARMACITY consintió los cambios efectuados en los porcentajes de descuento, sin elevar ninguna queja a la COFA y a sus entidades de primer grado.

50. Señalaron que les resultaba ajena la injustificada demora en la incorporación de nuevos locales de FARMACITY a la red prestacional de prepagas y Obras Sociales.

51. Explicaron que es distinto el caso de la incorporación de nuevos locales de FARMACITY en el marco del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, ya que por las facultades que le fueron otorgadas en dicho acuerdo, la COFA desaconsejó la incorporación a la red prestacional

debido a las reiteradas violaciones legales por parte de la cadena de farmacias antedicha, específicamente de la Ley N.º 26.567, exponiendo la competencia desleal de FARMACITY para con todas las farmacias independientes profesionales representadas por COFA.

52. Finalizaron su presentación ofreciendo prueba informativa y haciendo reserva del caso federal.

### **III.2. Explicaciones de la FACAF**

53. El día 26 de julio de 2013, el representante legal de la FACAF brindó las explicaciones del caso, en legal tiempo y forma, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Ley N.º 25.156.

54. En oportunidad de contestar el traslado oportunamente conferido, la FACAF negó todos y cada uno de los hechos expuestos en la denuncia efectuada por FARMACITY, así como también toda la documentación agregada.

55. Asimismo, negó la existencia de maniobras verticales, discriminatorias concertadas y virtualmente exclusorias ya sea dirigida a FARMACITY o a cualquier otra farmacia, comercio o entidad destinada al expendio de medicamentos.

56. En sus explicaciones, indicó que el INFORMATIVO fue el resultado de un proceso que se habría originado en una ronda de pedidos de las Cámaras de Farmacias y Colegios de Farmacéuticos que nuclean a las farmacias prestadoras, a fin de lograr cierta equidad en las bonificaciones, pero en el que previamente se habría consultado a todas las Cámaras de Farmacias asociadas para que expresaren su opinión al respecto, ya que debía consensuarse con las restantes entidades que integraban el convenio.

57. Expresó que casi la totalidad de las cámaras habrían prestado su conformidad con excepción de la CAF, quién habría tomado y trasladado la oposición de la firma FARMACITY.

58. Mencionó que desde el inicio del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA se optó por un criterio de bonificación diferenciado, teniendo en consideración a aquellas farmacias que se encontraban más alejadas de los centros urbanos y con menor nivel de facturación para que pudiesen ser prestadoras del servicio en beneficio de los afiliados que viven en zonas distantes o desfavorables; conformando así un sistema solidario.

59. Aclaró que dicha bonificación no resultaría discriminatoria sino solidaria, logrando que no sólo FARMACITY sino también otras farmacias contribuyan con mayor bonificación, por

causa de su nivel de facturación y ubicación geográfica.

60. Expuso que el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA y el CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN tienen como propósito lograr la mayor accesibilidad de los afiliados del PAMI a los medicamentos, en igualdad de condiciones cualquiera sea su ubicación geográfica, indicando que ello requiere de los participantes un esfuerzo o sacrificio acorde con su situación relativa.

61. Sostuvo que a partir de la manifiesta disconformidad de FARMACITY sobre la modificación de los aportes, expresó que FACAF renunció al mandato conferido por aquella y que le comunicó que podía asumir su propia representación para negociar de forma directa con la INDUSTRIA las condiciones de prestación que considerara necesarias. Sin embargo, indicó que FARMACITY no habría requerido su incorporación como dispensador independiente al CONVENIO PAMI.

62. Destacó que FARMACITY reconoció que recibió una carta documento de la ACE-PAMI en la cual ésta le expresó la posibilidad de que se presentase como dispensador independiente.

63. Reconoció el intercambio de cartas documento con FARMACITY, asimismo expresó que se enviaron notas a FARMALINK, COFA, CILFA, CAEME y COOPERALA para informarles sobre la expresa negativa de FARMACITY respecto al régimen de bonificaciones propuesto y de su pedido para mantener el régimen de bonificaciones en vigencia.

64. Indicó que firmó el acuerdo invocado por FARMACITY donde le solicitó a FACAF que siga representándola, pero limitando su mandato a la presentación de liquidaciones, no así en la negociación de las bonificaciones a aplicar.

65. Opinó que no se le puede adjudicar a la FACAF un comportamiento dañoso de ninguna especie, siendo FARMACITY quien no procedió a requerir su incorporación al convenio en forma independiente.

66. Indicó que se comprometió a solicitar el alta y habilitación de nuevas farmacias FARMACITY, pero no habría dado garantía alguna de que le fueran otorgadas, ya que no dependía sólo de FACAF.

67. Como colofón, ofreció prueba documental e informativa.

### **III.3. Explicaciones de la AFMYSRA**

68. El día 24 de julio de 2013, el representante legal de la AFMYSRA, brindó las

explicaciones del caso, en legal tiempo y forma, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Ley N.º 25.156.

69. En primer término, negó en forma categórica todos y cada uno de los hechos denunciados y la autenticidad de la documental en traslado, con excepción de la que expresamente reconocida.

70. Negó enfáticamente que haya existido: (i) *“modificación unilateral e intempestiva de los descuentos que absorbe FARMACITY en relación a los medicamentos dispensados por ella a los beneficiarios del PAMI y el injustificado rechazo de los trámite de recupero y reintegro efectivizados a esos beneficiarios”*; (ii) *“(…) el tratamiento diferencial discriminatorio a FARMACITY con relación a los descuentos que absorbe respecto de los medicamentos dispensados por ella a los beneficiarios de las Obras Sociales (…)”*; (iii) *“(…) la injustificada demora en la incorporación de nuevas farmacias FARMACITY a la dispensación de Obras Sociales (…)”*.

71. Explicó que AFMYSRA no tiene fines de lucro sino altruistas, de acuerdo a su tipo asociativo, cumpliendo con todos los requisitos y la normativa controlada por la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA –IGJ-.

72. Preciso que es una institución de más de 15 años de actuación, dedicada a poner al alcance de las obras sociales, sindicatos, mutuales, y carenciados, medicamentos ambulatorios, oncológicos, HIV sida, vacunas, etc., a través de sus farmacias adheridas, y de los convenios suscriptos en todo el país con las Obras Sociales, IOMA, PAMI, Ministerios de Acción Social, etc., pero aclaró que no posee convenios con empresas de medicina prepaga.

73. Expuso que, por ser de naturaleza sindical, AFMYSRA fundamenta su postura en defensa de los derechos del trabajador, luchando por su reconocimiento y respeto, para lo que se encuentra adherida a la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO –CGT- y otras instituciones del ámbito del trabajo, nucleando todas las farmacias mutuales y sindicales del país.

74. Señaló que, la normativa que regula el ejercicio de la profesión de farmacéutico a través de la Ley N.º 17.565 (nacional), y Ley N.º 10.606 (Provincia de Buenos Aires), coincidentes en todo el ámbito nacional, disponen expresamente que las farmacias de las Obras Sociales, Mutuales y Sindicales *“(…) no podrán tener propósito de lucro y no podrán expender medicamentos y demás productos farmacéuticos a precio mayor que el costo y un adicional que se estimará para cubrir gastos generales y que fijará el Ministerio de Salud”*.

75. Confirmó que suscribió un acuerdo complementario para la dispensa de medicamentos a

beneficiarios del PAMI, para que las farmacias más pequeñas y más retiradas del país tengan un impacto menor en sus aportes, facilitando así su integración a la dispensa de medicamentos a beneficiarios de dicha obra social.

76. Al respecto expresó que, para alcanzar el espíritu de solidaridad de dicho convenio, no todas las farmacias poseen la misma ecuación económica ni geográfica, lo cual marca la diferencia en cuanto a los aportes que deben realizar.

77. Expuso que AFMYSRA, en representación de sus farmacias afiliadas, procura lograr las mejores condiciones de aporte a los fines de poder cumplir con su fin social y diferenciarse de aquellas que tienen un marcado fin económico, o el de grandes sociedades comerciales propietarias de una o más farmacias.

#### **IV. LA APERTURA DE SUMARIO**

78. El día 2 de junio de 2014, mediante Resolución CNDC N.º 38/2014<sup>6</sup> (en adelante, “APERTURA DE SUMARIO”), esta CNDC ordenó: “*ARTÍCULO 1º:- Rechazar la medida cautelar solicitada por las firmas FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S. y FARMACITY S.A., [...] ARTÍCULO 2º:- Ordenar la apertura del sumario [...] conforme lo previsto en el artículo 30 de la Ley N.º 25.156*”.

79. En el marco de la instrucción se realizaron diversas medidas de prueba, siendo las más relevantes: (i) pedidos de información y celebración de audiencias informativas con los representantes de COFA, FACAF y AFMYSRA; (ii) pedido de información al PAMI; (iii) diversos pedidos de información a la ACE-PAMI; (iv) pedido de información al MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, en su rol de autoridad de aplicación de la Ley de Farmacias en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; (v) pedidos de información y celebración de audiencia informativa con la firma FARMALINK; (vi) pedidos de información a la FEDERACIÓN FARMACÉUTICA<sup>7</sup> (en adelante “FEFARA”); (vii) pedidos de información a FARMACITY; y (viii) pedido de información a la Asociación Mutual FARMASUR.

#### **V. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS SOLICITADAS POR FARMACIA ALBERTI Y FARMACITY**

80. Mediante la resolución de la APERTURA DE SUMARIO emanada de la CNDC también se resolvió rechazar las medidas cautelares solicitadas por las firmas FARMACIA ALBERTI y FARMACITY en sus escritos de denuncia.

81. En el resolutorio antedicho, esta CNDC sostuvo que “(...) *para decretar la procedencia del remedio cautelar, debe acreditarse contundentemente la existencia de una grave lesión al régimen de competencia, como así también, que el pronunciamiento que reconozca su derecho llegue demasiado tarde y ya no tenga razón de ser el pronunciamiento judicial definitivo, cuyo mérito habilita a esta Comisión Nacional para dictar las medidas que estime corresponder para prevenir dicha lesión. (...) en virtud del estado procesal en que se encuentran los autos, corresponde no hacer lugar a la medida cautelar solicitada, sin perjuicio de que las circunstancias afirmadas por las firmas FARMACIA ALBERTI y FARMACITY, continúen siendo investigadas*”.

### **V.1. La medida cautelar solicitada por FARMACITY en el mes de septiembre de 2016**

82. El día 8 de septiembre de 2016, FARMACITY nuevamente solicitó a esta CNDC, el dictado de una orden de cese en los términos del artículo 35 de la Ley N.º 25.156, a causa de las maniobras verticales, discriminatorias, concertadas y potencialmente exclusorias contra dicha cadena de farmacias que fueran oportunamente denunciadas y que dieron origen al presente.

83. Asimismo, es dable destacar que la firma FARMACITY petitionó el dictado de una medida cautelar en tres oportunidades: (i) en su escrito de denuncia inicial de fecha 22 de mayo de 2012 rechazado mediante la resolución que ordenó la APERTURA DE SUMARIO; (ii) en fecha 27 de agosto de 2014, cuando efectuó una presentación solicitando una reconsideración de la medida cautelar que fuera oportunamente rechazada por esta CNDC mediante la citada APERTURA DE SUMARIO; y (iii) nuevamente con fecha 8 de septiembre de 2016, conforme fuere referido *ut supra*.

84. Respecto de la petición efectuada en el punto (iii), en el mes de septiembre de 2016, se ordenó la formación del incidente EX-2019-66996078- -APN-DGD#MPYT, caratulado: “FARMACITY S.A. S/SOLICITUD DICTADO MEDIDA ART. 35 LEY 25.156, en autos principales: FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S. S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC” del Registro del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO.

85. El día 21 de noviembre de 2017, el entonces Señor SECRETARIO DE COMERCIO dictó la Resolución SC N.º 890/2017 -RESOL-2017-890-APN-SECC#MP-, mediante la cual resolvió denegar la medida cautelar solicitada por la firma FARMACITY, a cuyos fundamentos se remite y se dan por reproducidos en el presente.

86. El día 13 de diciembre de 2017, FARMACITY interpuso recurso directo en los términos del artículo 52 de la Ley N.º 25.156, contra el resolutorio que denegó el dictado de una medida

cautelar en los términos del artículo 35 del plexo normativo antedicho.

87. El día 9 de diciembre de 2021, el entonces Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR, dictó la Resolución SCI N.º 1081/2021<sup>8</sup> -RESOL-2021-1081-APN-SCI#MDP-, mediante la cual ordenó rechazar el recurso directo opuesto por la firma FARMACITY previamente mencionado, a cuyos fundamentos se remite *brevitatis causae*.

## **VI. LA IMPUTACIÓN**

88. Mediante la IMPUTACIÓN, esta CNDC dispuso dar por concluida la instrucción sumarial e imputó a las entidades farmacéuticas COFA, FACAF, y AFMYSRA, representantes de la DISPENSACIÓN en el CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, respecto de las conductas que “*prima facie*” se les atribuyeron, consistentes en la presunta participación en un acuerdo que infringiría los artículos 1º y 2º incisos a), f), h) y k) de la Ley N.º 25.156, en tanto las entidades farmacéuticas mencionadas *ut supra* implementaron un nuevo esquema de bonificaciones diferenciadas de características exclusorias y discriminatorias, y restringieron el ingreso de nuevas farmacias pertenecientes a la cadena FARMACITY, en la dispensa de medicamentos a afiliados del PAMI en todo el territorio nacional; confirmando el traslado previsto en el artículo 32 de la Ley N.º 25.156, para que en el plazo de QUINCE (15) días efectúen sus descargos y ofrezcan la prueba que consideren pertinente respecto de las conductas que les fueron imputadas, a cuyos fundamentos se remite *brevitatis causae*.

89. Las conductas anticompetitivas imputadas tuvieron lugar en todo el territorio nacional, y fueron llevadas a cabo desde septiembre de 2011 en lo que refiere a la implementación de las nuevas bonificaciones, y desde junio de 2010, respecto a la negativa a otorgar nuevas altas de farmacias de la cadena FARMACITY en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA.

90. La prueba producida y recabada en la instrucción del sumario en estos obrados, resultó suficiente para imputar a las entidades farmacéuticas COFA, FACAF y AFMYSRA, en su carácter de representantes de la DISPENSACIÓN en el marco del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, por la presunta concertación de un acuerdo para modificar las bonificaciones aplicadas a las farmacias, denominado “ACUERDO BONIFICACIONES” (en adelante, “ACUERDO BONIFICACIONES”), y de un acuerdo para restringir el ingreso de nuevas farmacias, denominado “ACUERDO ALTAS” (en adelante, “ACUERDO ALTAS”), ambos relacionados con la dispensa de medicamentos para afiliados del PAMI en todo el territorio nacional, los cuáles se desarrollaran en profundidad *ut infra*.

91. Cabe destacar que de la totalidad de las conductas denunciadas oportunamente por FARMACIA ALBERTI y FARMACITY, y que dieran origen a la presente investigación, esta

CNDC reunió elementos probatorios suficientes relacionados con la modificación de los porcentajes de descuentos y/o bonificaciones que absorben las farmacias, de acuerdo al esquema propuesto por el INFORMATIVO, respecto de los medicamentos dispensados a los beneficiarios de PAMI, por un lado; y acerca de la injustificada demora en la incorporación de nuevas farmacias FARMACITY a la red de dispensación de la referida Obra Social, por el otro.

## **VII. LOS DESCARGOS Y OFRECIMIENTO DE PRUEBA**

### **VII.1. Descargo de la AFMYSRA**

92. El día 1° de diciembre de 2017, el representante legal de la AFMYSRA, presentó su descargo y ofreció prueba, en legal tiempo y forma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N.° 25.156.

93. Replicó las negativas y las explicaciones brindadas en su escrito de fecha el día 24 de julio de 2013, por lo que se remite a la descripción antes realizada, en mérito a la brevedad.

94. Manifestó que esta CNDC había planteado un mercado relevante en principio, y posteriormente un potencial cierre competitivo, lo que negó e impugnó por entender que se trataba de *“consideraciones subjetivas y tendenciosas como lo ha demostrado a lo largo de todo este proceso, impugnación que desde ya queda planteada”*.

95. Expresó que FARMACITY quería *“(…) empezar al revés, o sea perjudicando al jubilado para beneficiarse económicamente, hasta llegar a su monopolio”*. Consideró que FARMACITY debió haber ofrecido la instalación de sus farmacias en zonas de población que no superaran los 1000 habitantes en todo el país, a fin de que la provisión de medicamentos fuera asegurada y confirmada.

96. Acusó a FARMACITY de haber violado todo tipo de normas con sus acciones, mediante la venta de medicamentos en góndolas, la venta de productos no autorizados, y enfatizando que dicha cadena de farmacias no quiso formar parte de un sistema solidario de aportes para que los medicamentos llegaran a los jubilados.

97. Finalmente ofreció prueba informativa e hizo reserva del caso federal.

### **VII.2. Descargo de la FACAF**

98. El día 1° de diciembre de 2017, el representante legal de la FACAF presentó su descargo y

ofreció prueba en legal tiempo y forma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N.º 25.156.

99. Para comenzar, realizó una reseña histórica en la que habló de la primera industrialización y el camino que –consideraban- había empezado a transitar FARMACITY desde sus comienzos: *“la eliminación de las pequeñas farmacias, absorbiendo su clientela, y por lo tanto dejando en la calle no solo el propietario de la farmacia sino también su familia, sus empleados y a su vez las familias de estos”*.

100. Argumentó que no se podía afirmar que FARMACITY creara puestos de trabajo. Remarcó que en las farmacias tradicionales generalmente había un propietario y su familia, y que son ellos quienes obtienen las ganancias, mientras que en las cadenas como FARMACITY los que se benefician son los grandes capitales que obtienen suculentas ganancias.

101. Explicó que por cada farmacia inaugurada por FARMACITY cerraron entre dos (2) y tres (3) pequeñas farmacias, y entre seiscientas (600) y novecientas (900) personas perdieron su fuente de trabajo, y consideró que eso era consecuencia de la inexistencia de una regulación que impida esa concentración de poder económico en una sola persona humana o jurídica que generalmente aplasta al competidor.

102. Manifestó que consideraba que esta CNDC había incurrido en una contradicción pues por un lado había considerado que el esquema de bonificaciones podía estar basado en un sistema solidario, y por el otro dijo que tal acción era contraria a la competencia.

103. Cuestionó que el propósito de la implementación del nuevo esquema de bonificaciones a través del ACUERDO BONIFICACIONES fuera el de limitar el crecimiento de las cadenas, y afirmó que desde 1997, cuando comenzó a funcionar la firma FARMACITY, habían cerrado mucho más de 1000 farmacias sólo en Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

104. Argumentó que la bonificación diferenciada no era discriminatoria.

105. Reiteró que FARMACITY fue debidamente informada por FACAF y la ACE-PAMI acerca de que podía negociar directamente con la INDUSTRIA las condiciones de prestación que considerara pertinente y que no lo hizo.

106. Reforzó lo dicho en las explicaciones en cuanto a que la conducta investigada debía generar un perjuicio al interés económico general, considerando que no se daba en el caso.

107. Finalmente, ofreció prueba documental -misma que la acompañada en oportunidad de brindar las explicaciones del caso-, y prueba informativa, a fin de respaldar sus dichos.

### VII.3. Descargo de la COFA

108. El día 4 de diciembre de 2017, los representantes legales de la COFA presentaron su descargo en legal tiempo y forma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N.º 25.156.

109. Realizaron una serie de manifestaciones acerca de que FARMACITY “(...) *ha construido y continúa construyendo un modelo de negocios al margen de la ley, irrumpió en el mercado de dispensación de los medicamentos hace ya varios años, pretendiendo imponer un sistema de dispensa basado en un modelo supermercadista e ilegal, ajeno al concepto del servicio público impropio que deben prestar las farmacias y contrario al espíritu de solidaridad- del cual se benefició- que inspira el sistema, como parte de la política de Estado en materia de Salud Pública*”.

110. En tal sentido, expusieron que, como consecuencia de su modelo de negocios “*ilegal*”, FARMACITY se encuentra inmersa en múltiples contiendas judiciales y administrativas con el MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, y las provincias de Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe, e incluso la propia CNDC, en alusión al Caso 1400. Asimismo, efectuaron una enumeración detallada de las causas que involucran a la firma FARMACITY, a la cual se remite *brevitatis causae* y se da por reproducida en el presente.

111. En lo que refiere al ACUERDO BONIFICACIONES, señalaron que “(...) *el nuevo esquema de descuentos lejos está de constituir una concertación, un acuerdo o práctica colusivo o cualquier otra conducta anticompetitiva. En rigor, se trató de un esquema dirigido a adaptar las condiciones de dispensa de las farmacias para que los afiliados de PAMI pudieran continuar gozando del acceso al medicamento con una cobertura sanitaria que abarque la totalidad del país.*” [El destacado pertenece al texto original].

112. Destacaron que, “(...) *el nuevo esquema de descuentos benefició a 4756 farmacias sobre un universo de 13.061. Es decir, a partir de septiembre de 2011, un universo equivalente al 36% de las farmacias participante del Convenio PAMI, compuesto por farmacias pequeñas con facturación menor a \$180.000, vieron reducidos sus descuentos en hasta 3 puntos porcentuales, reducción que implicó una reducción de hasta más de un 30% de los descuentos a su cargo (...)*” [El destacado pertenece al texto original].

113. Advirtieron que, el nuevo esquema de bonificaciones comunicado mediante el INFORMATIVO no puede ser considerado discriminatorio, toda vez que FARMACITY es un caso único dado que es la cadena de farmacias más grande del país, con la mayor cantidad de locales y con la mayor facturación.

114. En tal sentido, manifestaron que FARMACITY no puede pretender participar en el esquema solidario de descuentos al PAMI con un porcentaje igual o similar al de otras farmacias.

115. Con relación al esquema propuesto en el INFORMATIVO, advirtieron que para las farmacias que se encuentran contempladas en el punto 1) del ANEXO I, *“(...) las categorías se construyeron partiendo de la facturación, aplicando el histórico criterio solidario, y reduciendo en mayor medida los descuentos de las farmacias que menos facturaban. El justificativo razonable de la clasificación efectuada es por demás evidente: quienes más facturan no reciben reducciones de descuentos, y quienes menos facturan más reducciones de descuentos reciben”*.

116. Respecto de las bonificaciones estipuladas en el punto 2) del ANEXO I, explicaron que *“(...) se equipararon para el convenio PAMI los descuentos otorgados por las farmacias en otras obras sociales o entidades de medicina prepaga. Es decir, si una farmacia otorgaba un determinado descuento en un convenio con una entidad que no sea PAMI, debía otorgarle dicho descuento al PAMI, con un esquema de reducción fundado en la cantidad de locales de esa farmacia”*.

117. Añadieron en tal sentido que, mientras más locales cuente la farmacia, menor es la reducción de descuentos en relación con el máximo otorgado para otros convenios, señalando que *“(...) las categorías se construyeron a partir de un criterio objetivo (cantidad de locales) y que sólo se vieron beneficiadas las farmacias con menor cantidad de locales, a partir de una reducción de descuentos en relación a sus máximas bonificaciones otorgadas a otros convenios”*.

118. Sostuvieron que en la IMPUTACIÓN se confundió la solidaridad que rige en el sistema de descuentos del PAMI con un supuesto de discriminación, omitiendo toda consideración vinculada con que *“(...) la solidaridad, necesariamente, impone mayores cargas a quienes más tienen”*.

119. Enfatizaron que FARMACITY efectúa al PAMI el máximo descuento que realizaba en otros convenios con entidades de medicina prepaga y de la seguridad social en 2011, siendo el propio PAMI el que impuso como principio general la cláusula de mejor descuento garantizado, conforme las modificaciones efectuadas al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA en 2016.

120. Manifestaron que el esquema de descuentos a cargo de las farmacias adoptado por la DISPENSACIÓN no tuvo intenciones ni efectos exclusorios, señalando que el objetivo del nuevo esquema de descuentos fue asegurar la continuidad de miles de farmacias pequeñas en

todo el país, y que ninguna farmacia se ha visto impedida o excluida de competir en el mercado de dispensación farmacéutica.

121. En tal sentido, observaron que FARMACITY creció exponencialmente desde su creación, sin que el esquema de descuentos propuesto haya afectado su capacidad competitiva.

122. En lo que refiere al ACUERDO ALTAS, reiteraron que, tal cual había sido expuesto en sus explicaciones del caso, “(...) *la COFA ha objetado enfáticamente el alta de nuevas farmacias de Farmacity desde el año 2011 con motivo de las reiteradas violaciones legales en que ha incurrido dicha cadena*”.

123. Expresaron que “(...) *no existe ningún acuerdo entre COFA, FACAF y AFMySRA para restringir el alta de nuevas cadenas de farmacias en general ni de Farmacity en particular. Existe una decisión de política sanitaria de la COFA de oponerse a nuevas altas de Farmacity atento sus constantes violaciones a las leyes que regulan la actividad del ejercicio de la profesión farmacéutica, tomando en consideración además que con dicha oposición no se ocasiona ningún impacto negativo al acceso al medicamento de los afiliados del PAMI*”.

124. Observaron que el rechazo de la COFA a nuevas altas de FARMACITY no tiene, en su opinión, ningún impacto negativo en el acceso a los medicamentos para los afiliados al PAMI ni en la cobertura sanitaria en todo el país que debe asegurarse, precisando que, en todos los casos, existe una o más farmacias participantes del convenio PAMI cerca de los nuevos locales de FARMACITY que fueron objetados por la COFA.

125. Añadieron que no existió ninguna conducta que pueda tener un efecto exclusorio del mercado respecto de FARMACITY, lo cual surge de constatar el crecimiento de dicha cadena desde 2010, de los anuncios realizados de futuras inversiones, del hecho de que FARMACITY incluso ha otorgado y otorga descuentos específicos a afiliados al PAMI, y del reconocimiento de que nunca pidió actuar como dispensador independiente en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA.

126. Con relación al crecimiento extraordinario y exponencial de la firma FARMACITY, se remitieron a la presentación espontánea e información aportada conjuntamente por CILFA y COOPERALA en las presentes actuaciones.

127. Expusieron que en dicha presentación se informó que FARMACITY aumentó su participación de mercado de manera significativa en todas las localidades en las que tiene farmacias. Asimismo, indicaron que dicha cadena de farmacias incrementó su facturación en un 1000%.

128. Señalaron que, el número de locales de FARMACITY “(...) *pasó de 145 locales en 2010*

*a 224 locales en 2016, usufructuando así un incremento de un 54% en el número de nuevos locales, con un ritmo de más de 11 nuevos locales por año, ampliando su presencia desde 10 jurisdicciones a 15 jurisdicciones”.*

129. Destacaron que FARMACITY “(...) *ha otorgado y continúa otorgando descuentos especiales a los afiliados de PAMI*”. Advertieron que la existencia de los descuentos adicionales a afiliados a PAMI fue advertida por el ex presidente de la COFA en su declaración informativa, así como también en las declaraciones informativas efectuadas por el Presidente de la FACAF y el Secretario General de la AFMYSRA, brindadas en el marco de la instrucción.

130. Con relación a lo antedicho, indicaron que “*Farmacy falazmente sostuvo que no ofrece ningún descuento adicional a beneficiarios PAMI desde el 19 de agosto de 2015, que desconocía las escrituras de constatación agregadas en autos (aunque no las impugnó por falsedad), que el anuncio pudo haber quedado “por olvido” y que los descuentos que ofreció en su momento consistieron en el traslado de algunos descuentos extraordinarios otorgados a Farmacity por ciertos laboratorios respecto de algunos medicamentos en particular, descuentos que empezaron en 2013 y concluyeron en agosto de 2015 (...)*”.

131. Asimismo, advertieron que la propia FARMACITY, en las cartas a sus accionistas de los años 2012, 2013 y 2015 expresamente afirmaron que decidieron implementar en las farmacias “*descuentos a los afiliados del PAMI y de dichas empresas de medicina prepaga y obras sociales, descuentos de precio a su exclusivo cargo*”.

132. Consideraron que “(...) *es sumamente relevante que nunca haya intentado incorporarse al Convenio PAMI como dispensador independiente Advertimos que Farmacity conoce la posibilidad de incorporarse al PAMI como dispensador independiente al menos desde el año 2011 y, sin embargo, ha optado por continuar pretendiendo canalizar su intervención en el Convenio PAMI a través de las entidades de la dispensación farmacéutica (...)*”.

133. Con respecto a lo antedicho, añadieron que esta CNDC requirió específicamente a FARMACITY si había solicitado ser dispensador independiente en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, a lo que dicha firma respondió que: “*nunca requirió ser dispensador independiente en el marco del Convenio PAMI*” y que desconocía la posibilidad de ser dispensador independiente, pese a que es un mecanismo de público conocimiento y existen constancias obrantes en autos, de que en el año 2011 la ACE-PAMI le había informado esa posibilidad mediante carta documento.

134. Advertieron que, “*si a Farmacity la representación de las entidades de la dispensación le ocasionaba algún daño o la excluía de algún modo, podría haber intentado transitar el*

*camino de dispensador independiente, mitigando los daños alegados”.*

135. Como colofón, sostuvieron que no existió ninguna conducta que pueda ocasionar un perjuicio al interés económico general, ni a los beneficiarios de PAMI ni al PAMI, toda vez que los hechos denunciados no han tenido impacto ni en el precio ni en las cantidades de los medicamentos dispensados a afiliados al PAMI dado que las farmacias no tienen ninguna incidencia en ello, como tampoco han tenido impacto en el acceso a la dispensa de medicamentos por parte de afiliados al PAMI.

136. Concluyeron que, una decisión sancionatoria en las presentes actuaciones tendría consecuencias gravemente perjudiciales en la salud pública, dado que “(...) *una decisión que acepte las denuncias de FARMACITY en este caso terminará por favorecerla en su intento de consolidarse como la única gran cadena de farmacias con presencia nacional, con una posición dominante altamente peligrosa para el interés económico general*”.

137. Finalmente, ofrecieron prueba documental, informativa y pericial económica contable, e hicieron reserva del caso federal.

## **VIII. LA APERTURA A PRUEBA**

138. Las imputadas efectuaron sus respectivos descargos y ofrecieron prueba, lo que motivó el dictado por parte de este organismo, de las Disposiciones CNDC N.º 32/2018<sup>9</sup> -DISFC-2018-32-APN-CNDC#MP- de fecha el día 7 de marzo de 2018, y N.º 61/2018 -DISFC-2018-61-APN-CNDC#MP-, de fecha el día 9 de mayo de 2018, mediante las cuales se ordenó la apertura a prueba y su ampliación (en adelante, “APERTURA A PRUEBA”), respectivamente. Atento el volumen de la prueba ofrecida por las imputadas y concedida por esta CNDC en los términos de las disposiciones premencionadas, se remite a ellas en honor a la brevedad procesal, y se dan por reproducidas en el presente.

139. Cabe mencionar que la Disposición CNDC N.º 32/2018 fijó un plazo de NOVENTA (90) días totales para la producción de la prueba, el cual fue ampliado por las Disposiciones CNDC N.º 80/2018 -CUARENTA Y CINCO (45) días-, N.º 2/2018 -VEINTICINCO (25) días-, y N.º 21/2018 -VEINTE (20) días-, sumando la totalidad de CIENTO OCHENTA (180) días previstos en la normativa de defensa de la competencia, en lo que respecta al período de producción de la prueba, conforme lo previsto en el artículo 43<sup>10</sup> de la Ley N.º 27.442.

140. El día 10 de diciembre de 2018 esta CNDC mediante la Disposición N.º 30/2018 -DISFC-2018-30-APN-CNDC#MPYT- (en adelante, la “DISPOSICIÓN”), rechazó por improcedente la solicitud de ampliación del período de prueba en los términos del artículo 43

de la Ley N.º 27.442, efectuada por la COFA mediante la presentación de fecha el día 28 de noviembre de 2018. Sobre el recurso de apelación interpuesto por COFA contra la presente disposición se desarrollará *ut infra*.

### **VIII.1. COFA plantea nulidad de la pericia contable efectuada a FARMACITY**

141. En el marco de la APERTURA A PRUEBA, se concedió la prueba pericial contable respecto de la firma FARMACITY propuesta por la COFA, a cuyos términos se remite y se dan por reproducidos en el presente.

142. Con fecha 28 de noviembre de 2018, el representante legal de la COFA y los peritos de parte designados por esta, plantearon la nulidad del peritaje concedido por esta CNDC mediante la Disposición CNDC N.º 32/2018, en los términos de los artículos 167 inciso 3º y 168 párrafo 2º y 3º del CPPN, de aplicación supletoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley N.º 27.442.

143. En primer término, manifestaron que la nulidad planteada es de orden general ya que los vicios en los que se habría incurrido afectan de manera directa no solo la participación de la COFA sino también la intervención del juez.

144. Asimismo, señalaron que la nulidad es de carácter absoluto en los términos del artículo 168 párrafo 2º del CPPN, ya que se ve afectada la garantía de defensa en juicio que asiste a COFA en virtud de lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

145. Continuaron manifestando que los peritos oficiales impidieron la participación de los expertos propuestos por la COFA, transformándolos en “*convidados de piedra*” al supuestamente retacear el material requerido por éstos, en poder FARMACITY.

146. Agregaron que los peritos designados de oficio contestaron los puntos ordenados transcribiendo las cifras aportadas por FARMACITY sin aportar conclusión alguna acerca de la razonabilidad de dicha información, ni elaboración técnica que la valide o la certifique.

147. Sostuvieron, con acusaciones graves y mal intencionadas contra la idoneidad de los peritos designados de oficio, que el peritaje realizado llegó a conclusiones que resultan lesivas para el interés de la COFA, habiéndose vulnerado el derecho de defensa de la imputada.

148. Al respecto, realizaron un análisis pormenorizado de los hechos al que se remite *brevitatis causae*, que a su entender, dan cuenta de los vicios del procedimiento, a saber: (i) FARMACITY y los peritos oficiales confundieron el objeto de pericia ya que este se circunscribe a la dispensa de medicamentos para afiliados al PAMI; (ii) Alegaron la necesidad

de un extenso y exhaustivo análisis de la información relevante debido a la complejidad del caso en cuestión, insuficiente para garantizar resultados y conclusiones que los peritos no estarían en condiciones de pronunciarse, agravado por el hecho de que la dispensación de medicamentos para afiliados al PAMI se encuentra embebida dentro de la operación general de FARMACITY, en la que se incluyen otros servicios y/o unidades de negocios. Por ello, sostuvieron la necesidad de un informe especial preparado al efecto, que contemplara y atribuyera activos, pasivos, patrimonio, ingresos y gastos específicos de dicha operación.

149. En cuanto al procedimiento llevado a cabo durante las visitas a la sede de FARMACITY para la realización de la pericia, acusaron al apoderado de FARMACITY y a los peritos designados de oficio, de negar el acceso a información confidencial y privada de la empresa a los peritos de la COFA.

150. Finalmente, cuestionaron la calidad y cantidad de información solicitada por los peritos de oficio, y aportada por FARMACITY entendiendo que resultaba exigua, insuficiente y no representativa para arribar a conclusiones claras y certeras respecto de la veracidad y validez de la información, documental y cálculos, aportados por FARMACITY como respuesta a cada punto pericial.

151. En virtud de lo expuesto precedentemente, esta CNDC considera que corresponde expedirse acerca del planteo de nulidad interpuesto por los representantes legales de la COFA y sus peritos de parte designados.

152. En primera instancia, cabe destacar que la pericia contable ofrecida oportunamente por la propia COFA —y concedida por esta CNDC en el marco de la APERTURA A PRUEBA—, no puede entenderse como un acto pasible de ser atacado por nulidad, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 167 y 168 del CPPN.

153. En tal sentido, resulta conveniente señalar que la Ley N.º 27.442 no contempla en su ordenamiento el planteo de nulidad. En efecto, el artículo 79 dispone que: *“Serán de aplicación supletoria para los casos no previstos en esta ley, el Código Penal de la Nación y el Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente.”*

154. En principio, cabe precisar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 166 del CPPN, los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieren observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad.

155. Asimismo, el artículo 167 del CPPN, dispone que: *“Se entenderá siempre prescripta bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes: 1º) Al nombramiento,*

*capacidad y constitución del juez, tribunal o representante del ministerio fiscal. 2º) A la intervención del juez, ministerio fiscal y parte querellante en el proceso y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria. 3º) A la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece”.*

156. A su vez, el artículo 168 dispone que: *“El tribunal que compruebe una causa de nulidad tratará, si fuere posible, de eliminarla inmediatamente. Si no lo hiciere, podrá declarar la nulidad a petición de parte. Solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en el artículo anterior que impliquen violación de las normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente.”*

157. En este sentido la jurisprudencia ha sostenido que sólo pueden ser declarados nulos los actos procesales en los cuales no se hayan observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad, y esto significa, sin duda alguna que la ineficacia de un acto sólo puede derivar de una amenaza expresa y categórica de la ley que lo disciplina y no de una valoración judicial acerca de la mayor o menor importancia de las formas observadas, en consecuencia, puesto que a veces se prescriben formas o requisitos sin amenaza de nulidad, no toda irregularidad formal determina dicha sanción y, finalmente, que los preceptos legales sobre nulidad deben ser interpretados restrictivamente, si no se quiere desvirtuar el régimen legal mediante una interpretación extensiva o una aplicación análoga.

158. Asimismo, la jurisprudencia tiene dicho que, *“La ley de Defensa de la Competencia no contempla la declaración de nulidad solicitada y el Código Procesal Penal de la Nación en su art. 166, aplicable de forma supletoria según lo previsto por el art. 56 de la Ley 25.156, solamente autoriza la anulación por inobservancia de disposiciones expresas que establezcan esa consecuencia. Tampoco se advierte ninguno de los supuestos de nulidad previstos por el art. 167 del código ritual”*<sup>11</sup>. A su vez, corresponde poner de resalto que la actual Ley N.º 27.442, no contiene un régimen propio de nulidades y la aplicación de las normas supletorias no es mecánica, sino *“...en los casos no previstos en cuanto sean compatibles con las disposiciones de esta ley”*.

159. En lo que refiere a la pericia contable efectuada a FARMACITY ofrecida por la COFA como prueba de parte al momento de presentar su descargo, cabe mencionar que por medio de las Disposiciones CNDC N.º 32/2018 y N.º 61/2018 de fechas 7 de marzo de 2018 y 9 de mayo de 2018 se encomendó a los peritos designados de oficio la realización de una pericia sobre los libros, registros, sistemas administrativo-contables y demás documentación relevante de la firma FARMACITY, a fin de obtener los puntos ordenados en las disposiciones de referencia citadas, los cuales se reproducen a continuación: (1) Informe si la contabilidad de FARMACITY es llevada en legal forma; (2) Indicadores de Rentabilidad (Rentabilidad Neta

del Activo, Margen Bruto, Margen Operacional, Margen Neto y Rentabilidad Operacional del Patrimonio) calculados por FARMACITY en la dispensación de medicamentos a afiliados PAMI, con detalle del mecanismo para calcularlos, sus finalidades y sus posibles usos; (3) Evolución de la Rentabilidad de FARMACITY en la dispensación de medicamentos a afiliados PAMI desde el año 2010 hasta la fecha de la pericia; (4) Evolución de la cantidad de locales de FARMACITY desde 2010 hasta la fecha de la pericia, desagregado por año y por provincia; (5) Ventas totales anuales de FARMACITY en la dispensación de medicamentos a afiliados PAMI, desde 2010 hasta la fecha de la pericia; (6) Costo de las mercaderías vendidas de FARMACITY en la dispensación de medicamentos a afiliados PAMI, desde 2010 hasta la fecha de la pericia; (7) Ganancias brutas totales de FARMACITY en la dispensación de medicamentos a afiliados PAMI, desde 2010 hasta la fecha de la pericia; (8) Resultados operativos de FARMACITY en la dispensación de medicamentos a afiliados PAMI (con su correspondiente cálculo), desde 2010 hasta la fecha de la pericia, discriminando los gastos fijos asignados al segmento y haciendo mención del criterio de asignación empleado.

160. Conforme las constancias obrantes en autos, en el número de orden 32, páginas 1 a 169, puede observarse debidamente agregado el informe pericial elaborado por los peritos designados de oficio, que fuera presentado con fecha 16 de noviembre de 2018, y que pone de manifiesto el procesamiento de la información obtenida y circunscripta al tema objeto de la pericia, conforme fuera expuesto en la Disposición CNDC N.º 32/2018, mediante la cual esta CNDC dejó expresamente determinado: *“Que corresponde aclarar que, sobre los puntos a periciar 1) a 6) referidos anteriormente, esta CNDC definió que los mismos deben circunscribirse solamente a los datos asociados a la “dispensación de medicamentos a afiliados PAMI”, no haciendo lugar a la solicitud expresa de la COFA de obtener esos mismos datos pero referidos al total de los productos, toda vez que esa información excede los hechos imputados en la RESOLUCIÓN.”*

161. Asimismo, es importante indicar que de las actas que forman parte del informe pericial antedicho, se desprende la participación activa de los peritos de parte propuestos por la COFA en todo el proceso inherente a la pericia.

162. En lo que refiere a las conclusiones derivadas del informe pericial, la COFA se manifestó contradictoriamente, al sostener en primer lugar que en el informe no se efectuaron conclusiones, y luego que: *“... la pericia reiteradamente alcanza supuestas conclusiones, a partir de la verificación de procesos sobre muestras de información o documentación sesgada, sin criterio técnico alguno, que como se ha visto han sido muestras elegidas por Farmacity, sin verificación ni cuestionamiento de las cifras ni procedimientos aplicados.”*

163. A su vez, resulta necesario señalar lo expuesto por la COFA en su planteo de nulidad, al

sostener que “... *lo cierto es que tenemos un peritaje cuyas conclusiones resultan lesivas para el interés de mi representada y favorables a los de la acusación...*”, lo cual evidencia cierta tendencia de la imputada, que a lo largo del procedimiento de investigación de las presentes actuaciones ha interpuesto un sin fin de recursos dilatorios del proceso.

164. En virtud de todo lo expuesto precedentemente, esta CNDC entiende que corresponde rechazar por improcedente la nulidad planteada por la COFA contra la pericia contable formulada a FARMACITY.

## **VIII.2. COFA apela Disposiciones confidencialidad concedidas a FARMALINK y ACE-PAMI**

165. El día 12 de diciembre de 2018, mediante las Disposiciones CNDC N.º 34/2018 –DISFC-2018-34-APN-CNDC#MPYT-<sup>12</sup> y N.º 35/2018 –DISFC-2018-35-APN-CNDC#MPYT-<sup>13</sup>, esta CNDC concedió las confidencialidades peticionadas por la firma FARMALINK y la ACE-PAMI respectivamente, de la documental oportunamente acompañada, a cuyos términos se remite *brevitatis causae*, dado que copia certificada de las mismas obran en autos principales<sup>14</sup>.

166. El día 11 de enero de 2019, la COFA interpuso recurso de apelación en los términos del artículo 66 de la Ley N.º 27.442, contra las disposiciones precitadas, a cuyos fundamentos se remite en honor a la brevedad procesal y se dan por reproducidos en el presente.

167. Es dable destacar que las disposiciones que concedieron las confidencialidades pretendidas tanto por la firma FARMALINK como por la ACE-PAMI no encuadran en ninguno de los supuestos aptos para ser tratados por la vía recursiva prevista en el artículo 66 de la Ley N.º 27.442<sup>15</sup>.

168. Primeramente, se debe poner de resalto que ambas disposiciones no encuadran en ninguno de los supuestos aptos para ser tratados por la vía recursiva.

169. En tal sentido, resulta menester invocar la doctrina de la CSJN, que en el fallo de fecha 14 de febrero de 2017, en los autos “MINIÑO JORGE RAÚL C/ ESTADO NACIONAL – MINISTERIO DE ECONOMÍA” (Expte. N.º 7324/2011), el Máximo Tribunal compartió las consideraciones expuestas en el dictamen de la Señora PROCURADORA FISCAL, y se remitió a sus fundamentos por razones de brevedad.

170. El dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN sostuvo que: “... *como bien lo ha explicado la cámara en el pronunciamiento que aquí se apela, que no se advierte*

*que cualquier acto dictado durante el procedimiento previsto para la investigación de conductas sea recurrible por vía de apelación directa ante ella.”*

171. En caso de la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 449 del CPPN, con relación al gravamen irreparable, resulta menester precisar que de ningún modo puede entenderse como generadora de gravamen alguno a las disposiciones que concedieron la confidencialidad a la firma FARMALINK y a la ACE-PAMI atacada por la COFA. En apoyatura a lo previamente expuesto, se transcribe *ut infra* jurisprudencia que lo justifica.

172. Cabe destacar lo oportunamente dictaminado por la FISCALÍA GENERAL EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL Y EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, que tanto en la en la Causa 205/17/RH1, en los autos caratulados “CÁMARA INDUSTRIAL DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS ARGENTINOS s/ RECURSO QUEJA CNDC”, como en la Causa 210/17/RH1, en los autos caratulados “CÁMARA ARGENTINA DE ESPECIALIDADES MEDICINALES Y OTRO s/ RECURSO QUEJA CNDC”, sostuvo que “...con específica relación al procedimiento de investigación de prácticas anticompetitivas, debe advertirse que los únicos actos contemplados expresamente como recurribles por la ley son el que desestima la denuncia y el que aplica la sanción, que responden a la exigencia de que el acto sea definitivo, o que resulte asimilable. Por el contrario, el acto que dispone la apertura del sumario no constituye acto definitivo, como tampoco lo es el que ordena correr traslado de la relación de los hechos, pues no ponen fin al procedimiento ni deciden sobre el fondo de la cuestión. Tampoco ocasionan un gravamen irreparable, pues las cuestiones son susceptibles de ser tratadas en oportunidad de la revisión del eventual acto sancionatorio. Se concluye, en consecuencia, que no resultan impugnables por la vía del recurso directo intentado.”

173. Resulta necesario poner de resalto la conclusión a la que se arriba en el presente dictamen, que lejos está de ser un acto sancionatorio. A su vez, es dable precisar que la información aportada tanto por la ACE-PAMI como por FARMALINK obra en autos en formato de informe no confidencial, posibilitando a la COFA su acceso, al igual que a las restantes partes involucradas en los presentes obrados.

174. Asimismo, cabe recordar lo esgrimido por la Alzada, también respecto de un planteo de la COFA que será tratado *ut infra*, que expuso lo siguiente: “A los fundamentos expuestos por el Ministerio Público, cabe adicionar que de admitirse la impugnación judicial de cualquier decisión que se adopta en curso de un procedimiento administrativo sancionador prescindiendo de los supuestos expresamente habilitados en las normas, sería muy difícil satisfacer el derecho de raíz constitucional y supranacional del imputado a que su situación sea resuelta sin dilaciones indebidas (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 8 de la

*Convención Americana de Derechos Humanos, CSJN: Fallos: 335:1126 (“Losicer”) y 336:2188 (“Aaron Bonder”).”*<sup>16</sup> En virtud de las consideraciones efectuadas previamente, esta CNDC entiende que corresponde rechazar por inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la COFA, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley N.º 27.442.

## **IX. AUTOS PARA ALEGAR**

175. El día 13 de diciembre de 2018, esta CNDC mediante providencia simple PV-2018-65195652-APN-CNDC#MPYT (en adelante, “PV ALEGATOS”), decretó clausurado el período de prueba y puso la causa para alegar, de conformidad con lo establecido por el artículo 43 de la Ley N.º 27.442 y en su Decreto Reglamentario N.º 480/2018, notificando debidamente a las partes, a la COFA, a la FACAF, y a AFMYSRA, FARMACIA ALBERTI y FARMACITY, en igual fecha, de conformidad con las constancias obrantes en autos.

176. Cabe destacar que, a pesar de encontrarse debidamente notificada conforme la constancia de notificación que luce debidamente agregada en el expediente, la AFMYSRA no presentó su alegato.

## **X. INCIDENTE PLANTEO DE NULIDAD DEDUCIDO POR LA COFA CONTRA PROVIDENCIA DE AUTOS PARA ALEGAR**

177. El día 19 de diciembre de 2018, los representantes legales de la COFA interpusieron un planteo de nulidad contra la PV ALEGATOS, en los términos de los artículos 166, 167 inciso 3º y 168 última parte del CPPN, cuya aplicación supletoria rige en el presente sumario en virtud del artículo 79 de la Ley N.º 27.442, el cual fue resuelto vía incidental en el expediente N.º EX-2018-67188615- -APN-DGD#MPYT caratulado “INC. C. 1414 - INCIDENTE PLANTEO DE NULIDAD DEDUCIDO POR LA CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA –COFA- CONTRA PROVIDENCIA AUTOS PARA ALEGAR 13.12.2018” en autos principales: “FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S. S/SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1414)”, mediante la Resolución SCI N.º 592/2019, -RESOL-2019-592-APN-SCI#MPYT-, de fecha 19 de septiembre de 2019, que rechazó el planteo efectuado por improcedente, a cuyos fundamentos se remite en honor a la brevedad procesal y se dan por reproducidos en el presente.

178. El día 30 de octubre de 2019, la COFA interpuso recurso de apelación contra la Resolución SCI N.º 592/2019, -RESOL-2019-592-APN-SCI#MPYT-, de fecha el día 19 de septiembre de 2019 (en adelante, “RESOLUCIÓN NULIDAD”), en los términos del artículo

66 de la Ley N.º 27.442.

179. Es dable destacar que la RESOLUCIÓN NULIDAD no encuadra en ninguno de los supuestos aptos para ser tratados por la vía recursiva prevista en el artículo 66 de la Ley N.º 27.442<sup>17</sup>.

180. En tal sentido, resulta menester invocar lo expuesto en la sentencia de fecha 18 de agosto de 2021, Causa N.º 4415/20/CA1, Sala I de la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, donde la Alzada compartió las consideraciones expuestas en el dictamen de la Fiscalía General.

181. En el dictamen de la Fiscalía General se sostuvo que, “... cabe destacar que en el marco de las actuaciones 'Confederación Farmacéutica Argentina c/ Estado Nacional Ministerio de Producción Comisión Nacional de Defensa de la Competencia S/ Recurso Queja CNDC', Expediente N° CCF 4298/19/RH1, esta Fiscalía General tuvo oportunidad de expedirse sobre la cuestión objeto de vista. En el dictamen se destacó que 'las resoluciones que causan gravamen irreparable son las que provocan un perjuicio, procesal o sustancial, que no pueda repararse en el curso del proceso ni en la sentencia definitiva'. Sobre estas bases se concluyó que 'no [se encontraba demostrado] que ni la disposición ni la providencia contra las cuales se dedujo el recurso directo resulten susceptibles de causar un perjuicio irreparable a la actora, que autorice, en el caso, a ampliar los supuestos de impugnabilidad previstos en el art. 66 de la ley 27.442'. En tales condiciones, y dado que no se ha acreditado que las circunstancias valoradas en esa oportunidad se hubiesen modificado, me remito a lo allí expuesto en cuanto a que 'el recurso judicial interpuesto contra la Disposición DISCF-2018-30-APN-CNDC#MPYT y la providencia PV-2018-65195652-APN-CNDC#MPYT [...] se dirige contra actos que no son susceptibles de causar un gravamen irreparable'”.

182. En caso de la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 449 del CPPN, con relación al gravamen irreparable, se remite a lo expuesto en el considerando que antecede, mediante el cual se concluyó que la PV ALEGATOS no es un acto susceptible de generar un gravamen irreparable, derivándose de ello que la RESOLUCIÓN NULIDAD que consistió en el rechazo al planteo de nulidad opuesto por la COFA contra la PV ALEGATOS, tampoco se trata de un acto susceptible de causar gravamen irreparable.

183. En virtud de las consideraciones efectuadas previamente, esta CNDC entiende que corresponde rechazar por inadmisibles el recurso de apelación interpuesto por la COFA, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley N.º 27.442.

184. En relación con la DISPOSICIÓN y a la PV ALEGATOS, cabe señalar que ambas fueron apeladas por los representantes legales de la COFA en los términos del artículo 66 de la Ley

N.º 27.442. La CNDC, el día 24 de abril de 2019, dictó la Disposición CNDC N.º 26/2019 –DISFC-2019-26-APN-CNDC#MPYT-, mediante la cual, por voto de la mayoría se dispuso rechazar por inadmisibile el recurso opuesto. La COFA planteó una queja por apelación denegada y con fecha 24 de septiembre de 2019, la Sala I de la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, admitió la queja, declaró mal denegado el recurso y ordenó concederlo en los términos del artículo 67 de la Ley N.º 27.442.

185. La CNDC acató la manda judicial, y con fecha 18 de agosto de 2021, habiendo requerido la remisión del expediente principal para su resolución, la Alzada se expidió en la Causa N.º 4415/20/CA1, y rechazó el recurso de apelación opuesto por COFA contra la DISPOSICIÓN y la PV ALEGATOS, arguyendo que se trata de actos que no son susceptibles de causar un gravamen irreparable y que “(...) *el turno de la revisión judicial llegará en caso de recaer sobre el imputado una sanción, incluso si las objeciones del impugnante se refieren al procedimiento sumarial previo a su imposición*”<sup>18</sup>.

## **XI. ALEGATOS**

### **XI.1. Alegato de la FACAF**

186. El día 21 de diciembre de 2018, el representante legal de la FACAF presentó su alegato en legal tiempo y forma, de conformidad con lo establecido por el artículo 43 de la Ley N.º 27.442.

187. En dicha presentación, expuso que, con relación a las contestaciones efectuadas en el marco de la APERTURA A PRUEBA por parte de los Ministerios de Salud de las diversas provincias requeridas, desde el ingreso de FARMACITY con 39 sucursales en distintas provincias, “*Un simple cálculo nos permite asegurar que por cada sucursal que abrió de FARMACITY S.A. cerraron más de 22 farmacias*”.

188. En tal sentido, señaló que: “*Así pues no existe duda en cuanto al camino que empezó a transitar Farmacity S.A. desde sus comienzos logrando la eliminación de las pequeñas farmacias, absorbiendo su clientela, y por lo tanto dejando en la calle no solo el propietario de la farmacia sino también su familia, sus empleados y a su vez las familias de estos*”.

189. Reiteró nuevamente que EL INFORMATIVO fue el resultado de un proceso que se originó en una ronda de pedidos de las Cámaras de Farmacias y Colegios de Farmacéuticos, que nuclean a las farmacias prestadoras, a fin de efectuar un rebalanceo de las bonificaciones.

190. Advirtió que, con la prueba peticionada por FACAF en el marco de la APERTURA A

PRUEBA, se logró demostrar la cantidad de farmacias que FARMACITY habilitó en el país desde la fecha del INFORMATIVO, cayendo por su propio peso el argumento esgrimido por la CNDC en LA IMPUTACIÓN acerca de que el ACUERDO BONIFICACIONES limitó el crecimiento de dicha cadena de farmacias.

191. Sostuvo que FARMACITY expresó su disconformidad cuando se establecieron las nuevas bonificaciones por lo cual FACAF le hizo saber en forma fehaciente que podía asumir su propia representación y negociar directamente con la ACE-PAMI las condiciones de prestación que considerara pertinente. Con relación a ello, precisó que FARMACITY no requirió su incorporación al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA en forma independiente por su propia decisión a pesar de estar debidamente notificada de lo antes mencionado, siendo reconocido por LA DENUNCIANTE en su escrito de denuncia, al citar la carta documento que le envió la ACE-PAMI con fecha el día 5 de enero de 2012, donde le informaba que podría ser autorizado como dispensador independiente.

192. En relación con lo antedicho, indicó que LA DENUNCIANTE fue debidamente informada por la FACAF y la ACE-PAMI que podía negociar directamente con la INDUSTRIA las condiciones de prestación que considerara pertinente, y destacó que no lo hizo.

193. Concluyó su alegato indicando que, en el presente caso, no se imposibilitó a FARMACITY para ser prestadora de los afiliados del INSSJP, ni generó una situación ruinoso de su negocio.

## **XI.2. Alegato de FARMACITY**

194. El día 21 de diciembre de 2018, el representante legal de FARMACITY presentó su alegato en legal tiempo y forma, de conformidad con lo establecido por el artículo 43 de la Ley N.º 27.442.

195. Tras realizar un relato sucinto de los antecedentes del presente caso, FARMACITY sostuvo que debe atender a los beneficiarios del PAMI con una importante pérdida económica, la cual fue demostrada mediante la Certificación Contable obrante en el número de orden 16, páginas 443 a 458, y mediante la pericia económica contable efectuada en el marco de la APERTURA A PRUEBA, y que luce debidamente agregada en el número de orden 32, páginas 1 a 47.

196. Preciso que dicha pérdida ascendía desde el mes de julio de 2013 al mes de julio de 2016 a \$166.000.000 (CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES) -certificación contable- y a

\$699.000.000 (SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES) entre 2010 y 2017 -según pericia-. Añadió que, tal cual surge de la pericia efectuada en autos, FARMACITY pierde dinero con la venta de medicamentos a afiliados PAMI, lo que determinaría una práctica exclusoria.

197. Hizo hincapié en que el complejo entramado contractual estructurado por los CONVENIOS PAMI-INDUSTRIA e INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, los mecanismos de validación, los importantes descuentos que reciben los beneficiarios y la imposibilidad de atender a estos por fuera de dichos procesos determinan que la dispensación de medicamentos a los beneficiarios del PAMI constituya un mercado relevante en sí mismo. Afirmó que ello sería así porque las farmacias no pueden venderles medicamentos a los beneficiarios PAMI si no adhieren a los convenios y, a su vez, los afiliados PAMI sólo pueden obtener sus descuentos si concurren a las farmacias habilitadas.

198. Añadió que, a los efectos de evaluar la gravedad de la conducta, debe considerarse que PAMI es el mayor comprador de medicamentos del país.

199. Efectuó una evaluación de la prueba recabada en autos a la cual se remite *brevitatis causae*, de la cual concluyó lo siguiente: (i) se demostró la discriminación de precios en perjuicio de FARMACITY mediante la imposición concertada por parte de las imputadas de mayores descuentos por las ventas de medicamentos a los beneficiarios del PAMI (ACUERDO BONIFICACIONES), destacando que a FARMACITY se le aplica una bonificación casi del doble que al promedio de las demás farmacias (13,08 vs 25,23%); (ii) se demostró que a partir del mes de octubre de 2010<sup>19</sup> las imputadas se negaron a habilitar farmacias de FARMACITY para atender a los afiliados del PAMI a pesar de sus constantes pedidos, exponiendo que FARMACITY realizó diversas solicitudes de adhesión al convenio PAMI y no le otorgaron ninguna habilitación desde 2010, más allá que la COFA realizó 1.631 habilitaciones y la FACAF 547; y, (iii) se demostró el perjuicio sufrido por FARMACITY y la afectación al interés económico general.

200. Como colofón, efectuó la reserva del caso federal.

## **XII. FACAF OFRECE COMPROMISO EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 45 DE LA LEY N.º 27.442**

201. El día 21 de diciembre de 2018, la FACAF efectuó una presentación mediante la cual ofreció un compromiso en los términos del artículo 45 de la Ley N.º 27.442.

202. En dicha presentación informó que “(...) *siendo que el Convenio PAMI es*

*fundamentalmente la base de la queja de la denunciante, desde hace varios meses y hasta la fecha hemos procedido, conforme sendas presentaciones que se acompañan, a acordar con el INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (INSSJYP) PAMI la flexibilización de ciertas normas que -aunque nunca los consideramos anticompetitivos- tornan abstractos los planteos de la denunciante (...)*”.

203. Acompañó al escrito referido *ut supra*, copia del ACTA ACUERDO N.º 031-18 de fecha 26 de abril de 2018, mediante la cual se acordó entre el PAMI, los representantes de la INDUSTRIA, y las entidades farmacéuticas representantes de la DISPENSACIÓN, COFA, FACAF y AFMYSRA, una reducción del aporte efectuado por las farmacias<sup>20</sup>.

204. Cabe señalar que, en el acta acuerdo previamente mencionada, las partes acordaron reducir el descuento de las farmacias según el siguiente detalle: a) El PAMI redujo a partir del 1º de abril de 2018 medio punto porcentual (0,5%) de PVP PAMI el descuento de las farmacias en los segmentos “*Medicamentos ambulatorios, clozapinas y Resolución 337*” e “*Insulinas, Tiras y Antidiabéticos Orales*”, implicando esto la reducción de medio punto porcentual sobre el descuento total vigente para dichos segmentos en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA (t.o. 2017).

205. Asimismo, adjuntó como prueba una nota dirigida al Director Ejecutivo del PAMI de fecha 1º de noviembre de 2018, informando que la firma FARMACITY puso en conocimiento de la FACAF que la máxima bonificación que cede en otros convenios no condecía con la realizada en favor del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, que finalizó su vigencia el día 31 de octubre de 2018, a la que se remite *brevitatis causae*<sup>21</sup>.

206. Respecto al compromiso ofrecido por parte de la FACAF, en los términos del artículo 45 de la Ley N.º 27.442, esta CNDC considera pertinente aclarar que, atento el cambio producido en el mes de octubre de 2018 y el surgimiento a partir del mes de noviembre del mismo año de nuevos convenios suscriptos entre el PAMI y las entidades farmacéuticas COFA, FACAF, AFMYSRA que serán tratados *ut infra*, conforme la conclusión a la que se arriba en el presente, deviene abstracto el tratamiento del mismo.

### **XIII. COFA INFORMA HECHO NUEVO SOBREVINIENTE: SUSCRIPCIÓN NUEVO CONVENIO PAMI-COFA**

207. El día 7 de enero de 2019, los representantes legales de la COFA efectuaron una presentación<sup>22</sup> espontánea ante esta CNDC, informando un hecho nuevo sobreviniente que consistió en la suscripción por parte de la COFA y el PAMI, en fecha el día 23 de octubre de 2018, de un contrato de prestación de servicios farmacéuticos para la dispensa de

medicamentos del segmento ambulatorio, clozapinas y diabetes (tiras e insulinas) a los afiliados del PAMI denominado “CONVENIO DE DISPENSA DE MEDICAMENTOS AMBULATORIOS, CLOZAPINAS Y DIABETES PAMI- COFA”, (en adelante, “NUEVO CONVENIO PAMI-COFA”) con vigencia a partir del día 1º de noviembre de 2018, cuya copia fue debidamente agregada a las actuaciones, junto a una certificación contable, que se detallará *ut infra*.

208. En dicha presentación, manifestaron que el NUEVO CONVENIO PAMI-COFA “(...) *no hace sino ratificar cada una de las defensas esgrimidas por COFA al efectuar su descargo (...) las que se ven reforzadas con las suscripción y ejecución del mismo por parte del Poder Ejecutivo Nacional a través del PAMI y por la propia denunciante, Farmcity S.A. (...).*”

209. Con relación al ACUERDO-BONIFICACIONES, hicieron hincapié en lo acordado por la COFA y el PAMI en el CAPÍTULO VII, cláusula DÉCIMO PRIMERA, la cual reza: “*COFA, a través de sus farmacias asociadas y/o adheridas hará un descuento comercial que será calculado sobre el PVP PAMI. En todos los casos el descuento comercial que realizará COFA será del: a.- para productos ambulatorios y los autorizados por Resolución 337/05 liquidados un promedio del 10,66% sobre el PVP PAMI, siendo este porcentaje un promedio del total de la Red COFA, respetando un esquema escalonado y solidario contemplando incidencia por localidad y condiciones comerciales por volumen integral de facturación, mecanismo que asegura la sostenibilidad de la red para beneficio del acceso libre y sin costo de traslado para el afiliado que pueda significar un impacto adicional en su bolsillo. b.- para tiras reactivas liquidadas un promedio del 13,55% promedio de toda la Red prestadora de COFA sobre el PVP PAMI. c.- para insulinas liquidadas un promedio del 13,55% promedio de toda la Red prestadora de COFA sobre el PVP PAMI. Los porcentajes de bonificación que corresponden a cada farmacia de la Red COFA estarán expresados en el Anexo III. Dicho importe será deducido de las liquidaciones presentadas por las farmacias.*”

210. En tal sentido, indicaron que en el NUEVO CONVENIO PAMI-COFA, en el apartado denominado “ANEXO III – LISTADO DE FARMACIAS”, existen un total de 19 (DIECINUEVE) establecimientos de farmacia pertenecientes a la firma FARMACITY que participan en la COFA, que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aportan una bonificación del 25%<sup>23</sup>.

211. A su vez, para convalidar lo previamente expuesto, adjuntaron una Certificación Contable emitida por el Contador Público Nacional Juan Manuel DESIMONE, de la cual surge que desde la entrada en vigencia del NUEVO CONVENIO PAMI-COFA, la firma FARMACITY aportó por cada una de sus farmacias asociadas a la COFA, el 25 % de bonificación.

212. Señalaron que, en virtud de la suscripción del NUEVO CONVENIO PAMI-COFA, el

INSSJP, la COFA y FARMACITY convalidaron el porcentaje de bonificaciones que las farmacias debían absorber y que entró a regir a partir del día 1º de septiembre de 2011, que fuera informado mediante la nota respectiva a la ACE-PAMI y el INFORMATIVO.

213. En lo que refiere al ACUERDO-ALTAS, explicaron que, con respecto a las altas, bajas y modificaciones de farmacias, la COFA y el PAMI acordaron lo siguiente: *“Podrá solicitar su incorporación para dispensar medicamentos a los Afiliados del INSSJP bajo el marco del Convenio Marco (2018) cualquier farmacia habilitada por autoridad competente de su jurisdicción que cumpla con la normativas vigentes y que no haya sido previamente suspendida por el INSSJP y que cumpla con todos los requisitos establecidos en el presente Convenio”*.

214. En tal sentido, manifestaron que *“(…) en el convenio se exige lo mismo que mi parte exigió a las farmacias para participar en el anterior convenio de PAMI. QUE CUMPLAN CON LAS LEYES SANITARIAS VIGENTES. En el convenio el PAMI no sólo lo exige, sino que obliga a la COFA a mantenerlo indemne para el caso de que no lo hagan”*.

215. Cabe señalar que, de la copia del NUEVO CONVENIO PAMI-COFA aportada, en el Capítulo XI, titulado “CAMBIOS DE AGRUPAMIENTOS, ALTAS Y BAJAS”, en la cláusula décimo séptima las partes acordaron lo siguiente: *“DÉCIMO SÉPTIMA: El INSSJP podrá respecto a las Farmacias: (i) Ordenar su alta, notificándola en forma fehaciente a COFA, a la farmacia y a todas las Entidades Farmacéuticas, según lo establecido en Anexo VIII. (ii) Ordenar su suspensión transitoria y/o definitiva así como su baja por motivos fundados a su solo criterio, debiendo notificarlo en forma fehaciente a COFA para que esta ejecute la misma en forma inmediata. El ejercicio de esta facultad por parte del INSSJP no dará derecho a las Farmacias a indemnización o reintegro de ningún tipo. Los procedimientos para el proceso de suspensión de una farmacia se establecen en Anexo XIII. (iii) El procedimiento para solicitar altas, bajas y cambios de agrupamiento de farmacias se detalla en el Anexo VIII”*<sup>24</sup>.

216. Continuaron manifestando que *“A todo lo expuesto agrego que este nuevo hecho impone aplicar la doctrina de los actos propios. Ello así por cuanto, como lo hemos señalado, el Estado, a través del PAMI, y la denunciante han convalidado cada una de las defensas esgrimidas por COFA al efectuar su descargo. Por ello, no puede ahora, pretenderse sancionar a mi mandante alegando la existencia de supuestas conductas anticompetitivas que -en rigor- han sido ratificadas por el Estado y por la denunciante”*.

## **XIV. ANÁLISIS JURÍDICO ECONÓMICO DE LAS CONDUCTAS IMPUTADAS**

### **XIV.1 El contexto de las conductas imputadas y los actores intervinientes**

217. En virtud del complejo entramado de relaciones que se suscitan en el mercado involucrado en las conductas imputadas, esta CNDC considera pertinente realizar las siguientes consideraciones, retomando y ampliando conceptos vertidos precedentemente, para lograr un entendimiento de los actores intervinientes y del contexto en el que se desarrollan las conductas imputadas.

### **XIV.2. Actores intervinientes**

218. La COFA es, desde 1935, la organización farmacéutica de 2° grado que agrupa a 20 Colegios, Círculos, Federaciones y Asociaciones de Farmacéuticos provinciales, brindando atención a través de sus 8.979 farmacias distribuidas en todo el país. Las entidades que agrupa COFA afilian a una gran parte de los profesionales farmacéuticos de cada una de las provincias en los casos en que la autoridad sanitaria correspondiente haya delegado la inscripción de éstos en aquellas entidades.

219. La FACAF es una federación creada en el año 1986, teniendo por objeto convocar en su seno a las entidades civiles sin fines de lucro que agrupan a los propietarios de farmacias, sean o no profesionales farmacéuticos, contando con un total de 3.303 farmacias distribuidas en todo el territorio nacional.

220. La AFMYSRA es una asociación civil sin fines de lucro que nuclea en su seno a todas las farmacias pertenecientes a los Sindicatos, Mutuales, Obras Sociales, Cooperativas, Federaciones y cualquier otra entidad que no tenga fines de lucro.

221. La cadena de farmacias denunciante FARMACITY, de acuerdo con la información obrante en su Sitio Web, [www.farmacity.com.ar](http://www.farmacity.com.ar), “(...) es una empresa argentina con 6.600 colaboradores en todo el país que, desde su fundación en 1997, se consolidó como el mayor empleador de profesionales farmacéuticos y se caracterizó por brindar un servicio valorado por sus clientes, cumpliendo con máximos estándares de calidad. (...) Farmacity cuenta hoy con 241 farmacias en 14 provincias y la Ciudad de Buenos Aires. (...) Actualmente, Farmacity está presente en la Ciudad de Buenos Aires y en las provincias de Chaco, Córdoba, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Salta, San Juan, San Luis, Santiago del Estero. Además cuenta con una franquicia en la ciudad de Mar del Plata. (...) En la Ciudad de Buenos Aires hay 1.661 farmacias de las cuales 146 son Farmacity”<sup>25</sup>.

222. El PAMI -Programa de Asistencia Médica Integral–, fue creado en el año 1971, mediante la Ley N.º 19.032, con el fin de brindar atención médica, social y asistencial a los adultos mayores.

223. El artículo 1º de la Ley N.º 19.032 dispuso la creación del INSSJP, estipulándose que funcionaría como persona jurídica de derecho público no estatal, con individualidad financiera y administrativa. Asimismo, en su artículo 2º se estableció su objeto<sup>26</sup>. Cabe destacar que dicha entidad, comenzó brindando sus servicios en la Capital Federal, y en la actualidad “(...) *está presente en todo el país y cuenta con más de 650 oficinas en capitales, ciudades y pueblos de todas las provincias argentinas*”.

224. PAMI cuenta a la fecha con un total de aproximadamente 4.800.000 de afiliados empadronados, siendo la mayor obra social del país, en términos de cantidad de beneficiarios.

225. A su vez, es importante poner de resalto que las tres cámaras más importantes de especialidades medicinales (CILFA, CAEME y COOPERALA) suscribieron un contrato de agrupación de colaboración empresaria (ACE-PAMI), con el objetivo de administrar el convenio antedicho.

226. CILFA es una cámara empresaria que nuclea los laboratorios farmacéuticos nacionales. CAEME, por su parte, reúne a los laboratorios multinacionales. Y, por último, COOPERALA agrupa a los laboratorios nacionales pequeños y medianos.

### **XIV.3. Breve historia de los convenios suscriptos entre el PAMI, LA INDUSTRIA y LA DISPENSACIÓN**

227. En el mes de mayo de 1997, el PAMI firmó un convenio con las cámaras representantes de los laboratorios farmacéuticos, CILFA, CAEME y COOPERALA, comúnmente conocidas como la INDUSTRIA y, a su vez, estas firmaron un acuerdo con las entidades farmacéuticas representantes de la DISPENSACIÓN (COFA, FACAF y AFMYSRA) y con aquellas representantes de la DISTRIBUCIÓN (Asociación de Droguerías Distribuidores Integrales Farmacéuticos -ADDIF-; Asociación de Distribuidores de Especialidades Medicinales -ADEM-; y Federación Argentina de Cooperativas Farmacéuticas -FECOFAR-), con el objeto de brindar prestaciones farmacéuticas a los afiliados de dicha obra social. Estas últimas, con posterioridad, salieron del mencionado acuerdo. Este convenio perdió vigencia en 2002, dado que la crisis suscitada en los años 2001/2002, motivó el inicio de un nuevo convenio.

228. El día 31 de mayo de 2002, “*inspirados en el sacrificio compartido*”<sup>27</sup> y con el propósito de regular<sup>28</sup> la dispensación de medicamentos a sus afiliados en todo el territorio nacional, el

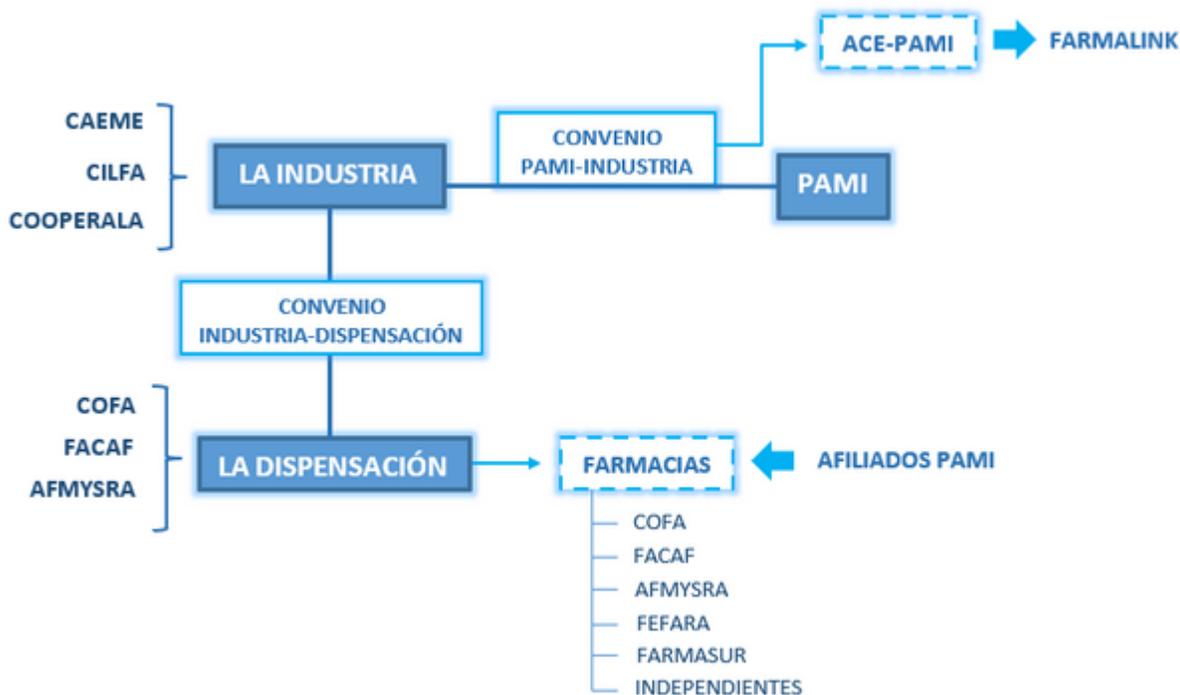
PAMI firmó un nuevo CONVENIO PAMI-INDUSTRIA con CILFA, CAEME y COOPERALA, en representación de la INDUSTRIA.

229. A su vez, la INDUSTRIA constituyó la ACE-PAMI, con el propósito de administrar el referido convenio, en virtud de lo acordado con el INSSJP en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA propiamente dicho. Asimismo, la ACE-PAMI, sin dejar de ser la administradora del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, contrató a la firma FARMALINK para el control, auditoría y liquidación de las recetas médicas dispensadas en los términos del referido convenio.

230. El día 6 de junio de 2002, la INDUSTRIA firmó con las entidades farmacéuticas COFA, FACAF y AFMYSRA, representantes de LA DISPENSACIÓN, el Convenio INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, cuyo objeto fue establecer los procedimientos y las reglas que permitieran implementar los descuentos comerciales ofrecidos por la INDUSTRIA, en el marco del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, describiendo las tareas que debían realizar las entidades representantes de la DISPENSACIÓN, y las farmacias asociadas y/o adheridas a cada una de ellas, para la dispensa de los medicamentos a los afiliados del PAMI en todo el país.

231. A continuación se presenta el Esquema N.º 1 que gráfica la forma en que se relacionan los actores intervinientes.

### Esquema N.º 1 - ACTORES CONVENIOS PAMI-INDUSTRIA e INDUSTRIA-DISPENSACIÓN



Fuente: CNDC sobre la base de información obrante las presentes actuaciones.

232. De acuerdo a lo expuesto oportunamente por CILFA en las explicaciones del caso<sup>29</sup>, en relación con los convenios analizados en el presente, advirtió que: “(...) *los Convenios referidos están dirigidos a construir un sistema solidario en el que el PAMI solicita y acuerda con distintos actores del mercado la provisión de medicamentos a sus afiliados, sistema que requiere de esfuerzos de todas las partes (PAMI, laboratorios y farmacias) para que los medicamentos puedan llegar a los pacientes afiliados que se encuentran en todo el territorio del país*”.

233. En lo que refiere al aporte que acuerdan efectuar las farmacias para formar parte del sistema, el CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN distingue entre productos ambulatorios, por un lado; y, productos oncológicos y tratamientos especiales, por el otro, atento que dichos grupos tienen diferente cobertura.

234. Respecto de los productos ambulatorios, la cláusula quinta del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN establecía que LA DISPENSACIÓN realizaría en su conjunto un “*aporte promedio país*” que en el año 2002 era del 18% sobre el precio de venta público (PVP) y que, en virtud de las diversas modificaciones y prórrogas se redujo a 13,5%. Dado que se trataba de un “aporte promedio país”, la cláusula quinta también estableció que “(...) *la DISPENSACIÓN informará al Administrador los porcentajes de descuento que realizará cada una de sus farmacias asociadas y adheridas*”. Es decir, son las entidades de LA DISPENSACIÓN quienes deben acordar entre sí, sin injerencia de los laboratorios ni del PAMI<sup>30</sup>, la distribución de aportes que les permitirá alcanzar el “*aporte promedio país*”. En lo referente al esquema de aportes que motivó el INFORMATIVO, este será desarrollado *ut infra*, a fin de evitar repeticiones innecesarias.

235. De acuerdo con lo informado por el PAMI<sup>31</sup> al ser requerido por esta CNDC, la citada entidad históricamente obtenía un descuento global del 38% sobre el precio de venta al público de los medicamentos (13,5% promedio país de aporte de las farmacias + 24,5% de aporte de los laboratorios).

236. Con la última modificación al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA de fecha el día 22 de julio de 2016, el PAMI obtuvo mejores condiciones, incluyéndose una cláusula que establecía que la sumatoria de todos los pagos a su cargo no puede superar determinado objetivo presupuestario. Como consecuencia de ello, el PAMI obtuvo en el mes de julio de 2016 un descuento del 52,7% sobre el precio de venta al público de los medicamentos ambulatorios y del 50,9% en agosto de 2016. Estos descuentos superiores al histórico fueron asumidos por los

laboratorios.

237. Cabe destacar que el PAMI informó que: “(...) procura que se asegure a sus afiliados una cobertura económica sanitaria sobre bases solidarias que garanticen el otorgamiento de los descuentos a los mismos, el cumplimiento de la legislación sobre dispensa de medicamentos (vide. cláusula 2.3 Convenio 29/2016 de fecha 31 de marzo de 2016) y que se le asegure el mejor descuento que se otorga a cualquier obra social o empresa de medicina prepaga (vide. cláusula 7 “Mejor Descuento Garantizado” del citado Convenio)”.

238. Con relación a la cláusula de “Mejor Descuento Garantizado”, corresponde señalar que, dicha cláusula fue negociada entre el PAMI y la INDUSTRIA, en el marco de las modificaciones y prórrogas del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, surgiendo del texto del Acta Acuerdo de fecha el día 31 de marzo de 2016, que acordaron que: “Séptima: Mejor Descuento Garantizado. 7.1 A partir del día de la fecha, la Industria garantiza que el descuento final otorgado por la Industria al Instituto y/o a un afiliado sobre el precio de venta al público sugerido para una misma marca y presentación incluido o a incluirse en el Convenio será igual o superior al descuento que por la misma marca y presentación, a igual fecha de dispensación, se otorgara a cualquier obra social o empresa de medicina prepaga en cualquier punto de la República Argentina que tenga un acuerdo vigente suscripto con la Industria en forma directa, en iguales canales de comercialización, con prescindencia de la forma de pago, eventual financiación o volumen de operaciones (...)”.

239. Con relación a las bonificaciones que absorben las farmacias que dispensan medicamentos a afiliados al PAMI, dicho organismo aclaró que “(...) no interviene ni tiene injerencia en la determinación de aportes realizados por cada una de las farmacias en la dispensa de medicamentos a sus afiliados”.

#### **XIV.4. Nuevos convenios celebrados por el PAMI con la INDUSTRIA y los representantes de la DISPENSACIÓN en el año 2018**

240. Tal como fuera expuesto precedentemente en el apartado sobre el hecho nuevo sobreviniente informado por la COFA, tanto el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA propiamente dicho, como el CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, dejaron de existir como tales.

241. Para no apartarnos del tema que nos concierne; es decir, las decisiones tomadas por las imputadas en autos, en virtud de las facultades delegadas en el CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, con relación a las bonificaciones y a las altas de las farmacias en el CONVENIO PAMI, se tratarán sucintamente los nuevos convenios suscriptos por las entidades farmacéuticas COFA, FACAF y AFMYSRA.

242. En el mes de octubre de 2018, y luego de negociaciones entre las partes, es decir, el PAMI, y las entidades farmacéuticas imputadas, suscribieron de forma individual con el INSSJP, nuevos convenios que fijan las pautas de la prestación de los servicios farmacéuticos y la dispensa de medicamentos a afiliados al PAMI.

243. Con fecha 17 de octubre de 2018, la FACAF suscribió el contrato de prestación de servicios farmacéuticos para la dispensa de medicamentos del segmento ambulatorio, clozapinas y diabetes (tiras e insulinas) a los afiliados del PAMI denominado “CONVENIO DE DISPENSA DE MEDICAMENTOS AMBULATORIOS, CLOZAPINAS Y DIABETES PAMI-FACAF”<sup>32</sup>, (en adelante, “NUEVO CONVENIO PAMI-FACAF”) con vigencia a partir del día 1º de noviembre de 2018.

244. En lo que refiere a las bonificaciones que absorben las farmacias asociadas y/o adheridas a la FACAF, dicha entidad y el PAMI acordaron que, conforme lo establecido en el Capítulo VII, nominado “Liquidación”, en la siguiente cláusula: “*DÉCIMO PRIMERA: FACAF, a través de sus farmacias asociadas y/o adheridas hará un descuento comercial que será calculado sobre el PVP PAMI. El descuento comercial porcentual de las farmacias será igual al que realizaba al 31 de octubre de 2018. En todos los casos el descuento comercial que realizará FACAF será del: a. - para productos ambulatorios liquidados un promedio del 13,50 % sobre el PVP PAMI. b. - para tiras reactivas liquidadas un promedio del 14,67 % sobre el PVP PAMI. c. - para insulinas liquidadas un promedio del 14,67 % sobre el PVP PAMI. Dicho importe será deducido de las liquidaciones presentadas por las farmacias*”.

245. De lo precedentemente expuesto se puede concluir que la FACAF acordó con PAMI en el NUEVO CONVENIO PAMI-FACAF, mantener las bonificaciones que realizaba al día 31 de octubre de 2018.

246. En relación con ello, cabe señalar lo expuesto oportunamente por la FACAF en su escrito de fecha el día 21 de diciembre de 2018<sup>33</sup>, mediante el cual informó la suscripción de un Acta Acuerdo entre el PAMI y las representantes de la DISPENSACIÓN, en la cual estipularon una reducción del aporte de las farmacias<sup>34</sup>, a la cual se remite y se da por reproducida en el presente.

247. En lo que refiere a lo estipulado sobre los aportes que hacen las farmacias asociadas a COFA, en el marco del NUEVO CONVENIO PAMI-COFA, se remite a lo ya expuesto en los considerandos precedentes *brevitatis causae*.

248. Cabe señalar que, el PAMI no sólo suscribió contratos con FACAF y COFA, también lo hizo con AFMYSRA, FEFARA y FARMASUR, las restantes entidades farmacéuticas representantes de LA DISPENSACIÓN.

249. En lo que respecta a AFMYSRA, también en el Capítulo VII, nominado “Liquidación”, en la siguiente cláusula se ordena que: *“DÉCIMO PRIMERA: AFMSRA, a través de sus farmacias asociadas y/o adheridas hará un descuento comercial que será calculado sobre el PVP PAMI. En todos los casos el descuento comercial que realizará AFMSRA será del: a. - para productos ambulatorios liquidados un promedio del 12,50% sobre el PVP PAMI. b. - para tiras reactivas liquidadas un promedio del 15% sobre el PVP PAMI. c. - para insulinas liquidadas un promedio del 15% sobre el PVP PAMI Dicho importe será deducido de las liquidaciones presentadas por las farmacias”*.

250. En lo que refiere a las altas para ser prestador/dispensador, el PAMI y FACAF acordaron en el NUEVO CONVENIO PAMI-FACAF -al igual que COFA y AFMYSRA-, en la siguiente cláusula que: *“DÉCIMO SÉPTIMA: El INSSJP podrá respecto a las Farmacias: (i) Ordenar su alta, notificándola en forma fehaciente a FACAF y a la Farmacia. (ii) Ordenar su suspensión transitoria y/o definitiva así como su baja por motivos fundados a su solo criterio, debiendo notificarlo en forma fehaciente a FACAF para que esta ejecute la misma en forma inmediata. El ejercicio de esta facultad por parte del INSSJP no dará derecho a las Farmacias a indemnización o reintegro de ningún tipo. El procedimiento para solicitar altas, bajas y cambios de agrupamiento de farmacias se detalla en el Anexo VIII”*.

251. En virtud de la suscripción de los nuevos convenios entre el PAMI y la totalidad de las entidades farmacéuticas representantes de LA DISPENSACIÓN, COFA, FACAF, AFMYSRA, FEFARA y FARMASUR, en el mes de octubre de 2018, que entraron en vigencia a partir del día 1° de noviembre de 2018, y el cambio en el esquema de descuentos comerciales y/o bonificaciones absorbidos por las farmacias, y la gestión de altas y bajas del convenio en manos del administrador, es decir, del propio PAMI, implican la finalización del ACUERDO BONIFICACIONES y el ACUERDO ALTAS tal como fueran plasmados en LA IMPUTACIÓN, y cuyo análisis será realizado *ut infra*.

#### **XIV.5. Mercado relevante**

252. Las conductas imputadas se producen en el último eslabón de la cadena farmacéutica, es decir, en la distribución minorista de medicamentos, actividad identificada en el Nomenclador de Actividades Económicas de la AFIP como *“477310. Venta al por menor de productos farmacéuticos y productos de herboristería”* y, en la legislación sanitaria, como *“Dispensa de Medicamentos”*.

253. En la venta al por menor de medicamentos, sean los demandantes afiliados al PAMI o no, las farmacias actúan desde el lado de la oferta. En ese mercado, la demanda presenta la

particularidad de que la decisión de consumo del medicamento puede estar determinada hasta por tres agentes diferentes, a saber: (i) los médicos y demás agentes prescriptores; (ii) las obras sociales, empresas de medicina prepaga y otras entidades aseguradoras de la salud; y finalmente, (iii) los pacientes<sup>35</sup>.

254. Existe cierta controversia en el expediente entre la DENUNCIANTE y las denunciadas, en cuanto a si la dispensa de medicamentos a los afiliados del PAMI puede constituir un mercado relevante en sí mismo o si el mercado relevante de producto tiene un alcance mayor, sin realizar una diferenciación en cuanto a la entidad aseguradora -en este caso, PAMI-. Esta hipótesis se sustenta en las posibilidades efectivas que, según argumentan, tienen los afiliados del PAMI de concurrir a farmacias no incluidas en su red de prestadores.

255. Esta CNDC entiende que el mercado relevante es el de dispensa de medicamentos para afiliados del PAMI por cuanto los hechos denunciados se circunscriben a esa parte de la demanda y no existen evidencias de otras alternativas de acceso a medicamentos a precios competitivos respecto de los fijados dentro del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA<sup>36</sup>. Lo indicado no obsta a que, para evaluar la posible existencia de las conductas imputadas, se tenga en cuenta información relativa a la venta de medicamentos en general, atento a que el modelo de negocios de los agentes económicos a cargo de la dispensación de medicamentos no se circunscribe a las ventas a afiliados del PAMI.

256. Una aproximación al tamaño del mercado relevante definido lo da el hecho que el PAMI cuenta, según ya fuera consignado, con 4,8 millones de afiliados, que representan cerca del 25% del total de afiliados al sistema de la seguridad social (obras sociales)<sup>37</sup>. Asimismo, las recetas de medicamentos correspondientes al PAMI, procesadas por FARMALINK (una de las principales plataformas de procesamiento de recetas del país durante el período analizado), representa el 45% del total<sup>38</sup>. En lo que respecta a la dimensión geográfica del mercado relevante, esta CNDC entiende que es de alcance nacional, toda vez que la red de dispensa de medicamentos para afiliados del PAMI se extiende en todo el territorio del país. Ello también explica la participación de las entidades farmacéuticas COFA, FACAF y AFMYSRA en el CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, a partir del alcance nacional de dichas entidades.

257. Definido el mercado relevante, tanto en su dimensión de producto como geográfica, corresponde ahora analizar si las entidades farmacéuticas COFA, FACAF y AFMYSRA imputadas cuentan, en conjunto, con poder de mercado.

258. En ese sentido, y haciendo un análisis desde el lado de la oferta, puede afirmarse que COFA, FACAF y AFMYSRA representan a la mayor parte de las farmacias habilitadas en el territorio argentino (78%) -y al 64% de las farmacias que participan del CONVENIO PAMI-

INDUSTRIA-, quedando fuera de esa representación, las farmacias agrupadas en FEFARA, con un total de 3.264 farmacias asociadas, las 237 farmacias nucleadas en FARMASUR y un conjunto de farmacias independientes que no supera la centena<sup>39</sup>.

#### **XIV.6. Las conductas imputadas**

259. En base a la instrucción de las presentes actuaciones y a la prueba generada, esta CNDC imputó un acuerdo entre las entidades farmacéuticas, COFA, FACAF y AFMYSRA, en su carácter de representantes de la DISPENSACIÓN, firmantes del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, que tendría dos prácticas complementarias con potencial exclusorio:

**(I) ACUERDO BONIFICACIONES:** materializado mediante la modificación unilateral del esquema de cálculo de las bonificaciones y/o porcentajes de descuento absorbidos por las farmacias en relación con la dispensa de medicamentos para afiliados del PAMI en todo el territorio nacional, a partir del día 1° de septiembre de 2011 hasta el día 31 de octubre de 2018. La modificación del esquema consistió en la incorporación de una nueva variable para efectuar el cálculo de las bonificaciones: *“la cantidad de farmacias de la misma cadena (en base al número de CUIT) presentes en el convenio”*. De esta forma, las entidades farmacéuticas representantes de LA DISPENSACIÓN -COFA, FACAF, y AFMYSRA- impusieron un esquema de bonificaciones diferenciadas con presuntos efectos anticompetitivos exclusorios.

**(II) ACUERDO ALTAS:** presuntamente concertado para restringir el ingreso de nuevos locales de cadenas de farmacias al sistema de dispensa de medicamentos a afiliados del PAMI en todo el territorio nacional. El inicio de este acuerdo se estableció en el mes de junio de 2010 y finalizó con fecha el día 31 de octubre de 2018.

##### **XIV.6.1. El ACUERDO BONIFICACIONES**

260. En este orden, el primer documento que pone de manifiesto la intención de llevar a cabo el ACUERDO BONIFICACIONES es la nota enviada por las entidades farmacéuticas COFA, FACAF y AFMYSRA, representantes de la DISPENSACIÓN, firmantes del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, el día 11 de agosto de 2011, a la INDUSTRIA (CAEME, CILFA y COOPERALA), con copia a la firma FARMALINK, informando el nuevo esquema de bonificaciones acordado entre dichas entidades, que luce debidamente agregada en las presentes actuaciones, en el número de orden 9, página 496 (en adelante, la “NOTA”).

261. En la NOTA, el tema de la referencia alude a: *“Ref.: Convenio PAMI – Solicitud de cambio de aportes Farmacias al convenio”*. Mediante dicha misiva se informó que: *“Los*

*abajo firmantes, sobre la base de una búsqueda responsable de soluciones a la problemática actual de la actividad farmacéutica y sin deteriorar la calidad de la presentación, ni transfiriendo al usuario las consecuencias de dicha problemática, hemos acordado implementar un nuevo esquema de bonificaciones a realizar por las farmacias al convenio con el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados a partir de las liquidaciones de Septiembre de 2011, teniendo en cuenta: - La aplicación del principio de solidaridad, que implica que la distribución de los recursos signifique un mayor beneficio de las medianas y pequeñas farmacias. - La defensa de la fuente de trabajo de los empleados de farmacia. - Rescatar la posición del profesional farmacéutico, el trato personalizado y el respeto que históricamente mereció en el seno de nuestra sociedad. - La búsqueda de la mejor calidad de atención para el usuario. - Recomposición económica de la farmacia”.*

262. A continuación, en la NOTA se especifica que “*para ello las partes acuerdan el siguiente modelo de cálculo*” y se reproduce copia exacta del ANEXO I que formó parte del INFORMATIVO, elaborado y comunicado por FACAF, en relación con el nuevo esquema de cálculo de las bonificaciones que serían absorbidas por las farmacias en lo que respecta a los afiliados del PAMI, a ser aplicadas a partir del día 1° de septiembre de 2011. Dicho ANEXO I se reproduce *ut infra* en el Diagrama N.º 1.

263. En el CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, la determinación de las bonificaciones a cargo de las farmacias se regía, según constancias obrantes en autos, y previo a la implementación del ACUERDO BONIFICACIONES, por tres variables: (i) localización geográfica, (ii) densidad poblacional, y (iii) facturación de las oficinas de farmacia.

264. Las bonificaciones y/o porcentajes de descuento, determinados en función de las variables referidas *ut supra*, tenían por objeto dar cumplimiento a lo dispuesto por la Cláusula 5ta. del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, la cual reza: “*LA DISPENSACIÓN, a través de sus farmacias asociadas y/o adheridas hará un descuento adicional del 6% respecto al que regía a la fecha de rescisión del convenio del 20 de mayo de 1997. En ningún caso, el aporte promedio país podrá ser ni menor ni mayor al 18%<sup>40</sup> sobre el precio de venta público (PVP), de los productos ambulatorios liquidados. Dicho importe será deducido de las liquidaciones presentadas por las farmacias. [...] LA DISPENSACIÓN informará al Administrador los porcentajes de descuento que realizará cada una de sus farmacias asociadas y/o adheridas*”.

265. Cabe destacar que la modificación aplicada a partir del ACUERDO BONIFICACIONES incorporó, como nueva variable para efectuar el cálculo de éstas, según el Punto 2) del ANEXO I referido, “*la cantidad de farmacias de la misma cadena (en base al número de CUIT) presentes en el convenio*”.

266. En relación con lo precedentemente expuesto, la COFA, en oportunidad de brindar

explicaciones, señaló que: *“Ante la aparición en el mercado de grupos concentrados, con el objeto de mantener una ecuación armónica del desempeño de la Dispensación, a mediados del año 2011 y luego de mantener sendas reuniones hacia dentro de la entidad y con las otras FACAF y AFMySRA, se acordó incorporar a la grilla de aportes, una nueva fórmula basada en el número de farmacias de un mismo grupo económico con lo que se buscó alentar la participación de oficinas de farmacias privadas gravemente afectadas por la irrupción de dichos grupos”*.

267. El cambio introducido a partir del ACUERDO BONIFICACIONES implicó, entonces, una modificación de los descuentos a cargo de las farmacias sobre la base de las bonificaciones vigentes. De esta forma, mientras algunas farmacias mantuvieron el mismo porcentaje de descuento a su cargo, otras lo vieron aumentado y otras reducido.

268. Concretamente, el ACUERDO BONIFICACIONES -como se ilustra en el Diagrama N.º 1- estableció (i) la reducción de las bonificaciones vigentes para aquellas farmacias que tenían una facturación de hasta \$179.999; (ii) el mantenimiento de las bonificaciones para las que tenían una facturación de más de \$180.000; y (iii) el aumento de las bonificaciones para las farmacias que tuvieran más de 120 locales.

269. De esta manera, para definir la reducción -o el mantenimiento— de las bonificaciones se utilizó uno de los criterios ya aplicados para establecer los porcentajes vigentes hasta ese momento (esto es, la facturación), en tanto que para definir qué farmacias tendrían un incremento en las bonificaciones a su cargo se incorporó un nuevo criterio: la cantidad de locales. Según lo establecido, la nueva bonificación para este último conjunto de farmacias pasó a fijarse en base al porcentaje máximo cedido en otros convenios.

270. El ACUERDO BONIFICACIONES se implementó en la práctica, y ello fue confirmado mediante la respuesta brindada por la firma FARMALINK, de fecha el día 22 de agosto de 2017<sup>41</sup>. De esa presentación surge que, en su rol de contralor, auditor y encargado de realizar las liquidaciones de las recetas médicas dispensadas en los términos del CONVENIO PAMI, FARMALINK aplicó a cada farmacia el valor de la bonificación que le fue informada.

271. El resultado obtenido fue el siguiente: (i) las farmacias alcanzadas por los criterios identificados en el punto 1) incisos a) a d) del INFORMATIVO tuvieron bonificaciones promedio en un rango del 10,27% al 13,08%; (ii) las farmacias que se agruparon según el criterio establecido en el punto 2) inciso a) del INFORMATIVO pertenecen a FARMACITY, siendo la bonificación promedio en estos casos del 25,23%; y (iii) no existía ninguna farmacia a la que se le aplicaran los criterios identificados en los incisos b) a f) del punto 2) del INFORMATIVO (por no existir farmacias que pertenecieran a cadenas de entre 60 y 120 locales/mismo número de CUIT). El Diagrama N.º 1 (ANEXO I del INFORMATIVO) y la

Tabla N.º 1 resumen los esquemas de bonificaciones aplicadas.

**Diagrama N.º 1 - ANEXO I del INFORMATIVO y la NOTA**

**ANEXO I**

**Cálculo para determinar las nuevas bonificaciones a partir de liquidaciones del mes de Septiembre 2011:**

1) Ordenar al total de farmacias que participaron en el convenio en el año 2010 por su nivel de facturación total 2010 y establecer las siguientes categorías y descuentos en sus bonificaciones:

a) Feias. individuales que facturan entre 0 y 49.999 pesos: <b>Reducir su aporte en 3 %.</b>
b) Feias. individuales que facturan entre 50.000 pesos y 99.999 pesos: <b>Reducir su aporte en 2%.</b>
c) Farmacias individuales que facturan entre 100.000 pesos y 179.999 pesos : <b>Reducir su aporte en 1%.</b>
d) Farmacias con mayor facturación de 180.000 pesos: <b>Mantiene % bonificación anterior.</b>

2) Sobre la base anterior, calcular la cantidad de farmacias de la misma cadena (en base a numero de CUIT) presentes en el convenio y aplicar el siguiente criterio:

a) Mas de 120 farmacias: <b>Aplicar la máxima bonificación que cede en otros convenios en los que participa.</b>
b) Entre 100 y 120 farmacias: <b>Aplicar el 99% de la máxima bonificación que cede en otros convenios.</b>
c) Entre 90 y 99 farmacias: <b>Aplicar el 98% de la máxima bonificación que cede en otros convenios.</b>
d) Entre 80 y 89 Farmacias: <b>Aplicar el 97% de la máxima bonificación que cede en otros convenios.</b>
e) Entre 70 y 79 Farmacias: <b>Aplicar el 94% de la máxima bonificación que cede en otros convenios.</b>
f) Entre 60 y 69 Farmacias: <b>Aplicar el 92% de la máxima bonificación que cede en otros convenios.</b>

Las nuevas bonificaciones se mantendrán hasta nuevo aviso y siempre que se mantenga el actual padrón de Farmacias prestadoras.

**Tabla N.º 1 –Bonificación aplicada a farmacias en el CONVENIO PAMI. Septiembre 2017**

Criterio según EL ANEXO	Cantidad de farmacias	Bonificación			Observaciones	
		Promedio	Min.	Máx.	Bonif. Min.	Bonif. Máx.
1.a) FACTURACIÓN	1.738	10,27	3,95	16,05	sólo una farmacia	sólo dos farmacias

Criterio según EL ANEXO	Cantidad de farmacias	Bonificación			Observaciones	
		Promedio	Min.	Máx.	Bonif. Min.	Bonif. Máx.
ENTRE \$0 Y \$ 49.999  REDUCEN APORTE EN 3%						
1.b) FACTURACIÓN ENTRE \$50.000 Y \$99.999  REDUCEN APORTE EN 2%	1.321	11,09	4,95	16,5	sólo una farmacia	sólo una farmacia
1.c) FACTURACIÓN ENTRE \$100.000 Y \$ 179.999  REDUCEN APORTE EN 1%	1.697	11,81	5,95	18,15	sólo una farmacia	sólo una farmacia
1.d) FACTURACIÓN SUPERIOR A \$180.000  MANTIENEN APORTE	8.151	13,08	1,05	20,05	sólo una farmacia	sólo dos farmacias

Criterio según EL ANEXO	Cantidad de farmacias	Bonificación			Observaciones	
		Promedio	Min.	Máx.	Bonif. Min.	Bonif. Máx.
2.a) MÁS DE 120 LOCALES MÁX BONIF. CEDIDA EN OTROS CONVENIOS	154	25,23	23	26,5	-	-
TOTAL FARMACIAS	13.061					

Fuente: CNDC sobre la base de información obrante en las presentes actuaciones.

272. Cabe destacar que, habiendo sido consultado oportunamente por esta CNDC, el PAMI mediante su respuesta de fecha el día 29 de diciembre de 2016<sup>42</sup>, confirmó que dicho Instituto no había intervenido, ni había tenido injerencia, en la determinación de los aportes realizados por cada una de las farmacias en la dispensa de medicamentos a sus afiliados en el marco del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN.

#### **XIV.6.2. EL ACUERDO ALTAS**

273. Las entidades farmacéuticas COFA, FACAF y AFMYSRA, firmantes del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, implementaron un racionamiento en el otorgamiento de nuevas altas de farmacias, que se vio materializado mediante el ACUERDO ALTAS.

274. Respecto de la incorporación de nuevas farmacias para la atención a afiliados del PAMI,

la Cláusula 9na. del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN establecía que “*LA DISPENSACIÓN informará por medio fehaciente al Administrador las altas y bajas de asociados y/o adheridos a cada entidad*”.

275. Con relación a lo precedentemente expuesto, se advierte la existencia de ciertas cláusulas contractuales que les otorgan a las entidades de la DISPENSACIÓN la potestad de habilitar la incorporación de los locales de farmacias al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA.

276. De acuerdo con la información aportada por la ACE-PAMI<sup>43</sup> en respuesta a lo requerido, el mecanismo para la adhesión al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA de las farmacias pertenecientes a COFA, AFMYSRA, FACAF –representantes de la DISPENSACIÓN y firmantes del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN-, y de aquellas pertenecientes a entidades no firmantes del mencionado convenio -FEFARA y FARMASUR-, es el siguiente: (i) las farmacias adhieren y piden el alta ante COFA, AFMYSRA, FACAF, FEFARA y FARMASUR; (ii) las entidades representantes de LA DISPENSACIÓN, así como también FEFARA y FARMASUR aceptan el pedido de alta y lo informan a la ACE-PAMI; (iii) la ACE-PAMI aplica en el sistema de validación de las altas decididas e informadas por COFA, AFMYSRA, FACAF, FEFARA y FARMASUR.

277. De este modo, y según ha dicho la ACE-PAMI, la decisión de otorgar el alta era resorte de COFA, AFMYSRA, y FACAF, en carácter de representantes de la DISPENSACIÓN y luego se informaba a la Administradora del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, es decir, la ACE-PAMI.

278. Ello mismo fue reconocido por la COFA tanto en sus explicaciones como en su descargo, al afirmar haber negado el alta de farmacias de FARMACITY para participar del CONVENIO PAMI, por las razones expuestas en los considerandos precedentes.

279. COFA sostuvo en oportunidad de brindar las explicaciones del caso que, las farmacias se incorporaban al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA en todo el territorio nacional, mediante adhesión voluntaria, expresa y escrita, presentándose ante alguna de las tres entidades de LA DISPENSACIÓN, a menos que soliciten y sean autorizadas como dispensadoras independientes por la ACE-PAMI.

280. En este sentido, señaló que es la DISPENSACIÓN quien informa a ACE-PAMI las altas y bajas de las farmacias, de acuerdo con la citada Cláusula 9na., una vez verificado el cumplimiento de los requisitos formales para el alta y de la inexistencia de oposiciones fundadas por parte de las diferentes entidades de la DISPENSACIÓN.

281. Por su parte, FACAF indicó que en las altas de farmacias intervienen la propia FACAF,

COFA y AFMYSRA, siendo el rol de la ACE-PAMI informar a FARMALINK las farmacias que deberán ser dadas de alta en el referido convenio<sup>44</sup>. Con relación a lo antedicho, también precisó que la sola negativa por parte de una de las representantes de la DISPENSACIÓN, bastaba para no otorgar el alta a la farmacia requirente, y en este sentido indicó que la COFA se ha negado a dar el alta a farmacias pertenecientes a la cadena de la DENUNCIANTE en virtud de no ajustarse a la normativa relacionada con la actividad farmacéutica.

282. Por otro lado, y en cuanto a la concreción en la práctica del ACUERDO ALTAS, esta CNDC entiende, en primer lugar, que fue reconocida por las entidades representantes de LA DISPENSACIÓN. En tal sentido cabe recordar lo expuesto en el descargo de la COFA, en el cual se expuso que: “(...) *no existe ningún acuerdo entre COFA, FACAF y AFMySRA para restringir el alta de nuevas cadenas de farmacias en general ni de Farmacity en particular. Existe una decisión de política sanitaria de la COFA de oponerse a nuevas altas de Farmacity atento sus constantes violaciones a las leyes que regulan la actividad del ejercicio de la profesión farmacéutica (...)*”.

283. En segundo lugar, surge de diversas presentaciones efectuadas en autos, que no se registraron nuevas altas para FARMACITY en el CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN entre 2010 y 2018, más allá de haberse constatado la apertura de 74 (setenta y cuatro) nuevas farmacias en ese período, en función de la pericia realizada a dicha firma<sup>45</sup>.

284. En lo que concierne al caso de las farmacias independientes<sup>46</sup>, la ACE-PAMI indicó que estas solicitan la adhesión y el alta al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA a ella misma; quien acepta la adhesión y otorga el alta.

285. Respecto a la posibilidad de FARMACITY de solicitar a la ACE-PAMI ser dispensador independiente en el marco del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, corresponde señalar que la referida situación será desarrollada *ut infra* en el apartado titulado: “*El ACUERDO ALTAS como posible conducta exclusoria*”.

#### **XIV.7. Análisis de la prueba colectada en autos**

286. En función de los hechos acreditados en autos -esto es, la existencia y la instrumentación del ACUERDO BONIFICACIONES y del ACUERDO ALTAS-, en esta instancia, corresponde evaluar el potencial exclusorio y discriminatorio de estos acuerdos llevados adelante por las entidades de la DISPENSACIÓN, presuntamente en perjuicio de FARMACITY.

287. En primer lugar, el ACUERDO BONIFICACIONES podría consistir en una herramienta

para disminuir los márgenes de FARMACITY en el marco del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA de forma tal de comprometer su continuidad en el mercado de dispensación de medicamentos para afiliados del PAMI. Por lo tanto, corresponde ponderar su potencial efecto exclusorio en función de la prueba de parte recabada.

288. Por su parte, el ACUERDO ALTAS podría constituir la forma en la cual se habría limitado el ingreso de las sucursales de la firma FARMACITY, por resultar competidoras potenciales que demandaban acceso al mercado para poder ofrecer sus productos y transformarse en competidoras efectivas.

#### **XIV.8. Potencial exclusorio y discriminatorio del ACUERDO BONIFICACIONES**

##### **XIV.8.1. El ACUERDO BONIFICACIONES como posible conducta exclusoria**

289. En primer lugar, corresponde señalar que, si se toma como variable competitiva tanto la cantidad de locales de farmacia que operan en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA así como los niveles de facturación, la participación de FARMACITY durante el período investigado no disminuyó. En efecto, si bien no se incorporaron locales de FARMACITY al CONVENIO PAMI desde el año 2010, la información requerida a FARMALINK permitió acreditar que la DENUNCIANTE es la firma con mayor cantidad de establecimientos dentro del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA -con 153 o 154<sup>47</sup> sucursales- desde 2010 y hasta 2018. Asimismo, conforme surge de la Tabla N.º 2, al comparar el peso de los locales FARMACITY en el total de las farmacias participantes del CONVENIO en 2010 y en 2018, no se verificó variación y se mantuvo en el 1,08%, más allá de las ínfimas variaciones anuales que se observan en los años intermedios del período considerado.

**Tabla N.º 2 – Farmacias participantes en CONVENIO PAMI por año. 2010-2018.**

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
FARMACITY	154	154	154	154	154	154	154	153	153
TOTAL	14.240	13.440	13.801	13.766	13.931	14.090	14.421	14.290	14.224

Participación FARMACITY	1,08%	1,15%	1,12%	1,12%	1,11%	1,09%	1,07%	1,07%	1,08%
-------------------------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------

Fuente: CNDC sobre la base a información obrante en las presentes actuaciones<sup>48</sup>.

290. Más aún, resultó acreditado en autos, a partir de la información aportada por CILFA y COOPERALA -dos de las cámaras representantes de la INDUSTRIA- en su presentación espontánea de fecha 5 de enero de 2017 (en adelante, “PRESENTACIÓN INDUSTRIA”)<sup>49</sup> que, medida en volumen de ventas, la participación de la DENUNCIANTE en el CONVENIO PAMI se incrementó. En efecto, la participación de las ventas de FARMACITY -en las localidades donde tiene sucursales- en el total de las ventas dentro del CONVENIO PAMI más que se duplicó pasando de 0,92% en 2010 a 2,20% en 2016.

291. En el mismo sentido, la pericia económico-contable puso de manifiesto el significativo crecimiento de las ventas de la firma en el marco del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA. Según surge de los datos analizados detallados en la Tabla N.º 3, las ventas (netas de IVA) de FARMACITY a afiliados del PAMI se incrementaron 1.922% entre 2010 y 2017. Para dimensionar este incremento, puede, por un lado, compararse con la evolución del índice de precios de la canasta de medicamentos que, en ese mismo período, aumentó en menos de un 400%<sup>50</sup>; por otro lado, también resulta significativamente superior a la evolución del nivel general de precios que, en esos años, acumuló un incremento de alrededor del 650%<sup>51</sup>.

**Tabla N.º 3 – Ventas totales (sin IVA) de FARMACITY en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA. En miles de pesos. 2010-2017.**

2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Variación 2010-2017
56.423	95.520	180.276	256.067	452.749	670.581	1.015.539	1.140.606	1922%

Fuente: CNDC sobre la base de información contenida en la pericia contable obrante en las presentes actuaciones.

292. Otro dato acotado, aunque revelador de la expansión de FARMACITY dentro del CONVENIO PAMI, es que, considerando el mes de septiembre para el período comprendido entre los años 2011 y 2015, la cantidad de recetas dispensadas por farmacias de LA DENUNCIANTE afiliadas a la CAF en CABA y a la CÁMARA DE CÓRDOBA, en la provincia homónima, se incrementó todos los años pasando desde el inicio hasta el final del período indicado de 38.771 a 95.932 (+147%) en la primera jurisdicción y de 3.495 a 8.131<sup>52</sup> (+133%) en la segunda<sup>53</sup>.

293. Con respecto al impacto del ACUERDO BONIFICACIONES en la rentabilidad de FARMACITY, cabe reiterar que la DENUNCIANTE, a lo largo del período analizado, continuó solicitando la incorporación de nuevas sucursales al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, a pesar de su manifestada disconformidad con las bonificaciones que las ventas a afiliados del PAMI le implicaban, tal como señaló en su alegato<sup>54</sup>. En línea con esto, resulta inverosímil que, al mismo tiempo que procuraba aumentar sus ventas en el marco del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, a partir de la incorporación de una mayor cantidad de sucursales, estuviera *“atendiendo a los Beneficiarios del PAMI soportando una importante pérdida económica”*, tal como afirma en su alegato. Más aún, FARMACITY adujo, también en dicho escrito, que las conductas denunciadas tenían efectos en el mediano y largo plazo porque *“luego de siete años de estar sometida a una pérdida económica causada por la discriminación que sufre, no está en condiciones económicas de seguir asumiendo esas pérdidas y se verá obligada a dejar de atender a los Beneficiarios del PAMI”*.

294. El segundo aspecto a considerar se relaciona con la magnitud de las bonificaciones a cargo de FARMACITY a partir del ACUERDO BONIFICACIONES. Como se reprodujo *ut supra*, las bonificaciones a cargo de la DENUNCIANTE como resultado de la modificación efectuada, ascendieron en promedio a 25,23% (con un rango entre 23,0 y 26,5% -como se detalló en la Tabla N.º 1). Ahora bien, para dimensionar la magnitud de ese porcentaje resulta pertinente compararlo con los descuentos que la propia FARMACITY acordaba con otras obras sociales y prepagas. A partir del requerimiento de información realizado a un conjunto de financiadoras de salud en el marco de la prueba de parte, ofrecida por FACAF y COFA y concedida por esta CNDC, se corroboró —conforme surge de la Tabla N.º 4—, que la DENUNCIANTE aceptaba, en algunos casos, una bonificación -al menos- igual a la que se le implementó en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA a partir del INFORMATIVO.

**Tabla N.º 4 – Bonificación cedida por FARMACITY en la dispensa de medicamentos a afiliados, según convenios con diferentes financiadoras de salud. CABA. 2010.**

	Bonificación
SWISS MEDICAL	26,5
MEDICUS	23,5
GALENO	23
OMINT	23
OSDE	23

Fuente: CNDC sobre la base de información obrante en las presentes actuaciones.

295. En línea con esto, debido a la relevancia de los afiliados del PAMI en el mercado de dispensación de medicamentos, resulta improbable que, a idéntica bonificación, la rentabilidad de una farmacia, cualquiera sea, se vea afectada para el caso de un acuerdo con PAMI y no con una de las principales empresas de medicina prepaga que operan en el país.

296. En oportunidad de celebrarse las audiencias informativas con los representantes de la COFA, FACAF y AFMYSRA, con fecha 2 de noviembre de 2016, el Sr. Miguel LOMBARDO, en su carácter de Presidente de la FACAF, expuso que: *“Quiero agregar, respecto al comportamiento de FARMACITY con PAMI, que la firma FARMACITY ha hecho propaganda en sus locales de descuentos especiales a los afiliados de PAMI. En una vidriera de FARMACITY decía que ofrecía descuentos especiales a los afiliados de PAMI. Voy a aportar prueba al respecto, en el plazo de 10 (DIEZ) días. (...) Se concede la palabra al DR. BOYESSEN MC REDDIE, en representación de la COFA, quien formula las siguientes preguntas: PREGUNTADO PARA QUE ACLARE si cuando se refirió a que en los establecimientos de FARMACITY habían descuentos especiales a los beneficiarios de PAMI, si esos descuentos eran mayores, otorgando un mayor beneficio al afiliado de PAMI, DIJO: en principio me referí a la publicidad de estos descuentos por parte de FARMACITY, porque se contradice con lo que se reclama. Todo descuento que se hace del precio de venta del*

*medicamento es en beneficio del comprador o del afiliado. Y se suma al aporte que hace la farmacia en el Convenio”<sup>55</sup>.*

297. Más aún, está acreditado en el presente expediente, que FARMACITY efectuó descuentos adicionales a los estipulados a instancias del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN y ello se puede advertir en las imágenes que a continuación se presentan (Imagen N.º 1), que fueron aportadas por la FACAF, y que forman parte del Acta de Constatación Notarial Folio N.º 373, de fecha 4 de noviembre de 2016, suscripta por la Escribana Gabriela RÚA PEÑAVERA, mediante la cual se dejó asentado que: “(...) *siendo las 17 horas me constituyo con el requirente en la calle Florida 474 de esta ciudad. Desde la vía pública, es decir desde la calle puedo visualizar el local denominado “Farmacity”. En una de sus vidrieras hay un cartel que dice “DESCUENTOS ADICIONALES consulte con el profesional farmacéutico PAMI INSSJP”. Dejo constancia que he sacado fotos, las que una vez reveladas serán parte de la presente*”<sup>56</sup>.

298. La COFA realizó una presentación mediante la cual también acompañó un Acta de Constatación Notarial Folio N.º 257, de fecha 25 de octubre de 2016, suscripta por el Escribano Pablo León TISSONE, mediante la cual dejó asentado que: “*Acto seguido siendo las 17 horas me constituyo en la entrada del local de negocio de Farmacity sito en la esquina de Florida y Avenida de Mayo, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y puedo constatar que a la izquierda de la puerta de entrada, sobre un vidrio hay una calcomanía circular que dice: “Descuentos Adicionales consulte con el profesional farmacéutico - PAMI - INSSJP”.- Acto seguido procedo a tomar fotografías del frente del local, las cuales impresas formaran parte de la presente Acta*”<sup>57</sup>.

299. Este hecho pone de manifiesto que FARMACITY estaba en condiciones de asumir, en la dispensa de medicamentos para afiliados del PAMI, descuentos superiores a las bonificaciones impuestas a partir del INFORMATIVO.



requerida por esta CNDC en cuanto a los descuentos adicionales efectuados a afiliados del PAMI, cuya respuesta brindó en fecha 9 de agosto de 2017<sup>58</sup>, y mediante la cual indicó que: *“Al respecto informo a esa CNDC que desde el 19 de agosto de 2015 FARMACITY no ofrece ningún descuento adicional a los beneficiarios PAMI. El cartel que refiere la escritura pública obrante a fs.3977 y siguientes, que mi parte expresamente desconoce, pudo haber quedado en la farmacia ubicada en la calle Florida 474 por olvido del personal de retirarlo en su debido momento”*.

301. Añadió en tal sentido que: *“Los descuentos adicionales que en su momento se les ofrecieron a los beneficiarios del PAMI consistieron en el traslado de algunos descuentos extraordinarios otorgados a FARMACITY por parte de ciertos laboratorios respecto de algunos medicamentos en particular. En otras palabras. FARMACITY recibió, en contadas ocasiones, ciertos descuentos extraordinarios sobre el precio de lista de algunos pocos medicamentos y trasladó dichos descuentos a los beneficiarios PAMI. Se trataron de descuentos muy específicos que comenzaron en el año 2013 y que se dejaron de otorgar a partir de agosto de 2015 en virtud de las pérdidas que le ocasiona a FARMACITY la venta de medicamentos a los afiliados del PAMI como consecuencia de la discriminación denunciada en estas actuaciones”*.

302. En virtud de la respuesta brindada por FARMACITY, esta CNDC nuevamente le requirió información detallada acerca de los descuentos otorgados, que fue brindada en fecha 6 de septiembre de 2017, sobre la cual la DENUNCIANTE solicitó la confidencialidad de la información, y que luego dejó sin efecto en fecha 29 de diciembre de 2017, razón por la cual luce debidamente agregada a las presentes actuaciones<sup>59</sup>.

303. De las planillas de descuentos aportadas por FARMACITY en la presentación previamente referida, cabe mencionar que corresponde a un listado de diversos medicamentos de variados laboratorios, que informa que en el período comprendido entre el día 14 de enero de 2013 y el día 19 de agosto de 2015, LA DENUNCIANTE realizó descuentos adicionales a los afiliados del PAMI, en el orden del 15-20%<sup>60</sup>.

304. Resulta llamativo que, de acuerdo a lo expuesto en las Actas de Constatación Notarial aportadas por la COFA y la FACAF en los meses de noviembre de 2016, y que fueron realizadas en fecha 25 de octubre y 4 de noviembre de 2016 respectivamente, sobre locales de FARMACITY diferentes situados de la zona céntrica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los carteles que anuncian descuentos adicionales a los afiliados del PAMI hayan permanecido en las citadas locaciones por olvido del personal de retirarlo.

305. Asimismo, FARMACITY consignó que los descuentos adicionales que otorgaba a los afiliados del PAMI tuvieron una duración comprendida entre el día 14 de enero de 2013 y el

día 19 de agosto de 2015, siendo las Actas premencionadas de fechas 25 de octubre de 2016 y 4 de noviembre de 2016 respectivamente, lo cual deja de manifiesto la manifiesta y evidente inconsistencia en la que cae la DENUNCIANTE en lo que refiere a estos descuentos adicionales.

306. Corresponde considerar, además, el impacto de la modificación de las bonificaciones en la rentabilidad de FARMACITY a la luz de la pericia económico-contable concedida por esta CNDC como prueba de parte y realizada a dicha firma<sup>61</sup>. Allí se indicó que el margen bruto (o ganancia bruta<sup>62</sup>) de FARMACITY en la dispensa de medicamentos para afiliados del PAMI entre 2010 y 2017, calculado como proporción de las ventas sin IVA, se redujo considerablemente desde aproximadamente el 14% para 2010 y 2011 a menos del 5% desde 2012 hasta el fin del período investigado.

307. Por su parte el margen neto (o ganancia neta<sup>63</sup>) que ya venía siendo negativo previo a la entrada en vigencia del ACUERDO BONIFICACIONES (en torno al -9% en 2010 y 2011) pasa a ampliarse fluctuando en un rango de entre -16,5% y -20% hasta 2017.

308. Cabe destacar que, mientras que el margen neto incorpora otros costos operativos de la farmacia relacionados con su funcionamiento, no incorpora otros ingresos operativos que son distintivos de la cadena FARMACITY y que no están relacionados específicamente con las actividades de dispensación.

309. En consecuencia, los resultados de la pericia muestran que el ACUERDO BONIFICACIONES profundizó una tendencia negativa en materia de rentabilidad que se venía registrando con anterioridad a su entrada en vigencia.

310. Esta tendencia se contrapone con la significativa expansión de FARMACITY en cuanto a comercios abiertos que, conforme a la pericia contable, se incrementaron en un 50% (de 145 locales en 2010 a 217 en 2018). Asimismo, resulta contradictorio con su sostenido interés en participar en el CONVENIO PAMI, manifestado en su alegato, y con los datos citados respecto a su participación en las ventas a afiliados del PAMI, las cuales más que se duplicaron entre 2010 y 2016.

311. Estos hechos se explicarían por el modelo de negocios de la DENUNCIANTE que se extiende a la venta de medicamentos en general y a otros rubros comerciales de forma tal que sus clientes afiliados del PAMI son, al mismo tiempo, potenciales clientes de los otros rubros<sup>64</sup>. La magnitud de este efecto sobre la rentabilidad global de FARMACITY debe, en consecuencia, ponderarse a la luz de la ya reseñada enorme cantidad de afiliados con la que cuenta el PAMI.

312. En esta lógica de negocios integral que involucra todas sus líneas comerciales se inscribe la política de descuentos adicionales a los fijados en el ACUERDO BONIFICACIONES que llevó adelante LA DENUNCIANTE a su exclusivo cargo.

313. Desde esta perspectiva, resulta pertinente citar lo indicado por COFA en su descargo al señalar, con base en los estados contables de FARMACITY obrantes en el expediente, que: “i) las ganancias de Farmacity antes de impuestos se cuadruplicaron entre 2010 y 2015, y se duplicaron entre 2013 y 2015; ii) el EBITDA aumentó más del doble en el mismo período; iii) los indicadores de rentabilidad y solvencia son positivos; y, iv) la rentabilidad ha aumentado durante el período en cuestión”<sup>65</sup>.

314. En conclusión, a la luz de esta estrategia global de negocios de la DENUNCIANTE y de la rentabilidad que le generó, así como de los indicadores de desempeño dentro del CONVENIO PAMI en materia de participación según ventas, niveles de facturación y solicitud de nuevas altas de locales durante el período investigado, no se advierte que la continuidad de FARMACITY se hubiera visto comprometida.

#### **XIV.8.2. El ACUERDO BONIFICACIONES como posible conducta discriminatoria**

315. Conforme a las conductas imputadas a las entidades de la DISPENSACIÓN, el ACUERDO BONIFICACIONES podría consistir en la implementación de prácticas discriminatorias al estipular condiciones diferenciales para FARMACITY.

316. Ello se debe a que la modificación de las bonificaciones efectuada en el año 2011 implicó que las sucursales de FARMACITY fueran las únicas que sufrieron un incremento en los porcentajes de descuento a su cargo. Nuevamente, como se ha mencionado *ut supra*, corresponde analizar el sustento del ACUERDO BONIFICACIONES, en función de la prueba recabada, para evaluar su carácter discriminatorio.

317. Para abordar este aspecto del análisis, debe considerarse que el caso de FARMACITY se diferencia sustancialmente del resto de las farmacias participantes del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN. De acuerdo con la información obrante en la Tabla N.º 2, FARMACITY fue desde el año 2010 hasta el año 2018 la farmacia con mayor cantidad de locales participantes en el convenio premencionado, en tanto la segunda farmacia con mayor cantidad de sucursales tuvo, según el año, entre 29 y 39 establecimientos, lo cual implica una diferencia sustantiva con la DENUNCIANTE (aproximadamente, la cuarta parte de la cantidad promedio de los locales de FARMACITY)<sup>66</sup>.

318. Tal como ha reconocido y valorado esta CNDC en la IMPUTACIÓN, la distribución de

los descuentos a cargo de las farmacias se sustenta en un criterio de solidaridad, con el objetivo de que la atención de los afiliados del PAMI esté garantizada en las mismas condiciones en todo el país. La implementación de un criterio solidario, que se encuentra explícitamente consignado en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, implica por definición que las bonificaciones aportadas por las diferentes farmacias sean distintas en función, principalmente, de la capacidad contributiva de cada una de ellas. La forma de cuantificar la disímil capacidad contributiva de las farmacias puede, en principio, realizarse a través de diferentes variables, como por ejemplo las utilizadas por la DISPENSACIÓN, a saber: la facturación, la localización, la densidad poblacional en su ubicación y la cantidad de sucursales -tal como se estableciera en la NOTA y se comunicara mediante el INFORMATIVO.

319. Cabe destacar que la DENUNCIANTE participaba, en su calidad de integrante de las entidades farmacéuticas representantes de LA DISPENSACIÓN, del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA de manera previa a la modificación de las variables consideradas para garantizar la capilaridad de los beneficios del acuerdo que el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA les da a los afiliados de esta obra social.

320. De esta manera se desprende de allí que la DENUNCIANTE no objeta el sistema solidario en sí mismo, sino los presuntos efectos exclusorios que la introducción de la nueva variable le generaría a esta empresa.

321. Cabe destacar lo receptado en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA texto ordenado 2017, en el cual se dispuso que: *“ARTÍCULO 52º: La Industria garantiza la libertad de elección de los Afiliados para adquirir los Medicamentos comprendidos en todos los segmentos a todas las Farmacias de la República Argentina que estén debidamente habilitadas por las autoridades competentes y participen del Convenio Pami – Industria en condiciones que permitan asegurar la cobertura económica sanitaria del servicio sobre bases solidarias, que garanticen el otorgamiento de los descuentos a los Afiliados y el cumplimiento de la legislación sobre dispensa de los Medicamentos”*.

322. Con relación a lo previamente expuesto, cabe destacar que se ratifica de este modo que, uno de los objetivos centrales del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA fue la existencia de una red de farmacias de alcance nacional que, estructurada sobre bases solidarias, garantiza la cobertura económica sanitaria a los afiliados al PAMI de todo el país.

323. En este punto, corresponde entonces evaluar la prueba recabada para identificar si las bonificaciones impuestas a FARMACITY constituyen una práctica discriminatoria anticompetitiva, en función, principalmente, de la magnitud de las bonificaciones debido a que el criterio de solidaridad aludido implica necesariamente que existan diferencias entre los

descuentos a cargo de las distintas farmacias.

324. De esta manera, no alcanza con acreditar la mera disminución en los márgenes de ganancia que los cambios traen aparejados en el marco de un sistema de distribución solidario, el cual como dijimos anteriormente ni la DENUNCIANTE ni esta CNDC objetan, sino que corresponde en esta instancia verificar si dicha modificación implica la imposibilidad de seguir operando en el marco del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA.

325. Como se mencionó más arriba, la prueba informativa requerida a otras financiadoras de salud corroboró que los porcentajes exigidos a FARMACITY dentro del CONVENIO PAMI no eran ajenos a los que otorgaba a otras empresas de medicina prepaga —conforme surge de la Tabla N.º 4—, en función de su capacidad contributiva. Es decir que “Aplicar la máxima bonificación que cede en otros convenios en los que participa” (ver Diagrama 1 referido *ut supra*) suponía utilizar pautas de descuentos con las que ya venía operando en el mercado de medicamentos en general y, en el caso concreto, las bonificaciones en cuestión eran equiparables a las que otorgaba a una de las principales empresas de medicina prepaga del país como lo es SWISS MEDICAL.

326. Por otra parte, la modificación de las bonificaciones a partir del INFORMATIVO implicó, al mismo tiempo que un incremento de los porcentajes a cargo de FARMACITY, una reducción de estos para un conjunto de farmacias con menor facturación. A partir de la información aportada por FARMALINK<sup>67</sup>, se corroboró que 4.756 farmacias redujeron las bonificaciones a su cargo entre 1% y 3%, lo cual representó una reducción para el 35,4% de las farmacias participantes del CONVENIO. Para ese conjunto de farmacias, con facturación de hasta \$179.999, la reducción del descuento a su cargo equivalía, a su vez, a una reducción promedio respecto de los porcentajes de bonificaciones preexistentes del orden del 16% conforme se detalla en la Tabla N.º 5 que a continuación se presenta.

**Tabla N.º 5 – Bonificación promedio a cargo de las farmacias que vieron reducido el porcentaje a su cargo a partir del INFORMATIVO. 4.756 farmacias.**

	Bonificación
Hasta ago-2011	13,06

Desde sep-2011	11,05
Reducción	-16%

Fuente: CNDC sobre la base a información obrante en las presentes actuaciones.

327. En la misma línea, en el marco de la APERTURA A PRUEBA, se consultó a 30<sup>68</sup> farmacias que vieron reducidos los porcentajes de descuento a su cargo en virtud de las modificaciones implementadas a partir del INFORMATIVO. De ese total de establecimientos, 25 hicieron hincapié en el ahorro que les significó la reducción de los porcentajes, lo cual les permitió seguir dispensando los medicamentos a los afiliados del PAMI, dado que, caso contrario, hubieran visto comprometida su continuidad en el mercado.

328. Más específicamente, esto último quedó de manifiesto en lo informado por las farmacias al indicar en forma coincidente que de no introducirse las reducciones de aportes se les hubiera “*complicado*”, “*vuelto muy difícil*” o incluso “*imposibilitado*” continuar con la dispensa de medicamentos a los afiliados del PAMI.

329. A fin de dimensionar ese ahorro, con los datos recabados, se calculó qué porcentaje de las ganancias netas representaba el monto implicado en el diferencial de descuentos a su cargo. En este caso, a partir de las respuestas obtenidas, se identificó que, para el 50% de las farmacias que brindaron la información correspondiente, el ahorro representó más del 10% de su ganancia neta.

330. En función del criterio de solidaridad incorporado por las partes que suscribieron el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA y el CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, la discontinuidad operativa de farmacias, como las que respondieron al requerimiento de esta CNDC, hubiera implicado un perjuicio para los afiliados del PAMI en cuanto a disponibilidad de locales de dispensación, especialmente en aquellas zonas de menor densidad poblacional.

331. Asimismo, como ya se consignara, con fecha 7 de enero de 2019, la COFA informó un nuevo hecho sobreviniente, consistente en la suscripción de nuevos convenios tanto con la INDUSTRIA, como con las entidades farmacéuticas representantes de la DISPENSACIÓN. Así, con la firma de los nuevos convenios suscriptos que fueran expuestos en los considerandos precedentes, desde el día 1° de noviembre de 2018, el PAMI retomó la administración del sistema (previamente delegada en la ACE-PAMI), siendo el PAMI la entidad encargada de negociar con las entidades farmacéuticas representantes de la

dispensación y de este modo determinar los porcentajes de bonificaciones, así como también las altas de las farmacias.

332. En lo que refiere al punto final de las conductas imputadas y los nuevos convenios suscriptos tanto por el PAMI con LA INDUSTRIA, como por el PAMI con las diferentes entidades farmacéuticas, COFA, FACAF, AFMYSRA, FEFARA y FARMASUR, a fin de evitar repeticiones se remite al apartado nominado: *“NUEVOS CONVENIOS CELEBRADOS POR EL PAMI CON LA INDUSTRIA Y LAS REPRESENTANTES DE LA DISPENSACIÓN EN EL AÑO 2018”*, que fuera desarrollado en los considerandos precedentes.

333. No obstante, esta CNDC considera pertinente concluir que, de los cambios producidos en las formas de contratación del PAMI en el mes de octubre de 2018 y operativos a partir del día 1° de noviembre del mismo año, por el PAMI y por las entidades farmacéuticas de forma individual, COFA, FACAF y AFMYSRA, se concluye que: (i) Los porcentaje de las bonificaciones que deben absorber las farmacias para la dispensa de medicamentos a afiliados al PAMI son acordados entre dicho organismo y cada una de las entidades farmacéuticas; y, (ii) Las altas de las farmacias son decididas por el PAMI.

334. Con la incorporación de dicha información al expediente, quedó acreditado que, con el NUEVO CONVENIO PAMI, tanto en las versiones suscriptas con COFA como con la FACAF, las bonificaciones a cargo de las sucursales de FARMACITY se mantuvieron en los niveles que habían sido implementadas a partir del esquema de bonificaciones propuesto en el mes de agosto de 2011 y que fuera comunicado mediante EL INFORMATIVO.

335. En relación con lo precedentemente expuesto, cabe reiterar lo informado por la COFA y la certificación contable aportada por esta, que certificó que las 19 sucursales de FARMACITY asociadas a dicha entidad, de acuerdo a la información obrante en el listado de farmacias que forma parte del NUEVO CONVENIO PAMI-COFA, aportaban un 25%, que fuera expuesto en los considerandos precedentes en el apartado titulado: *“COFA INFORMA HECHO NUEVO SOBREVINIENTE. SUSCRIPCIÓN NUEVO CONVENIO PAMI-COFA”*.

336. A su vez, conforme lo acordado entre el PAMI y la FACAF en el NUEVO CONVENIO PAMI-FACAF, los descuentos comerciales absorbidos por las farmacias asociadas a dicha entidad farmacéutica, permanecerían iguales a los efectuados con anterioridad al día 31 de octubre de 2018. En relación con lo antedicho, corresponde mencionar la reducción al aporte de las farmacias informada por FACAF, acordada junto al PAMI, LA INDUSTRIA y las entidades representantes de la DISPENSACIÓN, efectuada en el mes de abril de 2018, que fuera expuesta en los considerandos que anteceden.

337. En otras palabras, el resultado de los nuevos convenios de dispensa de medicamentos para

afiliados del PAMI suscriptos por dicho organismo junto a las entidades farmacéuticas COFA, FACAF, AFMYSRA, FEFARA y FARMASUR, da cuenta que el INSSJP -en el año 2018- convalidó el diferencial de bonificaciones que le corresponde a FARMACITY en función de su capacidad contributiva, que fuera propuesto en el año 2011 por las imputadas.

338. En conclusión, en relación con la evaluación del carácter discriminatorio del accionar de la DISPENSACIÓN, en línea con los puntos desarrollados, la prueba de parte recabada permitió constatar que: (i) FARMACITY constituye una farmacia claramente diferenciable del resto de las participantes del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN, lo cual valida que su participación sea en condiciones particulares según las pautas acordadas por el PAMI, la INDUSTRIA y las entidades farmacéuticas representantes de la DISPENSACIÓN; (ii) el criterio solidario establecido en el CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN en base al cual se determinaban los aportes de empresas como FARMACITY benefició a un porcentaje significativo de las farmacias participantes y evitó que su posible salida del mercado perjudicara a los afiliados del PAMI, en cuanto al acceso a fuentes de dispensación de medicamentos; y, (iii) las bonificaciones implementadas a FARMACITY desde septiembre de 2011 no parecen elevadamente arbitrarias en tanto, fundamentalmente, coinciden con las aceptadas por FARMACITY en otros convenios con obras sociales y empresas de medicina prepaga, y que fueron convalidadas posteriormente por el PAMI<sup>69</sup>.

#### **XIV.9. El ACUERDO ALTAS como posible conducta exclusoria**

339. Corresponde evaluar a continuación si la negativa a dar de alta a locales de FARMACITY para participar del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN tuvo la potencialidad de excluir a LA DENUNCIANTE del mercado relevante definido en los considerandos precedentes.

340. Es necesario, entonces, dilucidar si las instituciones imputadas tenían la capacidad de llevar adelante una conducta de este tipo y, por lo tanto, si resultaba racional concretarla. Para ello, hay que considerar la existencia de formas alternativas de ingresar al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA.

341. Al respecto, FARMACITY indicó su desconocimiento sobre la eventual existencia de otros canales por los cuales ingresar al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA como entidad dispensadora de medicamentos para afiliados del PAMI, olvidando que había sido reconocido por la propia denunciante en el escrito de denuncia que dio origen al presente, al transcribir en su exposición lo que le informó la ACE-PAMI mediante la carta documento de fecha el día 5 de enero de 2012<sup>70</sup>, y que forma parte de la documental acompañada por la propia

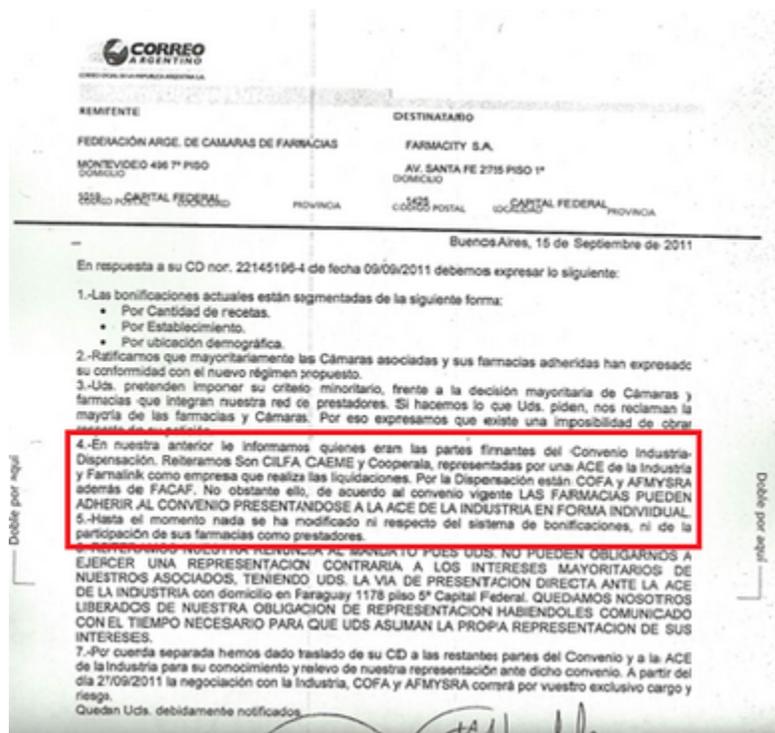
## DENUNCIANTE.

342. En efecto, en su presentación de fecha 5 de octubre de 2017<sup>71</sup> LA DENUNCIANTE manifestó: “Al respecto informo que FARMACITY nunca requirió ser “dispensador independiente” en el marco del Convenio PAMI. Más aún, mi parte desconoce la posibilidad de ser “dispensador independiente” y más adelante “FARMACITY entiende que la única manera de participar en el convenio PAMI es mediante las solicitudes de adhesión dirigidas a la cámara de farmacias correspondiente, tal como lo ha informado oportunamente en el expediente”.

343. Contrariamente a los dichos de FARMACITY la prueba documental de descargo aportada por la FACAF<sup>72</sup> y por la COFA<sup>73</sup> incluyó una serie de cartas documentos remitidas por distintos agentes que operan dentro del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA con las cuales queda acreditado que las afirmaciones de la DENUNCIANTE no son correctas.

344. Así, la FACAF en una carta documento remitida el día 15 de septiembre de 2011, es decir a pocos días de haber entrado en vigencia las nuevas bonificaciones informó a FARMACITY que tenía la posibilidad de ejercer su propia representación ante el ACE-PAMI tal como surge de la Imagen N.º 2 que se presenta a continuación.

### Imagen N.º 2 - Carta documento enviada por FACAF a FARMACITY (15/09/2011)



Fuente: prueba documental presentada por FACAF - Número de orden 10, página 86.

345. Por su parte la ACE-PAMI en su carta documento de fecha 5 de enero de 2012 también le informó a FARMACITY que podía ejercer su propia representación ante el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, sin necesidad de que intervengan las entidades farmacéuticas representantes de la DISPENSACIÓN, COFA, FACAF, y AFMYSRA (puntos 1 y 7), conforme surge de la Imagen N.º 3.

**Imagen N.º 3 - Carta documento enviada por la ACE-PAMI a FARMACITY (5/01/2012)**

**ANDREANI Documento**  
 +6988267-5 26

**EMITENTE**  
 Nombre y Apellido o Razón Social: ACE-AGROPASA 13 SA  
 Domicilio: PARAPUZY 1178 PISO 5º  
 CABA Localidad: CABA Provincia: CABA

**DESTINATARIO**  
 Nombre y Apellido o Razón Social: FARMACITY S.A. 208P  
 Domicilio: Av. Santa Fe' 2755 PISO 1º  
 CABA Localidad: CABA Provincia: CABA

Buenos Aires, 5 de enero de 2012

Nos dirigimos a Uds. en respuesta a sus CDs 242424540 y 242424536 impuestas el 23 de diciembre de 2011 y recibidas en fecha 27 de diciembre de 2011, cuyos términos rechazamos por equivocados e improcedentes. Respondemos cuanto sigue:

- 1) Según los contratos firmados, las farmacias sólo intervienen como dispensadores a los afiliados al INSSJP a través de sus representantes COFA, FACAF o AFMySRA, a menos que hayan solicitado y se les haya autorizado como dispensador independiente. Hasta la nota recibida de FACAF el 15 de septiembre de 2011, FARMACITY SA era representada por FACAF.
- 2) AGRUPACIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN DEL SISTEMA DE PROVISIÓN, DISTRIBUCIÓN Y DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS A AFILIADOS DEL INSSJP (ACE) fue notificada del cambio de aportes de la dispensación al Convenio Industria-Distribución-Dispensación mediante carta firmada por FACAF, COFA y AFMySRA de fecha 11 de agosto de 2011.
- 3) En base a ello instruyó a Farmalink S.A. para que procesara las liquidaciones conforme con las instrucciones recibidas en la citada carta del 11 de agosto de 2011.
- 4) La ACE no participa ni decide cómo se realiza la distribución de los aportes de las farmacias.
- 5) La ACE no ha obrado en forma ilegítima o indebida, tampoco ha realizado pagos parciales a Farmcity S.A. y nada adeuda a Farmcity S.A. por la dispensación de sus farmacias en el ámbito del convenio INDUSTRIA-INSSJP.
- 6) Cualquier reclamo con relación a vuestra participación en los convenios arriba indicados deberá ser dirigido a quien representaba a Farmcity S.A. el 11 de agosto de 2011.
- 7) En caso de carecer de representante para el Convenio Pami-Industria, Farmcity S.A. puede participar tal como lo hacen más de 50 farmacias independientes.

Atentamente,

5 ENE. 2012  
 SANTO DOMINGO 3220  
 CAPITAL FEDERAL

Fuente: prueba documental presentada por COFA, número de orden 13, página 322<sup>74</sup>.

346. En igual sentido, en la Carta Documento obrante en las presentes actuaciones y que fuera aportada por la FACAF al momento de brindar las explicaciones del caso que le remitiera FARMALINK el día 7 de febrero de 2012 también le informó que, hasta ese momento, la DENUNCIANTE no había requerido su reconocimiento como farmacia independiente. Nótese que esta carta documento es posterior a las consignadas precedentemente donde, tanto FACAF como el ACE-PAMI, le informaron a FARMACITY que podía desempeñarse dentro del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA como dispensadora independiente.

347. En función de la evidencia expuesta, se concluye entonces que el ACUERDO ALTAS no tenía la potencialidad de excluir a FARMACITY de la dispensación de medicamentos a los afiliados del PAMI. A partir de la prueba recabada, se acreditó que la DENUNCIANTE conocía, al menos desde 2011, que podía requerir la incorporación al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA como dispensador independiente; es decir, no solamente a través de las entidades farmacéuticas representantes de la DISPENSACIÓN. En los documentos expuestos, la DENUNCIANTE fue debidamente informada de la posibilidad de pedir la incorporación de sus sucursales al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, por su cuenta, sin la mediación de las entidades representantes de LA DISPENSACIÓN. A pesar de esto, FARMACITY manifestó que no utilizó dicha alternativa, conforme fuera expuesto en los considerandos que anteceden. Más aún, la DENUNCIANTE aludió desconocer esa opción, a pesar de que, como se detalló, consta acreditado lo contrario en el presente expediente.

348. Es en este contexto, además, se debe poner de resalto que FARMACITY efectuó “descuentos de precio” a los afiliados al PAMI al margen de los estipulados a instancias del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN “a su exclusivo cargo”, tal como reconoció en las cartas a sus accionistas que forman parte de los ejercicios correspondientes a los Estados Contables de los años 2012, 2013, 2014 y 2015, que lucen debidamente agregados en los presentes obrados<sup>75</sup>.

349. Así, al describir su política comercial<sup>76</sup> y ante el hecho de haberse visto impedida de atender a afiliados del PAMI en las nuevas farmacias inauguradas a partir de 2012 planteó la siguiente estrategia: *“Queremos destacar que por impedimento de la mandataria Farmalink S.A., controlada por las Cámaras que nuclean laboratorios productores de medicamentos (Cilfa, Caeme y Cooperala), en las últimas 36 farmacias abiertas por Farmacity, la Compañía no puede atender a afiliados del Pami y de las principales Empresas de Medicina Prepaga, aún de aquellas cuyos afiliados históricamente Farmacity venía sirviendo en todo el resto de la red de farmacias. Este hecho, junto con otras agresiones recibidas por parte de un grupo de laboratorios nacionales para frenar nuestro desarrollo y debilitar nuestra Compañía, fueron debidamente denunciados frente a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, causa que sigue su curso en la actualidad. Es la firme intención de la Compañía atender a todos los afiliados del Pami, las principales Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga de la Argentina en todas sus farmacias con la calidad profesional y la vocación de servicio que siempre la ha caracterizado. Para morigerar el impacto sobre los clientes que nos siguen eligiendo, la Compañía ha decidido implementar en esas farmacias descuentos a los afiliados del Pami y de dichas Empresas de Medicina Prepaga y Obras Sociales, descuentos de precio a su exclusivo cargo”*.

350. Este hecho pone de manifiesto que FARMACITY, dentro de su estrategia global de

negocios y, aún desechando la alternativa de operar como dispensador independiente dentro del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, tenía formas de captar como clientes a los afiliados al PAMI ofreciéndoles descuentos de precio a su propio cargo.

#### **XIV.10. Apreciaciones finales**

351. A lo largo de la exposición precedente se evaluaron conforme a los términos de la IMPUTACIÓN las presuntas conductas exclusorias y discriminatorias que podrían haber cometido FACAF, COFA y AFMYSRA, en perjuicio de FARMACITY, mediante el ACUERDO BONIFICACIONES y el ACUERDO ALTAS en el mercado de dispensación de medicamentos a los afiliados del PAMI en el marco del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA.

352. La prueba de descargo ofrecida por las entidades farmacéuticas imputadas mostró que los cambios introducidos con el ACUERDO BONIFICACIONES, sin perjuicio de los mayores aportes que representó para FARMACITY, benefició a un número significativo de farmacias y, en particular, a aquellas que podrían ver comprometida su continuidad dentro del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA de mantenerse los aportes preexistentes al ACUERDO BONIFICACIONES. Esto hubiera resultado en un perjuicio a los afiliados al PAMI en cuanto al acceso a fuentes de dispensación, al menos dentro de zonas de baja densidad poblacional beneficiadas por el sistema solidario plasmado en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA y en el CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN.

353. Este mismo esquema de descuentos tuvo continuidad más allá de la vigencia del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, es decir, del período investigado, al asumir el PAMI en forma directa y exclusiva la administración de los nuevos convenios suscritos tanto con LA INDUSTRIA como con las entidades farmacéuticas, y asumir la responsabilidad de acordar con ellas las bonificaciones a cargo de las distintas farmacias y aplicables a los medicamentos para sus afiliados.

354. En lo que concierne específicamente a FARMACITY, su inserción en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA debe ponderarse en relación con su estrategia global de negocios, que resultó muy rentable, tal como quedó acreditado mediante los balances presentados, y donde los afiliados al PAMI resultan potenciales clientes de las demás líneas de productos que ofrece la DENUNCIANTE en sus locales.

355. Es en este contexto que debe considerarse que el resultado negativo que arrojó la participación de FARMACITY en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, incluso antes de instrumentarse el ACUERDO BONIFICACIONES en septiembre de 2011, no incluye los beneficios adicionales que le brindan a LA DENUNCIANTE el flujo de clientes que le aporta

la principal obra social del país.

356. Desde esta perspectiva, además, se explica que, respecto del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, en el período analizado, la DENUNCIANTE haya: (i) aumentado su participación en ventas y cantidad de recetas; (ii) manifestado su intención de adherir nuevas farmacias al convenio mencionado; y (iii) ofrecido descuentos adicionales a los afiliados al PAMI por sobre los que fijaba el ACUERDO BONIFICACIONES e incluso establecer descuentos para estos afiliados a su exclusivo cargo en farmacias inauguradas a partir de 2012 que no participaban del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA.

357. Cabe agregar, como fue acreditado en el marco de las pruebas recolectadas, que el descuento que aporta la DENUNCIANTE en el marco del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA es como máximo equivalente al monto que aporta esta misma empresa a otras obras sociales y empresas de medicina prepaga.

358. En lo que concierne al ACUERDO ALTAS, quedó acreditado que existía una modalidad alternativa de obtener el alta de las farmacias reclamadas por la DENUNCIANTE en carácter de dispensador independiente, tal como ya lo habían hecho otras farmacias que participaban del CONVENIO PAMI, de lo cual FARMACITY fue notificada en las cartas documento remitidas por la FACAF y por la ACE-PAMI; y en oposición a sus dichos en el sentido de que no sólo no había hecho trámite alguno para obtener altas como farmacias independientes sino que desconocía que tal modalidad existiera.

359. Por lo tanto, más allá de las razones aducidas por las imputadas para denegar el alta de las farmacias de la DENUNCIANTE, tal comportamiento no se revela como un medio idóneo con potencialidad para excluir a FARMACITY del mercado considerando que esta firma disponía de medios alternativos para ingresar que estaban formalmente reconocidos en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA como dispensador independiente.

360. En razón de lo señalado en los considerandos precedentes, y de conformidad con lo establecido por el artículo 43 de la Ley N.º 27.442, esta CNDC entiende que corresponde archivar las presentes actuaciones.

## **XV. CONCLUSIÓN**

361. En virtud de lo expuesto, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja al Señor SECRETARIO DE COMERCIO del MINISTERIO DE ECONOMÍA: (i) Rechazar por improcedente el planteo de nulidad efectuado por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA -COFA- contra la pericia contable

efectuada a la firma FARMCITY S.A., en los términos del presente dictamen; (ii) Rechazar por inadmisibles los recursos de apelación interpuestos por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA -COFA- contra las Disposiciones CNDC N.º 34/2018 -DISFC-2018-34-APN-CNDC#MPYT- y N.º 35/2018 -DISFC-2018-35-APN-CNDC#MPYT-, en los términos del presente dictamen; (iii) Rechazar por inadmisibles los recursos de apelación interpuestos por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA -COFA- contra la Resolución SCI N.º 592/2019, -RESOL-2019-592-APN-SCI#MPYT-, en los términos del presente dictamen; (iv) Disponer el archivo de las presentes actuaciones, caratuladas “**FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S S/SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1414)**”, y su acumulado el expediente N.º S01:0213923/2012, caratulado “**FARMCITY S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1441)**”, expediente EX-2019-62696077- -APN-DGD#MPYT, del Registro del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 de Ley N.º 27.442.

362. Elévese el presente dictamen al Señor SECRETARIO DE COMERCIO del MINISTERIO DE ECONOMÍA, para su conocimiento.

---

[1] FARMACIA ALBERTI consignó como denunciados a: 1) el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE GENERAL PUEYRREDÓN y su Presidenta, la Farm. María del Carmen BERDASCO; 2) el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES y su Presidenta, la Farm. María Isabel REINOSO; 3) la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA y su Presidente, el Farm. Ricardo AIZCORBE; 4) FARMALINK S.A. y su Presidente, el Sr. Eduardo NEIRA; 5) el CENTRO INDUSTRIAL DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS ARGENTINOS -CILFA- y su Presidente, el Dr. Rubén ABETE; 6) la CÁMARA DE ESPECIALIDADES MEDICINALES -CAEME- y su Presidente, el Sr. Eduardo NEIRA; 7) la COOPERATIVA DE LABORATORIOS ARGENTINOS DE ESPECIALIDADES MEDICINALES -COOPERALA- y su Presidente, el Dr. Hugo Alberto CAIVANO; 8) LABORATORIOS ROEMMERS S.A.I.C.F., y su Presidente, el Sr. Alejandro ROEMMERS y su Director, el Ing. Eduardo MACHIAVELLO; 9) LABORATORIOS GADOR S.A. y su Directivo, el Sr. Alberto ÁLVAREZ SAAVEDRA; y 10) a la AGRUPACIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN DEL SISTEMA DE PROVISIÓN, DISTRIBUCIÓN Y DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS A AFILIADOS del INSTITUTO NACIONAL de SERVICIOS SOCIALES para JUBILADOS Y PENSIONADOS – ACE-PAMI. Asimismo, FARMACITY consignó como denunciados a: 1) CILFA; 2) CAEME; 3) COOPERALA; 4) ROEMMERS; 5) LABORATORIO BAGÓ S.A.; 6) LABORATORIO ELEA S.A.; 7) GADOR; 8) DISPROFARMA S.A.; 9) ROFINA S.A.; 10) FARMANET S.A.; 11) GLOBAL FARM S.A.; 12) ACE; 13) DROGUERÍA MONROE ARGENTINA S.A.; 14) DROGUERÍA DEL SUD S.A.; 15) DROGUERÍA SUIZO ARGENTINA S.A.; 16) la CÁMARA ARGENTINA DE FARMACIAS; 17) la FACAF; 18) la AFMYSRA; 19) la COFA; y 20) FARMALINK. Debido a la Imputación oportunamente efectuada por esta CNDC mediante la Resolución CNDC N.º 86/2017 -RESFC-2017-86-APN-CNDC#MP-, de fecha 8 de noviembre de 2017, sólo serán consignadas en el apartado “SUJETOS INTERVINIENTES”, las imputadas en autos: COFA, FACAF y AFMYSRA.

[2] Al advertir que la firma FARMACITY en su escrito de denuncia efectúa un relato impreciso de los acuerdos/convenios suscriptos entre el PAMI, la Industria Farmacéutica y las entidades representantes de LA DISPENSACIÓN, los mismos serán explicados *ut infra* en el apartado denominado: “Breve historia de los convenios suscriptos entre el PAMI, LA INDUSTRIA y LA DISPENSACIÓN”.

[3] La ACE-PAMI es una entidad constituida por las principales cámaras que agrupan los laboratorios farmacéuticos (CILFA, CAEME y COOPERALA), creada con el exclusivo propósito de administrar el convenio firmado entre LA INDUSTRIA y el PAMI (CONVENIO PAMI-INDUSTRIA).

[4] Resulta pertinente aclarar que, COFA fue denunciada tanto por FARMACIA ALBERTI como por FARMACITY, razón por la cual brindó sus explicaciones del caso en dos oportunidades, en tanto FACAF y AFMYSRA fueron sólo denunciadas por FARMACITY, y por tal motivo sólo se les corrió en una oportunidad traslado del artículo 29 de la Ley N.º 25.156.

[5] Los convenios PAMI-INDUSTRIA e INDUSTRIA-DISPENSACIÓN serán explicados *ut infra* en el apartado denominado: “Breve historia de los convenios suscriptos entre el PAMI, LA INDUSTRIA y LA DISPENSACIÓN”.

[6] Dicho resolutorio fue recurrido por las cámaras empresariales de especialidades medicinales, CILFA, CAEME y COOPERALA, los laboratorios ELEA, ROEMMERS, y los Sres. Rubén ABETE y Eduardo NEIRA, planteando los recurrentes su nulidad. A raíz de ello se ordenó la formación de incidente de apelación caratulado: “COOPERALA S/ APELACIÓN RESOLUCIÓN CNDC N.º 38/2014 (C.1414)”, Expediente N.º S01:0150123/2014. El día 29 de septiembre de 2014 esta CNDC dictó la Resolución CNDC N.º 85/2014, mediante la cual se denegaron los recursos opuestos y se rechazaron las nulidades interpuestas contra la Resolución CNDC N.º 38/2014. Cabe mencionar que, contra la denegatoria del recurso de apelación y rechazo del planteo de nulidad, ELEA, interpuso recurso de queja. En virtud del recurso planteado, el día 28 de octubre de 2014, la Sala A de la Excma. Cámara Nacional en lo Penal Económico, no hizo lugar a la queja interpuesta, entendiendo que la resolución apelada no es de aquellas que menciona el artículo 52 de la Ley N.º 25.156 y que tampoco se advertía que pudiere causar un gravamen irreparable de imposible reparación ulterior.

[7] FEFARA es una entidad farmacéutica de 2º grado, constituida en marzo de 2005, cuyos miembros son: el Colegio de Farmacéuticos de Catamarca, Colegio de Farmacéuticos de Chubut, Colegio de Farmacéuticos de La Pampa, Colegio de Farmacéuticos y Químicos de Misiones, Colegio de Farmacéuticos de Neuquén, Colegio de Farmacéuticos de San Luis, Colegio de Farmacéuticos de la Prov. de Santa Fe 1era. Circ., Colegio de Farmacéuticos de La Prov. de Santa Fe 2da. Circ. y el Colegio de Farmacéuticos de Santiago Del Estero.

[8] El día 8 de febrero de 2018, esta CNDC, emitió el Dictamen N.º IF-2018-06493424-APN-CNDC#MP, mediante el cual aconsejó rechazar el recurso directo interpuesto por la firma FARMACITY. Con fecha 30 de abril de 2019, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS emitió la Providencia –PV-2019-40035263-APN-DGAJMP#MPYT-, mediante la cual consideró necesario que la Autoridad de Aplicación requiera a esta CNDC que emita un nuevo Dictamen, receptando los alcances que pudiera tener la sanción de la citada Ley N.º 27.442 con relación al recurso tratado en este expediente. Con fecha 8 de mayo de 2019, el entonces Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR, Dr. Ignacio WERNER, suscribió la Providencia –PV-2019-42498302-APN-SCI#MPYT-, mediante la cual requirió a esta CNDC, de acuerdo a lo observado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS, que se emita un nuevo dictamen analizando la conducta conforme lo dispuesto en la Ley N.º 27.442. Con fecha 19 de noviembre de 2019, esta CNDC emitió el Dictamen de Mayoría N.º IF-2019-102886728-APN-CNDC#MPYT, y el Voto Particular plasmado en el Dictamen N.º IF-2019-104765379-APN-

CNDC#MPYT, de fecha 25 de noviembre de 2019. La CNDC, mediante un Informe de Firma Conjunta IF-2021-102435477-APN-CNDC#MDP ratificó en todos sus términos el dictamen mencionado en el considerando inmediato anterior, correspondiente al Dictamen de Mayoría, no advirtiendo observaciones que realizar, y en virtud de dicha ratificación, la SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR la receptó y emitió la Resolución SCI N.º 1081/2021 -RESOL-2021-1081-APN-SCI#MDP-.

[9] Disposición CNDC N.º 32/2018 -DISFC-2018-32-APN-CNDC#MP- de fecha el día 7 de marzo de 2018 ordenó *“ARTÍCULO 1º: Admitir las pruebas ofrecidas por la CONFEDERACIÓN FARMACÉUTICA ARGENTINA –COFA-, la FEDERACIÓN ARGENTINA DE CÁMARAS DE FARMACIAS –FACAF-, y la ASOCIACIÓN DE FARMACIAS MUTUALES Y SINDICALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA –AFMySRA-, en los términos de los considerandos de la presente disposición.”*

[10] La Ley N.º 27.442 dispone en su artículo 43 que: *“Concluido el período de prueba de noventa (90) días prorrogable por igual período, las partes y el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas podrán alegar en el plazo de seis (6) días sobre el mérito de la misma. El Tribunal de Defensa de la Competencia dictará resolución en un plazo máximo de sesenta (60) días”.*

[11] CÁMARA DE APELACIONES EN LO PENAL ECONÓMICO, SALA A, en los autos: “EUGENIO GUILLERMO SCHETTINI, JORGE ALFREDO YOUNG, JUAN RAFAEL SERAGOPIAN Y CFC PARTICIPACIONES S.A. SOBRE NOTIFICACIÓN ART. 8 DE LA LEY 25.156 (CONC.922)”, 19/06/2013.

[12] En autos principales luce copia certificada de la Disposición CNDC N.º 34/2018 –DISFC-2018-34-APN-CNDC#MPYT-, dictada en el marco de incidente EX-2019-66128389- -APN-DGD#MPYT, caratulado: “PRESENTACIONES FARMALINK S.A. S/ PEDIDO DE CONFIDENCIALIDAD” en autos principales: “FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S. S/SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1414)”

[13] En autos principales luce copia certificada de la Disposición CNDC N.º 35/2018 –DISFC-2018-35-APN-CNDC#MPYT-, dictada en el marco de incidente N.º S01:0331262/2017 caratulado: “AGRUPACIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN DEL SISTEMA DE PROVISIÓN, DISTRIBUCIÓN, Y DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS A AFILIADOS del INSTITUTO NACIONAL de SERVICIOS SOCIALES para JUBILADOS Y PENSIONADOS (ACE) S/ PEDIDO DE CONFIDENCIALIDAD” en autos principales: “FARMACIA ALBERTI 2902 S.C.S. S/SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C.1414)”.

[14] Número de orden 33, páginas 232/236 y 237/239, de las presentes actuaciones.

[15] El Artículo 66 de la Ley N.º 27.442 prevé que: *“Son susceptibles de recurso de apelación aquellas resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia que ordenen: a) La aplicación de las sanciones; b) El cese o la abstención de una conducta conforme el Artículo 55 de la presente ley; c) La oposición o condicionamiento respecto de los actos previstos en el capítulo III; d) La desestimación de la denuncia por parte de la autoridad de aplicación; e) El rechazo de una solicitud de acogimiento al Régimen de Clemencia establecido en el capítulo VIII de la presente ley; f) Las resoluciones emitidas conforme el Artículo 44 de la presente ley.”*

[16] CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, Sala I, Causa N.º 4415/20/CA1, 18/08/2021.

[17] El artículo 66 de la Ley N.º 27.442 prevé que: *“Son susceptibles de recurso de apelación aquellas resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia que ordenen: a) La aplicación de las sanciones; b) El cese o la abstención de una conducta conforme el Artículo 55 de la presente ley; c) La*

*oposición o condicionamiento respecto de los actos previstos en el capítulo III; d) La desestimación de la denuncia por parte de la autoridad de aplicación; e) El rechazo de una solicitud de acogimiento al Régimen de Clemencia establecido en el capítulo VIII de la presente ley; f) Las resoluciones emitidas conforme el Artículo 44 de la presente ley”.*

[18] Sentencia de fecha 18 de agosto de 2021, Causa N.º 4415/20/CA1, Sala I de la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL.

[19] FARMACITY consignó erróneamente en su alegato el mes de octubre de 2010 como comienzo de la negativa de altas, siendo que conforme fue acreditado en LA IMPUTACIÓN, comenzó a partir del mes de junio de 2010.

[20] En el Acta Acuerdo N.º 031-18, de fecha el día 26 de abril de 2018, en la cláusula primera se dispuso que: *“PRIMERO. Reducción del Descuento de las Farmacias: las partes han acordado reducir el descuento de las farmacias según el siguiente detalle: a) El Instituto reducirá a partir del 01 de abril de 2018 medio punto porcentual (0,5%) de PVP PAMI el descuento de las farmacias en los segmentos “Medicamentos ambulatorios, clozapinas y Resolución 337” e “Insulinas, Tiras y Antidiabéticos Orales”, implicando esto la reducción de medio punto porcentual sobre el descuento total vigente para dichos segmentos en el Convenio Pami-Industria (t.o. 2017). Esta reducción se adicionará a la ya acordada en las Actas N° 24-18 y 29-18, 25-18, 26-18 y deberá distribuirse de manera lineal y aplicarse a la totalidad de las farmacias prestadoras en forma inmediata por el Administrador del Convenio”.*

[21] Número de orden 33, páginas 332/3 de las presentes actuaciones.

[22] Presentación efectuada por la COFA en fecha 7 de enero de 2019, obrante en el número de orden 34, páginas 2 a 375, de autos principales.

[23] COFA aclara en su escrito que, como consecuencia de las modificaciones al CONVENIO PAMI-INDUSTRIA estipuladas en los meses de marzo y abril de 2018, el PAMI redujo el aporte de las farmacias en un punto y medio porcentual. Por ello, FARMACITY, desde dichas modificaciones y aún con el convenio actual aporta 25% y no 26.5%.

[24] Número de orden 34, página 22, de las presentes actuaciones.

[25] <https://www.farmacy.com/Institucional/datosnoopiniones>

[26] El objeto consiste en *“(…) otorgar —por sí o por terceros— a los jubilados y pensionados del régimen nacional de previsión y del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones y a su grupo familiar primario, las prestaciones sanitarias y sociales, integrales, integradas y equitativas, tendientes a la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, organizadas en un modelo prestacional que se base en criterios de solidaridad, eficacia y eficiencia, que respondan al mayor nivel de calidad disponible para todos los beneficiarios del Instituto, atendiendo a las particularidades e idiosincrasia propias de las diversas jurisdicciones provinciales y de las regiones del país”* (Texto modificado por Ley N.º 25.615 B.O. 23/7/2002).

[27] CILFA, en sus explicaciones del presente caso, al respecto dijo que: *“Luego de la crisis de 2001/2002, e inspirados en el principio de sacrificio compartido, se firmó un nuevo acuerdo entre el PAMI y los laboratorios representados por CAEMe, CILFA y COOPERALA, y a su vez se firmó un nuevo acuerdo con las entidades representativas de la Dispensación: COFA, FACAF y AFMySRA. Adviértase que los Convenios referidos están dirigidos a construir un sistema solidario en el que el PAMI solicita y acuerda con distintos actores del mercado la provisión de medicamentos a sus afiliados, sistema que requiere de esfuerzos de todas las partes (PAMI, laboratorios y farmacias) para que los medicamentos puedan llegar a los pacientes afiliados que se encuentran en todo el territorio del país”.*

[28] De acuerdo al texto del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA t.o 2017 (modificación suscripta con fecha

27 de enero de 2017), en el cual en su primer considerando dice: *“Que las Partes celebraron un convenio que regula la dispensación de medicamentos a los Afiliados del INSSJP con fecha 31 de mayo de 2002, con sus prórrogas, enmiendas y modificaciones.”* Las partes son el INSSJP y LA INDUSTRIA.

[29] Explicaciones del artículo 29 de la Ley N.º 25.156, brindadas por CILFA, en fecha el día 25 de julio de 2013, obrante en el número de orden 9, páginas 501 a 616.

[30] Conforme lo informado por CILFA en sus explicaciones, op.cit., y por el propio PAMI en el requerimiento oportunamente formulado por esta CNDC, obrante en el número de orden 18, páginas 131-139.

[31] Presentación PAMI, de fecha 29 de diciembre de 2016, obrante en el número de orden 18, páginas 131-139.

[32] [https://prestadores.pami.org.ar/medicamentos\\_pami.php?vm=2](https://prestadores.pami.org.ar/medicamentos_pami.php?vm=2).

[33] Presentación FACAF, efectuada el día 21 de diciembre de 2018, obrante en el número de orden 33, páginas 326-333, de las presentes actuaciones.

[34] Se refiere a la reducción de descuento de las farmacias pautaada en el Acta Acuerdo N.º 031-18, de fecha el día 26 de abril de 2018, que fue expuesta en los considerandos que anteceden.

[35] Cf. PETRECOLLA, Diego (2011), *“Condiciones de competencia en el sector de medicamentos de Centroamérica”*: *“Por ejemplo, en un medicamento con cobertura parcial el prescriptor decide qué medicamento debe administrarse, la aseguradora decide qué presentaciones comerciales cuentan con financiamiento parcial y, finalmente, el paciente decide qué presentación comprar, pudiendo optar entre todas aquellas presentaciones comerciales que existen en el mercado, con y sin cobertura parcial de su costo”* (página 71).

[36] Se pudo constatar en el expediente que existen empresas de medicina prepaga que obtienen descuentos similares a los que se aplican dentro del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA. No obstante, estos descuentos se dan en condiciones sustancialmente distintas respecto de los afiliados del PAMI puesto que los servicios médicos ofrecidos por las mencionadas empresas (de los cuales el acceso a la dispensa de medicamentos es sólo una parte) tienen un costo muy superior a los que ofrece dicho Instituto.

[37] CNDC en base a datos obtenidos del sitio web [www.pami.org.ar](http://www.pami.org.ar) y de la Superintendencia de Servicios de Salud, correspondientes a 2015 y 2017.

[38] CNDC en base a información provista por FARMALINK en el marco de este expediente.

[39] Información obtenida a partir de pedidos de información realizados a FARMALINK, ACE-PAMI, COFA, FACAF, FEFARA, en julio de 2017, y de información obtenida de la página web de AFMYSRA.

[40] Este porcentaje, no obstante, de acuerdo a lo informado se ha ido modificando a lo largo de los años a través de las sucesivas prórrogas y modificaciones del CONVENIO PAMI-INDUSTRIA, como del CONVENIO INDUSTRIA-DISPENSACIÓN.

[41] Presentación de FARMALINK, de fecha 22 de agosto de 2017, obrante en el número de orden 23, páginas 323 a 327, de las presentes actuaciones.

[42] Presentación PAMI, de fecha 29 de diciembre de 2016, obrante en el número de orden 18, páginas 131-139 de las presentes actuaciones.

[43] Presentación efectuada por la ACE-PAMI, obrante en el número de orden 23, páginas 310-314, de las presentes actuaciones.

[44] Presentación FACAF, obrante en el número de orden 21, página 580 de las presentes actuaciones.

[45] Surge de la información obtenida en la pericia contable, realizada en el marco de la APERTURA A PRUEBA (número de orden 32, página 15). En este punto, corresponde señalar que la cantidad de locales que surge de la pericia no coincide con aquella que resulta de los estados contables de FARMACITY -

también presentes en el expediente. Esta discrepancia se debe a que la pericia no incluye las sucursales en las provincias de Mendoza y San Juan, propiedad de la firma, pero con razón social distinta.

[46] Entendidas como aquellas farmacias que no son representadas por ninguna de las entidades farmacéuticas mencionadas ut supra en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA.

[47] Dentro de las 153/4 sucursales de FARMACITY se incluyen las sucursales que la firma posee en las provincias de San Juan y Mendoza, que operan con una razón social distinta.

[48] El requerimiento de información realizado a FARMALINK incluyó la cantidad de locales de farmacia pertenecientes a FARMACITY en el CONVENIO PAMI-INDUSTRIA a nivel nacional entre 2010 y 2018. En la versión no confidencial aportada por FARMALINK (número de orden 29, páginas 145-146), si bien no se menciona explícitamente a la firma, se la identifica con tres números de CUIT (30-69213874-7, 30-67637465-1 y 30-58150658-5). A partir de información pública, se puede constatar que los tres números de CUIT corresponden a FARMACITY, FARMACIAS DEL ÁGUILA S.A. y AGUIFARMA S.A., respectivamente. Por otro lado, a partir de los estados contables de FARMACITY obrantes en autos, está acreditado que FARMACIAS DEL ÁGUILA y AGUIFARMA son sociedades anónimas propiedad de FARMACITY.

[49] Presentación espontánea efectuada por CILFA y COOPERALA, en fecha 5 de enero de 2017, obrante en el número de orden 18, páginas 216-297 de las presentes actuaciones.

[50] *“Informes de Cadenas de Valor. Industria Farmacéutica”* de agosto de 2018 (ISSN 2525-0221), elaborado por la Secretaría de Política Económica del entonces Ministerio de Hacienda.

[51] Índice de precios al consumidor de la provincia de San Luis. Disponible en [https://www.ieric.org.ar/series\\_estadisticas/san-luis/](https://www.ieric.org.ar/series_estadisticas/san-luis/).

[52] No se consideró el año 2016 también informado por FACAF debido a razones metodológicas de comparabilidad teniendo en cuenta que, en este caso, los datos corresponden al mes de julio. Sin perjuicio de lo indicado de haberse incorporado esta información (CABA: 104.719 recetas y Córdoba: 10.824) se mantendría la tendencia creciente registrada para el período 2011-2015.

[53] Dicha información surge de la presentación efectuada por la FACAF, en fecha 14 de noviembre de 2016, obrante en el número de orden 17, páginas 271-282 de las presentes actuaciones.

[54] Número de orden 33, páginas 347-368 de las presentes actuaciones.

[55] Audiencia celebrada con el presidente de la FACAF, Sr. Miguel LOMBARDO, en fecha el día 2 de noviembre de 2016, obrante en el número de orden 17, páginas 239-248, de las presentes actuaciones.

[56] Presentación efectuada por la FACAF, en fecha 14 de noviembre de 2016, obrante en el número de orden 17, páginas 271-282 de las presentes actuaciones.

[57] Acta de Constatación Notarial obrante en el número de orden 17, páginas 292-299, acompañada oportunamente por la COFA, en fecha el día 16 de noviembre de 2016.

[58] Presentación efectuada por FARMACITY en fecha el día 9 de agosto de 2017, que luce agregada en el número de orden 21, páginas 596/7, de las presentes actuaciones.

[59] Número de orden 23, páginas 569-576, de las presentes actuaciones.

[60] Ello surge de la información obrante en las planillas que lucen agregadas en el número de orden 23, páginas 569 y 570 de las presentes actuaciones.

[61] Número de orden 32, páginas 1-18, de las presentes actuaciones.

[62] Calculado como: Ingresos por venta a afiliados PAMI antes de IVA (Venta Bruta) menos los importes descontados por el PAMI, menos los costos de los productos vendidos, menos los gastos operativos (en función de proporción de ventas PAMI).

[63] Calculado como: Margen Bruto menos proporción correspondiente de gastos de administración y

comercialización, menos costos financieros específicos al segmento PAMI.

[64] A este respecto FARMACITY en sus memorias del año 2017, refiriéndose a su política comercial consigna lo siguiente: *“Durante 2017 se incorporaron más de 700 nuevos artículos en 13 marcas diferentes. Con nuestro programa de importación directa, ampliamos la propuesta de valor al cliente mediante la incorporación de nuevo surtido y nuevas categorías en las cuales no estábamos presentes con la marca propia. También logramos tener una participación de más del 11% sobre la venta y del 18% sobre el margen de los departamentos de salón. Con nuestras marcas abarcamos una gran variedad de categorías, entre las que se cuentan higiene y cuidado personal, puericultura, cosmética y fragancias, accesorios de moda, pequeña electrónica, suplementos dietarios y alimentos”*, obrante en el número de orden 27, página 214, de las presentes actuaciones.

[65] Número de orden 24, página 79, de las presentes actuaciones.

[66] Número de orden 29, páginas 147-156 de las presentes actuaciones.

[67] Número de orden 29, páginas 157-204, de las presentes actuaciones.

[68] En su descargo, COFA solicitó, como prueba informativa, que se libren oficios a un conjunto de 193 farmacias. No obstante, la prueba concedida por esta CNDC limitó dicho conjunto a 34 farmacias. Luego, de ese total, tres no respondieron y una se negó a brindar información.

[69] Ello surge de la incorporación de la cláusula del “Mejor Descuento Garantizado” que fuera expuesta en los considerandos precedentes.

[70] La carta documento remitida por la ACE-PAMI a FARMACITY se encuentra agregada en las presentes actuaciones en diversas oportunidades, pero es llamativo que la propia denunciante afirmara desconocer que podía ser dispensador independiente del CONVENIO PAMI, siendo que le había sido informado y había sido reconocido por ella misma en el escrito de denuncia, de acuerdo a lo expuesto en el número de orden 3, página 427, y a la copia de la misiva antedicha, aportada en el número de orden 4, página 84, de las presentes actuaciones.

[71] Número de orden 23, páginas 405-406, de las presentes actuaciones.

[72] Número de orden 23, páginas 547-559, de las presentes actuaciones.

[73] Número de orden 24, páginas 1-115, de las presentes actuaciones.

[74] Documento aportado por la propia FARMACITY, conforme la copia obrante en el número de orden 4, página 84, de los presentes obrados.

[75] Las cartas de accionistas que forman parte de los Estados Contables de la firma FARMACITY para los ejercicios finalizados en 2012, 2013, 2014, y 2015, son similares en su contenido en lo que respecta a los *“descuentos de precio a su exclusivo cargo”*, y se pueden visualizar en autos, la del año 2012, en el número de orden 16, página 145, del año 2013, mismo número de orden página 205, del año 2014 en el número de orden 30, página 314; y del año 2015 en el número de orden 30, página 247, de las presentes actuaciones.

[76] Estados Contables de la firma FARMACITY correspondiente al ejercicio finalizado el día 31 de diciembre del año 2012, carta a los accionistas obrante en el número de orden 16, página 145 de las presentes actuaciones.

---

Digitally signed by Gestion Documental Electronica  
Date: 2022.11.02 08:01:28 -03:00

Digitally signed by Gestion Documental Electronica  
Date: 2022.11.02 09:21:17 -03:00

Digitally signed by Gestion Documental Electronica  
Date: 2022.11.02 09:32:34 -03:00

Digitally signed by Gestion Documental Electronica  
Date: 2022.11.02 09:38:46 -03:00

Digitally signed by Gestion Documental  
Electronica  
Date: 2022.11.02 09:38:47 -03:00