Reconoce al Estado la posibilidad de desarrollar actividad empresarial en el ámbito de expendio de medicamentos y productos farmacéuticos

Boletín N°12498-11

I. Antecedentes. En nuestro país el año 2014 existían 2.955 farmacias, de ellas 1.437 se encontraban en la Región Metropolitana[1] y las 1.518 restantes se distribuyen de forma dispar en el resto del territorio nacional. Este mercado farmacéutico tiene una composición, que en abstracto es heterogénea, ya que, cuenta con farmacias independientes, farmacias con franquicias, almacenes farmacéuticos y farmacias en cadena. No obstante a esta aparente diversidad, la realidad indica que existe una alta concentración económica en las farmacias que actúan en cadena, acaparando éstas aproximadamente el 90% del mercado.

Al igual que la gran mayoría de mercados la presencia estatal es nula. Este panorama es la antítesis de la legislación que rigió nuestro país hasta 1974, en que la llamada ley de circuito "establecía barreras de entrada del negocio, y determinaba que no se podía instalar un local a 400 metros de los ya existentes. Al año siguiente se dejó sin efectos la exigencia de propiedad farmacéutica, lo que permitió que cualquier comerciante, si lo deseaba, pudiera operar en el rubro[2]". Esta derogación fue la aplicación—a ultranza—de planteamientos neoliberales a los que adhería el sector político que dio sustento ideológico a la dictadura que usurpó el gobierno, ejercido legítimamente por Salvador Allende hasta el 11 de septiembre del año anterior. A más de cuarenta años de implementadas políticas neoliberales, es evidente una profunda mercantilización en lo que respecta a la industria de fármacos, situación que entre sus efectos negativo se expresa el que no existe una distribución equitativa de locales de expendio de medicamentos a lo largo y ancho de nuestro país y muy por el contrario, las farmacias se concentran mayoritariamente en los sectores socioeconómicos altos de las principales ciudades de Chile. Ejemplo de esto es que la comuna de Las Condes, en que habitan 282.972 habitantes[3] y que cuenta con 116 locales expendedores, cifra considerablemente mayor a La Florida, municipio en que se encuentran disponibles 70 locales para un total de 397.497 habitantes. Finalmente, el mal funcionamiento de la industria tiene su máxima expresión en las 59 comunas en la que no existe presencia farmacéutica, dejándolas en total desabastecimiento.

---

1 Ministerio de Salud. Distribución de Farmacias por Región, situación a diciembre de 2014. Disponible en http://web.minsal.cl/sites/default/files/files/2015_01_%20DISTRIBUCIÓN%20FARMACIAS%20Situación%20Diciembre%202014%20TTA.PDF

2 http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111550/cf-martinez_rm.pdf?sequence=1 revisado el 19 de mayo de 2016

3 https://www.lascondes.cl/informacion_comunal/poblacion.html revisado el 19 de mayo de 2016

Es así como en la industria aludida prácticas atentatorias y contradictorias y que muestran el carácter irracional del capitalismo, es así como a comienzos del 2006 y 2007 se llevó a cabo la llamada "guerra de precios" por parte de las principales las cadenas, que se vieron enfrascadas en un competencia irracional con la finalidad de posicionarse como actor principal de la industria. Posteriormente, Posteriormente, las mimas cadenas fueron denunciadas por colusión. Es así como Salcobrand, Cruz Verde y Farmacias Ahumada se concertaron para subir sistemáticamente los precios de 200 productos. Estas compañías fueron finalmente sentenciadas a pagar una multa a beneficio fiscal de 20 millones de dólares, monto exiguo si consideramos que las utilidades de las farmacias durante el año 2012 ascendieron a 731.425 millones de pesos[4].

Se suman a la economicista distribución de locales expendedores de fármacos, las tendencias concentradoras de toda industria desregulada, lo que da su principal característica a nuestra industria, su concentración. Ejemplo de ello se produce al señalar el hecho de que más del 50% de los locales corresponden a farmacias que funcionan en cadena y que éstos—como se señaló anteriormente—concentran el 90% del mercado. Lo anterior, es ratificado por el informe elaborado por Vasallo a petición del Ministerio de Salud en el año 2010 que lleva por titulo "El mercado de medicamentos en Chile: caracterización y recomendaciones para la regulación económica" informe del cual podemos extraer que en Chile existe:

1. Un reducido número de competidores (laboratorios) en el mercado, los cuales tienen la mayoría de los registros farmacéuticos.
2. Relevantes participaciones en el mercado de las 3 cadenas principales de comercialización –retail farmacéutico.
3. Existencia de barreras de entrada a la venta minorista de medicamentos en Chile, por lo cual se presentan altos costos hundidos y una entrega en tiempo y suficiencia deficientes,-ej. 30 o 40 locales-.
4. Frecuente interacción entre competidores.
5. Baja elasticidad precio de la demanda de medicamentos éticos, lo cual facilita el aumento arbitrario de rentas.

El Estado cumple funciones reguladoras, a través del ISP, y la demanda, principalmente a través de las compras que realiza la CENABAST[5].

En el marco de consideraciones en torno a la industria de los medicamento, visto ésta desde el enfoque del libre mercado, se encuentran reguladas sus actividades—en cuanto a dinámicas—en el Decreto Ley Nº211 que enumera

---

4 http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2013/04/Boletin-Mercado-de-Medicamentos.pdf revisado el 19 de may. de 16

5 Vasallo, Carlos. El Mercado de medicamentos en Chile: caracterización y recomendaciones para la regulación económica. 2010. Disponible en http://ciperchile.cl/pdfs/2015/11/farmacias/Informe-Vassallo-2010.pdf

taxativamente qué se considera colusión y otras conductas que contravienen el libre desarrollo de la competencia. De esta forma su artículo 3º señala que El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26º de la ley indicada, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

A su vez, en el caso mediáticamente conocido como colusión de las farmacias, se encuentra estipulada en el decreto ley 211, indicando que "Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación; b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes y c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante"

Como contrapartida a la hegemonía del mercado, a comienzos de octubre de 2016 se levantó una alternativa a las lógicas empresariales imperantes. En efecto, la comuna de Recoleta fue la pionera en crear la "farmacia popular" iniciativa que ha sido replicada en un considerable número de municipios—sin distinciones de colores políticos— develando lo nebuloso, opaco y oscuro del funcionamiento del mercado farmacéutico. Lo anterior guarda estrecha relación a la uniformidad de precios observables en las principales cadenas de farmacias en comparación a los precios exigidos por las farmacias populares. La abismal diferencia no ha pasado desapercibida—llegando incluso—a constituirse una comisión investigadora para desentrañar y buscar explicaciones "lógicas" a esta anomalía.

El funcionamiento de las farmacias populares depende principalmente del rol que juega la Central Nacional de Abastecimientos CENABAST, como agente negociador—utilizando las herramientas del mercado—tienen acceso a medicamentos en mejores precios, que se traducen en las notables diferencias. Sin perjuicio de lo anterior, un aspecto gravitante principal diferencia es el ánimo que tienen los establecimientos municipales en relación a la industria, ya que, buscan solucionar problemas tangibles y no persiguen el lucro. Al respecto CENABAST ha señalado que al comparar los precios de una canasta de productos entre los principales oferentes, es decir, Salcobrand, Farmacias Ahumada y Cruz Verde con los precios de CENABAST indica que "en este caso, la farmacia más barata para adquirir los 34 productos es Cruz Verde, cuyo valor es de $125.430 pesos, y las más cara es Salcobrand, con un total de $134.410 (7%

más cara que Cruz Verde). La misma canasta de productos puede ser adquirida a través de CENABAST por $12.695 pesos, siendo un 90% más barato que el precio de Cruz verde, la más económica[6].

La proliferación de farmacias comunales sin duda ha significado un avance concreto en el acceso a medicamentos—a precio costo—de medicamentos que significan en muchos casos un alto porcentaje de sus ingresos. A pesar de estos avances, estos establecimientos no son una alternativa inmediata para la población en general. Esto es a raíz de las propias lógicas organizacionales que han adoptado las municipalidades para poder brindar este servicio. De esta forma, no se considera el expendio de medicamentos de venta directa y comercio asociado, de esta forma el acceso a medicamentos y productos farmacéuticos a bajo costo se ve restringido. Para ellos, la única opción sigue siendo el retail.

En miras de subsanar esto, es que la presente iniciativa propone facultar al Estado—de forma directa o a través de sus organismos—la apertura de locales expendedores de medicamentos y de comercio asociado. Para su cometido, podrá utilizar a la central Nacional de Abastecimiento CENABAST como intermediador entre sus locales expendedores y los distintos laboratorios y otros proveedores.

La necesidad de una efectiva regulación no responde a un fetiche ideológico sino que su asidero se encuentra en las propias funciones que cumple la central de abastecimiento. Por otro lado, las recomendaciones que ha formulado la Fiscalía Nacional Económica sobre la materia. Al respecto, la institucionalidad estatal propone "fomentar la competencia en el mercado de medicamentos, a través de medidas destinadas a certificar la eficacia terapéutica de los medicamentos genéricos; introducir una serie de medidas orientadas a garantizar una amplia libertad de elección por parte de los consumidores"

El derecho a la salud se encuentra establecido en la Constitución Política que rige nuestro país, es así como en su artículo 19, numeral 1º indica "el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas". Además se sentencia la igualdad ante la ley a través de "en Chile no hay personas ni grupo privilegiado (...) hombres y mujeres son libres ante la ley". Por lo tanto, mantener criterios excluyentes en cuanto acceso a los fármacos necesarios, es una vulneración de lo señalado anteriormente. Esta premisa tiene asidero incluso en las palabras expresadas por el subsecretario de salud Jaime Burrows "las farmacias deben contar con la autorización para su funcionamiento por parte de la autoridad sanitaria y que debe facilitarse el acceso a productos farmacéuticos sin fines comerciales"[7]. Proponer que el estado tenga la capacidad

---

6 CENABAST. Unidad de Estudios. Estudio de las diferencias de precios entre CENABAST y las grandes farmacias para una canasta representative de medicamentos. Disponible en http://www.cenabast.cl/estudios-cenabast/

7 http://www.latercera.com/noticia/nacional/2016/03/680-671872-9-contraloria-respalda-la-creacion-y-funcionamiento-de-las-farmacias-populares.shtml revisado el 16 de mayo de 2016

de crear farmacias estatales guarda estrecha relación con lo contemplado en el artículo 19º, numeral 21, inciso 2º "el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza".

2. Historia legislativa. Actualmente ha ingresado una iniciativa que busca dar las atribuciones a las municipalidades para que puedan abrir farmacias comunales (Boletín Nº10.360-06), que si bien tiene una inspiración similar no considera al Estado como principal agente proveedor de este servicio. Al respecto, las municipalidades responden muchas veces a criterios disímiles en razón a la heterogeneidad de proyectos institucionales (de acuerdo a tendencias del alcalde) por lo tanto, es un aspecto—que al igual que educación—puede generarse incentivos a desviar la atención desde la salud de los ciudadanos hacia los intereses particulares.

Como se dejó expresamente en las conclusiones de la comisión investigadora que tuvo por objeto Evaluar la aplicación de las leyes N°20.724 y 20.850 e indagar sobre el rol de organismos públicos en lo que respecta a la adquisición de medicamentos y el acceso a ellos por parte de la población conocida como Cenabast y cuyo informe fue aprobado por la unanimidad de los diputados integrantes de dicha comisión investigadora. A mayor abundamiento, dicho informe en su literal i) indica que Debido a la importancia y a la sensibilidad que el área salud tiene para la población, se debe realizar una excepción en cuanto al rol que debe jugar el Estado en el mercado farmacéutico debiendo regular el funcionamiento del mismo, con la finalidad de brindar a todos y cada uno de los chilenos la certeza de acceso a los medicamentos que permitan hacer frente a sus necesidades de salud. Como es sabido, bajo la idea de subsidiariedad, el constituyente "estableció un marco limitativo a la actividad de emprendimiento económico estatal, determinando que el Estado sólo puede desarrollar actividad económica en los casos directamente autorizados por la Constitución o por leyes de quórum calificado dictadas dentro del marco constitucional"[8]. Es por eso que se propone un proyecto que busca obtener la autorización para que el Estado pueda llevar a cabo actividades empresariales tanto en la investigación y producción de fármacos a través de laboratorios del Estado, o bien, para el expendio de medicamentos a través de locales farmacéuticos destinados para tales efectos. Para ello, podrá utilizar a CENABAST como principal organismo[9].

Sin dudas, que las características del marco institucional hace muy dificultoso la presencia del Estado en la actividad empresarial, relegándolo a un plano secundario y subsidiario. No obstante a estas limitantes, existe la posibilidad

8 Nogueira, Humberto. Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo 4, 2ª edición, Librotecnia, 2013: p. 27

9 informe aprobado por unanimidad en sesión, disponible en https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=28949&prmTIPO=INFORMECOMISION revisado el 2 de nov. de 16

de dotar al Estado la capacidad de llevar a cabo actividades lucrativas. Para ello, se requiere una ley para tales efectos. En este caso, la existencia de una farmacia estatal guarda relación con las anomalías en el funcionamiento y a la recurrencia de actividades monopólicas y que afectan al propio ideal de quienes diseñaron la estructura institucional desde tiempos de la dictadura, es decir, el libre mercado.

Es por estos fallos de mercado, que en defensa de la ciudadanía, se propone crear almacenes estatales cuya finalidad será la regulación del mercado farmacéutico. Al respecto, Aimone define regulación como "la acción de determinar las reglas y normas a que se debe ajustar un determinado agente o mercado en sí, para provocar una corrección de algún fallo o situación indeseada en función de un beneficio de bienestar social" Este autor pone requisitos para una regulación estatal de la industria, "una primera se refiere a garantizar, por el derecho, y de la manera que luego se verá, que ciertos servicios o bienes que llegan a una población "en red", ofrezcan grados de seguridad y continuidad suficientes. Otra dice relación con otras actividades económicas que, sujetas a las elementales fuerzas del mercado, amenazan con el agotamiento o por la extracción del respectivo recurso, desmintiendo el postulado clásico de que "máximo" es tanto como "óptimo". Una última razón se refiere a procurar muy específicas reglas para que la actividad cumpla con altos estándares de calidad, entendiendo por tal calidad, continuidad y seguridad[10]"

En el caso de la industria farmacéutica de nuestro país, se cumplen—con facilidad— las condiciones anteriormente señaladas. Por un lado, la desregulación propia del mercado de los medicamentos ha generado un crecimiento distorsionado de oferentes y en otro punto, de vital importancia es la pérdida de la fe pública depositada en el rol del Estado en garantizar el acceso adecuado a los medicamentos. En atención a esto último, durante comisiones investigadores, un lugar común fue la existencia de medicamentos que han dejado de ser fabricados debido a su escasa rentabilidad, lo que afecta directamente el derecho a la salud, contemplado explícitamente en la Constitución Política de la República. En razón a esto es que el Estado tiene el deber de proteger a todos y cada uno de los ciudadanos de nuestro país.

En la órbita comparada encontramos que En Brasil, mediante el Decreto Nº5.090, de 20 de mayo de 2004, el gobierno de Luis Ignacio Lula da Silva se crea en Brasil la Farmacia Popular, que en su preámbulo argumenta "considerando la necesidad de implementar acciones que promuevan la universalización del acceso de la población a los medicamentos[11]" se creó la farmacia Popular del Brasil", estableciendo que "la disponibilidad de medicamentos q que se refiere el capítulo será efectuada en farmacias populares, por intermedio de convenios firmados con

10 Aimone Gibson, Enrique. Actividades Económicas Reguladas. Legal Publishing. 2013. Santiago. pág. 5

11 "considerando a necesidade de implementar açoes que promovam a universalizaçao do esso da populaçao aos medicamentos;"

estados, Distrito Federal, Municipios y regiones del territorio nacional. Refiriéndose al cómo serán dispensadas, el decreto aludido establece en su artículo 2º "la fundación Oswaldo Cruz-FIOCRUZ será la ejecutora de las acciones inherentes a la adquisición, almacenamiento, comercialización y dispensación de los medicamentos, pudiendo para ello firmar convenios con la Unión, Estados, Distritos federales y Municipios, sobre supervisión directa e inmediata del Ministerio de Salud[12]"

La implementación de farmacias estatales ya tiene antecedentes en nuestra discusión legislativa pues el boletín Nº 9280-11 iniciativa de parlamentarios de distintas bancadas aboga por una presencia estatal en aquellos municipios que no cuenten con oferta farmacéutica[13].

3. Ideas Matrices.- Este proyecto busca dotar de la autorización para que el Estado fomente la creación de farmacias con la finalidad de realizar el expendio de medicamentos y otros productos farmacéuticos, propuesta que se incardina en el artículo 19º de la Constitución Política, numeral 21 inciso segundo que dispone "el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza". Al respecto, el profesor José Luis Cea ha señalado que este precepto "se refiere al desarrollo de actividades empresariales y, más ampliamente todavía, a participar en ellas (…) Puede ser, en otras palabras, que la norma rija en cualquier tipo de empresa, sin consideración del porcentaje y prescindiendo de la manera que intervenga el Estado en la gestión de ella"[14].

En este contexto, el presente proyecto de ley apunta a permitir que el Estado tenga la facultad de desarrollar los estudios, proyección, y creación de establecimientos farmacéuticos a fin de introducir mayor competencia en el mercado.

Es por eso que sobre la base de los antecedentes y fundamentos señalados venimos en proponer el siguiente:

Proyecto de ley

PROYECTO DE LEY QUE FACULTA AL ESTADO PARA LA CREACIÓN DE FARMACIAS ESTATALES.

12 Decreto Ley Nº5.090, de 20 de mayo de 2004.

13 Boletín Nº9280-11

14 CEA, José Luis. 2004. Derecho Constitucional Chileno Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Art. Único.- El Estado tendrá la facultad de llevar a cabo actividades empresariales con el objeto de desarrollar el expendio de medicamentos y otros productos farmacéuticos.

Juan Luis Castro
H. Diputado de la República