

**Santiago, treinta de enero de dos mil ocho.**

**VISTOS:**

En estos autos ingreso Corte N° 6155-07, a fojas 3, Laboratorio Especialidades Farmacéuticas Knop Limitada dedujo demanda en contra de Laboratorio Maver Ltda., alegando que éste cometió actos de competencia desleal consistentes en actos de confusión y aprovechamiento de reputación ajena ya que desde que inició la comercialización de los productos **“JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”**, **“JARABE DE PALTO COMPUESTO”** y **“JARABE DE PALTO INFANTIL”** y hasta la fecha, habría imitado la denominación, forma del envase y hasta la gráfica del rotulado del producto de la demandante denominado **“PALTOMIEL”** que goza desde hace muchos años de una buena reputación en el mercado cuyo registro sanitario fue otorgado por el Instituto de Salud Pública el año 1985, mediante las Resoluciones N° 10.473 y N° 10.474, bajo los números 21.136 y 21.137 para los productos **“PALTOMIEL ADULTO”** y **“PALTOMIEL INFANTIL”**, respectivamente, encontrándose registrada en el Departamento de Propiedad Industrial, igualmente, la marca **“PALTOMIEL”**, con el N° 565.631, denominativa de la clase 5 y con el N° 344.619, mixta de la misma clase. Así, indica ante el éxito alcanzado por el referido producto, la demandada en 1993 procedió a registrar por primera vez ante el Instituto de Salud Pública su producto **“JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”** cuyo envase y rotulado serían prácticamente idénticos a los de **“PALTOMIEL”** y luego, en 1996, habría obtenido dos nuevos registros sanitarios, esta vez para sus productos **“JARABE DE PALTO COMPUESTO”** y **“JARABE DE PALTO INFANTIL”**. Si bien reconoce que su parte no puede impedir la producción de un fitofármaco imitando los principios activos aludidos, si puede evitar que ello se realice imitando la denominación, forma del envase y la gráfica del rotulado como hace la demandada. Esta conducta que realiza la demandada de asimilar su producto al de la demandante hasta su identidad trae como consecuencia que el público consumidor se vea impedido de adoptar una decisión libre y consiente, distorsionando así el mercado farmacéutico nacional, influyendo en el precio, impidiendo, además, que la demandante venda la cantidad que desee en el mercado vigente. Explica que se trataría de un caso de competencia desleal o ilegítima en contra de un pequeño productor, cometida con la finalidad de incrementar su posición dominante en el mercado farmacéutico nacional. Finaliza solicitando que, por haber incurrido Laboratorio Maver Ltda. en infracción a lo dispuesto en el artículo 3°, letra c) del Decreto Ley N° 211, esto es, por haber incurrido en los actos de competencia desleal ya señalados, se acoja el libelo y se imponga a la demandada alguna de las medidas que contempla el artículo 26° del referido Decreto Ley N° 211.

A fojas 77 la demandada contestó el libelo aduciendo, en primer lugar, que su actuación se ha enmarcado siempre dentro de la legislación vigente. Señala que la circunstancia de que respecto de un producto que tiene como finalidad cumplir la misma utilidad, utilicen envases similares en cuanto a su forma, tamaño y capacidad, no puede ser considerada un atentado a la libre competencia toda vez que se trata de envases producidos por terceros, distintos del fabricante del producto de que se trata, quienes lo ofrecen a sus potenciales adquirentes. Además, los envases referidos no son productos protegidos en cuanto a su diseño industrial. Y en lo relativo a las imágenes gráficas, el posicionamiento de las palabras y otros elementos de los envases en caso alguno puede entenderse

como propias de un acto de confusión dado que son muchos más los elementos que los diferencian que los que los igualan. Por otra parte, observa, se trata de productos que tienen el mismo principio activo -palto y miel- lo que debe ser expresado en el nombre del producto porque se trata de términos genéricos. Además, es difícil estar ante un acto de confusión entre productos farmacéuticos porque ellos se presentan bajo una marca que va acompañada del nombre del fabricante.

Recuerda la demandada que se trata de productos denominados OTC, es decir que no requieren de prescripción médica, a los que se accede en establecimientos tipo A, a través del dependiente que asiste al consumidor al momento de la compra.

En segundo lugar, alega que la parte demandante no ha señalado cuál es el mercado relevante en el cual se dan las conductas y en el que detenta una determinada posición; indica que el hecho de referirse en el libelo a **“mercado farmacéutico nacional”** no satisface esta exigencia porque si se atiende al producto debe entenderse que se trata del mercado de expectorantes y antitusivos, en los que se incluye tanto los que poseen como principio activo elementos cien por ciento naturales como aquéllos elaborados a partir de una formulación química. Ahora bien, si se apunta al mercado relevante geográfico, señala que dada la penetración que tienen actualmente las farmacias, se trata de la totalidad del territorio nacional. Por otra parte, agrega, los hechos que le imputa la demandante datan de 1993 y 1996 debiendo entonces determinarse a esas datas, las posiciones que en el mercado respectivo tenían las partes, valiéndose para ello de los antecedentes que se encuentran agregados a la causa criminal seguida en su contra por infracción a la ley 19.039, especialmente el peritaje contable de don José Luis Varela, del que consta que, analizando el período comprendido entre los años 1991 a 1994, y 1995 a 1997, es decir, antes y después de la introducción al mercado del producto de la demandada -lo que aconteció en 1995- su parte no tenía una posición dominante en el mercado. En efecto, indica que en 1995, la actora vendió un 15,34% más en unidades que en 1994, o sea, 57.446 frascos más que el año anterior. Y al examinar el cuatrienio 1991-1994 en comparación con el que va entre 1995 a 1997, se aprecia que en el último período el promedio anual fue inferior en 1,37% en unidades y de sólo 0,02% en ingresos. En cuanto a las ventas, indica, entre marzo y mayo de 1995 la demandante vendió 178.626 unidades, en tanto que su parte sólo 17.623. En consecuencia, es posible advertir que no detentaba una posición dominante en el mercado de que se trata y, por otro lado, no es posible constatar el efecto propio de un acto de confusión cual es la disminución de la ventas e ingresos. En apoyo de sus alegaciones acompañó un cuadro estadístico de las ventas en unidades de ambos productos, efectuadas desde septiembre de 1994 a septiembre de 1995, y a septiembre de 1996, del que se aprecia que a esta última fecha su parte sólo poseía el 0,5% del mercado en tanto que la actora tenía el 8% de los antitusivos y expectorantes. Ahora, si se limita aún más el mercado a aquellos productos expectorantes fabricados sobre la base de palto, Maver tiene el 6,3% del mercado, en tanto que la demandante tiene el 93,5% del mismo.

En tercer lugar hacía alegaciones referidas a la prescripción que no son objeto de la presente reclamación.

A fojas 101 se recibió la causa a prueba rindiéndose por las partes la que se encuentra agregada a los autos.

A fojas 698 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia por la cual rechazó la demanda interpuesta por Laboratorio Especialidades Farmacéuticas Knop Ltda. en contra de Laboratorio Maver Ltda., sin costas, por considerar que si bien este último ejecutó actos de competencia desleal en contra de la demandante, no gozaba de una posición dominante en el mercado y aquéllas conductas tampoco tenían la aptitud necesaria para permitir alcanzar, mantener o incrementarla en ninguno de los escenarios de mercado relevante posibles. En efecto, y siguiendo el criterio adoptado en fallos anteriores, ese tribunal consideró que para la configuración de la infracción al artículo 3, letra c) del Decreto Ley N° 211, debe establecerse copulativamente, las siguientes condiciones: por una parte, que se hayan cometido actos de competencia desleal y, de otra, que ellos hayan sido efectuados con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado relevante correspondiente. Entonces, si bien se reconoce en el fallo que Maver ejecutó actos de competencia desleal en contra de Knop al imitar tanto la denominación como la forma del envase y la gráfica del rotulado del producto **“PALTOMIEL”** de esta última, se concluyó que dicha conducta no podía ser objeto de sanción en esa sede porque la demandada no gozaba de una posición dominante y los actos ejecutados carecerían de la aptitud para alcanzarla. En cuanto al mercado relevante, la sentencia determina que es el constituido por productos farmacéuticos expectorantes y antitusivos, en el que, al momento de la presentación de la demanda, ninguna de las partes tenía poder. En lo que hace a las costas, la sentencia libera a la demandante de su pago por estimar que la tuvo motivo plausible para litigar.

A fojas 722, Laboratorios Maver Limitada dedujo recurso de reclamación en contra de la antes señalada sentencia en cuanto por ella se niega lugar a la condena en costas que su parte solicitara, pidiendo que la misma sea confirmada con declaración de que se impone su pago a la demandante por carecer de fundamento plausible para litigar (sic), sin perjuicio de que además, solicita la modificación de los motivos undécimo, duodécimo, décimo tercero, décimo cuarto y vigésimo octavo que se refieren a que su parte incurrió en los actos de competencia desleal lo que no sería efectivo, en su concepto.

A fojas 917, Laboratorio de Especialidades Farmacéuticas Knop Ltda., dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, aduciendo, en lo que se refiere al requisito de señalar cuál es el mercado relevante, que no es una exigencia que imponga la ley equivocándose el tribunal, además, al determinarlo desconociendo su propia jurisprudencia y la prueba rendida en autos. En su concepto, señala, debió atenderse al principio activo del producto, su finalidad terapéutica y la libre elección del medicamento para así concluir que el mercado de que se trata es el farmacéutico, específicamente el de los productos OTC, habida consideración de que se trata de productos que se venden sin receta médica, en el que Maver tiene una posición mayor que la de su parte. Explica también que Maver es el Laboratorio que figura como mayor anunciante a nivel nacional y es en este contexto que lleva a cabo su conducta habitual de ampararse en marcas **“estrellas”** como **TAPSIN** para introducir otras marcas como las de los productos cuestionados, en donde se detectan situaciones de imitación marcaría. En seguida, en lo que hace a la

posición de mercado de ambos competidores, concordando con la pericia que sirve de sustento a la decisión, reconoce que hubo períodos en que sus ventas aumentaron pero explica que se debió a diversos factores que no se han mencionado: la expansión que se produjo cuando se restringió la venta de jarabes fabricados sobre la base de la codeína, a través del mecanismo de receta retenida; el gran esfuerzo publicitario que hizo ante el ingreso al mercado de la copia de Maver; y, por último, al despliegue de acciones judiciales en contra de la demandada que frenó su comportamiento. En cuanto a la prueba, alega que el Tribunal no consideró la pericia allegada por su parte a fojas 157 de la que consta que la demandada es un competidor que con su conducta ha tratado de incrementar su poder; indica que en el mercado de los productos OTC, que corresponde al 28,9% del mercado farmacéutico nacional, Maver es el tercer actor siendo uno de los líderes con un 9,6% de participación en unidades en cambio su parte sólo alcanza un 2,1%. Por último, sostiene que los sentenciadores han exigido un requisito que la ley no contempla cual es la "aptitud" de la conducta en orden a alcanzar una posición dominante en el mercado relevante en circunstancias que la norma sólo pide que aquélla tenga ese objetivo, como acontece con la conducta de la demandada que se ha denunciado en estos autos. Pide, en consecuencia, se acoja el reclamo, se revoque la sentencia impugnada y se acoja íntegramente la demanda.

#### **CONSIDERANDO:**

##### **I.- En cuanto a la admisibilidad del recurso de Laboratorio Maver Ltda.**

1º) Que Laboratorio Maver Limitada dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto por ella se negó lugar a la condena en costas que su parte solicitara, pidiendo que la misma sea confirmada con declaración de que se impone el pago de aquellas a la parte demandante, en razón de carecer de algún motivo plausible para litigar que justifique su exención;

2º) Que, tal petición resulta improcedente al tenor de lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, que en su artículo 27º prescribe que sólo será susceptible del recurso de reclamación la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26º, como también la que absuelva de la aplicación de tales sanciones;

3º) Que por su parte, el referido artículo 26 del Decreto Ley N° 211, establece que: ***"En la sentencia definitiva el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:"***

***"a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;"***

***"b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;"***

***"c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales."***

4º) Que, como puede advertirse, y ha sostenido esta Corte en reiteradas ocasiones, la sentencia definitiva recaída en un procedimiento incoado por una demanda o requerimiento del que deba conocer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es impugnabile, a través de la reclamación que establece la ley, sólo en cuanto imponga alguna de las medidas que se contemplan en el consabido artículo 26, o bien que absuelva de la aplicación de ellas, sin que ninguna de las que señala el artículo 26 del Decreto Ley N° 211 se refiera a la imposición del pago de las costas, razón por la cual la presente reclamación, resulta inadmisibile;

5º) Que en nada obsta a la conclusión a que se ha arribado precedentemente el hecho que la demandada haya pedido, además, se modificaran varios fundamentos del fallo, porque en su concepto se habría demostrado en la causa que su parte no cometió actos de competencia desleal, desde que esta petición también es improcedente ya que la modificación de las motivaciones que sirven de sustento a la decisión no pueden ser objeto del presente reclamo sino sólo la decisión en los términos a que alude el artículo 27 del citado Decreto Ley N°211. Además, la circunstancia, por sí sola, que la reclamante discrepe de ciertas consideraciones que reputa improcedentes y en las que el Tribunal ha fundado la sentencia, no la autorizan para impugnar el fallo como quiera que se da el caso de haberse conformado con lo resuelto al sólo pedir se confirmara la aludida sentencia con una declaración relativa a las costas;

6º) Que, de consiguiente, atendidas las razones referidas, la reclamación interpuesta por Laboratorio Maver Limitada, resulta inadmisibile.

## **II.-En cuanto a la reclamación deducida por Laboratorio Especialidades Farmacéuticas Knop Ltda.**

7º) Que, según se dijo en lo expositivo, la demandante alega por el recurso de reclamación, en primer lugar, que el requisito de señalar cuál es el mercado relevante, que la sentencia echa de menos en el libelo, no es una exigencia que imponga la ley. Señala, además, que el tribunal al establecerlo se ha equivocado, desconociendo su propia jurisprudencia y la prueba rendida en autos;

8º) Que la reclamante sostiene que en su concepto debió atenderse para estos fines al principio activo del producto, la finalidad terapéutica y la libre elección del medicamento de que se trata; de haberlo hecho habrían concluido que el mercado relevante de la especie es el farmacéutico, específicamente el de los productos OTC -en el que los productos de ambos laboratorios se venden sin receta médica- y en el que Maver tiene una posición mayor;

9º) Que, en seguida, en lo que hace a la posición que gozaban las partes en el mercado, explica la reclamante que si bien es cierto hubo períodos en que sus ventas aumentaron no lo es menos que ello se debió a diversos factores que no se han mencionado: a la expansión que se produjo debido a la restricción de la venta de jarabes fabricados sobre la base de la codeína, a través del mecanismo de receta retenida; además, en ese período su parte hizo un gran esfuerzo publicitario ante el ingreso de la copia de Maver; y, por último, otro factor importante fue el gran despliegue de acciones judiciales en contra de Maver que frenó su comportamiento atentatorio de la libre competencia;

10º) Que, en cuanto a la prueba, alega que el Tribunal no consideró la pericia allegada por su parte a fojas 157 de la que consta que la demandada es un competidor que con su accionar ha tratado de incrementar su posición; indica que en el mercado de los productos OTC, que corresponde al 28,9% del farmacéutico nacional, Maver es el tercer actor siendo uno de los líderes en un 9,6% de participación en unidades, en cambio su parte sólo alcanza un 2,1%;

11º) Que, por último, sostiene la reclamante que los sentenciadores han exigido una circunstancia que la ley no contempla cual es que la conducta de competencia desleal denunciada tenga la "aptitud" necesaria en orden a alcanzar una posición dominante en el mercado relevante; en efecto, indica que la ley sólo exige que la misma tenga ese objetivo, como acontece con la conducta de la demandada;

12º) Que previo a analizar los capítulos de la reclamación útil resulta consignar que el artículo 3º letra c) del Decreto Ley N° 211 de 1973, hoy Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, dispone 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 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso."***

***"Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:"***

***"Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante"***

13º) Que esta Corte ha sostenido en anteriores fallos que: "del artículo 3 letra c) del Decreto Ley N° 211, antes citado, se infiere que no es necesario para estar frente a una práctica predatoria que quien la ejerza tenga una posición dominante en el mercado, desde que uno de sus objetivos es justamente alcanzar ésta precisamente por no tenerla" (Rol N° 3449-06), pero es necesario que la conducta tenga ese propósito y así sea demostrado con actos positivos en el mercado, lo que no aconteció en la especie;

14º) Que, en efecto, la propia actora se ha encargado de señalar que esa finalidad -aún si existiera- no se ha concretado todavía, como se expone en el motivo noveno precedente. Además, en el mismo sentido concluye el fallo reclamado cuando sostiene en su consideración séptima -sin que esa conclusión sea objeto de reproche- que los productos de la demandada "aún no han logrado ser posicionados por Maver por sus propios medios en el mercado, y, muy por el contrario, siguen aprovechándose del prestigio del producto competidor **"PALTOMIEL"** de Knop". Finalmente, tampoco se encuentra demostrada la falta de competencia efectiva que necesariamente debe existir en caso de un competidor al que se le atribuye una posición dominante en el mercado o una conducta tendiente a alcanzarla.

De esta manera, la reclamación aparece construida, en esta parte, sobre presupuestos no establecidos, lo que hace que carezca de fundamento;

15º) Que la prueba pericial cuya ponderación la reclamante echa de menos, no resulta pertinente como quiera que está referida a otro mercado que no es el determinado por el sentenciador como relevante para el caso de que se trata.

Siendo así, los sentenciadores no han incurrido en una omisión desde que su deber es examinar y ponderar la prueba que sea atinente a la decisión, lo que en el presente caso han efectuado de conformidad con las reglas de la sana crítica, razón suficiente para rechazar, en este capítulo, la reclamación;

16º) Que en lo relativo al mercado relevante y su determinación, esta Corte comparte el criterio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el sentido que es aquél compuesto por los productos farmacéuticos expectorantes y antitusivos, atendiendo a la dolencia o enfermedad específica que se pretende aliviar con ellos, concepto que incluye todos aquellos productos que son sustitutos lo suficientemente próximos para entender que compiten entre ellos;

17º) Con todo, sobre este tópico, esta Corte no puede dejar de advertir la actuación dubitativa de la demandante en autos, como se consigna en el considerando décimo quinto de la sentencia reclamada: si bien por el libelo no señaló cuál era el mercado relevante que consideraba, en su escrito de observaciones a la prueba, que se lee a fojas 547, sostuvo que era el de los antitusígenos y expectorantes para luego, en la minuta de alegatos ante el tribunal de origen, que se agregó a fojas 619, contradecirse y sostener, en cambio, que el mercado relevante es el de los productos farmacéuticos de venta directa u **“OTC”** (over the counter), alegación que reitera por la presente reclamación. Este comportamiento de la actora demuestra su inseguridad en el concepto de mercado que considera para estos efectos, el que sin duda debe ser el de los expectorantes y antitusivos por las razones dadas en el fundamento décimo sexto precedente;

18º) Que, entonces, por lo antes expuesto, no cabe sino concluir que la presente reclamación debe ser desestimada en todas sus partes.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 27 del D.F.L. N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973,

#### **SE DECLARA:**

I.- Inadmisible el recurso de reclamación interpuesto por la demandada, Laboratorio Maver Limitada, a fojas 722.

II.- Que se rechaza el recurso de reclamación deducido, a fojas 917, por la demandante, Laboratorio Especialidades Farmacéuticas Knop Limitada, en contra de la sentencia N° 59/2007, de nueve de octubre de dos mil siete, escrita a fojas 698.

Acordada contra el voto del Ministro señor Oyarzún en la parte que declaró inadmisibile el recurso interpuesto por la demandada Laboratorio Maver Ltda., quien estuvo por declararlo admisible, en virtud de los siguientes fundamentos:

**Primero:** Que las costas están comprendidas entre las peticiones que hicieron las partes al Tribunal, y el hecho de que éste no condenara a la demandante a su pago, implica una decisión absolutoria al respecto, ya que la liberó de dicha obligación, al no imponérsela, de manera que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, el recurso de reclamación, a este respecto, también es procedente;

**Segundo:** Que, además, a juicio del disidente, las costas constituyen una institución de carácter general y la reclamación es un medio de impugnación a través del cual se cuestiona la decisión de un tribunal en un proceso en el que las partes afectadas han debido incurrir en gastos, constituyendo así el pago de las costas una sanción, no resultando distinto, a este respecto, el recurso de reclamación del de apelación contemplado en el Código de Procedimiento Civil, debiendo entonces, entrar a examinar como proponía la reclamante si existían los motivos plausibles para litigar que legitimaban la exención de su pago.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra señora Araneda, y del voto disidente, su autor.  
N°155-07.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Adalís Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry y Sra. Sonia Araneda.

Santiago, 30 de enero de 2008.

Autorizado por la Secretaria subrogante de esta Corte Sra. Carola Herrera B.