

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 59/2007

Santiago, nueve de octubre de dos mil siete.

VISTOS:

1. A fojas 3, con fecha 25 de septiembre de 2006, Laboratorio Especialidades Farmacéuticas Knop Ltda., en adelante Knop, demandó a Laboratorio Maver Ltda., en adelante Maver, por cuanto esta última habría desarrollado conductas contrarias a la libre competencia, conforme a los siguientes antecedentes de hecho y de derecho que expone en su demanda:

Knop señala que el origen del producto farmacéutico “PALTOMIEL”, está estrechamente vinculado al desarrollo de una farmacia heredada de su padre por los hermanos Germán y Reinaldo Knop, la que después de años de investigación y esfuerzo, logró convertirse en Homeopatía Alemana Knop, al obtener, el 16 de noviembre de 1951, la autorización para su funcionamiento en la ciudad de Quilpué. Agrega la demandante que ya en 1947, don Reinaldo Knop había iniciado la venta de una original fórmula antitusiva y expectorante denominada “PALTOMIEL”, con los principios activos del palto y la miel.

1.1. Señala además que, por más de 30 años fue incorporando tecnología, logrando la industrialización en la elaboración de éste y otros productos farmacéuticos de origen natural. Es así como a partir de 1983, inicia un proceso de modernización de la empresa, que incluye el registro como producto farmacéutico del jarabe “PALTOMIEL”, en el Instituto de Salud Pública, en adelante ISP.

1.2. En el año 1985, por resoluciones N° 10.473 y N° 10.474, el ISP otorgó a Knop los registros sanitarios de “PALTOMIEL ADULTO” y “PALTOMIEL INFANTIL”, con los números 21.136 y 21.137 respectivamente, con lo cual adquirió la aprobación por parte de la autoridad sanitaria.

1.3. Agrega la demandante que a principios de los ochenta, el producto cambió de presentación, siendo absolutamente innovadora por cuanto por primera vez se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

utilizó en el mercado el envase de plástico blanco con diseño característico, que otorgó una imagen única a “PALTOMIEL”, en su versión infantil y para adultos.

1.4. Añade que desde el 13 de febrero de 1990, Knop tiene registrada a su nombre en el Departamento de Propiedad Industrial, en adelante DPI, la marca “PALTOMIEL”, con el N° 351.971, registro que fue renovado con fecha 7 de abril de 2000, con el N° 565.631, como tipo “denominativo” de la clase 5, lo cual significaría que, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley N° 19.039, el registro de la marca comercial “PALTOMIEL” se encuentra plenamente vigente. Asimismo, tiene registrada a su nombre la marca “PALTOMIEL”, bajo el N° 344.619, de fecha 11 de mayo de 2001, como tipo “mixto” de la clase 5. En estas condiciones, Knop ha comercializado su tradicional producto “PALTOMIEL” tanto en locales de su propiedad como en las distintas cadenas farmacéuticas existentes en el país, manteniendo una política de apertura a los productos elaborados por otros laboratorios.

1.5. Con respecto a las infracciones en que habría incurrido la demandada, Knop señala que Maver, ante el éxito del antitusivo “PALTOMIEL” no habría encontrado nada más atractivo que crear un producto similar al de Knop, que en 1993 registró por primera vez en el ISP como “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”, cuyo envase y gráfica de rotulado serían prácticamente idénticos a los de “PALTOMIEL”, de Knop. Posteriormente, en 1996, Maver habría obtenido dos nuevos registros sanitarios, esta vez, para los productos “JARABE DE PALTO COMPUESTO” y “JARABE DE PALTO INFANTIL”, conservando, en todo caso, la similitud con los productos de Knop.

1.6. Agrega Knop que, si bien no estaría facultada para impedir la producción de un fitofármaco imitando los principios activos aludidos, sí podría impedir que ello se haga imitando también la denominación, la forma del envase y la gráfica del rotulado, que es lo que haría Maver.

1.7. En su opinión, Maver vulnera el espíritu de la legislación de defensa de la libre competencia, por cuanto, asimilando su producto al de Knop casi hasta la identidad, impide que el público consumidor tome una decisión libre y consciente. Asimismo, sostiene que Maver distorsiona el mercado farmacéutico nacional, influyendo en el precio de este medicamento en particular e impidiendo que Knop pueda vender la cantidad que desee al precio de mercado vigente, aprovechando el prestigio que le proporcionan otros de sus productos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.8. Knop indica que el uso que hace Maver de la denominación “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”, infringe el artículo 3º, letra c) del Decreto Ley N° 211, por cuanto se trataría de un caso de competencia desleal o ilegítima con un pequeño productor, cometida con la finalidad de incrementar su posición dominante en el mercado farmacéutico nacional.

1.9. Agrega la demandante que Maver interpuso ante el DPI una demanda de nulidad de la marca “PALTOMIEL” en contra de Knop, en virtud de lo previsto en los artículos 22º y 23º letras e), f), i) y k) del Decreto Ley N° 958 del año 1931, y que esta acción fue rechazada por dicho organismo, basándose, entre otras razones, en que el consumidor medio identifica la denominación “PALTOMIEL” con el producto elaborado por Knop y amparado por el registro impugnado por Maver.

1.10. Además, con fecha 19 de octubre de 2005, Knop solicitó al ISP someter a reevaluación el registro sanitario otorgado a Maver para su producto “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”, con el objeto que se abstuviera de usar esa denominación para su jarabe expectorante, y con fecha 13 de enero de 2006, el mencionado organismo resolvió dicha solicitud ordenando modificar la denominación del producto “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL” y disponiendo que el producto indicado se denominará en lo sucesivo “JARABE DE PALTO, EUCALIPTO, TOLÚ Y MIEL DE ABEJA”. Lo anterior, a la fecha de presentación de la demanda, no habría sido cumplido cabalmente por Maver.

1.11. Finalmente, Knop expresa que la conducta de Maver es similar a la de Farmacias Ahumada S.A., en adelante FASA, relativa a su producto “CON PALTO CON MIEL”, conducta que fue sancionada por este Tribunal en su Sentencia N° 24, por lo que correspondería que, siguiendo la misma línea de razonamiento, se sancione también a Maver.

1.12. Por estos argumentos, la demandante solicitó tener por interpuesta demanda, admitirla a tramitación y en definitiva acogerla, sancionando a Maver con las medidas establecidas en el artículo 26º del Decreto Ley N°211;

2. A fojas 77, con fecha 9 de noviembre de 2006, Maver contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.1. En primer lugar, la demandada precisa que según lo dispone el artículo 3º, letra c), del Decreto Ley N° 211, para que pueda sancionarse un acto de competencia como desleal, deben reunirse dos elementos copulativos, a saber, que se hayan ejecutado actos de competencia desleal y que los mismos tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Agrega que este Tribunal habría resuelto en casos anteriores que sólo si se acredita que la posición dominante del demandado ha nacido, ha logrado ser sostenida o ha sido incrementada a partir de tales actos desleales, se está ante un acto reprochable al amparo de la letra c) del artículo 3º del Decreto Ley N°211.

2.2. A continuación, Maver expone que según lo expuesto en la demanda de marras, Knop le imputa haber realizado actos de competencia desleal, consistentes en actos de confusión, por lo que en definitiva se le imputaría hacer creer a los consumidores que al comprar el producto “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”, están adquiriendo el producto que comercializa Knop y que con ello se ha logrado “desviar” la clientela que hoy compraría productos de Maver en vez de comprar los productos de la demandante. Este acto de competencia desleal se configuraría de manera compleja, a partir del registro, fabricación y comercialización del producto en un envase determinado y con distintivos gráficos específicos.

2.3. Señala que su actuación se ha enmarcado dentro de la legislación vigente, por lo que no puede catalogarse de desleal, agregando que la circunstancia de que las partes utilicen envases similares para un producto que tiene como finalidad cumplir la misma utilidad, 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 y que los ofrecen a sus potenciales adquirentes que comercializan un tipo de producto determinado. Asimismo, Maver enfatiza que los envases que usan las partes en litigio son productos sobre los cuales ninguna de ellas tiene una protección como diseño industrial.

2.4. Con respecto a las imágenes gráficas, el nombre, el posicionamiento de las palabras y los otros elementos de los envases, Maver señala que en caso alguno pueden entenderse como propias de un acto de confusión, dado que son claramente más los elementos que diferencian ambos productos que aquellos que los asimilan. Se trata de productos que tienen el mismo principio activo (palta y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

miel) y ello debe poder ser expresado en el nombre del producto, porque se trata de términos genéricos.

2.5. Agrega que, adicionalmente, resulta muy difícil estar ante un acto de confusión entre productos farmacéuticos, porque estos productos se presentan bajo una marca necesariamente acompañada, en forma destacada del nombre del fabricante y, además, no son de aquellos cuya adquisición se efectúa por impulso, sino que por el contrario, aunque se trate de los denominados productos OTC, es decir, que no requieren prescripción médica, a éstos sólo se accede en establecimientos Tipo A y a través de un dependiente de dicho establecimiento, que no es dependiente de un laboratorio determinado, con conocimientos especializados respecto de los productos que vende y que necesariamente asiste al comprador en la transacción.

2.6. De esta manera, no podrían constituir actos de competencia desleal ninguna de las conductas ejecutadas por Maver. Según la demandada, avalar la tesis de la demandante permitiría entender que prácticamente no exista competencia entre dos productos similares, pues habría que hacerlos tan distintos que sólo la lectura acabada de un manual permitiría al consumidor concluir que se trata de bienes destinados a satisfacer la misma necesidad.

2.7. Indica que en 1995, Knop formuló una acusación similar en contra de Maver, imputándole haber incurrido en actos de confusión en su perjuicio y con presunta pérdida ilegítima de clientela, al haber deducido Knop una querrela criminal por supuesta infracción a la Ley N° 19.039 y, posteriormente, una demanda civil en los mismos autos criminales. Añade que esas acusaciones habrían sido desechadas por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago el 20 de septiembre de 2006, es decir, tan solo dos días antes de la interposición de la demanda de marras, declarándose que no habría existido un delito marcario ni el perjuicio reclamado por la demandante. De esta forma, un Tribunal de la República, conociendo un proceso fundado en exactamente los mismos hechos que los de esta causa, tanto en sede civil, como en sede penal, ya se habría pronunciado sobre los mismos, declarado que los actos de marras no son antijurídicos ni pueden ser calificados como desleales de conformidad al artículo 28 letra a) de la Ley N° 19.039, de manera que no correspondería “recalificarlos” en los términos pretendidos por la demandante. Con relación a lo anterior, Maver destaca que el referido fallo de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago se habría dictado conociendo un presunto delito tipificado por la Ley N° 19.039, que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

es una de las pocas normas positivas vigentes en Chile que contemplaría la descripción de figuras de competencia desleal.

2.8. Con respecto al segundo requisito que habría de concurrir para que las conductas de competencia desleal puedan ser sancionadas al amparo del Decreto Ley N° 211, que consistiría en tratarse de actos que tengan como finalidad crear, mantener o incrementar una posición dominante en un mercado determinado, Maver señala que la demandante no ha cumplido con indicar cuál es el mercado relevante que supuestamente se vería afectado por las conductas imputadas y cómo se reconocería la creación, mantención o incremento de una posición dominante en el mismo, a partir de las conductas que ha calificado como constitutivas de competencia desleal. En este sentido, la demandada expone que la referencia de la demandante al “mercado farmacéutico” no constituye un aporte en los términos exigidos por la legislación ni tampoco a un mediano entendimiento de cuál es el mercado relevante que debe ser revisado para conocer si hay o no un poder de mercado por parte de uno de los agentes de autos.

2.9. Con respecto al mercado relevante de producto, Maver señala que al identificar el producto mediante la determinación de cuáles son sus bienes sustitutos más inmediatos, en base a un criterio de identificación de características, precio, uso y del estudio de la elasticidad cruzada de la demanda, es muy probable que el mercado de los expectorantes y antitusivos sea uno solo, pues todos apuntan principalmente a una misma finalidad y en general se comercializan dentro de un rango de precios aproximado. En este mercado relevante de producto se incluirían tanto los que poseen como principio activo elementos 100% naturales (sean o no a base de palta y/o miel) como aquellos que han sido elaborados a partir de una formulación química determinada. Por su parte, con respecto al mercado relevante geográfico, señala que dada la penetración que tienen actualmente las farmacias, únicos canales de distribución con facultades de vender los productos indicados y a su vez, considerando que se trata de productos de fabricación nacional con presencia en prácticamente todo Chile, estima que es la totalidad del territorio nacional.

2.10. Añade que una vez determinado el mercado relevante, corresponde analizar la participación de la demandante con su producto “PALTOMIEL” y de Maver con su producto “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”, y agrega que, dado que los hechos imputados por la demandante datan de 1993 y de 1996, es necesario conocer la participación de ambas partes a esa fecha. Con relación a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

este punto, hace presente que en los autos Rol 50.806-1, seguidos ante el 16° Juzgado del Crimen de Santiago iniciados a partir de la querrela criminal señalada previamente, se evacuaron diferentes informes periciales, siendo de especial relevancia el presentado en el año 1998 por el perito contable, don José Luís Varela González, el cual detalla el número de unidades y montos en dinero vendidos de los productos de la demandante desde 1991 a 1994 y desde 1995 a 1997, es decir, antes y después de la introducción al mercado del producto “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”. En dicho informe se señala que en el año 1995, año en el que se comenzó a comercializar el producto de la demandada, Knop vendió un 15,34% más en unidades que en el año 1994, es decir, 57.446 frascos más en un año que otro, y al examinar el cuatrienio 1991-1994 en comparación al trienio 1995-1997, el promedio anual fue inferior para este último en 1,37% en unidades y de solo 0,02% en ingresos. El único dato comparativo de ventas de ambas empresas que se conoce a esa época e incluido en el mismo informe es el de unidades vendidas entre los meses de marzo y mayo de 1995, en el que Knop vendió 178.626 unidades contra 17.623 de Maver. De lo referido presentemente, quedaría de manifiesto que Maver, al tiempo de materializarse los actos que se le han imputado como contrarios a la libre competencia, no adquirió posición dominante alguna en el mercado de los antitusivos, puesto que su presencia en dicho mercado se reducía al 10% de lo detentado por la demandante y, por otra parte, tampoco se presentó uno de los efectos propios de los actos de confusión sancionados como de competencia desleal, ya que no disminuyó la venta ni los ingresos de la demandante de manera relevante ni significativa dentro de los tres años siguientes a la introducción del producto “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”.

2.11. Asimismo, Maver expone un cuadro con estadísticas de venta en unidades de los productos “PALTOMIEL” y “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL” a los meses de septiembre de los años 2004, 2005 y 2006, en el cual se observa que, a septiembre de 2006, la demandada poseía sólo el 0,5% y Knop el 8% del mercado de los antitusivos o expectorantes. A su vez, si se limita el mercado a los expectorantes fabricados en base a paltos y se considera éste como uno distinto del mercado compuesto por los demás expectorantes, según el cuadro presentado, Maver poseía el 6,3% y la demandante el 93,5%. En virtud de lo anterior, la demandada argumenta que habría una posición dominante en el mercado de antitusivos fabricados en base a paltos ostentada por la actora, quien además, a través de la interposición de acciones legales y abusando del derecho,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con el pretexto de encontrarse sometida a actos de competencia desleal, pretende en realidad fortalecer su posición dominante eliminando toda competencia.

2.12. Como consideración adicional, Maver señala que en la especie no es dable comparar su actuar con las conductas desplegadas por FASA y que fueron expuestas por Knop en su demanda, por cuanto FASA y Maver se desempeñan en mercados diversos.

2.13. Con respecto al derecho, señala que según se desprende de sus argumentos, ha quedado demostrado que en la especie no existen conductas que puedan ser consideradas como constitutivas de competencia desleal ni tampoco con ocasión de su ejecución se ha alterado la estructura del mercado relevante. Así, no existiría en la especie un interés público que haya sido vulnerado y, consecuentemente, no cabe sino desechar la demanda por no configurarse en la especie ninguna conducta que pueda ser sancionada al amparo del artículo 3º letra c) del Decreto Ley N°211.

2.14. Finalmente, Maver indica que sería procedente declarar prescrita cualquier acción que pudiere haber nacido de los hechos denunciados, aplicando lo dispuesto en el artículo 20, inciso 3º, del Decreto Ley N° 211, que dispone que las acciones prescriben en el plazo de dos años contados desde la ejecución material de las conductas, dado que estas últimas datan de los años 1993 y 1996;

3. A fojas 101, con fecha 6 de diciembre de 2006, se recibió la causa a prueba, fijándose los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos que, tras acogerse parcialmente a fojas 121 uno de los recursos de reposición presentados, quedaron del modo siguiente:

(1) Estructura y características del mercado en que se comercializan los productos materia de autos, y evolución de la participación de dichos productos en el mismo; y,

(2) Efectividad de que Maver Limitada haya imitado el envase y gráfica de rotulado del producto Paltomiel;

4. Prueba documental e instrumental rendida por la parte demandante:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 4.1. Informe pericial denominado “Comparación de Imagen Gráfica y Envases”, realizado por doña Alexa Mir Arias, de marzo de 2007.
- 4.2. Copia simple de registro obtenido en página Web del Departamento de Propiedad Industrial en la que consta el N° de solicitud 472.639, N° de Registro 565.631 que concede a Laboratorio de Especialidades Farmacéuticas Knop el registro de palabra y denominación de su producto PALTOMIEL.
- 4.3. Copia simple de registro obtenido en página Web del Departamento de Propiedad Industrial en la que consta el N° de solicitud 344.619, N° de Registro 595687 que concede a Laboratorio de Especialidades Farmacéuticas Knop el registro de la marca PALTOMIEL.
- 4.4. Copia simple de registro obtenido en página Web del Departamento de Propiedad Industrial en la que consta el N° de solicitud 299.526, que denegó a Laboratorios Maver la inscripción de su marca JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL.
- 4.5. Copia simple de registro obtenido en página Web del Departamento de Propiedad Industrial en la que consta el N° de solicitud 300.650, que denegó a Laboratorios Maver la inscripción de la frase propaganda JARABE DE PALTO CON MIEL, PIDA EL ORIGINAL EL DEL PANAL.
- 4.6. Copia simple de registro obtenido en página Web del Departamento de Propiedad Industrial en la que consta el N° de solicitud 304.720, que denegó a Laboratorios Maver la inscripción de la frase propaganda JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL MAVER.
- 4.7. Copia simple de inscripción en el ISP de registro sanitario N-88/01, del producto JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL, de Maver.
- 4.8. Copia simple de inscripción en el ISP de registro sanitario N-89/01, del producto JARABE DE PALTO COMPUESTO, de Maver.
- 4.9. Copia simple de inscripción en el ISP de registro sanitario N-90/01, del producto JARABE DE PALTO INFANTIL, de Maver.
- 4.10. Copia simple de sentencia N° 24/2005 de este Tribunal, de fecha 28 de Julio de 2005.
- 4.11. Copia autorizada de sentencia de fecha 30 de Septiembre de 2005, dictada por el Departamento de Propiedad Industrial.
- 4.12. Copia simple de sentencia de fecha 22 de marzo de 2000, dictada por el Departamento de Propiedad Industrial.
- 4.13. Copia autorizada de Informe en Derecho de fecha 03 de octubre de 2005, realizado por la abogado doña Olga Feliú de Ortúzar.
- 4.14. Copia simple de Resolución Exenta N° 70 de fecha 13 de enero de 2006, dictada por el ISP, que obligó a Laboratorios Maver a la modificación de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la denominación de su producto JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL a JARABE DE PALTO, EUCALIPTO, TOLÚ Y MIEL DE ABEJA.

4.15. Copia simple de Resolución Exenta N° 8091, de fecha 20 de octubre de 2006, dictada por el ISP, por la cual rechazó recurso el recurso de reposición presentado por Maver, en contra de la Resolución Exenta N° 70.

4.16. Copia de escrito presentado por Knop ante el ISP, de fecha 09 de noviembre de 2006, por el cual se solicitó se instruyera sumario administrativo en contra de Maver a fin de acreditar si ha dado o no cumplimiento a la Resolución Exenta N° 70.

4.17. Copia simple de Resolución Exenta N° 9883, de fecha 20 de Diciembre de 2006, dictada por el ISP, por la cual ordena instruir sumario sanitario a Maver, por las eventuales responsabilidades sanitarias que correspondan por el supuesto incumplimiento de la Resolución Exenta N° 70.

4.18. Copia simple de citación de fecha 28 de diciembre de 2006, emitida por la Fiscalía de Sumario Sanitario del ISP.

4.19. Carta de fecha 19 de Enero de 2007, dirigida a la Directora del ISP con copia a la Contraloría General de la República.

4.20. Copia simple de audiencia realizada con fecha 24 de enero de 2007 en el ISP.

4.21. Copia simple de Resolución de fecha 24 de enero de 2007, emitida por el Fiscal del ISP, en la cual se pide al Departamento de Control Nacional que informe si Maver ha cumplido con la Resolución Exenta N° 70 y, en la afirmativa, fecha y forma en que se dio cumplimiento a la orden.

4.22. Copia de documento de fecha 01 de febrero de 2007, N° 05301, referencia N° 574/07, de la Contraloría General de la República, División de Auditoría Administrativa y dirigido a la Directora del ISP.

4.23. Copia de Ordinario N° 469, de fecha 05 de febrero de 2007, emitido por la Subsecretaría de Salud Pública, Departamento de Asesoría Jurídica.

4.24. Acta Notarial de 6 de septiembre de 2006, realizada por el Notario Suplente don Fernando Alzate Claro, en la que consta que al solicitar el jarabe PALTOMIEL en la Farmacia Salcobrand ubicada en Avenida Providencia N° 2076, local 14, comuna de Providencia, se entrega Jarabe Maver, Palto Miel.

4.25. Acta Notarial de 7 de septiembre de 2006, realizada por el Notario Suplente don Fernando Alzate Claro, en la que consta que al solicitar el jarabe PALTOMIEL en la Farmacia Farmalider, ubicada en Avenida Pedro de Valdivia N° 1885, local 1, comuna de Providencia, al solicitar PALTOMIEL, se entrega Jarabe Maver, Palto Miel.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 4.26. Acta Notarial de 15 de enero de 2007, realizada por la Notario Titular doña Antonieta Mendoza Escala, en la que consta que al solicitar el jarabe **PALTOMIEL** en la Farmacia **Salcobrand**, ubicada en Avenida **Providencia** N° 2121, local 206, comuna de **Providencia**, se entrega Jarabe **Maver**, **Palto Miel**.
- 4.27. Acta Notarial de fecha 22 de Enero de 2007, realizada por el Notario Suplente don **Eduardo Avello Concha**, en la que consta haberse encontrado y adquirido el Jarabe de **Palto Compuesto "con Miel"** en la Farmacia **Salcobrand**, ubicada en Avenida **Providencia** N° 2076, local 14, comuna de **Providencia**, y se certifica que en la boleta respectiva se le identifica como **Palto Miel AD. JBE**.
- 4.28. Informe Pericial, realizado por don **Luís Moreno López**, sobre "**SEMEJANZAS DE ENVASE DE PRODUCTOS FARMACEÚTICOS Jarabe PALTOMIEL de Laboratorios Knop y Jarabe de PALTO COMPUESTO con MIEL de laboratorios MAVER**".
- 4.29. Currículum Vitae del Perito don **Luís Moreno López**.
- 4.30. Informe Pericial, realizado por don **Luís Moreno López**, sobre "**SEMEJANZAS DE ENVASE Y PRESENTACIÓN COMERCIAL DE PRODUCTOS, PALTOMIEL de Laboratorios Knop, PALTO con MIEL, de Laboratorios Arama, PALTO & MIEL de Laboratorios Arama, Con PALTO con MIEL de Laboratorios Arama y PALTO COMPUESTO CON MIEL de Laboratorios Maver**".
- 4.31. Informe Lingüístico **RESPECTO DE LA RELACIÓN ENTRE LAS MARCAS COMERCIALES "PALTOMIEL" Y "JARABE DE PALTO COMPUESTO (CON MIEL)"**, realizado por don **José Luís Samaniego Aldazábal** y por doña **Marcela Oyanedel Fernández**.
- 4.32. Currículum Vitae de don **José Luís Samaniego Aldazábal**.
- 4.33. Currículum Vitae de doña **Marcela Oyanedel Fernández**.
- 4.34. Informe Pericial realizado por don **Claus Engelbreit Morstadt**, sobre Informe sobre la Estructura y Características del Mercado de Antitusígenos Chilenos y la Evolución de Participación de sus Productos en el mismo, de enero de 2007.
- 4.35. Currículum Vitae del Perito don **Claus Engelbreit Morstadt**.
- 4.36. Impresiones fotográficas de los productos **ONE A DAY** de **Bayer S.A.**, y **NECT A DAY** de **Maver**.
- 4.37. Copia simple de resolución del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, de fecha 23 de enero de 1998, Rol N° 292/97, relativa a producto **SUEÑUM** de **Maver**.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 4.38. Copia simple de resolución del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, de fecha 2 de marzo de 1998, Rol N° 3 09/98, relativa a producto ADELGAZUL de Maver.
- 4.39. Copia simple de resolución del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, de fecha 17 de agosto de 2005, Rol N° 633/05, relativa a la frase de radio "la marca más vendida en Chile, Tapsin", producto de Maver.
- 4.40. Copia simple de resolución del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, de fecha 24 de julio de 2000, Rol N° 471-1/00, relativa a publicidad en Televisión del producto DISFRUTA de Maver.
- 4.41. Copia simple de resolución del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, de fecha 7 de agosto de 2000, en causa Rol N°471-1/00, en la cual se acoge solicitud de reconsideración presentado en contra de la resolución recaída sobre el mismo rol con fecha 24 de julio de 2000, relativa a publicidad de del producto DISFRUTA de Maver.
- 4.42. Copia simple obtenida de página Web, de la revista Capital de fecha 12 de marzo de 2003, que contiene entrevista al Fiscal Nacional Económico don Pedro Mattar P.
- 4.43. Copia simple de publicación del diario El Mercurio de fecha 10 de enero de 2007, cuerpo B3, en el cual analiza el tema de la falta de protección en materia de Propiedad Industrial que enfrenta Chile.
- 4.44. Copia simple de publicación del diario El Mercurio de fecha 15 de enero de 2007, sobre La Protección del Derecho de Autor.
- 4.45. Copia simple de publicación del diario El Mercurio de fecha 23 de febrero de 2007, cuerpo B7, sobre la Proliferación de Nombres de Marcas "casi-casi" iguales.
- 4.46. Certificado de Matrimonio de don Enrique Dellafiori Morales, emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile.
- 4.47. Certificado de Nacimiento de doña Mónica Albala Chamulles, emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile.
- 4.48. Envase del producto JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL de 200 ml, de Maver.
- 4.49. Envase del producto JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL de Maver con certificación del Notario don Eduardo Avello Concha.
- 4.50. Dos muestras de sobre de Sal Efervescente DISFRUTA fabricado por Maver y sobre de Sal de fruta ENO fabricado por Laboratorios GlaxoSmithKline Chile Farmacéutica Ltda.
- 4.51. Dos muestras de envase MENTHOLATUM fabricado por Droguería Hofmann S.A.C., y muestra de VAPOLATUM fabricado por Maver.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 4.52. Dos muestras de producto CALORUB importado y distribuido por Droguería Hofmann S.A.C. y producto DOLORUB fabricado por Maver.
- 4.53. Informes sobre ventas del producto PALTOMIEL correspondientes a los años 1991 a 1998, emitidos por la Gerencia Comercial y Departamento de Ventas de Knop.
- 4.54. Resumen de ventas emitido por la Gerencia Comercial Departamento de Ventas de Knop, que contiene resumen y análisis por trimestre, obteniendo los totales, promedios y porcentajes de ventas desde los años 1991 hasta 1998.
- 4.55. Documento denominado Anexo N° 1, Análisis de Precios PALTOMIEL desde el año 1991-1998.
- 4.56. Documento denominado Anexo N° 2, Análisis de Ingresos sin aparición de copia Maver, analizando por producto PALTOMIEL ADULTO y PALTOMIEL INFANTIL desde los años 1991 hasta 1998.
- 4.57. Documento denominado Anexo N° 3, Análisis de Ventas PALTOMIEL año 1991-1998, analizando por producto PALTOMIEL ADULTO y PALTOMIEL INFANTIL desde los años 1991 hasta 1998.
- 4.58. Documento denominado Anexo N° 4, Pérdida Económica Unidades No Vendidas por Sustitución Copia Maver, analizada por producto PALTOMIEL ADULTO Y PALTOMIEL INFANTIL desde el año 1995 hasta 1998.
- 4.59. Documento denominado Anexo N° 5, Pérdida Económica Unidades No Vendidas por Sustitución Copia Maver, analizada por producto PALTOMIEL ADULTO Y PALTOMIEL INFANTIL desde el año 1995 hasta 1998.
- 4.60. Informe de ventas de Farmacias Cruz Verde S.A., elaborado por el Departamento de Administración y Finanzas de Knop, analizado desde los meses de enero a diciembre desde los años 1995 hasta 2004.
- 4.61. Informe de ventas de Farmacias Ahumada S.A., elaborado por el Departamento de Administración y Finanzas de Knop, analizado desde los meses de enero a diciembre desde los años 1995 hasta 2004.
- 4.62. Estimación de ventas no realizadas a cliente Farmacias Ahumada S.A., del producto PALTOMIEL ADULTO E INFANTIL, analizando un total de ventas desde los meses de enero a diciembre de los años 1998 hasta 2004.
- 4.63. Análisis histórico de unidades vendidas del producto PALTOMIEL ADULTO E INFANTIL, realizado por el Departamento de Administración y Finanzas de Knop, realizado en enero de 2005, el que analiza los meses de enero a diciembre, de los años 1991 hasta 2004.
- 4.64. Informe emitido por IMS Chile, en el cual se analiza el comportamiento de los productos JARABE DE PALTO COMPUESTO CON

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

MIEL de Maver, PALTOMIEL de Knop, PALTO PROPÓLEO de Ecovida y PALTO MIEL de Arama, en el que analiza los años los años 1995 a hasta el año 2006, junto con gráficos de la participación en porcentajes de PALTO CON MIEL en pesos.

4.65. Informe Pericial de fecha marzo de 2007, sobre Comparación de Imagen Gráfica y Envases MENTHOLATUM v/s VAPOLATUM, realizado por doña Alexia Mir Arias.

4.66. Informe Pericial de fecha marzo de 2007, sobre Comparación de Imagen Gráfica y Envases ONE A DAY v/s NECTADAY, realizado por doña Alexia Mir Arias.

4.67. Certificado Emitido con fecha 2 de mayo de 2007 por don Gonzalo Labbé Leiva, Key Account Manager de IMS Health Chile;

5. Prueba testimonial rendida por la parte demandante:

5.1. A fojas 375, con fecha 7 de marzo de 2007, declaró como testigo don José Luís Samaniego Aldazabal, profesor del área lingüística y Decano de la Facultad de Letras de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

5.2. A fojas 381, con fecha 7 de marzo de 2007, declaró como testigo don Christian Vinicio Aguilar González, visitador médico.

5.3. A fojas 384, con fecha 7 de marzo de 2007, declaró como testigo don Adrián Eduardo Vega Fernández, Químico Farmacéutico.

5.4. A fojas 387, con fecha 7 de marzo de 2007, declaró como testigo don Ángel Juan Natalio Ricci Silva, Gerente de Marketing de Laboratorio Raffo.

5.5. A fojas 397, con fecha 8 de marzo de 2007, declaró como testigo don Claus Dieter Engelbreit Morstadt, Químico Farmacéutico y trabajador independiente.

5.6. A fojas 412, con fecha 9 de marzo de 2007, declaró como testigo don Luis Urbano Moreno López, Arquitecto y profesor de la Escuela de Diseño de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

5.7. A fojas 476, con fecha 27 de marzo de 2007, declaró como testigo doña María Marcela Oyanedel Fernández, profesora universitaria;

6. Prueba documental rendida por la parte demandada:

6.1. Copia de certificado emitido por el ISP, de fecha 25 de octubre de 2006, que da cuenta que se mantiene vigente a nombre de Maver y desee el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

23 de diciembre de 1993, el Registro ISP N° N-88/01 , respecto del producto JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL.

6.2. Copia de Informe Pericial evacuado en el año 1998 por el perito contable, don José Luis Varela González, en los autos Rol 50.806-1, seguidos ante el 16° Juzgado del Crimen de Santiago.

6.3. Copia de hojas estadísticas de Maver, que dan cuenta de la venta y comercialización de expectorantes en el territorio nacional en los períodos de 12 meses móviles al mes de septiembre de los años 2004, 2005 y 2006.

6.4. Informe técnico preparado por doña Sandra Cárdenas Navarrete, profesora titular de la cátedra de diseño de la Facultad de la Universidad de Chile.

6.5. Informe Lingüístico elaborado por don Alfredo Matus Olivier, Presidente de la Academia Chilena de la Lengua.

6.6. Copia autorizada de sentencia pronunciada por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago en los autos sobre recurso de apelación ingreso Corte N°61.185-2002, de fecha 20 de septiembre de 2006, con certificación de encontrarse ejecutoriada.

6.7. Informe en Derecho elaborado con fecha 28 de octubre de 1996 por el profesor Eugenio Velasco L.

6.8. Informe en Derecho elaborado por el profesor de la Universidad de Chile don Rodrigo Cooper Cortés.

6.9. Copia de querrela y resolución dictada en los autos criminales rol número 3349-2005 del 16° Juzgado del Crimen de Santiago.

6.10. Carta de fecha 28 de febrero de 2007, remitida por IMS Health Chile, en la cual se señalan los porcentajes de participación en el mercado de los denominados antitusivos o expectorantes de los productos PALTOMIEL y JARABE DE PALTA COMPUESTO CON MIEL.

6.11. Copia de sentencia dictada por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 22 de abril de 1996.

6.12. Copia de presentación en investigación criminal relacionada con la sentencia de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago individualizada en el número anterior.

6.13. Copia de presentación efectuada por Knop ante el 16° Juzgado del Crimen de Santiago, con fecha 5 de septiembre de 2002.

6.14. Copia de presentación efectuada por Maver ante el 16° Juzgado del Crimen de Santiago, con fecha 26 de septiembre de 2002.

6.15. Copia de presentación efectuada por Knop ante el 16° Juzgado del Crimen de Santiago, con fecha 3 de octubre de 2002;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7. Prueba testimonial rendida por la parte demandada:

7.1. A fojas 406, con fecha 8 de marzo de 2007, declaró como testigo doña Sandra Joanna Cárdenas Navarrete, Diseñadora Industrial y profesora de la Universidad de Chile.

7.2. A fojas 417, con fecha 9 de marzo de 2007, declaró como testigo don Alfredo Hernán Matus Olivier, profesor universitario de Lingüística de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile.

7.3. A fojas 482, con fecha 28 de marzo de 2007, declaró como testigo don Bernardo Raúl Eissman Valenzuela, empleado de la empresa consultora IMS Health;

8. A fojas 464 y 474 respectivamente, con fecha 27 de marzo de 2007, absolviéron posiciones por la parte demandante don Germán Rodolfo Knop Valdés y Osvaldo Knop Valdés;

9. Por su parte, a fojas 503, con fecha 9 de abril de 2007, absolvió posiciones por la parte demandada don Alberto Albala Weissmann;

10. Con fecha 28 de mayo de 2007, a fojas 547, Knop presenta sus observaciones a la prueba rendida en autos;

11. A fojas 577, con fecha 3 de julio de 2007, se fijó como fecha de la vista de la causa la audiencia del día 26 de julio del mismo año a las 10:00 horas;

12. Con fecha 23 de julio de 2007, la parte demandada suspendió la vista de la causa, fijando el Tribunal como nueva fecha para la vista, la audiencia del día 16 de agosto de 2007, a las 10:00 horas;

13. Finalmente, con fecha 13 de agosto de 2007, la parte demandante suspendió la vista de la causa, fijando el Tribunal como nueva fecha para la vista, la audiencia del día 30 de agosto de 2007, a las 10:00 horas, en la cual alegaron los abogados de las partes;

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LAS OBJECIONES DE DOCUMENTOS:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Primero. Que, a fojas 96, Knop objetó el documento acompañado por Maver en el punto 3 del otrosí de su escrito de contestación a la demanda, por cuanto no le consta de quién emana dicho documento, y por no constarle su integridad ni su autenticidad;

Segundo. Que, teniendo en cuenta lo expuesto por Knop y las disposiciones legales aplicables, este Tribunal rechazará la objeción planteada, por cuanto el hecho en que se funda, esto es, no constar la autoría, integridad o autenticidad de un documento, no guarda relación con causal alguna de impugnación, sino con su mérito probatorio. Lo anterior, sin perjuicio del valor que se asigne a ese documento conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 22 del Decreto Ley N°211;

EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN ALEGADA POR MAVER:

Tercero. Que, en su escrito de contestación a la demanda, Maver interpuso excepción de prescripción, señalando que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20, inciso 3° del Decreto Ley N° 211, las acciones por atentados a la libre competencia prescriben en el plazo de dos años contados desde la ejecución material de las conductas y, según lo expuesto por la demandante, estas últimas datarían de los años 1993 y 1996, años en que fueron registrados respectivamente en el ISP los productos “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL” y “JARABE DE PALTO COMPUESTO” junto con “JARABE DE PALTO INFANTIL”;

Cuarto. Que, en consecuencia, este Tribunal debe analizar cuándo se deben entender los hechos imputados en autos como “ejecutados”, pues es el término o fin de dicha “ejecución” el que señala el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, cualquiera que éste sea;

Quinto. Que, según se desprende del mérito de autos, Knop ha imputado a Maver el haber ejecutado en su contra actos de competencia desleal, que consistirían en actos de confusión y aprovechamiento de reputación ajena, por cuanto esta última, desde que inició la comercialización de sus productos “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”, “JARABE DE PALTO COMPUESTO” y “JARABE DE PALTO INFANTIL” y hasta la fecha, habría imitado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la denominación, la forma del envase y la gráfica del rotulado de su producto “PALTOMIEL”, que goza desde hace mucho tiempo de una buena reputación en el mercado, con el objeto de obtener clientela que, de otra forma, no habría obtenido;

Sexto. Que, a juicio de este Tribunal, el aprovechamiento de la reputación ajena por medio de actos de imitación o confusión es una actividad continuada o de tracto sucesivo, cuya ejecución comienza con la introducción en el mercado del producto imitador, y que cesa o concluye una vez que éste deja de beneficiarse de la fama y notoriedad del producto imitado, esto es, desde que es reconocido en el mercado como un producto distinto tanto en su imagen, como en su presentación y su denominación. Por lo tanto, en la especie, el plazo de prescripción habría de computarse una vez que los productos “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”, “JARABE DE PALTO COMPUESTO” y “JARABE DE PALTO INFANTIL” de Maver se posicionen por sus propios medios en el mercado nacional, pues en ese momento la ejecución de la supuesta infracción habría terminado;

Séptimo. Que, en opinión de este Tribunal, los productos “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”, “JARABE DE PALTO COMPUESTO” y “JARABE DE PALTO INFANTIL” 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. Lo anterior, por cuanto, tal como se expondrá más adelante, hasta la fecha los productos de Maver no son nítidamente identificables como productos distintos por un consumidor medio;

Octavo. Que, en consecuencia, este Tribunal entiende que, a la fecha, las conductas imputadas no se encuentran prescritas, toda vez que su ejecución, en los términos antes definidos, aún subsistiría, por lo que las alegaciones de prescripción serán rechazadas por esta sola razón;

EN CUANTO AL FONDO:

Noveno. Que, tal como este Tribunal lo ha señalado en sentencias anteriores, para que pueda configurarse una infracción al artículo 3, letra c) del Decreto Ley N° 211 –que es la conducta demandada en estos autos– debe establecerse, copulativamente, que se hayan cometido actos de competencia desleal y, además, que dichos actos hayan sido realizados con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado relevante correspondiente. En consecuencia, es necesario determinar si la empresa demandada efectivamente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ha ejecutado actos de competencia desleal en contra de la actora y, además, si poseía o no poder de mercado, o si tenía por objeto alcanzarlo o incrementarlo con sus conductas;

Décimo. Que, en relación con la determinación de si la demandada ejecutó actos de competencia desleal en contra de la actora, se debe tener presente que esta última imputa a Maver el haber ejecutado actos de confusión y aprovechamiento de reputación ajena, por cuanto, desde que inició la comercialización de sus productos “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”, “JARABE DE PALTO COMPUESTO” y “JARABE DE PALTO INFANTIL” y hasta la fecha, habría imitado la denominación, la forma del envase y la gráfica del rotulado de su producto “PALTOMIEL”;

Undécimo. Que, a juicio de este Tribunal, la demandada efectivamente ha ejecutado y sigue ejecutando conductas tendientes a crear confusión en los consumidores respecto de los productos “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”, “JARABE DE PALTO COMPUESTO” y “JARABE DE PALTO INFANTIL”, en relación con el producto “PALTOMIEL” de la demandante. Lo anterior se da por establecido en base a los siguientes antecedentes y elementos de prueba, analizados de acuerdo a las reglas de la sana crítica: (i) Informe pericial denominado “Comparación de Imagen Gráfica y Envases”, realizado por doña Alexa Mir Arias, de marzo de 2007, acompañado a fojas 156; (ii) Informe Pericial, realizado por don Luís Moreno López, sobre "SEMEJANZAS DE ENVASE DE PRODUCTOS FARMACEÚTICOS Jarabe PALTOMIEL de Laboratorios Knop y Jarabe de PALTO COMPUESTO con MIEL de laboratorios MAVER", acompañado a fojas 157, bajo el número 27; (iii) Informe Pericial, realizado por don Luís Moreno López, sobre "SEMEJANZAS DE ENVASE Y PRESENTACIÓN COMERCIAL DE PRODUCTOS, PALTOMIEL de Laboratorios Knop, PALTO con MIEL, de Laboratorios Arama, PALTO & MIEL de Laboratorios Arama, Con PALTO con MIEL de Laboratorios Arama y PALTO COMPUESTO CON MIEL de Laboratorios Maver", acompañado a fojas 157, bajo el número 29; (iv) Informe Lingüístico RESPECTO DE LA RELACIÓN ENTRE LAS MARCAS COMERCIALES "PALTOMIEL" Y "JARABE DE PALTO COMPUESTO (CON MIEL)", realizado por don José Luís Samaniego Aldazábal y por doña Marcela Oyanedel Fernández, acompañado a fojas 157, bajo el número 30; (v) Envase del producto JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL de 200 ml, de Maver, acompañado a fojas 157, bajo el número 47; (vi) Envase del producto JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL de Maver con certificación del Notario don

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Eduardo Avello Concha, acompañado a fojas 157, bajo el número 48; (vii) Declaración del testigo señor José Luís Samaniego Aldazabal, rolante a fojas 375; (viii) Declaración del testigo señor Christian Vinicio Aguilar González, rolante a fojas 381; Declaración del testigo señor Adrián Eduardo Vega Fernández, rolante a fojas 384; (ix) Declaración del testigo señor Luis Urbano Moreno López, rolante a fojas 412; y, (x) Declaración de la testigo doña María Marcela Oyanedel Fernández, rolante a fojas 476;

Duodécimo. Que, en efecto, de los diversos medios de prueba antes señalados, no puede sino concluirse que Maver imitó y sigue imitando tanto la denominación, como la forma del envase y la gráfica del rotulado del producto “PALTOMIEL” de Knop, de manera que sus productos pueden ser confundidos por un consumidor medio, todo lo cual constituiría un acto de competencia desleal;

Decimotercero. Que si bien la demandada acompañó diversos elementos de prueba tendientes a desvirtuar el hecho de haber imitado la denominación, forma y gráfica del producto “PALTOMIEL” de Knop, tales como los rolantes a fojas 162, 201, 268 y 283, y las declaraciones testimoniales de fojas 406 y 417, en opinión de este Tribunal, y aplicando las reglas de la sana crítica, los mismos deben ser desestimados, por cuanto lo expuesto en ellos no desvirtúa el hecho que ambos productos pueden ser confundidos por un consumidor medio;

Decimocuarto. Que, determinado el hecho que la demandada incurrió en prácticas de competencia desleal, corresponde determinar si, además, poseía o no poder de mercado, o si tenía por objeto alcanzarlo o incrementarlo con sus conductas;

Decimoquinto. Que, en su libelo, la demandante no especifica cuál sería el mercado relevante que se vería afectado por los actos de competencia desleal de Maver, limitándose a señalar que dichas conductas afectarían el mercado farmacéutico en general. No obstante lo anterior, en su escrito de observaciones a la prueba, de fojas 547, la demandante señala que el mercado relevante afectado sería el de los antitusígenos y expectorantes, para después, en su minuta de alegato rolante a fojas 619 y siguientes, contradecirse y señalar que el mercado relevante de autos sería el de los productos farmacéuticos de venta directa u “OTC” (*over the counter*);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimosexto. Que, por otro lado, la demandada señala que el mercado relevante de autos sería el de los expectorantes o antitusivos, sea que posean como principio activo elementos 100% naturales, o que sean elaborados a partir de una formulación química determinada. Asimismo, en su propio escrito de contestación de la demanda, plantea la posibilidad de considerar como mercado relevante sólo el de los expectorantes o antitusivos elaborados en base a palto;

Decimoséptimo. Que el mercado de medicamentos de distribución en farmacias puede dividirse en dos: los medicamentos éticos y los “OTC”, encontrándose reconocido por las partes que los productos materia de autos pertenecen a esta última categoría;

Decimooctavo. Que, a diferencia de los medicamentos éticos, que son recetados y elegidos por un tercero (médico), los medicamentos de venta directa u OTC son escogidos directamente por el consumidor que busca aliviar los síntomas asociados a una dolencia o enfermedad específica, por tanto, es esperable que la decisión de consumo de los medicamentos OTC se base en la finalidad terapéutica buscada, a diferencia de los medicamentos éticos, en los cuales la prescripción del médico es determinante de la compra;

Decimonoveno. Que, precisamente por la razón antes expuesta, este Tribunal descarta que el mercado relevante de autos pueda ser el de los medicamentos OTC en general;

Vigésimo. Que, dado lo anterior, corresponde determinar el mercado relevante de autos tomando en consideración la dolencia o enfermedad específica que se pretende aliviar con los producto en cuestión, en este caso, el producto “PALTOMIEL” de Knop y los productos “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”, “JARABE DE PALTO COMPUESTO” y “JARABE DE PALTO INFANTIL” de Maver;

Vigésimo primero. Que, tal como lo han señalado las partes a lo largo de sus presentaciones, todos los productos materia de autos tienen como particularidad el tener propiedades expectorantes y antitusivas. Así lo señaló Maver en su escrito de contestación de la demanda rolante a fojas 77 y así lo reconoce la propia demandante en su escrito de observaciones a la prueba de fojas 547 y en su minuta de alegato rolante a fojas 619. En este mismo sentido declararon los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

testigos Ángel Ricci Silva, Claus Engelbreit Morstadt y Bernardo Eissman Valenzuela, a fojas 387, 397 y 482 respectivamente;

Vigésimo segundo. Que, en consecuencia, este Tribunal estima que el mercado relevante de autos está compuesto por los productos farmacéuticos expectorantes y antitusivos, restando sólo determinar si dentro del mismo se deben incluir tanto a aquellos expectorantes y antitusivos elaborados en base a palta, como aquellos que sean elaborados a partir de alguna formulación química. Así, este Tribunal analizará qué ocurre con las participaciones de mercado de los productos en cuestión en ambas hipótesis para, de esa forma, determinar si las supuestas conductas de competencia desleal desarrolladas por Maver tuvieron por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante;

Vigésimo tercero. Que este Tribunal estima que no existen antecedentes en autos que permitan determinar fehacientemente la participación de los productos de autos en el mercado de los productos expectorantes y antitusivos en general, al momento de hacer su ingreso los productos “JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL”, “JARABE DE PALTO COMPUESTO” y “JARABE DE PALTO INFANTIL” de Maver;

Vigésimo cuarto. Que, no obstante lo anterior, existen antecedentes para poder comparar la evolución de las ventas de los productos de autos al momento del ingreso de los productos Maver. En relación con ello, es de especial relevancia el informe pericial evacuado en el año 1998 por el perito contable don José Luís Varela González, en los autos Rol 50.806-1, seguidos ante el 16° Juzgado del Crimen de Santiago, acompañado por Maver y no objetado por la actora, que señala que, al momento de hacer su entrada los productos de Maver, la participación del producto de Knop, tanto en valores como en unidades, no sólo no disminuyó, sino que aumentó. A esta misma conclusión se llega si se analiza el cuadro denominado “Análisis Histórico de Unidades Vendidas” acompañado por la propia demandante a fojas 364;

Vigésimo quinto. Que, por otra parte, con respecto a la participación de los productos materia de autos en el mercado de los expectorantes y antitusivos en general, al momento de la presentación de la demanda de autos, ninguna de las partes tenía poder de mercado. En efecto, según consta del informe pericial elaborado por don Claus Engelbreit, a solicitud de la propia actora y acompañado por ésta a fojas 157, el producto de Knop, en unidades, ha tenido una participación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en el mercado de los expectorantes y antitusivos en general de 7.33% para el año 2004, de 8,41% para el año 2005, y de 10,72% para el año 2006, mientras que los productos de Maver han tenido apenas una participación de 1,17% para el año 2004, de 1,69% para el año 2005, y de 1,01% para el año 2006. Esta información es consistente con el informe elaborado por la empresa consultora IMS Health, acompañado por la demandada a fojas 320, y fue ratificada por la actora tanto en su escrito de observaciones a la prueba de fojas 547 como en su minuta de alegato de fojas 619;

Vigésimo sexto. Que, por otro lado, si sólo se considerara como mercado relevante de autos el compuesto por los productos farmacéuticos expectorantes y antitusivos elaborados en base a palta, según diversos antecedentes, ha sido Knop la que ha mantenido desde antes de la entrada de los productos de Maver, y hasta esta fecha, una clara posición dominante. En efecto, según evidencia aportada por la propia actora a fojas 364, Knop, con su producto "PALTOMIEL", desde el año 1995 a la fecha, ha mantenido una participación en este mercado siempre superior al 55%, tanto en unidades como en valores. Lo anterior fue confirmado por la actora en su escrito de observaciones a la prueba de fojas 547 y en estrados, tal como consta en su minuta de alegato agregada a fojas 619. En este mismo sentido se pronuncian tanto el informe pericial elaborado por don Claus Engelbreit, a solicitud de la propia actora y acompañado por ésta a fojas 157, como el informe elaborado por la empresa consultora IMS Health acompañado por la demandada a fojas 320;

Vigésimo séptimo. Que, de esta manera, Maver, empresa que no detenta poder en ninguno de los mercados mencionados en la presente sentencia, habría imitado un producto que goza de gran prestigio, mediante el simple expediente de emular su denominación, la forma del envase y la gráfica de su rotulado, lo que a juicio de este Tribunal, no resulta apto para lograr alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Vigésimo octavo. Que, en consecuencia, resulta claro que las conductas de competencia desleal ejecutadas por Maver en contra de Knop no fueron realizadas por alguien que gozaba de una posición dominante, ni pueden ser estimadas como aptas para permitir a Maver alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en ninguno de los escenarios de mercado relevante posibles, de modo que no puede considerarse que hayan sido ejecutadas con tal objeto o finalidad;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 26º del Decreto Ley N° 211, **SE RESUELVE:**

I.- EN CUANTO A LAS OBJECIONES DE DOCUMENTOS:

RECHAZAR las objeciones de documentos formuladas a fojas 96 por la demandante;

II.- EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN ALEGADA POR MAVER:

RECHAZAR la excepción de prescripción alegada por Maver en su escrito de contestación a la demanda; y

III.- EN CUANTO AL FONDO:

RECHAZAR la demanda de fojas 3 interpuesta por Laboratorio Especialidades Farmacéuticas Knop Ltda. en contra de Laboratorio Maver Ltda. No se condena en costas a la demandante, por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 109-06

Pronunciada por los Ministros señores Sr. Tomás Menchaca Olivares, actuando como Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic y Sr. Julio Peña Torres. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Javier Velozo Alcaide.