

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 60/2007

Santiago, nueve de octubre de dos mil siete.

VISTOS:

1. A fojas 34, con fecha 28 de septiembre de 2006, Bayer HealthCare LLC, en adelante Bayer, dedujo demanda en contra de Laboratorio Maver Ltda., en adelante Maver, y de don Alberto Albala Weismann, en adelante el señor Albala, porque habrían infringido la libre competencia, conforme a los antecedentes de hecho y de derecho que expone a continuación.

1.1. Bayer señala ser dueña de la marca TABCIN, registrada a su nombre con el número 596410 en el Registro de Marcas del Departamento de Propiedad Industrial para distinguir productos de la clase 5C.

Indica que es de público conocimiento que esa marca fue acuñada en los Estados Unidos por el Laboratorio MILES, conjuntamente con la conocida ALKA SELTZER, y que su primer registro a nombre de ese Laboratorio data de 1934.

Precisa que, en 1970, Laboratorio Miles registró la marca TABCIN en Chile a nombre de Pony International Inc. para distinguir productos de las clases 18C y 25C (que corresponden a las clases 5C y 5N actuales), y que en 1980 Bayer A.G. adquirió Laboratorio Miles e incorporó TABCIN a su línea de medicamentos OTC.

1.2. Atendida la alta calidad del producto y a la unión de la marca TABCIN con BAYER el producto se introdujo con especial fuerza en diversos países del extranjero, de lo cual resulta que TABCIN es una marca famosa o notoria de analgésicos y antigripales en los términos que exige el Convenio de Paris.

La demandante expone que TABCIN se comercializa en sus diferentes presentaciones en Estados Unidos (desde 1969), México, Colombia, Uruguay, Guatemala, Argentina, Honduras, Costa Rica, Panamá y República Dominicana.

1.3. Según Bayer, mucho después de que había dado fama a su marca TABCIN, Maver solicitó el registro de la marca TAPSIN para amparar productos de la clase 5C, el cual obtuvo en 1981 con el número 239041. Con ello, la demandada habría vulnerado tanto la legislación de marcas como la legislación sanitaria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.3.1. En cuanto a la Ley de Propiedad Industrial y al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, Maver habría infringido los siguientes literales del artículo 23 del Decreto Ley N° 958, de 1931, vigente a la fecha de los hechos:

1.3.1.1. Letra g) por tratarse de una marca carente de novedad, toda vez que, con anterioridad a la solicitud e inscripción de la marca de Maver, la marca TABCIN había sido adoptada, utilizada y registrada en el exterior por las antecesoras de BAYER para distinguir productos de la clase 5. Los registros y uso de los signos distintivos de TABCIN son muy anteriores a los de TAPSIN y distinguen productos de igual naturaleza.

Esta disposición fue reiterada en el artículo 20 letra e) de la Ley N° 19.039 sobre Propiedad Industrial.

1.3.1.2. Letra f) por tratarse de una marca que se presta para inducir a error o engaño respecto de la procedencia, cualidad o género de los productos, porque desde 1969 existen productos de la clase 5 marca TABCIN en el mercado internacional.

Indica que los laboratorios internacionales precursores de Bayer han hecho importantes inversiones en publicidad, promoción médica, etc. y que Maver, al inscribir a su nombre en 1981 y comenzar a usar en 1995 la marca TABCIN, pretendería aprovechar el prestigio ganado por TABCIN.

Agrega que en Chile, TABCIN de Bayer se habría visto impedida de ingresar al mercado, toda vez que la existencia de TAPSIN de Maver produce confusión entre los consumidores, quienes no pueden distinguir marcas tan similares gráfica y fonéticamente.

Esta disposición fue reiterada en el artículo 20 letra f) de la Ley N° 19.039 sobre Propiedad Industrial.

1.3.1.3. Letra h) por tratarse de una marca igual o semejante a otra ya registrada, toda vez que la marca TAPSIN de Maver, de 1981, es igual o semejante fonética y gráficamente a la marca TAPSIN de Bayer, previamente registrada desde 1970.

Esta disposición fue reiterada en el artículo 20 letra h) de la Ley N° 19.039 sobre Propiedad Industrial.

1.3.1.4. Letra k) por tratarse de una marca contraria a la moral o buenas costumbres y al orden público.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Expresa que el registro de la marca TAPSIN por parte de Maver constituye un acto contrario a las buenas costumbres comerciales, a la ética mercantil, a los principios de competencia leal y al orden público económico.

Cita dos sentencias del Departamento de Propiedad Industrial respecto de las marcas internacionales HAAGEN -DAZS y Calvin Klein, que habrían acogido solicitudes de nulidad de marcas solicitadas porque atentarían contra las buenas costumbres mercantiles y contra los principios de una competencia leal.

Señala que dentro de los actos de competencia desleal se encuentran comprendidos aquellos encaminados a obtener la preferencia de la clientela por actos distintos a la normal aplicación de la ley de la oferta y la demanda; el uso de falsas indicaciones de origen y calidad; y el empleo de los medios, sistemas o nombres propios de un competidor, sus establecimientos, sus productos o servicios, actos que se configurarían por el hecho de registrar Maver para sí una marca comercial que no le pertenece por creación, adopción o difusión.

Agrega que esos actos atentan también contra el orden público económico, porque éste repudia las maniobras que objetivamente interfieren con el derecho de los consumidores a una genuina y certera elección.

Esta disposición fue reiterada en el artículo 20 letra j) de la Ley N° 19.039 sobre Propiedad Industrial.

1.3.2. En cuanto a la legislación sanitaria, la actora señala que Maver la habría infringido al copiar la fórmula y utilizar un nombre casi idéntico al de Bayer para registrar en el Instituto de Salud Pública (ISP) y comercializar sus productos, toda vez que, las autorizaciones sanitarias de TABCIN que datan de 1987 son anteriores a las de TAPSIN, de modo que la denominación del producto farmacéutico de Bayer cuenta con la protección sanitaria que otorga el artículo 36 del D.S. N° 1876 del Ministerio de Salud que dispone que una especialidad farmacéutica no puede designarse con un nombre de fantasía cuando pueda inducir a confusión o engaño al ser semejante a otro producto registrado.

A juicio de la demandante, con la copia de la fórmula, la identidad fonética y la similitud gráfica del nombre, de las etiquetas y del envase, Maver ha logrado crear una asociación entre ambos productos, que confunde e induce a los consumidores a adquirir su producto TAPSIN, en el convencimiento que están comprando el producto TABCIN de Bayer, que es originario del mismo y ha sido elaborado en base a materias primas seleccionadas, bajo estrictos estándares de calidad, y por sobre todo, posicionado en el mercado nacional e internacional como un producto del mayor nivel.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.4. En cuanto a la legislación sobre libre competencia, Bayer señala que Maver ha infringido el artículo 3º, letra c), del Decreto Ley N° 211 al adquirir ilegalmente los registros sanitarios y de marcas, y gozar ilegítimamente del prestigio ganado por TABCIN de Bayer.

1.4.1. Indica que Maver ha ido introduciendo al mercado distintos productos de propia elaboración, bajo las denominaciones Tapsin sin cafeína jarabe 120 mg/5ml, Tapsin sin cafeína infantil comprimidos masticables 80 mg, Tapsin compuesto polvo para solución oral en sobres, Tapsin sin cafeína período menstrual comprimidos, Tapsin comprimidos, Tapsin compuesto con clorfenamina polvo para solución oral, tapsin capsulas blandas, Tapsin compuesto D.N. polvo para solución oral, etc. obteniendo más de 25 registros sanitarios para dichos productos y desplazando a sus legítimos competidores del mercado farmacéutico e impidiéndoles que puedan competir en igualdad de condiciones.

1.4.2. Según Bayer, las conductas de la demandada vulneran el espíritu de la ley antimonopolios y amenazan el mercado farmacéutico nacional, toda vez que Maver habría ido adquiriendo en él una posición dominante en forma desleal, esto es, desplazando e impidiendo el ingreso a éste del producto TABCIN de Bayer y llegando a no tener competencia alguna, y obteniendo en el corto plazo grandes frutos sin necesidad de incurrir en los costos en que incurrió Bayer para posicionarse internacionalmente en el mercado farmacéutico con su producto TABCIN. De esta forma Maver impide, en definitiva, una competencia en igualdad de condiciones y mantiene el control de la oferta de productos antigripales cuyos principios activos sean paracetamol, cafeína, seudofedrina y clorfenamina.

1.4.3. Agrega la actora que, como consecuencia de lo anterior, Maver ha llegado a constituir un monopolio a nivel nacional en el mercado de los productos farmacéuticos relacionados con los antigripales vendidos a público sin necesidad de receta médica y actualmente no tiene competencia, lo que pone de manifiesto la actitud predatoria de Maver y deriva en un irremediable perjuicio a los consumidores y a su representada, quien ha visto disminuida su participación en el mercado para esta clase de fármacos.

1.4.4. Por último, Bayer señala que la obtención por parte de Maver de la marca TAPSIN y de los respectivos registros sanitarios infringen además el artículo 4º del Decreto Ley N° 211, que dispone que no podrán otorgarse concesiones,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

autorizaciones ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas salvo que la ley lo autorice.

1.5. Atendido lo expuesto, Bayer solicita que se admita a tramitación su demanda en contra de “Laboratorios Maver Ltda.” y de don Alberto Albala Weismann, en su calidad de representante legal, y en la oportunidad legal sancionarlo con las medidas del artículo 26 del Decreto Ley N° 211;

2. A fojas 95, con fecha 9 de noviembre de 2006, Maver y el señor Alberto Albala Weismann contestan la demanda de autos y solicitan su rechazo, con costas, por las razones que exponen a continuación.

2.1. Los demandados sostienen que la demandante fundamenta su pretensión en los mismos hechos que actualmente están siendo revisados y discutidos en juicios de nulidad de marca iniciados por Bayer ante el Jefe del Departamento de Propiedad Industrial cuyos fallos están aun pendientes de ser dictados, y que a este Tribunal no correspondería pronunciarse respecto de eventuales infracciones a la Ley de Propiedad Industrial, a menos que exista un uso abusivo de un derecho marcario. Por lo tanto, mientras no se resuelvan los juicios de marcas iniciados por Bayer y se establezca la validez o no de los registros marcarios y por tanto la legitimidad o ilegitimidad de su uso, no podría establecerse la presunta competencia desleal.

2.2. Expresan que no controvertirán el hecho de que la marca TAPSIN fue registrada en 1981 y que los productos se comercializaron a contar de 1995, pero niegan las conclusiones a que arriba la demandante a partir de esos hechos. Particularmente, los demandados niegan haber ejecutado actos de competencia desleal, y que éstos afecten el mercado en su estructura, creando, manteniendo o aumentando un poder de mercado, de manera que no concurrirían en la especie los dos requisitos necesarios para que este Tribunal pueda sancionar actos de competencia desleal.

2.3. Precisa que conforme a lo dispuesto en el literal c) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211 y a las sentencias anteriores pronunciadas sobre esta materia, se exige, por una parte, que se hayan ejecutado actos de competencia desleal; y, por otra, que tales actos tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Agrega que conforme lo señalado en la Sentencia N° 10 de este Tribunal, sería necesario demostrar, además, la relación causal entre los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

actos de competencia desleal imputados y dicha posición de dominio, es decir, si tales actos han permitido que esa posición de dominio nazca, se sostenga o incremente.

2.4. Con respecto al primer requisito, los demandados señalan que Bayer imputa a Maver un actuar desleal que consistiría en haber incurrido en actos de confusión, que habrían tenido por efecto aprovechar el prestigio de la marca TABCIN de Bayer, es decir, hacer creer a los consumidores que al comprar el producto TAPSIN de Maver están adquiriendo el producto TAPSIN de Bayer. Estos actos de competencia desleal se configurarían de manera compleja, a partir del registro de la marca en 1981 y de la posterior fabricación y comercialización de los productos desde 1995 en adelante.

2.4.1. A este respecto, los demandados destacan que Maver nunca ha comercializado en Chile productos farmacéuticos marca TABCIN, en los 36 años que han transcurrido desde 1970 en adelante, fecha a partir de la cual supuestamente poseería el registro de esa marca. De esta forma, y considerando que Bayer nunca ha usado su marca en Chile, no existirían productos con los cuales puedan ser comparados los elementos distintivos de ambos productos para verificar si pudiesen existir actos de imitación que faciliten la confusión.

2.4.2. A continuación, cuenta la historia de las marcas TABCIN y TAPSIN enfatizando: (i) A propósito de la marca TABCIN, que existiría un encargo no acreditado de Bayer a Pony International Inc., quien habría registrado por primera vez la marca en Chile, y que la omisión de las fechas en las cuales ésta habría sido registrada en Argentina, Uruguay y Colombia dejaría de manifiesto que jamás ha tenido en Sudamérica la fama alegada por Bayer; y (ii) En cuanto a la marca TAPSIN, señalan que se encuentra registrada desde el 26 de mayo de 1981, y que a esa fecha no se configuraba ninguna de las causales de nulidad invocadas por el actor contempladas en el estatuto entonces vigente, esto es, el Decreto Ley N° 958.

2.4.3. Expone que TAPSIN, al tiempo de solicitarse el registro en 1980, era un signo visible, novedoso y característico en Chile, que se creó a partir del nombre de fantasía, de origen español **TAPSIN**, que engloba el siguiente concepto: **T**: Tratamiento; **A**: Analgésico o antigripal; **P**: Para; **SIN**: Síntomas en general (dolores, resfriados, gripes, etc...). No obstante, el uso masivo de ese signo fue dilatado en el tiempo, ya que, en esa misma época mantenía vigente un contrato

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de representación exclusiva con American Home Products -una de las firmas farmacéuticas de productos OTC más grandes del mundo- en virtud del cual Maver se obligó a no comercializar productos que compitieran con las marcas que formaban parte de la representación.

2.4.4. Por ello, sólo una vez terminada la representación, Maver lanzó al mercado los productos de la línea de analgésicos y antigripales marca TAPSIN, comenzando por las denominadas “LIMONADAS CALIENTES” y, siguiendo, posteriormente, con el lanzamiento de productos con el mismo principio activo, tales como TAPSIN PERIODO, MIGRATAPSIN, ANALGESICO TAPSIN, TAPSIN SC, TAPSIN INFANTIL, TAPSIN DIA, TAPSIN NOCHE, TAPSIN D/N, TAPSIN 6/12, ARTRITAPSIN, TAPSIN 2 FORTE, etc.

2.4.5. Maver señala que efectuó significativas inversiones para desarrollar sus productos y posicionar la marca TAPSIN, proporcionando a ésta, en sus diferentes presentaciones, una imagen colectiva en el público consumidor, que reconoce cada uno de sus productos como una marca propia, relacionada a Laboratorio Maver Limitada, suficientemente distintiva y novedosa de productos que utilizan como principio activo el paracetamol.

2.4.6. Además, fundadas en su experiencia con American Home Products las demandadas señalan que TABCIN es una marca de origen inglés cuya estructura está compuesta de 2 sílabas **TAB** + **CIN**, la sílaba **TAB**, se asocia con la contracción de **TABLET**, en inglés, tabletas en español y la sílaba **CIN**, desinencia inglesa o modo de terminar las cláusulas en el idioma inglés, muy usada en Estados Unidos, que significa **Chemistry Industries Notice**. Por lo tanto, concluye que los signos TABCIN y TAPSIN no se asemejarían ni remotamente.

2.4.7. Por otra parte, las demandadas agregan que es frecuente la existencia de signos similares en la clase 5, tanto en Chile como el extranjero, y que es muy difícil inducir a error en este tipo de productos porque éstos tienen características propias en cuanto a su comercialización y presentación porque no son del tipo que se compran por impulso, sino que por el contrario, aunque se trate de los denominados productos OTC, a estos sólo se accede en establecimientos Tipo A (farmacias) y a través de un dependiente de dicho establecimiento. Además, los productos de la clase 5 se presentan normalmente bajo una marca acompañada del nombre, diseño o colores propios del fabricante, entre otras.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.4.8. Las demandadas continúan negando las imputaciones de incumplimiento a la legislación de propiedad industrial contenidas en la demanda, y agregando que: (i) la marca TAPSIN es novedosa, porque corresponde a un nombre de fantasía, creado por Maver; (ii) nunca se ha prestado para inducir en error o engaño respecto de la procedencia, cualidad o género de los productos que distingue, porque todo el desarrollo de la marca está unido al desarrollo de productos novedosos; (iii) la afirmación de la demandante de haber adquirido la marca TABCIN de Pony International Inc. en 1980 no se condice con la realidad, puesto que la marca aparece adquirida por Bayer AG en 1996 y posteriormente por la demandante Bayer HealthCare, recién en el año 2004; y, (iv) que todas las actuaciones de Maver han sido legítimas y prudentiales porque se sometió a las normas vigentes de la época para el registro de su marca, no compite con el producto de Bayer en Chile porque se trata de productos diferentes, y son inaplicables al mercado de autos la jurisprudencia relativa a las marcas HÄGEN DAZZ (helados) y CALVIN KLEIN (vestuario) citadas por la demandante.

2.5. Con respecto al segundo requisito, las demandadas expresan que para que las conductas de competencia desleal puedan ser sancionadas al amparo del Decreto Ley N° 211, debe tratarse de actos que tengan como finalidad crear, mantener o reforzar una posición dominante en un mercado determinado.

2.5.1. A este respecto, la única referencia que contiene la demanda a un mercado es al “mercado farmacéutico”, afirmación que no constituye aporte alguno para los efectos de entender cuál es el mercado relevante que debe ser revisado para determinar si hay o no un poder de mercado por parte de alguno de los agentes.

2.5.2. No obstante que la demandada entiende que la labor de definir el mercado relevante y el poder de mercado que en él pretendería alcanzar, mantener o incrementar Maver, esta última define el mercado como el de los analgésicos y antigripales que se comercializan en farmacias (nacional).

En cuanto al mercado de producto, expresa que para su definición se debe tener en consideración la finalidad o uso del producto, pues si bien los principios activos de los antigripales y de los analgésicos son básicamente los mismos, existen diferencias en su formulación que conllevan a que los antigripales sean una especie de los analgésicos genéricos que los consumidores ingieren en circunstancias más acotadas.

A propósito del mercado geográfico, las demandadas consideran la penetración que tienen actualmente las farmacias como únicos canales de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

distribución con facultades de vender los productos indicados, y la circunstancia de tratarse de productos de fabricación nacional con presencia en prácticamente todo el territorio.

2.5.3. Respecto de las participaciones, incorpora una tabla que detalla las unidades de analgésicos y antigripales vendidas en los meses de septiembre de 2004, 2005 y 2006, conforme a la cual el producto Tapsin de Maver tendría un 11,13% del mercado de analgésicos y un 10,9% del mercado de antigripales. Luego, si se considera que los analgésicos y antigripales constituyen un único mercado, su participación sería de un 11%. Agrega que la demandante ni siquiera participa en este mercado con productos TABCIN, de manera que será bien difícil probar que TAPSIN le ha quitado clientela o ganancias.

2.5.4. Añade que, como consecuencia de lo anterior sea cual sea el mercado que consideremos en uno y otro caso, Maver no sólo no tiene poder de mercado, sino que se trata de mercados no concentrados conforme al Índice de Herfindahl Hirschmann, en los que Maver es un actor más.

2.5.5. Las demandadas refutan la tesis de la demandante en cuanto a que la legislación antimonopolio tendría por finalidad proteger la competencia perfecta, pues donde hay diferenciación de productos el mercado no puede ser perfecto, y señala que ésta incurre en contradicciones al calificar sus conductas como prácticas predatorias y acusarlas simultáneamente de establecer precios monopólicos en su beneficio, lo cual sería materialmente imposible.

2.6. Concluyen expresando 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 de los mercados relevantes. Por tanto, no existe 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. Con respecto a la presunta violación al artículo 4º del mismo cuerpo legal, se ñala que simplemente constituye un imposible material.

2.7. Finalmente, Maver indica que sería procedente declarar prescrita cualquier acción que pudiese haber nacido de los hechos denunciados, aplicando lo dispuesto en el artículo 20, inciso 3º, del Decreto Ley N° 211 que dispone que las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acciones prescriben en el plazo de dos años desde la ejecución material de las conductas, y estas últimas datan de los años 1981 y 1995 y, como ya se indicó, habrían sido objeto de discusión en otros litigios, uno de los cuales fue iniciado hace más de diez años;

3. A fojas 145, con fecha 6 de diciembre de 2006, se recibió la causa a prueba, fijándose los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos que, tras acogerse parcialmente uno de los recursos de reposición, 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 productos en el mismo, dentro de Chile. Fechas en que las partes adquirieron y posicionaron las marcas comerciales "TABCIN" y "TAPSIN"; y,
- (2) Efectividad de que Maver Limitada haya incurrido en las conductas que se le imputan. Hechos, oportunidad y circunstancias;

4. Prueba instrumental y documental rendida por las partes:

4.1. Por la parte de Bayer HealthCare LLC:

A fojas 34 (en la demanda): i) Copia de la Resolución N° 3.807 de 1987, que concede registro sanitario al producto TABCIN de Bayer; ii) Copia de la página de Internet del Departamento de Propiedad Industrial, en donde consta que Pony Internacional Inc. (hoy Bayer) registró la marca TABCIN N° 233358 el 01 de diciembre de 1980; iii) Copia de la página de Internet del Departamento de Propiedad Industrial, en donde consta que Bayer Corporation registró la marca TABCIN, bajo el N° 365335 del 26 de Febrero de 1991; iv) Copia de la página de Internet del Departamento de Propiedad Industrial, en donde consta que Bayer HealthCare LLC registró la marca TABCIN, bajo el N° 596410 del 23 de Mayo de 2001; vi) Copia simple de lo obrado por Bayer Corporation ante la Justicia Ordinaria Chilena.

A fojas 193: vii) Informe Pericial Lingüístico sobre La Relación entre las Marcas Comerciales TABCIN y TAPSIN, elaborado por don José Luís Samaniego, Secretario de la Academia Chilena de la Lengua, y por doña Marcela Oyanedel, Doctor en Lingüística y Coordinadora de Post Grado de la facultad de Letras de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A fojas 196: viii) Disco Compacto en formato CD, signado con el N° 1, que contiene un comercial radial en idioma inglés, cuya difusión se llevó a cabo en Estado Unidos de América; ix) Disco Compacto en formato CD, signado con el N° 2, que contiene facturas y avisos comerciales de la marca TABCIN en Centroamérica; x) Disco Compacto en formato DVD, signado con el N° 3, que contiene publicidad de la marca TABCIN en Argentina; xi) Disco Compacto en formato CD, signado con el N° 4, que contiene 3 comerciales de TABCIN en México; xii) Disco Compacto en formato CD, signado con el N° 5, que contiene inversiones y comerciales de TABCIN en México; xiii) Disco Compacto en formato DVD, signado con el N° 6, que contiene publicidad de TABCIN INFANTIL, TABCIN ADULTOS Y TABCIN, cuya difusión se llevó a cabo en Centroamérica.

A fojas 197: xiv) Envase de MENTHOLATUM, ungüento fabricado en U.S.A. por The Mentholatum Co. Inc e importado y distribuido por Droguería Hofmann S.A; xv) Envase de VAPOLATUM, ungüento fabricado por Maver; xvi) Sobre de Sal de Fruta ENO, fabricado por GlaxoSmithKine Argentina S.A. e importado y distribuido por GlaxoSmithKine Chile Farmacéutica Limitada; xvii) Sobre de Sal Efervescente DISFRUTA, fabricado por Maver; xviii) Envase de CALORUB, fabricado por Mentholatum Company, importado y distribuido por Droguería Hofmann S.A; xix) Envase de DOLORUB, fabricado y distribuido por Maver; xx) Envase de PALTOMIEL, jarabe expectorante fabricado y distribuido por Laboratorios Knop; xxi) Envase de JARABE DE PALTO COMPUESTO CON MIEL, fabricado y distribuido por Maver; xxii) Dos envases, que contienen 2 tabletas efervescentes c/u, de TABCIN antigripal efervescente para adultos fórmula mejorada, de color calipso; xxiii) Dos envases, que contienen 2 tabletas efervescentes c/u de TABCIN antigripal efervescente, color celeste; xxiv) Dos envases, que contienen 2 tabletas efervescentes c/u de TABCIN antigripal efervescente extra fuerte, color rojo; xxv) Dos envases, que contienen 2 tabletas efervescentes c/u de TABCIN antigripal efervescente acción nocturna, color verde; xxvi) Dos envases, que contienen 2 tabletas c/u de TABCIN antigripal efervescente para niños, con vitamina C, color fucsia; xxvii) Dos envases, que contienen 2 tabletas c/u de TABCIN efervescente antigripal para niños nueva fórmula, sabor cereza, color cereza; xxviii) Dos envases, que contienen 2 tabletas c/u de TABCIN efervescente antigripal Gripe y Tos, color morado; xxix) Una muestra de 12 cápsulas de TABCIN Compuesto, color azul; xxx) Una muestra de 12 cápsulas de TABCIN PM, color

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

verde; xxxi) Una muestra de 12 cápsulas de TABCIN Active, color rojo; xxxii) Muestra de 8 cápsulas de TABCIN T, color morado.

A fojas 199: xxxiii) Copia autorizada de “Estudio de Ventas de TABCIN en Latinoamérica”, elaborado por IMS Health Chile, con información relativa a los años 1995 hasta el año 2004, en donde consta la comercialización de TABCIN en Argentina, Uruguay, Paraguay, México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, además de su porcentaje de participación en cada respectivo mercado; xxxiv) Copia de impresiones obtenidas de la página web del Departamento de Propiedad Industrial, dependiente del Ministerio de Economía, que dan cuenta de solicitudes de marca presentadas por Maver a dicho organismo; xxxv) Impresiones obtenidas de la página web del Departamento de Propiedad Industrial, en las que constan marcas registradas por Bayer y la fecha con que dichas marcas se registraron; xxxvi) Copia simple de certificado que acredita la inscripción de la marca TABCIN de Bayer en Colombia; xxxvii) Copia simple de la solicitud de inscripción de la marca TABCIN ante el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial; xxxviii) Copia simple de la solicitud de renovación de la marca TABCIN presentada ante el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial; xxxix) Copia simple del certificado emitido por el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial; xl) Copia simple de certificado emitido por la Secretaria de Gobierno de Indiana, que da cuenta de la fusión entre Bayer USA, Bayer Corporation y Miles Financial Service a Miles INC, pasando la última a denominarse Bayer Corporation; xli) Copia simple de Título de Renovación para la marca TABCIN, en Guatemala; xlii) Copia simple de certificado emitido por el Registro de Propiedad Intelectual del Ministerio de Economía de Guatemala, donde se certifica que la marca TABCIN data desde 1950; xliii) Copia simple de certificado de autorización y venta de especialidad medicinal, para la marca TABCIN en Argentina, autorización que data del año 1993; xliv) Copia simple de Solicitud de Renovación de la marca TABCIN, ante el Departamento de Propiedad Industrial de Chile, en donde consta que la marca TABCIN fue inscrita el 23 de Diciembre de 1970; xlv) Copia simple de certificado emitido por el Departamento de Propiedad Industrial de Chile, que da cuenta de la concesión de la marca TABCIN a nombre de Bayer Corporation, de Mayo de 2001; xlvi) Copia autorizada de Informe en Derecho suscrito por la abogada doña Olga Feliú de Ortúzar; xlvii) Copia simple de expediente de procedimiento administrativo tramitado ante el ISP para la solicitud de cambio de denominación de los productos Focus a TABCIN; xlviii) Copia de impresión de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

página web de Diario El Mercurio, sección Economía y Negocios, cuyo reportaje se titula “Cómo Nace el Nombre de una Marca: Aquí está la cuna”, publicado con fecha 28 de octubre de 2005; xlix) Informe de ventas de los años 1990 y 2006 de las marcas ANACIN v/s TAPSIN y ENO v/s DISFRUTA, cuya fuente sería la empresa IMS Health; l) Análisis comparativo de los productos ONE A DAY y NECT A DAY elaborados por Bayer y Maver respectivamente; li) Informe Pericial suscrito por don Claus Engelbreit Morstadt respecto a la estructura y características del mercado farmacéutico chileno; lii) Resumen de currículum vitae de don Claus Engelbreit; liii) Copia simple del fallo emitido por el Consejo Nacional de Autorregulación y Ética Publicitaria con fecha 17 de Agosto de 2005, en donde se resuelve no continuar con la presentación radial de la frase "La marca más vendida en Chile, Tapsin"; liv) Copia simple del fallo emitido por el Consejo Nacional de Autorregulación y Ética Publicitaria con fecha 23 de Enero de 1998, por el cual se ordena a Maver Ltda. no continuar exhibiendo la publicidad relativa al producto SUEÑUM; lv) Copia simple del fallo emitido por el Consejo Nacional de Autorregulación y Ética Publicitaria con fecha 19 de Febrero de 1998, en donde se resuelve acoger el reclamo interpuesto en contra de Maver, para su producto ADELGAZUL, tras comprobar que en el comercial cuestionado incluía un testimonio no auténtico; lvi) Copia simple del fallo emitido por el Consejo Nacional de Autorregulación y Ética Publicitaria con fecha 11 de Julio de 2000 y su respectiva reconsideración de fecha 7 de Agosto de 2000, en el que se resuelve en definitiva acoger la reconsideración interpuesta por SmithKline Beecham Chile S.A., en contra de la publicidad de Maver para su producto DISFRUTA, ordenando que la publicidad cuestionada no podrá ser utilizada nuevamente; lvii) Impresión de página web de la Revista Capital que da cuenta de una entrevista realizada al ex Fiscal Nacional Económico don Pedro Mattar P; lviii) Impresión de página web del Diario El Mercurio, de fecha 16 de febrero de 2007, sección Economía y Negocios, que da cuenta de que la marca TAPSIN se transforma en caso de estudio en la Universidad de Harvard; lix) Fotocopia de Diario El Mercurio, de fecha 15 de enero de 2007, que da cuenta de que nuestro país se encuentra en la “lista roja” de Estados Unidos de América, con respecto a la propiedad industrial; lx) Fotocopia del Diario El Mercurio, de fecha 10 de enero de 2007, que dice relación con el hecho que nuestro país se encuentra en la “lista roja” de Estados Unidos de América, con respecto a la propiedad industrial; lxi) Fotocopia del Diario El Mercurio, de fecha 9 de enero de 2007, que dice relación con el hecho que nuestro país se encuentra en la “lista roja” de Estados Unidos de América, con respecto a la propiedad industrial; lxii)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fotocopia del Diario el Mercurio, de fecha 23 de Febrero de 2007, Cuerpo B, que da cuenta del reportaje titulado "La proliferación de nombres de marcas "casi-casi" iguales"; lxiii) Fotocopia de la Revista "Grandes Marcas" en donde se analiza el ingreso de la marca Tapsin al Marketing Hall Of Fame de Chile, durante el año 2004; lxiv) Currículum vitae de don Eduardo Pinto Quappe, testigo presentado por Bayer; lxv) Currículum vitae de doña Macarena Silva, testigo presentado por Bayer; lxvi) Certificado de Nacimiento de don Alberto Albala Weissmann, emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile; lxvii) Certificado de Nacimiento de doña Mónica Albala Chamudes, hija de don Alberto Albala Weissmann, emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile; lxviii) Certificado de Matrimonio que da cuenta del matrimonio celebrado entre don Enrique Dellafiori Morales y doña Mónica Albala Chamudes, emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile; lxix) Publicación obtenida de la página web de Maver, donde se señala la presencia internacional de dicho laboratorio, en países como Perú, Bolivia y Ecuador; lxx) Publicación obtenida de la página web de Maver, en donde reconoce tener una participación "relevante" en el mercado farmacéutico y ser además "el número 1 en la producción y venta de analgésicos y antigripales a través de su marca líder TAPSIN y de antiácidos con sal efervescente DISFRUTA; lxxi) Publicación obtenida de la página web de Maver, TITULADA "TAPSIN entró al salón de la fama", de fecha abril de 2004; lxxii) Publicación obtenida de la página web de Maver, titulada "TAPSIN fue elegida como una de las marcas más admiradas por los chilenos"; lxxiii) Impresiones fotográficas de productos TABCIN y de productos TAPSIN.

A fojas 521: lxxiv) Copia simple del Código de Ética Publicitaria de la Asociación de la Industria de Medicamentos de Venta Directa.

A fojas 550: lxxv) Copia simple de la publicación de Matko Koljatic titulada "Laboratorios Maver: Tapsin, construyendo una marca en Chile".

A fojas 703: lxxvi) Informe pericial de fecha marzo de 2007, sobre "Comparación de Imagen Gráfica y Envases MENTHOLATUM v/s VAPOLATUM", elaborado por doña Alexia Mir Arias; lxxvii) Informe pericial de fecha marzo de 2007, sobre "Comparación de Imagen Gráfica y Envases ONE A DAY v/s NECT A DAY", elaborado por doña Alexia Mir Arias.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A fojas 822: lxxviii) Copia del Ordinario N° 15A/ 2403 del Ministerio de Salud, de 18 de mayo de 2007, que resuelve un recurso de reclamación interpuesto por Bayer en contra de la Resolución Exenta N° 3672/ 2006, relativo a cambio de denominación de productos FOCUS a TABCIN; lxxix) Copia de la presentación efectuada por Maver ante el Ministerio de Salud con el objeto de anular la decisión singularizada en el número precedente; lxxx) Copia del recurso de reposición presentado por Bayer ante el Ministerio de Salud con el objeto de que se deje sin efecto lo resuelto en el numeral tercero de la decisión singularizada en el número 77 precedente.

4.2. Por la parte de Laboratorio Maver Ltda. y de don Alberto Albala Weismann:

A fojas 95 (en la contestación): i) Copia de fichas técnicas de los productos marca TAPSIN elaborados por Maver, a saber: TAPSIN Analgésico, TAPSIN Compuesto (TAPSIN Compuesto Día), TAPSIN compuesto con Clorfenamina (TAPSIN Compuesto Noche), TAPSIN-2 Forte Capsulas Blandas, TAPSIN Infantil 6-12 años comprimidos masticables, TAPSIN Infantil Sin Cafeína Comprimidos, TAPSIN Infantil Sin Cafeína Gotas, TAPSIN Nocturno, TAPSIN Periodo Menstrual, TAPSIN SC, ARTRI TAPSIN FORTE, MIGRATAPSIN, y TAPSIN Compuesto D.N. Cápsulas; ii) Copia de hojas estadísticas elaboradas por Maver y que dan cuenta de la venta y comercialización de antigripales TAPSIN, TRIO-VAL, NASTIZOL, MARCA PROPIA, COTIBIN, NASTIFRIN COMPUESTO, CONGESTEX y otros; y analgésicos ASPIRINA, KITADOL, MARCA PROPIA, TAPSIN, NEFERSIL, PANADOL, TRAMAL, ZALDIAR, PARACETAMOL, SYNDOL, NIOFEN, ANACIN, DIPIRONA, TIMAROL, DOLGENAL y otros, en el territorio nacional en los períodos de 12 meses móviles al mes de septiembre de los años 2004, 2005 y 2006.

A fojas 222: iii) Copias de las impresiones de la página web www.consumercare.bayerconosur.com/productos/index.asp, certificadas ante el Notario Público don Eulogio Baeza Gutiérrez; iv) Copias de las impresiones de la página web www.bayer.cl, certificadas ante el Notario Público don Eulogio Baeza Gutiérrez; v) Copias simples de las impresiones de la página web www.bayer.cl.

A fojas 398: vi) Copia autorizada de reportaje publicado en el Diario El Mercurio, de fecha 9 de septiembre de 2005, que da cuenta de un estudio realizado por la empresa Collect, que señala que la marca TAPSIN es una de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las más queridas y admiradas del país; vii) Copias autorizadas de publicidad de los premios SuperBrands Chile 2006, publicado en Ediciones Especiales del Diario El Mercurio de fecha 15 de diciembre de 2006, en donde consta que la marca TAPSIN ha recibido el status de SuperBrands Chile 2006; viii) Entrevista publicada en el Diario Las Últimas Noticias de fecha 26 de abril de 2006, efectuada al Sr. Miguel Mendoza, director ejecutivo de Superbrands Chile, donde afirma que TAPSIN es una de las marcas que están entre las más reconocidas del país; ix) Copia autorizada de noticia publicada en el Diario La Segunda, de fecha 14 de diciembre de 1999, en donde se elogia la publicidad del producto TAPSIN por relacionarla con las Campañas Presidenciales del 2005; x) Copia autorizada de reportaje publicado en la Revista Qué Pasa de fecha 8 de julio de 2000, en donde se destaca a la marca TAPSIN como ejemplo de creatividad publicitaria; xi) Copia autorizada de noticia publicada en el Diario Las Últimas Noticias, en donde felicita a los ganadores de los Premios EFFIE Chile 2001, dentro de los cuales se encuentra TAPSIN PERÍODO por el lanzamiento de la campaña publicitaria de dicho producto; xii) Copia autorizada de entrevista publicada en el Diario La Nación de fecha 14 de abril de 2003, en donde la deportista Erika Olivera, se refiere a su aparición en comerciales del producto TAPSIN; xiii) Copia autorizada de reportaje publicado en el Diario El Mercurio de fecha 6 de julio de 2001, donde se analiza a los rostros de comerciales de prensa y TV, y se hace expresa referencia a Pablo Solar, quien participó en el comercial "Sopa" de TAPSIN; xiv) Copia autorizada de nota periodística publicada en la revista Publimark, de mayo de 2001. Dicha nota tuvo por finalidad dar a conocer el Premio País de Fiap 2001 recibido por la empresa Zegers DDB por su comercial "Sopa" para TAPSIN Período; xv) Copia autorizada de reportaje publicado en el Diario Las Últimas Noticias de fecha 12 de julio de 2001, en donde se dan a conocer los ganadores del concurso "TAPSIN Estrella", el que tenía como premio celebrar con don Francisco en el paseo de los famosos en Los Ángeles; xvi) Copia autorizada de reportaje publicado en el Diario La Cuarta de fecha 27 de junio de 2001, en donde se dan a conocer a los ganadores del concurso "TAPSIN Estrella" y se comenta la aceptación que tuvo el concurso por parte del público; xvii) Copia autorizada de reportaje publicado en el Diario La Segunda de fecha 28 de junio de 2001, donde se dan a conocer a los ganadores del concurso "TAPSIN Estrella"; xviii) Copia autorizada de reportaje publicado en la revista "OMD" de fecha 31 de mayo de 2006, donde se hace presente la entrega por parte de TAPSIN de seis mil colaciones a los vocales de mesa de los principales locales de votación de Santiago; xix) Copia autorizada de reportaje publicado en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Revista Qué Pasa de fecha 9 de julio de 2000, donde se da cuenta de la creatividad de las empresas de publicidad chilenas, específicamente menciona el premio "León" ganado en el Festival Internacional de Publicidad de Cannes por Zegers DDB, empresa creadora de los comerciales de TAPSIN; xx) Copia autorizada de informe de la empresa Hill & Knowlton, de agosto de 2002, sobre las virtudes y beneficios de la nueva planta farmacéutica GMP de Maver; xxi) Copia autorizada del informe de gestión de la campaña denominada Donación Libro "Los Derechos del Niño", en el cual se contienen antecedentes generales, las acciones realizadas, un análisis cuantitativo y cualitativo, un registro de notas audiovisuales y un registro de notas de prensa, en donde se hace alusión a las donaciones efectuadas por la Fundación TAPSIN de ejemplares del libro "Los Derechos del Niño"; xxii) Copia autorizada de reportaje publicado en el Diario Las Últimas Noticias de fecha 28 de febrero de 2002, que da cuenta de una donación efectuada por TAPSIN correspondiente a 5.000 dosis de TAPSIN Infantil en gotas y tabletas para los niños de Isla de Pascua; xxiii) Copia autorizada de nota periodística publicada en el Diario Publimetro de fecha 4 de febrero de 2002, en donde se informa acerca de la donación que efectuó la Fundación TAPSIN de 5.000 dosis del producto TAPSIN Infantil a los niños de la Isla de Pascua; xxiv) Copia autorizada de reportaje publicado en el Diario La Cuarta de fecha 21 de junio de 2000, en donde se da cuenta de un convenio de cooperación entre Maver y la Fundación Niño y Patria de Carabineros de Chile; xxv) Copia autorizada de reportaje publicado en el Diario La Segunda de fecha 29 de noviembre de 2002, en donde se informa acerca de la Beca D. QF. Elías Albala Franco entregada por la Fundación TAPSIN a un alumno destacado de tercer año de la carrera de Química y Farmacia de la Universidad de Chile; xxvi) Copia autorizada del reportaje del Diario La Segunda de fecha 13 de agosto de 2001, en donde se comunica sobre la donación efectuada por la Fundación TAPSIN de un Furgón a la Fundación Fe y Esperanza; xxvii) Copia autorizada de reportaje publicado en el Diario La Tercera de fecha 6 de julio de 2000, en donde se destaca el convenio firmado entre la Fundación TAPSIN y la Fundación Niño y Patria, convenio a través del cual, se estipula que, cada vez que se prefiera productos TAPSIN se está ayudando a los niños de Chile; xxviii) Copia autorizada de noticia publicada en el Diario Las Últimas Noticias de fecha 28 de abril de 2000, que da cuenta de una donación efectuada por Maver, consistente en medicamentos TAPSIN por más de \$15.000.000 al Hospital San Borja Arriarán; xxix) Copia autorizada de noticia publicada en el Diario La Segunda de fecha 29 de junio del 2000, donde se informa sobre el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

convenio firmado entre Maver y la Fundación de Carabineros de Chile Niño y Patria; xxx) Copia autorizada de informe sobre las exportaciones de Maver correspondientes a los años 2001 a 2005; xxxi) Copia autorizada de informe sobre antecedentes técnicos relativos a la marca TAPSIN, que incluye un cuadro con los registros sanitarios ordenados por orden cronológico de la marca, los registros sanitarios en el extranjero de la marca en los países Bolivia, Perú y Ecuador; xxxii) Copias autorizadas de los Registros de Marcas Comerciales otorgados de conformidad con la Ley de Propiedad Industrial a Maver para los productos TAPSIN, TAPSIN SC, TAPSIN 2 Forte, Hay TAPSIN Para Aliviar ese Dolor, FROTAPSIN, RANY TAPSIN. ARTRI TAPSIN, TAPSIN Periodo Menstrual, TAPSIN Caliente Ceylan, TAPSIN Future, TAPSIN Extend, TAPSIN el paracetamol del 2000, TAPSIN todo bien, etc.

A fojas 785: xxxiii) Definición de aspirina extraída del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, página 232, primer tomo, vigésimo segunda edición; xxxiv) Definición de aspirina extraída de P.R. Vademécum; xxxv) Descripción de aspirina extraída del sitio perteneciente al Instituto Químico Biológico de España, el cual a su vez cita a P.R. Vademécum; xxxvi) Caracterización de aspirina y paracetamol obtenida del sitio www.prvaedecum.com; xxxvii) Información de aspirina obtenida del sitio www.aspirina.com en que se define dicho producto; xxxviii) Información de aspirina obtenida del sitio www.aspirina.cl en que se destacan sus bondades y las finalidades con que es adquirido ese producto; xxxix) Información de aspirina obtenida del sitio www.aspirina.cl en que se indica que, entre otros usos terapéuticos, aspirina es un antigripal; xl) Envase de aspirina de 500 mg. (adultos); xli) Envase de aspirina de 100 mg. (infantil) y su respectivo folleto técnico; xlii) Envase de cafiaspirina y su respectivo folleto técnico; xliii) Listado de productos analgésicos antitérmicos obtenido del sitio de Farmacias Ahumada; xliv) Listado de productos analgésicos obtenido del sitio de Farmacias Cruz Verde; xlv) Impresiones del sitio www.prvaedecum.com utilizando el criterio de búsqueda TABCIN; xlvi) Impresiones del sitio www.prvaedecum.com utilizando el criterio de búsqueda TAPSIN; xlvii) Resolución del ISP de 28 de febrero de 1995 que otorga registro sanitario para el producto Tapsin, polvo para suspensión extemporánea oral, y sus renovaciones posteriores;

5. Testimonial rendida por las partes:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.1. Por la parte de Bayer HealthCare LLC:

- (i) A fojas 440, doña Ingrid Sylvia Heitmann Ghigliotto;
- (ii) A fojas 447, don José Manuel Cousiño Lagarrigue
- (iii) A fojas 454, doña María Macarena Silva Barceló
- (iv) A fojas 459, don Carlos Martín Subercaseaux Sommerhoff
- (v) A fojas 473, don Danilo Alejandro Jose Vásquez Inzunza
- (vi) A fojas 484, don Claus Dieter Engelbreit Morstadt
- (vii) A fojas 596, doña Tatiana Angélica Tobar Aravena
- (viii) A fojas 603, don Eduardo Pinto Quappe

5.2. Por la parte de Laboratorio Maver Ltda. y de don Alberto Albala Weismann:

- (i) A fojas 653, don Elmer Ernesto Torres Cortés;

6. Prueba confesional: A fojas 502, absolvió posiciones don Julio Disi Rojas, en su calidad de mandatario judicial de la demandante; y, a fojas 570, absolvió posiciones don Alberto Albala Weissmann, en su calidad de representante legal de la demandada;

7. A fojas 436, el Tribunal negó lugar a las solicitudes de Maver de fojas 207, de ordenar la exhibición de documentos por parte de Bayer y oficiar al Instituto de Salud Pública de Chile, en consideración a lo expuesto a fojas 429 por Bayer en cuanto a que el producto TABCIN nunca se ha comercializado en Chile;

8. A fojas 436, se ordenó oficiar a IMS Health Chile Ltda. a fin de que informe las unidades vendidas en los mercados de analgésicos y antigripales chileno, por mes, desde septiembre de 2004 hasta diciembre de 2006, ordenados por producto y laboratorio. Ese oficio fue contestado por IMS Health Chile Ltda. a fojas 630 y observado por Bayer a fojas 636;

9. A fojas 670, se declaró vencido el término probatorio y se ordenó traer los autos en relación, fijándose la audiencia para la vista de la causa;

10. A fojas 703, Bayer formuló observaciones a la prueba rendida;

CONSIDERANDO:

En cuanto a las tachas:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Primero: Que a fojas 473 prestó declaración el señor Danilo Alejandro José Vásquez Inzunza, quien fue tachado por la demandada por la causal establecida en el numeral 5º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, fundada en que el testigo habría reconocido prestar servicios a la parte que solicita su testimonio durante un largo período, percibiendo además en forma regular sumas de dinero, por lo cual carecería de la imparcialidad necesaria para declarar en este juicio.

De esas tachas se confirió traslado a Bayer, quien contestó solicitando su total rechazo, con costas, sosteniendo que el testigo habría señalado que presta servicios esporádicos a Bayer a través de una empresa independiente, que tiene otros clientes y que lo que percibe de Bayer representa sólo un 10% de sus ingresos y asciende a la exigua suma de \$150.000, de manera que su testimonio no estaría condicionado. Además, sostiene que debe tenerse en consideración la trayectoria profesional del testigo y la independencia de juicio que se observa en sus publicaciones;

Segundo: Que ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la causal invocada, ésta será rechazada por cuanto no se desprende de parte alguna de los dichos del testigo que éste tenga la calidad de trabajador o Labrador dependiente de Bayer HealthCare LLC, puesto que el testigo expresó prestar servicios esporádicos en asesorías comunicacionales, siendo Bayer uno de tantos clientes, de quien percibiría menos del 10% de sus ingresos; por todo lo cual, a juicio de este Tribunal, no se configura la causal invocada ni se compromete la imparcialidad del testigo. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22º, inciso final, del Dec reto Ley N° 211;

En cuanto a las objeciones de documentos:

Tercero: Que, a fojas 95, en el segundo otrosí de su escrito de contestación de la demanda, Maver objetó los documentos acompañados por Bayer y signados con los números 1 y 6 del primer otrosí del escrito de demanda, por tratarse de copias simples, y los singularizados con los números 3, 4 y 5, por tratarse de copias de páginas de Internet, de manera que no le constaría la integridad y autenticidad de los mismos;

Cuarto: Que, a fojas 137, Bayer objetó los documentos acompañados por Maver en el primer otrosí del escrito de contestación, por no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

constarle la integridad ni la autenticidad de los mismos, toda vez que se trataría de documentos emanados de la contraria o de algún tercero desconocido;

Quinto: Que, atendido lo expuesto y las disposiciones legales aplicables, este Tribunal rechazará las objeciones de documentos indicadas precedentemente, por cuanto la simple alegación de una de las partes de no constarle la integridad o autenticidad de determinados documentos acompañados por la contraria no configura las causales legales de impugnación de falta de dichas calidades. Adicionalmente, es evidente que a una parte no le pueden constar la integridad o autenticidad de documentos emanados de la contraria o de terceros, ni pueden tales instrumentos ser expresa o tácitamente reconocidos por ella. En consecuencia, no se trata de objeciones que se funden en una causa legal, sino de observaciones vinculadas al mérito probatorio de tales instrumentos. Lo anterior, sin perjuicio del valor que se asigne a esos documentos conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 22 del Decreto Ley N°211;

En cuanto a la prescripción alegada por los demandados:

Sexto: Que, a fojas 95, Maver opuso excepción de prescripción extintiva, señalando que sería procedente declarar prescrita cualquier acción que pudiere haber nacido de los hechos denunciados en autos, 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 desde la ejecución material de las conductas, y estas últimas datan de los años 1981 y 1995. Además, dichas conductas habrían sido objeto de discusión en otros litigios entre las partes, uno de los cuales fue iniciado hace más de diez años;

Séptimo: Que el plazo de prescripción de las acciones por infracción a la libre competencia debe contarse desde la ejecución de la conducta en que éstas se fundan. En consecuencia, este Tribunal debe analizar cuándo se deben entender los hechos imputados en autos como “ejecutados”, pues el término o fin de dicha “ejecución” señala el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, cualquiera que éste sea;

Octavo: Que, según se desprende de la demanda, la infracción denunciada corresponde a actos de competencia desleal que se configurarían por la imitación de la denominación y el aprovechamiento de la reputación de los productos TABCIN de Bayer en el extranjero, mediante la obtención de registros –de marca y sanitarios– y la comercialización en el mercado nacional de los productos TAPSIN por parte de Maver. Ello, asevera la demandante,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

correspondería a la infracción prevista en el artículo 3 letra c) del Decreto Ley N° 211, que se refiere a las prácticas de competencia desleal realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante;

Noveno: 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. Por lo tanto, en la especie, el plazo de prescripción habría de computarse una vez que los productos TAPSIN de Maver se posicionaron por sus propios medios en el mercado nacional, pues en ese momento la ejecución de la supuesta infracción habría terminado;

Décimo: Que, a fojas 710 vuelta, Bayer expresó que *“para el año 1999, cuando mi representada obtuvo registro sanitario para la denominación TABCIN (...) Maver había ya ingresado agresivamente al mercado relevante con su producto TAPSIN, entrada que se vio amparada por una fuerte inversión publicitaria, ello con el sólo objeto de impedir el legítimo ingreso de TABCIN al mismo mercado...”*. Por lo tanto, la ejecución de la supuesta infracción denunciada habría terminado, a lo sumo, en 1999, año en el que Maver había ya posicionado en el mercado a TAPSIN, mediante su propia publicidad;

Undécimo: Que, de esta manera, la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción debe situarse en 1999, que corresponde a la de finalización de la actividad continuada en que consiste la conducta de competencia desleal denunciada que, según la demandante, habría tenido el efecto de impedir el ingreso al mercado de los productos TABCIN de Bayer. La circunstancia de que los efectos de la infracción puedan ser de carácter permanente, o haberse extendido durante todo el período de comercialización, no implica que el plazo de prescripción pueda comenzar a correr recién desde que dicha comercialización termine, siendo el término de la ejecución lo que determina el inicio del cómputo del plazo de prescripción;

Duodécimo: Que en 1999 el Decreto Ley N° 211 no contemplaba plazos especiales de prescripción de las acciones por infracción a la libre competencia. Por lo tanto, había que remitirse a las reglas generales existentes sobre la materia, con lo cual el plazo de prescripción era, o de seis meses, o de cinco años, según se considerara la aplicación supletoria de las reglas de prescripción de la responsabilidad infraccional o penal, respectivamente;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimotercero: Que, si se tiene en cuenta que la prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, y que la demanda de autos fue presentada en septiembre de 2006, y notificada personalmente a los demandados en octubre del mismo año, se concluye que, sea que el plazo de prescripción aplicable a la fecha de iniciarse su cómputo haya sido de seis meses, o de cinco años, la acción de autos fue deducida una vez que ambos plazos habían transcurrido en exceso y que, por lo tanto, se ha verificado la prescripción de la acción;

Decimocuarto: Que, a mayor abundamiento, si se estimara aplicable el plazo de dos años, introducido por la Ley N° 19.911 en el inciso 3° del artículo 20 del texto refundido del Decreto Ley N° 211, está probado que dicho plazo también habría transcurrido en exceso, de manera que la acción de autos también estaría prescrita conforme a la regla especial actualmente vigente. Lo anterior, incluso si se considera que, según lo dispone el artículo 25° de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, el nuevo plazo de prescripción debe contarse sólo desde que la norma que lo introdujo comenzó a regir, esto es, el 12 de febrero de 2004;

Decimoquinto: Que, por lo expuesto, y atendido que los plazos de prescripción de la acción de autos transcurrieron en exceso, se acogerá la excepción de prescripción opuesta por Maver y el Sr. Albala, y se rechazará por ello la demanda de autos, inhibiéndose este Tribunal de imponer a los demandados alguna de las sanciones que contempla el artículo 26° del Decreto Ley N° 211;

Decimosexto: Que, en todo caso, este Tribunal estima que la prescripción de la acción no afecta sus atribuciones para adoptar medidas correctivas o prohibitivas –distintas de las sancionatorias establecidas en el indicado artículo 26°– con el objeto de evitar que los efectos perniciosos de las infracciones de que conozca se produzcan, incrementen o perpetúen en el tiempo, y ello porque, según lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, tales sanciones se aplican *“sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”*;

Decimoséptimo: Que, adicionalmente, el interés público comprometido en los asuntos de libre competencia, impide considerar que la competencia de este Tribunal esté acotada por las peticiones de las partes, quienes no pueden disponer de derechos que no miran a su solo interés individual. Por lo tanto, la circunstancia de que el actor no hubiere solicitado la aplicación de medidas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

correctivas o prohibitivas no impide a este Tribunal adoptar aquellas que estime necesarias para el cumplimiento de su deber de resguardar la libre competencia en los mercados, al tenor de lo expresado por el artículo 2º del Decreto Ley N° 211. Lo anterior, sin perjuicio de que las medidas correctivas o prohibitivas que se adopten deban referirse a los hechos, actos o convenciones que configuren la infracción objeto de la demanda o requerimiento y, por ende, que formen parte de la litis, según se desprende del artículo 3º del cuerpo legal citado;

Decimoctavo: Que, en consecuencia, la competencia de este Tribunal para adoptar medidas correctivas o prohibitivas respecto de los hechos sometidos a su conocimiento por alguna de las vías previstas en el artículo 18 N° 1, no se extingue por la prescripción de la acción, ni está limitada o circunscrita por las peticiones formuladas por las partes, sino, como se dijo, por los hechos sometidos a su conocimiento. Una interpretación armónica y coherente con las finalidades que persigue la legislación de defensa de la competencia exige entender que la prescripción de la acción inhabilita al Tribunal para aplicar sanciones al infractor, pero no lo inhibe de disponer las medidas correctivas o prohibitivas que estime necesarias para evitar que los efectos de las infracciones a la libre competencia se perpetúen o incrementen a lo largo del tiempo;

Decimonoveno: Que, por lo expuesto, y sin perjuicio de acogerse la excepción de prescripción opuesta, este Tribunal procederá a determinar si la demandada ha incurrido o no en la infracción denunciada para, en su caso, determinar si de dichas conductas emanan o no efectos dañinos para la libre competencia que se mantengan en la actualidad y que ameriten la adopción de alguna medida correctiva o prohibitiva distinta de las sanciones previstas en el artículo 26º del Decreto Ley N° 211;

En cuanto al fondo:

Vigésimo: Que los siguientes hechos no han sido controvertidos o se encuentran debidamente acreditados:

1. Existen semejanzas fónicas entre los términos TAPSIN y TABCIN que facilitan su asimilación entre los oyentes, tal como concluye el informe de Samaniego y Oyanedel, agregado a fojas 179 y siguientes;
2. TABCIN es una marca con la que Bayer comercializa medicamentos que no requieren prescripción médica u OTC (*over the counter*) en Argentina, Uruguay, Paraguay, México, Costa Rica, Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Panamá, según consta del Estudio de Ventas de TABCIN en Latinoamérica elaborado por IMS Health Chile, acompañado a fojas 199, y de las muestras acompañadas a fojas 197. Conforme al mencionado estudio, en México la venta comenzó a auditarse en 1987, en Centroamérica a partir de 1994, y en Argentina desde 1995. En el año 2004, la venta total de TABCIN en Latinoamérica fue de US\$ 7,7 millones. En Chile, Bayer jamás ha comercializado productos bajo la marca TABCIN, lo cual no es controvertido;

3. TAPSIN es una marca con la que Maver comercializa medicamentos que no requieren prescripción médica u OTC en Chile desde 1995. Según el informe de IMS Health, de fojas 630, en el año 2006 se comercializaron dentro de la gama de analgésicos, los productos TAPSIN, TAPSIN SC, TAPSIN INFANTIL y TAPSIN NOCTURNO y, dentro de los antigripales, TAPSIN DIA Y NOCHE, TAPSIN DIA y TAPSIN NOCHE. También hay constancia en autos de exportaciones de Maver de productos TAPSIN a Perú, Bolivia y Ecuador;

4. En cuanto a los registros de marca, TABCIN fue registrada primitivamente en el extranjero por Bayer, contando con protección en Guatemala desde 1949, Colombia (1983) y México (1985), y posteriormente en Chile, en diciembre de 1980, tal como consta de los documentos acompañados a fojas 199, bajo los números 1 a 4, 6, 7 y 8. Por su parte, la marca TAPSIN fue inscrita por Maver en Chile en mayo de 1981, según consta de los documentos acompañados a fojas 199, bajo el N° 2;

5. Con respecto a los registros sanitarios, según consta del expediente tramitado ante el Instituto de Salud Pública (ISP), acompañado a fojas 199 bajo el N° 12, el primer registro como especialidad farmacéutica del que hay constancia en autos corresponde a TABCIN COMPRIMIDOS EFERVESCENTES, que data de 1987. Luego, en 1999, ese registro dio lugar al de TABCIN COMPUESTO CAPSULAS BLANDAS, denominación que en el año 2006 fue modificada a PARACETAMOL CON PSEUDOEFEDRINA Y CLORFENAMINA CÁPSULAS BLANDAS. Bayer cuenta también con registros sanitarios de FOCUS COMPRIMIDOS 500 MG, FOCUS SOLUCION ORAL PARA GOTAS 100 MG/ML y FOCUS COMPRIMIDOS MASTICABLES 100 MG, de 1985, 1987 y 1988, respectivamente, en relación con los cuales el Ministerio de Salud autorizó el cambio de denominación a TABCIN, según consta del mismo expediente ya señalado. Por su parte, Maver cuenta con numerosos registros sanitarios para sus productos TAPSIN, en sus diversas formulaciones, el primero de los cuales data

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de 1996, TAPSIN COMPRIMIDOS, tal y como consta de las fichas de productos que se incluyen en el expediente antes indicado; y,

6. Bayer dio inicio a procedimientos administrativos y jurisdiccionales –paralelos a la acción de autos– por presuntas infracciones a las legislaciones sanitaria y de propiedad industrial, las que se habrían producido en relación con los registros de TABCIN y TAPSIN, según consta de los documentos acompañados a la demanda, y del expediente acompañado a fojas 199, bajo el N° 12;

Vigésimo primero: Que las conductas denunciadas corresponden a la imitación de la denominación y aprovechamiento del prestigio que los productos TABCIN de Bayer tendrían en el extranjero, configuradas por la obtención de registros -de marca y sanitarios- y por la comercialización en el mercado nacional de los productos TAPSIN por parte de Maver, lo que produciría el efecto de impedir el ingreso de los primeros al mercado, toda vez que los consumidores los percibirían como una copia de los productos de la demandada;

Vigésimo segundo: Que si bien Bayer también acusa a Maver de haber obtenido los mencionados registros de marca y sanitarios con infracción a lo dispuesto en las respectivas legislaciones aplicables, a este Tribunal no le corresponde pronunciarse al respecto, existiendo procedimientos administrativos y jurisdiccionales especiales incoados por Bayer, en los que solicita que se determinen las invocadas transgresiones a las normativas de propiedad industrial y sanitaria de los registros de la demandada;

Vigésimo tercero: Que, sin embargo, contrariamente a lo sostenido por Maver a fojas 95, la circunstancia de que existan otros litigios pendientes entre las mismas partes por presuntas infracciones a la Ley de Propiedad Industrial, no impide pronunciarse respecto del conflicto de libre competencia planteado en autos. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 32° del Decreto Ley N° 211, las decisiones de este Tribunal se basan en los antecedentes allegados al proceso durante su tramitación, y esos antecedentes muestran que tanto Bayer como Maver cuentan con registros de marca y sanitarios para sus productos TABCIN y TAPSIN, respectivamente. Por consiguiente, aun cuando la coexistencia de esos registros pudiera posteriormente desaparecer por disponerse así en otro procedimiento, no hay constancia en autos de que ello haya ocurrido;

Vigésimo cuarto: Que, entonces, lo que corresponde a este Tribunal es determinar si los actos de competencia desleal expresados en el considerando

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vigésimo primero, precedente, infringen o no el Decreto Ley N° 211 y, particularmente, si impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a producir dichos efectos, al tenor de lo preceptuado en el artículo 3° de dicho cuerpo legal. En especial, verificar si concurren o no en la especie los requisitos previstos en la letra c) de dicho artículo;

Vigésimo quinto: Que, tal como ha señalado este Tribunal en oportunidades anteriores, para configurar la infracción descrita en el artículo 3°, letra c), del Decreto Ley N° 211, deben reunirse dos condiciones: (i) que se haya realizado un acto de competencia desleal; y, (ii) que dicho acto tenga por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado. Por lo anterior, este Tribunal analizará a continuación si concurren o no respecto de las conductas denunciadas las condiciones expresadas precedentemente;

Vigésimo sexto: Que, con respecto al primer requisito, de constituir actos de competencia desleal, se debe establecer si Maver habría obtenido los registros y comercializado los productos TAPSIN aprovechándose indebidamente del prestigio de los productos TABCIN de Bayer al imitar o copiar la denominación de los productos de ese competidor actual o potencial;

Vigésimo séptimo: Que, al respecto, se encuentra suficientemente acreditado que los productos TABCIN de Bayer gozaban de fama y notoriedad en el extranjero, antes que ingresaran al mercado nacional los productos TAPSIN de Maver, no pudiendo atribuirse a una coincidencia la similitud gráfica y fonética entre ambas denominaciones. Por lo anterior, y siendo ello consistente con lo que parece ser una práctica habitual de Maver, según se desprende de los envases e informes periciales acompañados a fojas 197 y 703, respectivamente, puede presumirse que Maver imitó o copió la denominación de los productos de un competidor actual o potencial como es Bayer, incurriendo por ende en una conducta que, a lo menos, sería contraria a la buena fe o a las buenas costumbres mercantiles;

Vigésimo octavo: Que, sin embargo, no es posible estimar a partir de la evidencia reunida en autos que, con las conductas denunciadas, Maver haya pretendido desviar clientela de Bayer, aprovechando el prestigio o reputación de los productos TABCIN, porque tales productos jamás se han comercializado en el mercado interno y no cuentan, por ende, con una clientela, nombre o reputación en el mercado nacional del que sea posible aprovecharse. Por otra parte, tampoco sería posible, a partir de esa misma evidencia, suponer que la conducta de Maver ha tenido por objeto el de distraer la clientela potencial que habría podido obtener

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Bayer en caso de haber ingresado antes al mercado nacional, pues la deslealtad reprochada por esta última requiere –tal como ya se ha dicho– que el desvío de clientela antes mencionado opere respecto de una clientela establecida, o respecto de una cuya posible formación pueda ser previsible de acuerdo con las circunstancias del caso, lo que no ocurre en la especie;

Vigésimo noveno: Que, en consecuencia, y sin perjuicio de que las conductas de imitación imputadas serían reprochables desde el punto de vista de la buena fe o las buenas costumbres mercantiles, no son aptas para desviar clientela de Bayer a Maver y, por lo tanto, no puede darse por establecido que configuren actos de competencia desleal;

Trigésimo: Que, adicionalmente, para que las conductas denunciadas puedan estimarse contrarias a la libre competencia, es preciso que concurra un segundo requisito. Al respecto, cabe tener presente que sólo constituyen infracción al Decreto Ley N° 211 aquellos actos de competencia desleal que comprometen el bienestar general al atentar contra el bien jurídico que corresponde a este Tribunal resguardar, esto es, la libre competencia en los mercados. Por lo tanto, y sin perjuicio de que las conductas denunciadas puedan ser reprochadas conforme a normativas distintas de aquella que corresponde aplicar a este Tribunal, en esta sede, sólo es posible sancionar aquellos actos de competencia desleal calificados por su objeto de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en los mercados, o bien, al tenor de lo dispuesto en la letra c) del artículo 3° del indicado cuerpo legal, que tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante;

Trigésimo primero: Que, entonces, para analizar si las conductas denunciadas tienen por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, se debe en primer lugar definir y caracterizar el mercado en que éstas incidirían, para luego determinar si habrían tenido o no la finalidad de impedir el ingreso de los productos TABCIN de Bayer al mercado;

Trigésimo segundo: Que el mercado de distribución de medicamentos en farmacias puede dividirse en dos: los medicamentos denominados “éticos” y los de venta directa u “OTC” (over the counter). Los medicamentos genéricos no pueden ser considerados como un segmento distinto de los anteriores porque son sustitutos de menor precio de cualesquiera de ellos, en la medida que cumplan funciones equivalentes o bien según sean las similitudes en su composición química (principio activo);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo tercero: Que la división antes señalada, entre medicamentos éticos y de venta directa, se justifica en los diferentes factores que determinan la compra de uno y otro. A diferencia de los medicamentos éticos, que son recetados y elegidos por el médico que los prescribe y en los cuales el principio activo es determinante de la compra, los medicamentos de venta directa u OTC son escogidos directamente por el consumidor que busca aliviar los síntomas asociados a una dolencia o enfermedad. Por lo tanto, no es de esperar que los consumidores se limiten a un principio activo en particular al momento de adquirir los medicamentos OTC y se esperaría, en cambio, que la decisión de consumo de los mismos sea determinada por la finalidad terapéutica buscada, independientemente del principio activo;

Trigésimo cuarto: Que no es controvertido que TAPSIN corresponde a una gama de medicamentos de venta directa u OTC, y que TABCIN no se comercializa en Chile, pero sí lo es en el extranjero bajo la misma modalidad. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que no todos los medicamentos OTC son sustitutos entre sí, sino sólo aquellos que satisfacen una misma necesidad, este Tribunal estima que, en este caso, el mercado relevante debe ser definido de acuerdo a la finalidad terapéutica de los medicamentos TABCIN y TAPSIN;

Trigésimo quinto: Que, para ello, sería necesario determinar en qué segmento de medicamentos de venta directa u OTC –de aquellos en los que participa la demandada– desea ingresar la demandante con sus productos, pues sólo en dicho segmento podría haber algún objeto o efecto anticompetitivo. Sin embargo, atendido que las probanzas rendidas en autos no permiten determinar si la finalidad terapéutica que satisfarían los productos TABCIN de Bayer es analgésica o antigripal, se analizarán todos los escenarios posibles;

Trigésimo sexto: Que, en el mercado de los analgésicos, la demandante tiene una cuota de mercado levemente superior a la de la demandada, medida en unidades, para los años 2005 y 2006, tal como se desprende del informe de IMS Health Chile que rola a fojas 630, el cual sólo contiene información respecto de unidades vendidas. En efecto, en dichos periodos, Bayer presenta una participación cercana al 13%, mientras que Maver muestra un 11%. El mismo informe presenta un mercado atomizado, con más de 38 actores, de los cuales el Laboratorio Chile es el que presenta la mayor participación, con un porcentaje aproximado de 20%;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo séptimo: Que, en el mercado de los antigripales, la demandante no tiene participación alguna, mientras que Maver presenta una participación de mercado –en unidades– de 9,6% en 2005, y de 10,9% en 2006, tal como se desprende del citado informe de IMS Health Chile. En dicho mercado figuran 28 actores, de los cuales el que presenta la mayor participación es Laboratorio Saval, con un 22%;

Trigésimo octavo: Que, si bien tampoco existen antecedentes en autos para determinar que los analgésicos puedan considerarse sustitutos de los antigripales, y viceversa, la estructura y las características de cada uno de los mercados precedentemente analizados permiten estimar que la conclusión sería similar, incluso si se considerara que los analgésicos y los antigripales de venta directa forman parte de un mismo mercado relevante;

Trigésimo noveno: Que, en consecuencia, las conductas denunciadas, aunque se estimaren desleales, no son 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;

Cuadragésimo: Que, adicionalmente, este Tribunal considera que tampoco está probado que la causa por la que Bayer no participa en el mercado chileno de los antigripales sea necesariamente el hecho de que Maver comercialice en Chile antigripales con un nombre tan similar gráfica y fonéticamente a TABCIN. Lo anterior es así porque Bayer podría comercializar en Chile antigripales bajo la denominación TABCIN –pues cuenta con registros sanitarios y de marca para hacerlo– o bajo cualesquiera otra original, distinta de las usadas por sus competidores, sin que pueda estimarse una barrera de entrada con efectos anticompetitivos el mayor costo que ello le podría representar;

Cuadragésimo primero: Que, por todo lo precedentemente expuesto, no es posible establecer que la demandada haya incurrido en la infracción al Decreto Ley N° 211 denunciada y, por lo tanto, no existen efectos respecto de los cuales pueda ser necesario adoptar medidas correctivas o prohibitivas, conforme lo autoriza el artículo 3º, inciso primero, del Decreto Ley N° 211;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 18º N° 1); 22º, inciso final, 26º, 29º y 32º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE:

En cuanto a las tachas:

1. RECHAZAR la tacha opuesta por Laboratorio Maver Ltda. a fojas 473, respecto del testigo señor Danilo Alejandro Vásquez Inzunza;

En cuanto a las objeciones de documentos:

2. RECHAZAR las objeciones de documentos formuladas por Laboratorio Maver Ltda. a fojas 95 y por Bayer HealthCare LLC a fojas 137;

En cuanto al fondo:

3. ACOGER la excepción de prescripción opuesta por “Laboratorio Maver Ltda.” y por don Alberto Albala Weissman y **RECHAZAR** por ello la demanda de fojas 34 de “Bayer HealthCare LLC”, inhibiéndose este Tribunal de imponer a la demandada alguna de las sanciones que contempla el artículo 26º del Decreto Ley N° 211, sin costas por haber tenido la demandante motivo plausible para litigar; y,

4. NO PRONUNCIARSE sobre las restantes alegaciones o defensas de la demandada, por ser incompatibles con la aceptada y no adoptar medidas correctivas o prohibitivas, autorizadas por el artículo 3º del Decreto Ley N° 211.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 110-06.

Pronunciada por los Ministros 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,