

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 8/2004.

Santiago, veintidós de septiembre de dos mil cuatro.

1.-A fs. 38 Laboratorios Lafi Limitada solicita a la Comisión Preventiva Central dictamen que establezca que la campaña publicitaria de la empresa Laboratorios Novartis, mediante la que se intenta desacreditar en forma deliberada un producto farmacéutico de su elaboración, es un arbitrio que tiene por finalidad eliminar, restringir y entorpecer la libre competencia, en artículos que inciden directamente en la salud de las personas.

Señala que la publicidad no se ajusta a los dictámenes de los organismos de defensa de la competencia, en orden a que debe cumplir una función informativa e incentivar la competencia, captando las preferencia del consumidor a través de estrategias de persuasión basadas en elementos objetivos y relevantes, asociados al comportamiento y necesidades del mismo.

Señala que con fecha 11 de mayo de 1990, obtuvo el registro para la denominación OXICODAL y para dar a conocer su producto, cuyo principio activo es OXCARBAZEPINA para el tratamiento de la epilepsia, desarrolló una promoción médica de información al profesional.

Que llegó a su conocimiento, un folleto promocional del producto de Laboratorios Novartis denominado TRILEPTAL, que contiene el mismo principio activo. Se observa que el folleto en su portada exhibe una mano indicando la carpeta de promoción de Laboratorios Lafi, con lo que se intenta deliberadamente desprestigiar al producto OXICODAL, en un acto claro de competencia desleal.

Solicita que Novartis se abstenga en el futuro de incurrir en conductas publicitarias que entorpezcan o restrinjan la libre competencia y que el Fiscal Nacional Económico requiera a la Comisión Resolutiva para que ésta aplique una sanción pecuniaria.

2.-A fs. 47 rola el informe del Sub Fiscal Nacional Económico, que señala que solicitó a las partes una serie de antecedentes, básicamente relativos a su participación en la venta de medicamentos cuyo principio activo fuese la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

OXCARBAZEPINA, y respecto de la efectividad de haberse realizado la publicidad en los términos denunciados.

Señala que el mercado relevante está constituido por la venta, por parte de laboratorios farmacéuticos, de los medicamentos que contienen ese principio activo y que en Chile son sólo tres: Lafi, Novartis y Andrómaco. La denunciante y denunciada son los principales competidores en la venta del producto, en el que Novartis tiene una posición dominante, puesto que su porcentaje de ingresos por ventas, abarca prácticamente 2/3 del mercado.

En cuanto a la conducta denunciada, señala que la publicidad efectuada por Novartis es evidentemente comparativa, agresiva y desacreditadora, lo cual configura una conducta típica de competencia desleal, que además constituye un abuso de la posición dominante que Laboratorios Novartis goza en el mercado.

Como se ha reiterado a través de la jurisprudencia de los organismos de defensa de la libre competencia, la publicidad comparativa debe ser veraz, suficiente, objetiva y fundamentada, esto es, destinada a captar las preferencias del consumidor a través de estrategias de persuasión basadas en elementos objetivos y relevantes asociados al comportamiento y necesidades del consumidor, situación que en la especie no ocurre.

Que en este mercado, el consumidor resulta ser un paciente epiléptico, que no sólo efectúa una demanda derivada del medicamento, sino que además, no puede prescindir de él, de allí que la publicidad de medicamentos de este tipo deba ser necesariamente prudente.

Finalmente, indica que la propia denunciada informó a la Fiscalía que ha retirado la publicidad que ha dado origen a este expediente, lo cual no hace sino solo ratificar lo precedentemente señalado, sin eximirla de responsabilidad.

A su juicio, resulta necesario prevenir a Laboratorios Novartis que se abstenga, en lo sucesivo, de distribuir a los médicos y al público en general, publicidad con las características de la objetada, bajo apercibimiento de ser requerido ante la H. Comisión Resolutiva, para la aplicación de sanciones.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En conformidad a lo establecido en su Auto Acordado N° 2, este Tribunal confirió traslado a las partes del informe de la Fiscalía Nacional Económica.

3.- A fs. 56 Laboratorios Lafi señala que discrepa en cuanto al Dictamen ya que no basta prevenir a la denunciada para que se abstenga en lo sucesivo de incurrir en las conductas denunciadas, dado que ya ha sido prevenida con anterioridad de abstenerse de incurrir en ellas, a través del Dictamen N° 1039, de 3 de julio de 1998. Por lo tanto, la denunciada es reincidente, de tal manera que la prevención es insuficiente y corresponde sancionarla por sus conductas atentatorias contra la libre competencia.

4.- A fs. 58 Laboratorios Novartis señala, en relación con el mercado relevante, que la posición dominante no puede ser determinada por el porcentaje de los ingresos por ventas que presenta cada uno de los actores del mercado. Los mayores ingresos de Novartis obedecen al mayor precio que tiene su producto y ese mayor precio se debe al mayor costo de producción que debe asumir. En consecuencia, el mercado relevante debe determinarse en relación al número de unidades vendidas y en este sentido, no tiene posición dominante.

En cuanto a la conducta denunciada, en ningún caso se puede estimar que dicha publicidad tiene el carácter de desacreditadora. Que, por otro lado, ha suspendido la entrega del folleto y el medicamento está siendo promocionado a través de muestras médicas.

Solicita desechar la denuncia, con costas.

Se trajeron los autos en relación y se procedió a la vista de la causa, en la cual alegaron los abogados de ambas partes.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO

Primero.- Que, en primer término, resulta oportuno precisar que la presente causa se inicia por una solicitud de pronunciamiento o dictamen dirigida a la Comisión Preventiva Central, en cuanto a establecer que la campaña publicitaria que denuncia Laboratorios Lafi constituye infracción a la normativa del D.L. 211, toda vez que ella está destinada a desacreditar el producto de la competencia, con información no veraz, subjetiva y no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

demostrable, con la finalidad de eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

Segundo.- Que la disposición primera transitoria de la Ley N° 19.911, de 2003, dispone, en lo pertinente, que *“las Comisiones Preventivas y la Resolutiva subsistirán, y continuarán conociendo los asuntos sometidos a su consideración, hasta la instalación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia....”*. Asimismo, la disposición quinta transitoria de Ley N° 19.911, dispone que *“Las causas de que estuvieren actualmente conociendo las Comisiones Preventivas Central y Preventivas Regionales se seguirán tramitando, sin solución de continuidad, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con arreglo a los procedimientos establecidos por las disposiciones vigentes al momento de su inicio”*. Considerando que en dichas disposiciones no se regulaba en forma expresa el procedimiento a seguir, este Tribunal dictó el Auto Acordado Número Dos, de fecha 19 de mayo de 2004, en el cual se estableció un procedimiento para estas situaciones de excepción, que es el que se aplicó al caso de autos.

Tercero.- En cuanto a las facultades y atribuciones de este Tribunal, no existiendo norma expresa que regule la situación de las causas que provienen de las honorables comisiones preventivas en materias sustantivas, en virtud del principio de legalidad debe estimarse que éstas no pueden ser otras que las que le ha conferido la ley que lo constituyó, especialmente si se considera que las normas que rigen la constitución y atribuciones de los tribunales son normas de derecho público y por ende deben recibir aplicación inmediata. Sin perjuicio de lo anterior, considerando que la irretroactividad de la ley es la regla general en nuestro derecho y que ésta debe respetarse con especial cuidado cuando se trata de la aplicación de sanciones, este Tribunal estima que no pueden aplicarse a los hechos investigados sanciones o medidas distintas o más gravosas que aquellas de las que disponían los organismos de la libre competencia al momento de producirse tales hechos.

Cuarto.- Que, por otra parte, respecto del “mercado relevante”, este Tribunal concuerda con lo planteado por la Fiscalía Nacional Económica, en cuanto a que está constituido por la venta, por parte de laboratorios farmacéuticos de los medicamentos que contienen el principio activo OXCARBAZEPINA. La Fiscalía sostiene que Novartis tiene una posición dominante en dicho mercado, puesto que su porcentaje de ingresos por venta abarca

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aproximadamente 2/3 del mismo. Esta afirmación aparece controvertida por la afirmación de Novartis en el sentido que ambos laboratorios producirían una cantidad similar de unidades del medicamento en cuestión y que esta circunstancia sería determinante para definir tal mercado relevante y no así el valor de venta del producto. Este Tribunal, considerando que sólo tres laboratorios producen en Chile el medicamento en cuestión; que los laboratorios Lafi y Novartis tienen en conjunto una participación muy mayoritaria en dicho producto, sea que se consideren por precio o por unidades vendidas y que el medicamento no es fácilmente prescindible; estima que Novartis tiene poder de mercado y por ende, puede realizar conductas de competencia desleal con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el respectivo mercado.

Quinto.- Que precisado lo anterior corresponde pronunciarse acerca de las conductas denunciadas. Novartis puso en circulación un folleto con la pregunta “¿Ud. cree que la FDA avalaría cualquier medicamento?”, señalándose por una mano el folleto promocional del producto de Laboratorio Lafi, y diciendo a continuación “No arriesgue su resultado, use el original”. A este respecto, examinado el folleto que motiva la solicitud del Laboratorio Lafi, es posible concluir que es evidentemente inductivo a error desde el momento que, indirectamente, imputa a la competencia falencias en la fabricación del medicamento y pretende desprestigiarlo, sin que se haya acreditado en el proceso fundamento alguno para ello, presumiblemente con el objeto de aumentar su participación de mercado a costa de la de su competidor más cercano, lo que configura una conducta típica de competencia desleal en los términos del artículo 3, letra c), del D.L. 211.

Sexto.- Que, como lo recuerda la Fiscalía, la jurisprudencia de los organismos de la libre competencia ha señalado que “la publicidad comparativa debe ser veraz, suficiente, objetiva y fundamentada, esto es, destinada a captar las preferencias del consumidor a través de estrategias de persuasión basadas en elementos objetivos y relevantes asociados al comportamiento y necesidades del consumidor”, lo que no ocurre en el caso de autos, reafirmando por ello la conclusión a que se arribó en el considerando precedente.

Séptimo.- Que, por último, debe tenerse en consideración que la publicidad cuestionada va dirigida especialmente al cuerpo médico que, naturalmente,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

puede dar credibilidad a dicha propaganda o, a lo menos, crear la duda a su respecto, no obstante que ambos medicamentos fueron autorizados por el Instituto de Salud Pública. A mayor abundamiento, Laboratorios Novartis retiró de la circulación el referido folleto, lo que no requiere de mayores comentarios.

En virtud de lo expuesto y lo prescrito en las disposiciones citadas, **se acoge** la denuncia interpuesta por Laboratorio Lafi Limitada y consecuentemente **se condena a Laboratorio Novartis Chile S.A. al pago de una multa a beneficio fiscal por una suma equivalente de doscientas unidades tributarias mensuales y se le previene que debe abstenerse en el futuro de efectuar este tipo de conductas.**

Sentencia acordada con el voto en contra del Presidente del Tribunal Sr. Eduardo Jara, quien estuvo por no aplicar sanción a la denunciada en atención a que este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su calidad de continuador y sucesor legal de las Comisiones Preventivas y Resolutiva, no puede aplicar a los hechos investigados sanciones, ya que carecería la Comisión Preventiva que inició el conocimiento de los mismos de tal facultad, de acuerdo con la normativa vigente al inicio de dicho conocimiento, contenida en los artículos 8° y 11 del texto Decreto Ley 211 vigentes con anterioridad a las reformas introducidas por la Ley 19.211 de 14 de Noviembre de 2004,

Notifíquese, transcríbese a la Fiscalía Nacional Económica y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 25-04.

Pronunciada por los Ministros señores Jara (Presidente), Sra. Butelmann, Sr. Depolo, Sr. Menchaca y Sr. Serra. Autoriza, Jaime Barahona Urzúa, Secretario Abogado.