

Santiago, veintiocho de julio de dos mil cinco.

VISTOS:

Posición de la demandante:

A fs. 13 Laboratorios Especialidades Farmacéuticas Knop Limitada (**Knop o Laboratorio Knop**) interpone demanda en contra de Farmacias Ahumada S.A. (**Fasa**) y Sergio Purcell Robinson, en calidad de gerente general de la misma, por que en concepto de Knop, la circunstancia de que la demandada posea una posición dominante en el mercado y, al mismo tiempo, comercialice un producto idéntico al de uno de sus proveedores, estaría manifestando una actitud predatoria que perseguiría incrementar su eventual posición de dominio, al desplazar a la demandante del mercado. Asimismo, demostraría una conducta de competencia desleal, al imitar su producto y aprovecharse de la reputación de Knop. Esta situación creada por Fasa se vería ratificada por el hecho de negarse a comprarle su producto Paltomiel.

Según la recurrente, el origen del producto farmacéutico Paltomiel está estrechamente vinculado al desarrollo de la farmacia fundada por los hermanos Knop, la que luego de largos años logró convertirse en HOMEOPATIA ALEMANA KNOP, al obtener el 16 de noviembre de 1951 la autorización para su funcionamiento en la ciudad de Quilpué. En el año 1985 el Instituto de Salud Pública (ISP) otorga registros sanitarios a Paltomiel ADULTO y Paltomiel INFANTIL. A principios de los años 80 el producto cambió de presentación y se utilizó un envase plástico blanco con diseño característico, tanto en su formato adulto como infantil.

En la actualidad tiene registrada a su nombre en el Departamento de Propiedad Industrial (DPI) la marca Paltomiel como tipo denominativo y también como tipo mixto, en la clase 5.

Farmacias Ahumada S.A. comercializa y difunde al público el producto denominado "con Palto con Miel", Infantil y Adulto, con la frase de propaganda "Jarabe Expectorante". Está contenido en un envase casi idéntico al utilizado para el producto Paltomiel; se trata de frascos plásticos de color blanco del mismo tamaño, que presentan una etiqueta impresa en él, muy similar a la de la marca de Knop.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Al utilizar el formato y denominación casi idénticos al de Knop, Fasa ha creado una asociación visual entre ambos diseños, con lo cual confunde e induce a los consumidores a adquirir su producto “con Palto con Miel”, en el convencimiento que están comprando el mismo producto Paltomiel, el cual, señala Knop, ha sido elaborado en base a materias primas seleccionadas, bajo estrictos estándares de calidad, que lo han posicionado en el mercado nacional e internacional.

La conducta desplegada por Fasa irroga a Knop un cuantioso perjuicio, pues no sólo debe soportar que se comercialice un producto que no cumple con las exigencias de calidad que Knop ocupa en la elaboración de sus productos, sino que se beneficia del enorme esfuerzo invertido por ella. Además Fasa ha ido introduciendo al mercado ciertos productos de su propia elaboración, que copia de otros laboratorios, usando similar denominación e imagen, desplazando a los legítimos productores del mercado farmacéutico.

Fasa, con su extensa red de farmacias, ocupa una ventajosa posición en el mercado nacional que alcanza al 34% del mercado de medicamentos. En razón de lo anterior, ha podido vender una considerable cantidad de su producto con Palto con Miel en ambas presentaciones, lo que se traduce en aproximadamente 350.000 unidades anuales, reportándole una renta bruta cercana a la suma de \$ 612.500.000. A esto se asocia una permanente publicidad alusiva al producto y precio en su revista Farmacias Ahumada.

Se da también en la especie un caso de abuso de posición dominante asociado a una discriminación hacia los proveedores, en el sentido que Fasa restringe la entrada de productos de sus legítimos competidores a su cadena de farmacias y por tanto al 34% del mercado, y esto lo hace en base a criterios que no son objetivos o que no tienen un sustento económico de carácter general; es decir, no se basa en los precios de los proveedores o en costos operacionales.

Fasa niega la comercialización del tradicional producto Paltomiel en su cadena de farmacias y ha decidido, unilateralmente, poner fin a la relación comercial con Knop, provocando la salida de todos los productos Knop desde las farmacias de su propiedad, lo que estuvo motivado por la decisión de la primera de posicionar en el mercado su propia línea de productos de origen natural, sin incurrir en el alto costo asociado a crear una marca que diera garantías de seguridad al consumidor.

Fasa ha podido influir significativamente en el precio de los jarabes expectorantes a base de palto y miel, llegando a vender su producto a \$ 1.750 pesos, precio que se encuentra muy por debajo del que correspondería, atendido el costo de producción del medicamento. Añade que un precio bajo no necesariamente se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

justifica por un alto grado de eficiencia de Fasa, sino más bien por la circunstancia que este producto se encuentra subsidiado por otros tanto de la misma línea Fasa o por cierta gama de productos que por su alta rentabilidad le permiten aminorar los efectos de las drásticas disminuciones de algunos productos.

Finalmente, concluye, que el uso que está haciendo la demandada de la marca con Palto con Miel infringe la disposición contenida en la letra c) del artículo 3° del texto en vigor del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de marzo de 2005. Los hechos expuestos infringen el bien jurídico protegido, cual es la defensa de la libre competencia, que en este caso en particular compromete el derecho de todos los productores a competir en igualdad de condiciones en el mercado farmacéutico nacional e implica una situación de competencia desleal o predatoria con un pequeño productor, con la finalidad de incrementar su posición dominante en el mercado. Solicita se apliquen las medidas de las letras a) y c) del artículo 26° del texto en vigor del Decreto Ley N° 211.

Elementos probatorios e ilustrativos aportados por la parte demandante:

Junto con la demanda se acompañan los siguientes documentos:

A.- Copia autorizada del certificado de registro de marca emitido por el DPI, que acredita que Knop posee registros vigentes para su producto Paltomiel.

B.- Consulta efectuada por Internet acerca del estado de tramitación de la solicitud de registro de marca para el producto con Palto con Miel de Fasa.

C.- Dos fotografías digitales comparativas de los productos de Fasa y de Knop.

D.- Acta extendida por el Notario de Santiago don Fernando Alzate Claro, relativa a la compra del producto con Palto con Miel de Fasa.

E.- Documento obtenido por *internet* de la página *web* de Fasa, que se refiere a la posición de Fasa en el mercado.

F.- Dos boletas de compra del producto Paltomiel.

A fs. 158 acompaña peritaje elaborado por don Luis Moreno López, arquitecto y profesor de diseño de las Universidades Católica y Finis Terrae, que se refiere a las “Semejanzas de Envases de Productos Farmacéuticos Paltomiel de Laboratorio Knop y con Palto con Miel de Laboratorios Fasa”.

Este informe se refirió a la demostración de identidad de los diseños de los envases en su aspecto formal y gráfico, partiendo del supuesto histórico de la antigüedad de uno de ellos y de su existencia anterior. Del análisis comparativo de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los envases estudiados, de productos farmacéuticos competitivos similares en relación a su forma, nombre, color, tamaño y material, se puede concluir la gran semejanza de éstos, en cuanto a su presentación visual y asociación de nombre. Que puede concluirse que en el caso analizado existió clara intención de imitación de parte de una marca con respecto a la otra, con el fin de identificarse visualmente y asimilar su imagen al diseño original y de esta manera obtener beneficio comercial, produciendo un perjuicio al producto original, al apropiarse de su imagen de marca. La marca Paltomiel de Laboratorios Knop ha sido plagiada por otro producto competidor en el diseño de su envase de presentación del producto, por asimilación de su imagen con el propósito de identificarse con un producto con más de 50 años en el mercado.

A fs. 158 también acompaña un informe lingüístico respecto de la relación entre las marcas comerciales Paltomiel y con Palto con Miel, preparado por doña Marcela Oyanedel, Doctora en Lingüística, y don José Luis Samaniego, Secretario de la Academia Chilena de la Lengua y Decano de la Facultad de Letras de la Universidad Católica. En éste se concluye que hay suficientes elementos de juicio lingüístico para pensar que el nombre del producto de aparición reciente con Palto con Miel induce a confusión, error o engaño en el público consumidor. No posee una fuerza distintiva notoria para su adecuada identificación en el comercio. Su parecido fonético y su similitud gráfica y la irrelevancia del cambio gramatical respecto de la expresión Paltomiel, no le otorgan verdadera fisonomía e inducen a que el público consumidor, posible comprador, infiera que se trata de un mismo producto único, con leve variación en la presentación externa. Cabe pensar razonablemente que al crear la expresión con Palto con Miel se pretende por efecto de la confusión lingüística en el receptor aludir al término Paltomiel.

A fs. 186 se lleva a cabo la diligencia de absolución de posiciones de don Sergio Purcell Robinson, en su calidad de gerente general de Fasa.

A fs. 199 acompaña fotocopias de contratos de publicidad y folletos publicitarios del producto Paltomiel.

Posición de la demandada:

Contestando la demanda a fs. 53 Fasa solicita el rechazo de la misma en todas sus partes por las siguientes consideraciones:

En cuanto a la posición de dominio de Fasa, expone, luego de definir dicho concepto, que esta situación no se da en la especie, puesto que este es un mercado altamente competitivo, la cuota de mercado de Fasa es similar a la de las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

otras dos cadenas con presencia relevante en el mismo, lo que impide abusar de la posición de mercado porque, de producirse ello, los consumidores tienen alternativas en donde poder satisfacer sus necesidades a precios competitivos.

Sin perjuicio de lo anterior, para la determinación de la posición de dominancia es importante la definición de mercado relevante para la clase de bienes de que se trate. Lo anterior implica considerar que los consumidores, cuando compran uno de dichos productos para satisfacer sus necesidades, adquieren los atributos del mismo. Ello significa que deben ponderarse las posibilidades de sustitución que tienen otros bienes y servicios respecto del producto considerado, así también la delimitación geográfica del mercado. Señala que este es un tema crucial para definir el ámbito respecto del cual desea aclararse la eventual posición de dominio de Fasa, pues ello supone establecer cuáles son los competidores eventuales que puede tener el oferente considerado.

Lo anterior lleva a concluir que la participación de mercado sólo en apariencia podría aproximarse a la dominancia en la comercialización de medicamentos en general y, sin duda alguna, es escasamente relevante en el mercado de los medicamentos o productos naturales, a cuyo respecto no tiene en absoluto una posición de dominio, toda vez que existen, en la actualidad, otros agentes con similar poder de mercado que compiten con Fasa, lo que lo hace altamente competitivo.

En cuanto al abuso como condición de ilicitud, señala que aunque pudiera considerarse que Fasa posee una posición de dominio en el mercado, la existencia de una determinada posición dominante por sí sola no es considerada una infracción a las normas de libre competencia. Añade que lo que el Tribunal está llamado a sancionar no es la posición dominante, sino el abuso de ella, vale decir, el aprovechamiento de dicha posición con fines de tipo monopólico.

En cuanto a la predación: Los modos mediante los cuales puede llevarse a cabo este abuso de posición dominante son múltiples, en consecuencia, el abuso se encuentra asociado habitualmente, al desarrollo de conductas anticompetitivas específicas.

Luego de definir lo que se entiende por predación, señala Fasa que el objetivo del comportamiento predatorio siempre origina una tendencia a que la empresa predatora tenga pérdidas en el corto plazo, con el fin de expulsar a empresas competidoras o desanimar la entrada de nuevas, en su esfuerzo por conseguir mayores beneficios en el largo plazo, cuando haya aumentado su poder de mercado y pueda apropiarse del excedente de los consumidores, mediante alzas o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

manipulación de los precios, para recuperar sus pérdidas e incrementar utilidades, obteniendo rentas monopólicas, es decir superiores a los del mercado.

Señala que la labor de su representada consiste en comprar productos farmacéuticos, cosméticos y similares, y venderlos. Para ello cotiza entre distintos proveedores y opta por aquél que le otorga mejores condiciones. Fasa obtiene mejores márgenes con la comercialización de marcas propias que ella crea y registra, pero que no produce comercialmente. Fasa contrata la elaboración de sus productos de marca propia a laboratorios externos que le maquilan tales productos y a quienes se los compra. Obviamente el precio que estos laboratorios cobran a Fasa le permite un mayor margen que los que puede obtener la propia demandante Knop. Ésta no tiene precios competitivos y mal puede pretender que Fasa actúe sin racionalidad económica, adquiriéndole su producto Paltomiel, cuando éste tiene precios superiores a los que le entrega el fabricante que le maquila el Jarabe Expectorante con Palto con Miel.

Pero, aún cuando se concluyera que estas hipótesis de predación están presentes en el caso que nos ocupa, la presencia de otros dos agentes de un peso similar a Fasa en este mercado, excluyen el supuesto necesario para que la predación se pueda considerar, dado que Fasa no tiene posición de dominio.

Además debe tenerse presente que para que la venta bajo costos sea reprochable, se requiere, además, que sea una práctica más o menos permanente y que no obedezca a razones coyunturales, como la liquidación de *stocks* o la penetración en un mercado.

Por último, deben tenerse presentes tres consideraciones adicionales respecto de esta causa, dos de las cuales fueron omitidas por la demandante y la tercera es producto de la tergiversación de los hechos:

A.- La primera se refiere a que no siendo ésta una industria regulada, ni tener la obligación de prestar el servicio al que se lo solicita, ni poder ser considerado como una facilidad esencial, no puede pretender la demandante que Fasa se encuentre obligada a adquirir subproductos para convertirse en su canal de distribución, toda vez que no existe fundamento jurídico ni económico que la obligue a ello. En efecto, uno de los principios básicos de nuestro orden público económico es la libertad para contratar, esto es, nadie puede ser obligado a mantener relaciones comerciales con quienes no desee, salvo que una ley lo imponga expresamente, ni menos aún, como el caso que nos ocupa, en que la demandante es competidora de la demandada en uno o varios productos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

De no ser considerado así, Fasa podría obligar a las dos cadenas competidoras, no sólo a distribuir, sino que a comprarle sus productos de marca propia, para venderlos en sus locales.

B.- La segunda circunstancia dice relación con el hecho que la demandante tiene su propia cadena de locales de venta a consumidores finales por medio de los cuales comercializa sus productos, con lo cual puede acceder fácilmente al mercado. Además de ello, las otras dos cadenas con presencia relevante comercializan sus productos dentro de los altos niveles de competencia que tiene este mercado.

Agrega que estos dos hechos son suficientes para acreditar la falta de veracidad de las afirmaciones de la demandante o al menos demostrar que tiene pretensiones desmedidas al querer obligar a Fasa a vender sus productos.

C.- Por último, la tercera circunstancia relevante, consiste en una tergiversación de los hechos y se produce cuando la demandante en su demanda señala que Fasa ha dejado de adquirir sus productos. Con ello quiera dar una sensación de que Fasa ha sumado un cúmulo de hechos en contra de la demandante que la han colocado en una situación compleja.

En efecto, Fasa dejó de comprar Paltomiel a la demandante hace seis años, cuando, después de un análisis del mercado y cotización a otros laboratorios concluyó que podía adquirir a terceros el producto Fasa Jarabe Expectorante con Palto con Miel, que ella desarrolló, obteniendo márgenes bastante superiores a los que obtenía con la comercialización de Paltomiel.

Además de lo anterior, Fasa continúa comprando el producto Paltomiel para su comercialización en las cadenas de farmacias que Fasa mantiene en el extranjero, especialmente Perú.

Solicita por consiguiente el rechazo de la demanda por el Tribunal, con expresa condenación en costas.

Elementos probatorios e ilustrativos aportados por la demandada

A fs. 53, como documentos fundantes de la contestación de la demanda, acompaña:

A.- Fotos con los productos materia del litigio.

B.- Boletas de compra de los productos Paltomiel en Farmacias Cruz Verde y Salcobrand.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

C.- Catálogo Publicitario de Farmacias Ahumada en Perú, que contiene el producto Paltomiel de Knop.

A fs. 85 acompaña “Análisis e Informe Económico” elaborado por Juan Manuel Cruz Sánchez, ingeniero comercial, en el cual se concluye que Fasa ha actuado bajo prácticas comerciales legítimas y con total racionalidad al comercializar el producto Jarabe expectorante con Palto con Miel, bajo su marca.

Al no haber relaciones de propiedad entre Fasa y Arama Laboratorios y Cía. Ltda., y considerando el hecho de fabricar esta empresa un producto para Fasa y otro para MED-CELL, que le compite, se descarta la posibilidad de subsidios cruzados, transferencias de rentas, exclusividades u otras situaciones que afecten la competencia en el mercado.

Concluye que la demanda presentada por Knop no demuestra infracción alguna al Decreto Ley N° 211. Llama la atención la oportunidad en que esta demanda se presenta, dado que ocurre seis años después que Fasa dejó de distribuir el producto elaborado por Knop, lo que ocurrió por una decisión de Fasa con perfecta racionalidad económica y que, en definitiva, aumentaría la competencia en el mercado. Que también llama la atención la forma como el demandante utiliza argumentos marcarios para inferir que hay restricciones a la competencia; más aún si se considera que el registro de la marca Paltomiel ocurre muchos años después de que se está comercializando y después de la aparición de otros productos que le compiten.

Un dato esencial y que Knop no aporta, es la evolución de sus propios precios de venta y costos desde el año 1988 en adelante, antecedentes que ayudarían a dilucidar si realmente ha sufrido un daño generado por la supuesta política de precios predatorios de un competidor. Si no hay predación ni daños, se podría plantear la pregunta de hasta dónde es correcta la pretensión de evitar la competencia por el solo hecho de que existe una marca registrada en su favor.

A fs. 166 se rinde la prueba confesional del gerente general de Laboratorio Knop, Germán Knop Valdés.

A fs. 169 se rindió la prueba de testigos solicitada por Fasa, prestando declaración don Juan Manuel Cruz Sánchez. Además de ratificar el informe acompañado a los autos, se refiere a los puntos de prueba fijados.

A fs. 182 acompaña 5 facturas de Arama donde consta el precio a que Fasa compra el jarabe expectorante con Palto con Miel.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A fs. 292 se acompañan 33 facturas de los años 2002, 18 del año 2003 y 28 del año 2004, de Arama.

Posteriormente se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, de acuerdo a lo sostenido por la parte demandante, Laboratorio Especialidades Farmacéuticas Knop Limitada, la sociedad demandada, Farmacias Ahumada S.A., infringiría las normas de la libre competencia en la comercialización de su producto denominado Jarabe Expectorante con Palto con Miel. Esta situación se daría, entre otras razones, por presentar este producto similitud respecto de su nombre y de la forma, color, material y tamaño de su envase, con el producto Paltomiel que produce la demandante.

En efecto, en concepto de Knop, la circunstancia de que la demandada posea una posición dominante en el mercado y, al mismo tiempo, comercialice un producto que imita al de la competencia, estaría manifestando una actitud predatoria y de competencia desleal, que perseguiría incrementar su eventual posición de dominio, al desplazar a la demandante del mercado. Esta situación se vería ratificada por el hecho de negarse Fasa a comprarle su producto Paltomiel.

SEGUNDO: Que, según lo argumentado por la parte demandada, el mercado farmacéutico nacional es altamente competitivo, correspondiéndole a Fasa una participación similar a la que poseen las otras cadenas farmacéuticas que operan en el país. Que, asimismo, al no adquirir -al menos para el mercado nacional- el producto Paltomiel, que produce la demandante, no estaría ejecutando acción predatoria alguna. Ello, en atención a que, además de la libertad para contratar que rige su actividad comercial, los costos en que incurre por la maquila de su producto le permitirían obtener márgenes bastantes superiores a los que recibiría si adquiriera el producto de la demandante.

TERCERO: Que, como a este Tribunal no le corresponde pronunciarse respecto de la eventual infracción a las normas de protección de la propiedad industrial debido a la comercialización de productos similares a otros previamente registrados, la conducta se analizará de acuerdo a las normas que protegen la libre competencia en los mercados.

CUARTO: Que, en general, la relación que se origina entre un laboratorio y un distribuidor, sea éste minorista o mayorista, es un contrato de suministro, por el cual el primero encarga al segundo la distribución y venta a público en general. Se genera así un mercado de aprovisionamiento en el que participan, desde la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

perspectiva de la oferta, los laboratorios y, desde la perspectiva de la demanda, los comercios que adquieren y comercializan sus productos. Simétricamente, se puede decir que son los laboratorios los que demandan servicios de distribución en el mercado, siendo oferentes los distribuidores.

Esta relación de aprovisionamiento implica que, por un lado, el proveedor debe decidir libremente cuál es el mejor canal de distribución para su producto, entre las distintas opciones de distribución minorista que existan y, por el otro, el minorista debe decidir libremente cuál es la mejor combinación de productos para comercializar al por menor.

QUINTO: Que la industria farmacéutica no está sujeta a regulaciones en materia de precios y contratación, por lo que, a juicio de este Tribunal, la terminación de la relación comercial por parte de Fasa para con Laboratorios Knop, considerada en sí misma, no constituiría una conducta atentatoria contra la libre competencia, puesto que una cadena de farmacias tiene libertad de contratar el aprovisionamiento de aquellos productos que le sean más rentables.

Por consiguiente, para decidir si las conductas aquí denunciadas infringieron las normas del DL N° 211, es necesario ponderar conjuntamente todas las circunstancias que concurrieron en su materialización.

SEXTO: Que, si se analiza la estructura del mercado de las farmacias de acuerdo con los antecedentes aportados en autos por Fasa a fojas 65, en la actualidad operan tres empresas bajo la modalidad de “cadenas de farmacias”, las que concentran alrededor del 90% de las ventas de medicamentos, distribuyéndose de la siguiente manera: Cruz Verde 28,5%, Salcobrand 29,5%, Farmacias Ahumada 33% y el resto de los actores 9%.

SEPTIMO: Que atendido el volumen de compras que realizan las denominadas “cadenas de farmacias”, éstas constituyen canales de distribución difícilmente sustituibles y, por ende, gozan de poder de mercado al enfrentar las negociaciones con sus proveedores.

OCTAVO: Que, no obstante el grado de concentración que presenta actualmente el mercado de productos farmacéuticos, esta situación tampoco es por sí misma contraria a la libre competencia. Sí sería ilícito, en cambio, que Fasa hubiese realizado prácticas que evidencien abusos de dicho poder de mercado.

NOVENO: Que, con dicho propósito es necesario analizar el fenómeno de la utilización de marcas propias, esto es, aquellas marcas que se identifican con el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

distribuidor, creadas para productos que compiten con otros de reconocido renombre o con presencia consolidada en el mercado.

Si bien el uso de estas marcas propias tampoco puede considerarse una práctica que altere la libre competencia, sí podría serlo en aquellos casos en que tal uso tenga por objeto crear confusión en el consumidor, ya sea de manera directa (comprar el producto imitador creyendo que se adquiere el imitado) o por asociación (comprar el producto imitador creyendo que pertenece a la misma empresa del producto imitado), constituyéndose en una conducta de aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajeno, que afecta la transparencia del mercado.

DECIMO: Que, a juicio de este Tribunal, este caso trata precisamente del desarrollo de una estrategia de incorporación del uso de una marca propia por un distribuidor. En efecto, consta en autos que hasta el año 1998, Fasa vendió el producto **Paltomiel**, elaborado por Knop, sin existir problemas entre las partes del contrato de distribución. De conformidad con los antecedentes del proceso, el jarabe **Paltomiel** ha sido comercializado en el mercado chileno por Knop y otros distribuidores desde 1947, registrándose en el año 1983 como producto farmacéutico ante el Instituto de Salud Pública, y luego registrándose también la marca en el Departamento de Propiedad Industrial en el año 1990, siendo, en consecuencia, una marca reconocida en el ámbito de los jarabes elaborados en base a componentes naturales.

Consta asimismo, que en el año 1998 Fasa incorporó a su línea de productos la comercialización del Jarabe denominado **Palto con Miel**, elaborado por Laboratorio Maver, el que reemplazó, finalmente, en el año 1999, al producto **Paltomiel**.

Luego, en el año 2000, Fasa pasó a distribuir, además, el producto denominado Jarabe Expectorante **con Palto con Miel**, elaborado por terceros, bajo la marca propia Fasa.

A partir del año 2001, Fasa ha comercializado exclusivamente el jarabe expectorante de su propia marca **con Palto con Miel**.

UNDECIMO: Que aparece de los dos informes acompañados por la demandante a fojas 113 y 147, los que no han sido controvertidos por alguna otra prueba en autos, que el envase del producto **con Palto con Miel**, comercializado por Fasa, posee características de presentación muy similares en relación con la forma,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

color, tamaño y material del envase, así como con el nombre -desde el punto de vista lingüístico- del producto **Paltomiel**, de fabricación de Knop.

DUODECIMO: Que este Tribunal considera que las similitudes comprobadas en autos generan confusión en el consumidor e inducen a error sobre el producto que cree adquirir e incluso sobre su procedencia.

A mayor abundamiento, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el mercado de la distribución minorista de supermercados o hipermercados, donde los productos se ofrecen al público sin mediar intervención de un dependiente del comercio (salvo promociones específicas), en el caso de la venta de productos en farmacias, como el de los jarabes expectorantes, una persona (farmacéutico o vendedor), cuyos incentivos están alineados con los del dueño de la farmacia, interviene directamente en la entrega y venta del producto. Este hecho facilita que la cadena farmacéutica desplace el producto de la marca imitada con uno propio, puesto que el consumidor no tiene la posibilidad de comparar los productos ni puede percibir que no está disponible la marca original.

DECIMOTERCERO: Que, habida cuenta de las consideraciones anteriores, se puede concluir que Fasa ha aprovechado la ventaja que se deriva de la imitación de un producto consolidado en el mercado -**Paltomiel**-, tanto en lo atinente a su presentación visual como a las características lingüísticas de su nombre, para la introducción y venta de productos con marca propia. En efecto, la imitación permite que el cliente crea que el original y su sustituto son un mismo producto, de modo que la ausencia del producto original no lo motive a acudir a otros distribuidores que sí expenden dicho producto. Esta distorsión, en los hechos, priva al fabricante del producto original del acceso en condiciones de mercado a los clientes finales.

DECIMOCUARTO: Que, a juicio de este Tribunal, la estrategia implementada por Fasa, esto es, la negativa de compra para con su distribuidor habitual, Laboratorio Knop, en ejercicio de su libertad de contratar, seguida del reemplazo del producto **Paltomiel** por una imitación asociada a una marca propia (**con Palto con Miel**), constituye una conducta contraria a la libre competencia, atendido el poder de mercado de que goza dicho distribuidor.

Que, bajo circunstancias similares a las descritas en autos, si Fasa hubiese reemplazado el producto **Paltomiel**, en pleno ejercicio de su libertad de contratar, por uno de marca propia pero con características singulares, distintivas y/o innovadoras; o en caso que hubiese introducido otro similar al producto original,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pero sin afectar la libertad del consumidor de elegir entre ambos, estos actos no habrían constituido, a juicio de este Tribunal, restricciones a la libre competencia.

DECIMOQUINTO: Que por las razones antes expuestas, en concepto de este Tribunal, Fasa ha infringido lo establecido en el inciso primero del artículo 3° del texto en vigor del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de marzo de 2005, al comercializar su marca **con Palto con Miel** con el objeto y efecto de producir en los clientes su asociación, tanto gráfica como lingüística, con una marca competidora, **Paltomiel**, la que además dejó de distribuir.

DECIMOSEXTO: Que esta conducta amerita ser sancionada en la forma dispuesta en la letra c), del artículo 26°, del Decreto Ley N° 211, con una multa a beneficio fiscal, cuyo monto se fijará atendiendo a su gravedad, dentro del marco de las prácticas restrictivas que dicho Decreto Ley N° 211 prescribe y, asimismo, a las particularidades del mercado farmacéutico en cuestión, en el que las conductas anticompetitivas, tienen incidencia directa en el valor y disponibilidad de los productos que son elaborados para satisfacer necesidades relacionadas con la salud de las personas. Este Tribunal, sobre la base de los antecedentes del proceso, determinará prudencialmente el monto de la multa.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 1°, 2°, 3° y 26°, del texto en vigor del Decreto Ley N° 211, y artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, se **RESUELVE:**

Que se acoge la demanda interpuesta a fs. 13 por Laboratorio Especialidades Farmacéuticas Knop Limitada en contra de Farmacias Ahumada S.A., en cuanto se declara que las conductas llevadas a cabo por la demandada, consideradas en su conjunto, son contrarias a la libre competencia y, en consecuencia, se aplica a dicha empresa una multa, a beneficio fiscal, de 50 unidades tributarias anuales; todo lo anterior, con costas. Notifíquese y archívese en su oportunidad. Rol C N° 41-04.

Pronunciada por los Ministros señores Jara, Presidente, Sra. Butelmann, Sr. Depolo, Sr. Serra y Sr. Osorio. No firma la Ministro Sra. Butelmann por encontrarse ausente, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo. Autoriza, Jaime Barahona Urzua, Secretario Abogado.