

Santiago, veintidós de diciembre del año dos mil cinco. Vistos: Se han traído en relación estos autos rol N°4.236-05 para conocer del recurso de reclamación interpuesto, a fojas 461, por Farmacias Ahumada S.A. (Fasa) en contra de la sentencia definitiva N°24/2005 pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con fecha veintiocho de julio último, y que rola a fs.364. En el fallo que se impugna se acogió la demanda de fojas 13, interpuesta por Laboratorios de Especialidades Farmacéuticas Knop Limitada, (en adelante Knop) por la infracción contemplada en la letra c) del artículo 3° del Decreto Ley N°211. El procedimiento se inició, mediante la referida demanda ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la cual se acusa a la demandada de imitar el producto de la demandante denominado Paltomiel; de la negativa a venderlo en su red de farmacias; de crear otro similar; de la elaboración de un producto de marca propia denominado Con Palto con Miel, contenido en un envase casi idéntico, el que vende a un precio muy inferior al primero. A fojas 53, la demandada evacúa el traslado de la demanda, pidiendo el rechazo de ésta, argumentando que no existe fundamento económico ni jurídico que le obligue a vender en su red de farmacias el producto Paltomiel de la demandante, agregando que puede vender su producto Con Palto con Miel a un precio mas bajo que el de la competencia, pues contrata la elaboración de sus medicamentos de marca propia a laboratorios externos que le maquilan tales productos y a quienes se los compra a un precio más bajo. Finalmente expresa, que Fasa dejó de comprar Paltomiel hace seis años, cuando, después de un análisis de mercado y cotización a otros laboratorios concluyó que podía adquirir a terceros el producto Fasa Jarabe Expectoante Con Palto con Miel, que ella misma desarrolló, obteniendo márgenes bastantes superiores a los que obtenía con la comercialización del producto Paltomiel; A fs.296, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fijó la audiencia para la vista de la causa. Mediante la sentencia de fs. 364 y siguientes se acoge la demanda de Knop 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 esta última empresa una multa, a beneficio fiscal, de 50 unidades tributarias anuales. A fojas 461, la demandada deduce recurso de reclamación en contra de dicho fallo. Se trajeron los autos en relación. Considerando: 1°) Que, en lo principal de fs.461 Farmacias Ahumada S.A. dedujo recurso de reclamación, contra lo decidido por la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, aduciendo, además de lo que se señalara en la parte expositiva de este fallo, que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no tiene potestad para sancionar a Fasa y, al hacerlo, infringió el principio de legalidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República. Explicando dicha afirmación, aduce que la demandada fue sancionada por hechos que ocurrieron antes de la vigencia de la Ley N°19.911, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Específicamente, las conductas que habría realizado Fasa, y que motivaron la sanción del tribunal, ocurrieron durante los años 1999 y 2000 , en tanto que la aludida ley entró en vigencia 90 días después de su publicación en el Diario Oficial, lo que ocurrió con fecha 14 de noviembre de 2003 y, más tarde, recién el 24 de junio de 2004, Knop presentó su demanda por infracción a la libre competencia materia de autos. Así las cosas, todas aquellas conductas que hubiesen sido cometidas antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley y que no fueron previamente denunciadas, quedan fuera del alcance y potestad del tribunal para su conocimiento y juzgamiento; 2°) Que, aparte de la alegación anterior, y como consecuencia de ello, el reclamante expone que además de violar el principio de legalidad, el tribunal aplicó una ley retroactivamente sin estar autorizado a ello, imponiendo a Fasa una sanción

que, por ello, debe ser invalidada. Argumenta que la irretroactividad es un principio general del ordenamiento jurídico nacional, por lo que la aplicación retroactiva debe estar contemplada expresamente en la ley respectiva, cuyo no es el caso de autos, pues en el señalado cuerpo legal no existe ninguna norma que así lo establezca. Que las conductas reprochadas a la demandada y que merecerían a juicio del tribunal una sanción ocurrieron, según lo determina la propia resolución reclamada, entre los años 1999 y 2000, y la Ley N°19.911, tal como ya se dijo, entró en vigencia transcurridos noventa días desde su publicación de fecha 14 de noviembre de 2003 en el Diario Oficial; 3°) Que la reclamante agrega que, a mayor abundamiento, las acciones ejercidas por la demandante se encontraban prescritas. En efecto, la demanda fue interpuesta el 24 de junio de 2004, libelo en el cual se solicitó que se sancionara a la demandada con las medidas dispuestas en las letras a) y c) del artículo 17 letra K) de la Ley N°19.911. Que, por su parte, el artículo 20 inciso 3° del Decreto Ley N°211 señala que Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años. Añade que las conductas objetadas a la demandada ocurrieron, según lo sostiene la propia resolución reclamada, los años 1999 y 2000, y como la demanda fue presentada el 24 de junio de 2004, han transcurrido más de 5 años desde la realización de tales conductas; 4°) Que según la sentencia objeto del reclamo, la industria farmacéutica no está sujeta a regulaciones en materia de precios y contratación, por lo que la terminación de la relación comercial por parte de Fasa para con Laboratorios Knop, considerada en sí misma, no constituye una conducta atentatoria contra la libre competencia. Que, asimismo, concluyó que en lo que dice relación con la utilización de marcas propias, esto es, aquellas marcas que se identifican con el distribuidor, tampoco puede ser considerado como una practica que altere la libre competencia, y que en este caso se trata de una estrategia de incorporación del uso de una marca propia por un distribuidor. Prosigue el fallo que consta de autos que hasta el año 1998 Fasa vendió el producto Paltomiel elaborado por la demandante, y fue en ese año que la primera incorporó a su línea de productos la comercialización del Jarabe Expectorante conocido como Con Palto con Miel, elaborado por Laboratorios Maver, el que reemplazó, finalmente, en el año 1999, al producto Paltomiel, y desde el año 2001 la demandada ha comercializado exclusivamente el jarabe expectorante de su propia marca Con Palto con Miel; 5°) Que fluye del mérito del proceso, en especial del informe pericial acompañado a fojas 158, presentado por la parte demandante, relativa a la semejanza de los diseños de los envases de los productos Paltomiel y Con Palto con Miel, y fotografías digitales comparativas de los referidos productos, que existe gran semejanza entre éstos, en cuanto a su presentación visual y asociación de nombres, lo que a juicio de esta Corte se debe, indudablemente, a la clara intención de la demandada en orden a imitar visualmente y asimilar su imagen al diseño original, y de esta manera obtener un beneficio comercial, produciendo un perjuicio al producto original; 6°) Que las conductas descritas precedentemente, en que ha incurrido la demandada, son contrarias a la libre competencia, atendido el poder de mercado de que ésta goza, lo que encuadra en el artículo 3° inciso 1° del Decreto Ley N°211, en su actual redacción, al comercializar su marca Con Palto con Miel en un envase casi idéntico al del producto de la actora, lo que realiza con el objeto de producir una asociación gráfica y fonética con el jarabe Paltomiel de la demandante. Distinto hubiese sido si, en uso de su legítimo derecho a comercializar productos con marca propia, éstos hubiesen tenido la suficiente distintividad y novedad con el producto elaborado por la demandante, pues en tal caso su actuar se habría considerado exento de reproche; 7°) Que, en virtud de las reflexiones precedentes, cabe concluir que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia,

al acoger la demanda de Knop, ha actuado dentro de sus facultades y conforme al mérito de la investigación practicada. Y de conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 1º, 2º, 3º y 26 del Decreto Ley N°211, se declara: Que se rechaza el recurso de reclamación interpuesto en lo principal de fs.461 por Farmacias Ahumada S.A. contra la sentencia N° 24/2005, de veintiocho de julio último, escrita a fs.364. Acordada contra el voto de los Ministros Sres. Gálvez y Srta. Morales, quienes fueron de opinión de acoger el recurso de reclamación de que se trata y, en consecuencia, rechazar la demanda de Laboratorios de Especialidades Farmacéuticas Knop Limitada, teniendo presente para ello las siguientes consideraciones: Primera. Que, según se dejó establecido en el motivo décimo del fallo reclamado, 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 la comercialización de su red de farmacias, en el año 1999, al producto Paltomiel elaborado por la demandante. Se consigna, también, que 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. Para concluir finalmente diciendo que A partir del año 2001, Fasa ha comercializado exclusivamente el jarabe expectorante de su propia marca Con Palto con Miel; Segunda. Que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fue creado por la Ley N°19.911, publicada en el Diario Oficial de 14 de noviembre de 2003 -que modificó sustancialmente el D.L. N°211-, la cual en su artículo 5º transitorio estableció que Las causas que estuvieren actualmente conociendo las Comisiones Preventiva 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; Tercera. Que el artículo 6º de la Constitución Política de la República dispone, en lo que interesa a los efectos de esta reclamación, que Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Por su parte, el artículo 7º de la Carta Fundamental, establece que Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley. Agregando luego que Ninguna Magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Disponiendo, en su inciso final que Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale; Cuarta. Que del texto de la Ley N°19.911, se advierte que ésta no contiene norma alguna que permita al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conocer y juzgar conductas ocurridas antes de la entrada en vigencia de la misma, si éstas no habían sido conocidas previamente por la Comisión Preventiva Central o Comisiones Preventivas Regionales. Tampoco se establece en ella alguna disposición que le permita al referido tribunal aplicar retroactivamente su normativa. Es más, su artículo 1º transitorio prescribe que La presente ley entrará en vigencia transcurridos noventa días desde su publicación en el Diario Oficial; Quinta. Que, conforme a lo señalado precedentemente, todas aquellas conductas que hubiesen sido concretadas antes de la entrada en vigencia de la ley referida -cuyo es el caso de autos según quedó consignado en la primera motivación de esta disidencia-, y que no fueron previamente denunciadas, quedan fuera de la esfera de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por aplicación del principio de la legalidad; Sexta. Que, en consecuencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al conocer y juzgar conductas ocurridas antes de la vigencia de la Ley N°19.911, esto es, antes de su

establecimiento como órgano juzgador, sin que ellas hubiesen sido previamente conocidas por la Comisión Preventiva Central o Comisiones Preventivas Regionales, ha obrado fuera del ámbito de su competencia, infringiendo el principio de legalidad consagrado entre otras normas en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, por lo que la sentencia expedida por éste, y objeto de la presente reclamación, a juicio de los disidentes debe ser invalidada; Séptima. Que, si bien es cierto que la vulneración al principio de la legalidad no fue alegada por Fasa al momento de contestar la demanda, sino sólo al interponer su reclamación en contra de la sentencia definitiva, no lo es menos que dicho principio se encuentra establecido en la Constitución Política de la República y, además, se trata de un problema de incompetencia absoluta del tribunal que conoció de la causa y, como tal, no es renunciable, pudiendo invocarse no sólo en cualquier momento, sino que incluso pudiera ser declarada de oficio por este Tribunal. Regístrese y devuélvase, con sus agregados. Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Yurac, y del voto disidente, el Ministro Sr. Gálvez. Rol N°4.236-05.- Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Domingo Yurac, Sr. Milton Juica, Srta. María Antonia Morales y Sr. Adalis Oyarzún. No firma el Sr. Oyarzún, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo por estar con permiso. Autorizado por el Secretario Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.