

Santiago, cuatro de diciembre de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos Rol N° 11.968-2011 caratulados "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y demanda de Philip Morris contra Chiletabacos", el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó la sentencia N° 115/2011 de diecisiete de noviembre del año dos mil once, escrita a fojas 6410 Tomo XXI, por medio de la cual se pronunció sobre el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica y la demanda incoada por Philip Morris en contra de la Compañía Chilena de Tabacos S.A.

Con fecha 9 de noviembre de 2009, la Fiscalía Nacional Económica presentó un requerimiento en contra de la Compañía Chilena de Tabacos S.A. en el cual se afirma que la requerida ha incumplido lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la sentencia N° 26 de 5 de agosto de 2005, confirmada por la Corte Suprema el 10 de enero de 2006, en particular su resuelvo tercero que disponía "Prevenir a la denunciada para que, en lo sucesivo, no impida ni entorpezca la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta", vulnerando de manera reincidente el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, puesto que abusando de su posición dominante ha impedido, restringido y/o limitado la comercialización de los productos de tabaco de sus competidores, razón por la cual estima que debe ser condenada al máximo de la multa

que contempla la ley. Específicamente se reprocha que a partir de la sentencia N° 26, la empresa requerida eliminó las cláusulas de exclusividad comercial; sin embargo, en casi todos los contratos éstas fueron sustituidas por otras que involucran exclusividad de los espacios de exhibición, la adquisición para la compañía del derecho de uso de espacios publicitarios, derechos de desarrollo de actividades publicitarias al interior y exterior de los puntos de venta que controla o pase a controlar directa o indirectamente el dueño del local, o la adquisición del espacio necesario para instalar una cigarrera. Además, se imputó la conducta de condicionar el crédito que entrega a los puntos de venta *low trade* a que no comercialicen productos de la competencia.

Con fecha 6 de mayo de 2010, Philip Morris Chile Comercializadora Limitada dedujo demanda en contra de la Compañía Chilena de Tabacos y señaló que ésta ha incurrido en forma reiterada en prácticas que restringen la comercialización de productos de su competencia pues ha infringido los resueltos primero, segundo y/o tercero de la sentencia N° 26 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante la implementación de prácticas exclusorias. Concretamente imputa a la demandada el suscribir acuerdos de arrendamiento de espacios y derechos publicitarios con sus clientes del llamado canal *high trade*, que de *facto* constituyen un impedimento para la

exhibición, promoción y venta de los productos de la demandante o efectuar otros pagos con el mismo propósito; condicionar el otorgamiento de crédito a los operadores de puntos de venta del denominado canal *low trade* a no vender cigarrillos de Philip Morris; pagar sumas de dinero a tales operadores con el mismo fin de no ofrecer los productos de la competencia o comercializarlos "bajo el mesón", esto es, a requerimiento del público y sin exhibirlos ni publicitarlos; e impedir el uso de las cigarreras que la demandada entrega en comodato para exhibición de los productos.

La Compañía Chilena de Tabacos contestó el requerimiento y la posterior demanda solicitando en su oportunidad el rechazo de ambos. En términos generales, sostuvo que tras la dictación de la sentencia N° 26/2005 ha cumplido todas las obligaciones por ella impuestas y ha implementado además, voluntariamente, medidas de autorregulación con el fin de contribuir a una mejor comercialización de los cigarrillos en el país; que los acuerdos que la Fiscalía Nacional Económica reprocha fueron aprobados por ese Servicio; que la prueba fundante del reproche, esto es, las actas notariales que presentaron sus oponentes fueron obtenidas con violación a los derechos fundamentales, pues no pudieron ser debidamente contradichas en juicio; que no ha existido intencionalidad de infringir las normas sobre defensa de la libre

competencia; que los convenios de publicidad exclusiva con algunos puntos del llamado canal *high trade* no constituyen incumplimientos a la sentencia N° 26, ni en sus términos ni en su aplicación práctica, y que tampoco son nuevas infracciones al Decreto Ley N° 211 y que no es efectivo que su parte haya presionado o amenazado con el retiro del crédito a vendedores del segmento denominado como *low trade* para que no comercialicen productos de la competencia. En subsidio, alude a eventuales responsabilidades de terceros, puesto que ha actuado con la debida diligencia y que las penas de multas solicitadas son desproporcionadas e improcedentes.

A fojas 4973 la requerida y demandada opuso la excepción de prescripción de todas las conductas que se le imputan y que habrían ocurrido antes del 24 de diciembre de 2007.

A fojas 204 y fojas 331, se recibió la causa a prueba.

A fojas 6410 se dictó sentencia por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con fecha 17 de noviembre de 2011. En ella se resolvió lo siguiente:

1) Acoger la excepción de prescripción opuesta por Compañía Chilena de Tabacos S.A., a fojas 4973, declarándose en consecuencia prescritas las acciones emanadas de las conductas imputadas a dicha compañía en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica que ocurrieron antes del 24 de diciembre de 2007, y de las acciones emanadas de las

conductas imputadas por Philip Morris Chile Comercializadora Limitada a la Compañía Chilena de Tabacos que ocurrieron antes del 14 de mayo de 2008, y que no estén comprendidas en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica;

2) Acoger el requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico, que rola a fojas 10 y siguientes, y la demanda de Philip Morris Chile Comercializadora Limitada, que consta a fojas 218 y siguientes, ambas acciones interpuestas en contra de Compañía Chilena de Tabacos S.A. sólo en cuanto se declara que la suscripción por dicha compañía de cláusulas contractuales de arrendamiento de derechos o espacios publicitarios, en su aplicación práctica, restringen y entorpecen la competencia o al menos tienden a producir tales efectos;

3) Imponer, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero parte final del Decreto Ley N° 211, las siguientes medidas a la Compañía Chilena de Tabacos S.A., en los casos en que dicha empresa o sus relacionadas ejecuten o celebren cualquier hecho, acto o convención respecto del uso de espacios para instalar avisos publicitarios en puntos de venta del canal *high trade* y cuya aplicación implique exclusividad o produzca un resultado análogo en la realización de publicidad en el espacio legalmente disponible para ello en el local respectivo:(i) en los casos en que competidores de Compañía

Chilena de Tabacos S.A. no tengan un exhibidor o cigarrera en un lugar equivalente en su visibilidad para el cliente, deberá reservar y ceder el veinte por ciento del "facing" de las cigarreras que entregue a cualquier título a los puntos de venta, para la exhibición efectiva de cigarrillos de su competencia, sin que pueda obstaculizarse tal exhibición por medio alguno; y, (ii) deberá abstenerse de realizar hechos, actos o convenciones destinados a impedir cualquier actividad promocional lícita;

4) No condenar en costas a Compañía Chilena de Tabacos S.A., por no haber sido totalmente vencida y haber tenido motivo plausible para litigar.

A fojas 6483, 6525 y 6543 la Fiscalía Nacional Económica, la Compañía Chilena de Tabacos S.A. y Philip Morris dedujeron reclamación en contra de la sentencia antes referida.

A fojas 6607 se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que a través de la presente causa se ha discutido si la requerida y demandada Compañía Chilena de Tabacos S.A. ha incurrido en conductas atentatorias a la libre competencia, específicamente, en aquellas a que alude el artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211, esto es, abuso de posición dominante y, concretamente, si esas conductas han implicado una contravención a la sentencia N° 26 de de 5 de agosto de 2005, dictada por el Tribunal de

Defensa de la Libre Competencia y en la cual se condenó a Chiletabacos y se le previno que en lo sucesivo no impidiera ni entorpeciera la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores.

Segundo: Que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resolvió el asunto debatido mediante la dictación de la sentencia N° 115, que es la reclamada en autos. En ella, primeramente se acogió la excepción de prescripción invocada por la requerida declarando prescritas las acciones emanadas de las conductas imputadas a dicha compañía en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica que ocurrieron antes del 24 de diciembre de 2007 y de las acciones emanadas de las conductas imputadas por Philip Morris que se verificaron antes del 14 de mayo de 2008. Acto seguido, continuó con el análisis de fondo del asunto debatido y estableció como mercado relevante el de la comercialización de cigarrillos en el territorio de la República de Chile; luego, se pronunció sobre las participaciones que en este mercado tenían las empresas que ofertan cigarrillos y concluyó que la denunciada tiene un poder de mercado muy significativo, que la estatuyen en un cuasi-monopolio por lo que correspondía analizar si las conductas imputadas constituían un abuso de dicha posición susceptible de reproche al tenor del artículo 3 del Decreto Ley N° 211. Para el análisis de la prueba hizo una diferenciación entre las conductas

imputadas en el segmento *high trade*, compuesto por locales comerciales como restaurantes, pubs y bares y las referidas al canal *low trade* constituidos por locales más pequeños como botillerías, almacenes y kioscos.

En el primer caso, es decir, en el canal *high trade*, se analizó la eventual vulneración de la sentencia N° 26/2005 y para ello se estudiaron los nuevos modelos de contratos celebrados con estos establecimientos comerciales, su relación con el tema de la publicidad y la modificación legal en materia de propaganda relativa al tabaco dispuesta por la Ley N° 20.105, concluyendo que la literalidad de los contratos no presentaba problemas, pero que éstos debían analizarse en cuanto a la forma cómo eran entendidos por los co-contratantes y determina así que algunos operadores, o al menos quienes administran estos locales, actuaban bajo la creencia de que la suscripción de los acuerdos de arrendamiento de espacios publicitarios conllevaba la prohibición de exhibir o vender productos de la competencia de la requerida. Luego se analizó las dificultades que se presentaban en la competencia, los efectos que generaba la publicidad en las ventas de Philip Morris y se concluyó que existía una restricción vertical que tenía la aptitud de generar efectos exclusorios. Así se concluyó que si bien existían problemas de no exhibición y venta de los productos de la competencia de Chiletabacos, no podía establecerse que la causa de ello obedeciera

únicamente a los contratos que en los hechos importaban exclusividad, o a resabios de conductas ya sancionadas o a razones meramente comerciales, pero con el objeto de preservar la competencia la sentencia decidió adoptar medidas como las que dispuso en lo resolutivo. Además, se exigió a Chiletabacos un estándar mayor al momento de ponderarse la reprochabilidad de su conducta por constituir un cuasi-monopolio, pero también el fallo tuvo presente la confianza legítima y buena fe con que actuó, estimando que si bien fue diligente tuvo una diligencia menor a la que le era exigible. Concluyó que las cláusulas de los contratos de arrendamiento de espacios publicitarios eran convenciones que restringían o entorpecían la libre competencia en el mercado o al menos tendían a producir esos efectos y por lo tanto constituían una infracción al artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211; sin embargo, su negligencia no era de una entidad que ameritara la imposición de una multa, sino sólo de medidas. Desechó la alegación que se hayan efectuado pagos que hayan tenido como objeto impedir la exhibición y venta de productos de la competencia.

En cuanto al canal *low trade*, analizó las tres conductas reprochadas, es decir, si se imponían condiciones para el otorgamiento del crédito a los comerciantes, si se realizaban pagos para no vender productos de la competencia y si se impedía el uso para otras marcas de las cigarreras

que proporcionaba Chiletabacos a los comerciantes, concluyendo en todos estos casos que la prueba rendida era insuficiente para lograr determinar su concurrencia.

Finalmente, la sentencia analizó las medidas que en su oportunidad adoptó la requerida y demandada a contar de la dictación de la sentencia N° 26/2005 y concluyó que, pese a ellas, no había actuado con la debida diligencia.

Conforme a ello, se acogió la excepción de prescripción en los términos precedentemente indicados, se acogió el requerimiento y demanda sólo en cuanto se declaró que la suscripción por parte de Chiletabacos de cláusulas contractuales de arrendamiento de derechos o espacios publicitarios, en su aplicación práctica, restringen y entorpecen la competencia o al menos tienden a producir tales efectos y se impusieron las medidas que se detallaron en la parte expositiva de esta sentencia.

Tercero: Que la Fiscalía Nacional Económica, una vez que le fue notificada la sentencia N° 115, dedujo reclamación y reprochó al fallo el incurrir en incongruencias, en una errónea ponderación de la prueba rendida, en no establecer la calidad de reincidente de la requerida; critica también que el Tribunal, pese a reconocer la no exhibición y venta de productos de la competencia que obedece al menos en parte a los contratos que contienen cláusulas de arriendo de espacios o derechos publicitarios que pueden implicar en los hechos

exclusividad en la promoción y publicidad, decide no sancionar y recurrir a catalogar estos comportamientos como resabios de conductas pasadas, creencias o comportamientos inerciales en circunstancias que la única conclusión posible era la de declarar que la requerida había incurrido en una conducta contraria a la libre competencia, prohibida expresamente en la sentencia N° 26 por constituir una exclusividad, lo que ameritaba necesariamente una sanción, la que no se verificó. Asimismo, cuestiona el juicio de reproche que se hizo a la denunciada, pese a su posición de cuasi-monopolio que le exigía un mayor deber de cuidado en los actos que ejecutaba. Respecto de las conductas en el *low trade*, la reclamante sostiene que el Tribunal ponderó las pruebas en forma parcial y no sistemática sin aquilatar el contexto general de su incumplimiento. Así refiere que las actas que su parte acompañó fueron levantadas ante un ministro de fe, quien además se presentó a declarar como testigo, critica las actuaciones de los apoderados de la requerida para contrarrestar las versiones del testigo Andrés Fuhman como las visitas de los abogados de Chiletabacos a los puntos de venta dado el poder de mercado de la empresa, la calidad de principal proveedor y particularmente el carácter concentrado de esta industria. En cuanto a la prescripción, se alude a que el Tribunal incurrió en una interpretación estricta en cuanto al tipo de conducta que se ha buscado sancionar, considerándola de

ejecución instantánea y a partir de ello declarar una supuesta prescripción, en circunstancias que la jurisprudencia ha sostenido que la prescripción no comienza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su período consumativo. Por todo ello solicitó que se enmendara conforme a derecho la sentencia impugnada y se sancionara a Chiletabacos con la multa solicitada en el requerimiento por haber incumplido la empresa con las obligaciones que le imponía la sentencia N°26/2005, infringiendo el Decreto Ley N° 211 al haber celebrado contratos que incluyen cláusulas de arrendamiento de espacios publicitarios con distribuidores minoristas del segmento denominado *high trade*, cuya aplicación genera en los hechos exclusividad de publicidad, exhibición, promoción e incluso, venta de los productos de dicha compañía; y por condicionar el crédito que entrega a puntos de venta *low trade* a que no comercialicen productos de la competencia, con costas.

Cuarto: Que por su parte la Compañía Chilena de Tabacos S.A., a fojas 6525, también dedujo reclamación contra la sentencia N° 115 y solicitó el rechazo del requerimiento y demanda deducida en su contra, con costas. Refirió así todas las medidas que adoptó para dar cumplimiento a la sentencia N° 26, medidas que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia reconoció y que demuestran que su parte no sólo no incurrió en algún acto

reprochable sino que realizó un esfuerzo colosal e inédito para cumplir con las disposiciones del Decreto Ley N° 211, mucho más allá de lo que le exigía la sentencia N°26/2005. Plantea que conforme a la sentencia no se acreditó que los contratos de publicidad celebrados por Chiletabacos hayan producido efectos contrarios a la sentencia N°26/2005, así como tampoco se acreditó que dichos efectos inciertos puedan ser atribuibles a una conducta negligente de Chiletabacos. Conforme al fallo se estableció que su parte tomó una actitud positiva para cumplir con la sentencia N°26/2005 incluso más allá de lo que ésta le exigía, actitud que a su juicio satisface el más estricto test de diligencia, por lo que el requerimiento y la demanda carecen de sustento fáctico y debieron rechazarse.

Agrega que la referida sentencia N°26/2005 no prohibió la exclusividad publicitaria, sino celebrar acuerdos que impidiesen la venta o exhibición de cigarrillos de sus competidores, permitiéndoles la celebración de exclusividades de publicidad. Sostiene que no se demostró que la empresa hubiese celebrado contratos destinados a impedir la venta o exhibición de cigarrillos de sus competidores, por el contrario se demostró que Chiletabacos tomó medidas reales y efectivas tendientes a permitir dichas actividades.

Expone que conforme con la sentencia el tenor de los contratos de publicidad cuyos efectos se cuestionan no

transgreden la aludida sentencia N°26/2005. Para ello el fallo primero analizó el tenor de los contratos y descartó *prima facie* que constituyeran una transgresión a lo prohibido por la sentencia N°26, más aún los contratos con posterioridad a ésta eliminaron todas las cláusulas que dicha decisión había considerado ilícitas e, incluso, en ellos se establecieron ciertas cláusulas que expresamente y con carácter esencial permitieron a los puntos de venta vender y exhibir productos de los competidores de Chiletabacos. Se incorporaron cláusulas de término unilateral desde los 6 meses de vigencia y sin pago de por medio y libre uso de cigarreras.

Argumenta, también, que de acuerdo con los hechos establecidos en la sentencia no se acreditó en autos que los contratos cuyos efectos se cuestionan produjeran en los hechos un impedimento o restricción a la venta o exhibición de cigarrillos de la competencia de Chiletabacos. El fallo dice que si bien los contratos no establecen impedimento o restricción a la venta de otros cigarrillos, algunos operadores han actuado bajo la creencia de que así es. Sin embargo, no existen antecedentes que den cuenta de que esta creencia se debiera a motivos distintos que una errónea apreciación de los efectos de tales contratos por parte de los co-contratantes de la requerida.

En definitiva, la sentencia dice que no es posible distinguir si cuando no se exhiben o venden productos de

competidores de Chiletabacos en algunos puntos de venta se debe a los contratos de publicidad en análisis o a una causa distinta. Se indica que si bien un número limitado de empleados o administradores de puntos de venta del *high trade* tendrían la creencia que los contratos de publicidad les impedían vender o exhibir cigarrillos de la competencia, dicha creencia sería a consecuencia de un error de apreciación y no de un efecto propio de los contratos de publicidad.

Así, no se ha establecido un hecho que pueda servir de fundamento a una sanción. Expone que desde enero de 2006 su parte envió numerosas y periódicas comunicaciones a todos los puntos de venta reiterando su libertad de vender y exhibir productos de sus competidores, libertad que además aparece en su página web.

Alude a que las actas presentadas por la requirente y demandante carecen de verosimilitud, pues son desmentidas por los testigos dueños o gerentes de los puntos de venta mencionados, repiten varias veces los mismos puntos de venta, son contradictorias entre sí, son imprecisas en cuanto a la calidad de las personas que se habrían entrevistado y en los tiempos en su mayoría dan cuenta de creencias y no de hechos y, en general, no fueron realizadas respecto de las personas que tomaban la decisión en el punto de venta. Además, cuando los puntos de venta mencionados en las actas fueron entrevistados por un

tercero imparcial y con una metodología correcta, el resultado fue desmentir el contenido de las actas. Alude a que las principales instituciones especializadas en Chile en la realización de estudios cualitativos y cuantitativos, como son la Universidad Católica y Universidad de Chile, concluyeron que las actas carecían de verosimilitud.

Refiere que de acuerdo con la sentencia los posibles efectos anticompetitivos que señala son consecuencia de restricciones legales a la publicidad de cigarrillos. Así la modificación que limitó la publicidad de cigarrillos a los puntos de venta fue publicada el 16 de mayo de 2006; sin embargo, entró en vigencia el 16 de noviembre de 2007, esto es, dos años después de la dictación de la sentencia N°26/2005 y de que la empresa adecuara sus contratos de publicidad al contenido de dicha decisión. Debe recordarse -agrega- que el hecho dañino debe atribuirse causal y subjetivamente al acusado.

Dice que conforme con la sentencia no se ha demostrado que los posibles efectos anticompetitivos que señala sean consecuencia de una conducta imputable a Chiletabacos, sino que pueden tener otras causas, todas no imputables a su parte, como son una errónea apreciación de las personas de algunos puntos de venta respecto del alcance de los contratos de publicidad celebrados, la lealtad y preferencia de los consumidores de cigarrillos chilenos a los productos de Chiletabacos, los posibles resabios de las

conductas ya sancionadas en la sentencia N°26/2005; razones meramente comerciales de los puntos de venta u otros antecedentes que no consideró la sentencia y que pueden explicar la no venta o exhibición en algunos establecimientos comerciales de cigarrillos de Philip Morris como son que ésta no visita a la mayoría de los puntos de venta; o que dicha empresa ha enfocado sus esfuerzos principalmente en la Región Metropolitana que representa solo el 37% del mercado total; que ofrece pocas marcas y carece de diferenciación, en un mercado en que los consumidores prefieren cigarrillos suaves y, sin embargo, la contraria concentra sus esfuerzos en marcas como Marlboro que son percibidos como fuertes; además, en un mercado en que la distribución directa es fundamental, Philip Morris ha preferido distribuir sus productos a través de terceros, a lo que se suma que en el mercado de los cigarrillos a nivel mundial los crecimientos y, en general, los cambios de participación de mercado son lentos, la competencia ha tenido políticas de precios erráticas y perjudiciales a su negocio, ha realizado escasos esfuerzos en publicidad y promoción y ha tenido permanentes conflictos con sus distribuidores.

Refiere, asimismo, que de acuerdo con la sentencia los contratos cuyos efectos se cuestionan fueron revisados y aprobados por la Fiscalía Nacional Económica y dicha aprobación se tuvo presente por el Tribunal de Defensa de

la Libre Competencia, y ello llevó a generar una confianza legítima en Chiletabacos. Además, la Fiscalía aprobó los contratos cuyos efectos se cuestionan con posterioridad a la publicación de las modificaciones a la Ley del Tabaco. La sentencia estimó que pese a que la empresa fue diligente, dicha diligencia era inferior a la que le era exigible porque con la publicación de la ley y dada la posición en el mercado que tenía era previsible para ella las eventuales consecuencias negativas que podían tener para la competencia en el mercado; sin embargo, en su concepto este análisis adolece de error, puesto que la modificación a la Ley de Tabacos que restringió la publicidad exclusivamente a los puntos de venta ya había sido publicada al 27 y 28 de junio de 2006, fechas en que la Fiscalía presentó al Tribunal los contratos y éste los tuvo presente, por cuanto aquella modificación -la contenida en la Ley N° 20.105- se publicó en el Diario Oficial de 16 de mayo de 2006, luego la confianza legítima con que obró su parte y que establece la sentencia necesariamente alcanzaba a que bajo las circunstancias que establecían las nuevas regulaciones a la publicidad de los cigarrillos, los contratos aprobados por la autoridad no infringían la sentencia N°26/2005. Bajo el marco de dicha confianza legítima su parte celebró los contratos en cuestión.

Plantea que de acuerdo al fallo impugnado Chiletabacos no efectuó pagos a los puntos de venta por conceptos distintos a los de publicidad consignados en sus contratos, que luego de entrar en vigencia la prohibición de publicitar cigarrillos fuera de los puntos de venta su parte modificó los contratos cuyos efectos se cuestionan. Así, en todos los contratos en el año 2008 se señaló expresamente que no contemplaban exclusividad publicitaria, sino que el arrendamiento de un espacio publicitario determinado, estableciendo no sólo la libertad del punto de venta para vender y exhibir productos de los competidores según ordenaba la sentencia, sino también que los puntos de venta eran libres de publicar y promocionar productos de la competencia. Agrega que la efectividad de estas modificaciones se estableció en la sentencia como también que luego de entrar en vigencia la prohibición de publicitar cigarrillos fuera de los puntos de venta, Chiletabacos dejó el 20% de sus cigarrerías para otras marcas.

Así estima que ha realizado un esfuerzo colosal para dar íntegro cumplimiento a la sentencia N°26/2005 y contribuir a la libre competencia, lo que el fallo reconoce al enumerar las medidas que adoptó para cumplir.

Finaliza solicitando que se modifique la sentencia y se rechace la demanda y el requerimiento en todas sus partes, con costas.

Quinto: Que Philip Morris, a fojas 6543, dedujo reclamación contra la sentencia N° 115. Argumenta que en su concepto Chiletabacos ha infringido derechamente los resueltos 1 y 3 de la sentencia N°26/2005. Dice que con posterioridad al citado fallo Chiletabacos modificó sus contratos de publicidad y promoción con los puntos de venta, eliminando la exclusividad de venta y exhibición, pero manteniendo la exclusividad o preferencia en la publicidad y promoción de cigarrillos en el punto de venta. Adicionalmente, agregó una supuesta cláusula esencial en que se señalaba que estos contratos no podían implicar que se restringiera la exhibición o venta de productos de la competencia. Sin embargo, refiere que tales contratos -como lo dijo el Tribunal- en su aplicación práctica, generaban similares efectos exclusorios que los contratos originalmente sancionados. Refuerza lo anterior, en su concepto, los considerandos del fallo que dicen que Chiletabacos actuó de manera negligente; que el statu quo previo a la sentencia N°26/2005 se mantiene hasta hoy, de lo contrario no se explica las creencias y temores en una relación estrictamente comercial, de trato directo con el dependiente de Chiletabacos que visita a sus clientes semanalmente, sino que dicha empresa ha sido la gran promotora de dichas creencias y temores y quien ha usufructuado de ellas por años.

Aduce que la sentencia acogió parcialmente la demanda de Philip Morris y condenó a Chiletabacos en la forma descrita en el fallo; sin embargo, omitió declarar expresamente que la demandada incumplió la sentencia 26/2005, limitándose a señalar que habría infringido la libre competencia de conformidad al artículo 3 letra b) del DL 211. Además, inexplicablemente no aplicó multas a la denunciada a pesar de que se trata de conductas graves, que le han generado importantes beneficios económicos y que, también, es reincidente.

Indica que el Tribunal tiene el deber inexcusable de declarar expresamente y sin vacilaciones la existencia de incumplimientos a las obligaciones impuestas en sus propias sentencias, lo anterior cuando se trata de un actor cuasi-monopólico y contumaz.

En cuanto a las conductas en el *low trade*, refiere que éstas se encuentran acreditadas.

Solicita que en relación al *high trade* y en concordancia de lo dispuesto en el resuelvo 2 de la sentencia 115/2011, se declare derechamente que Chiletabacos ha incumplido las obligaciones impuestas en los resueltos 1 y 3 de la sentencia N°26/2005. Alude a que los Convenios sobre Arriendos de Derechos Publicitarios, suscritos por Chiletabacos con posterioridad a dicha sentencia, le permitieron en los hechos adquirir para sí la totalidad de los derechos publicitarios y promocionales,

presentes y futuros, de los puntos de venta, a cambio de importantes pagos a los puntos de venta del *high trade*. Dice que esto es una exclusividad e implica una barrera artificial de entrada al mercado, claramente proscrita en la sentencia N°26/2005 y, en los hechos, al hacerse de toda la publicidad y promoción disponible, afecta necesariamente la comercialización de los productos de Philip Morris y dice que el efecto exclusorio es aún más nocivo considerando que la Ley N° 20.105 restringió el espacio publicitario para cigarrillos.

En segundo lugar, Philip Morris solicita que las medidas correctivas impuestas a Chiletabacos en el resuelvo tercero de la sentencia N° 115 respecto del *high trade* se extiendan también a los puntos de venta del *low trade*, por cuanto el efecto exclusorio de tales contratos se presenta en ambos canales de distribución, considerando que en el *low trade* el espacio al interior del punto de venta es también el único medio con que cuentan tanto Philip Morris como Chiletabacos para comunicar y exhibir sus marcas, además las restricciones de publicidad de cigarrillos contenidas en la Ley N° 20.105 se aplican a ambos segmentos.

En tercer lugar, solicita que en relación al *low trade* se declare que Chiletabacos ha infringido los resueltos 1 y 3 de la sentencia 26/2005 por haber ejecutado conductas exclusorias. Sobre este punto argumenta que la sentencia

reclamada incurrió en infracciones de derecho y transgresiones a las reglas de la sana crítica contenida en la sentencia N°115 en relación a los incumplimientos de las sentencias por Chiletabacos; así se ponderó erradamente la declaración del testigo Jae Nam Lee, en la que se acredita conductas ilícitas y no prescritas por parte de Chiletabacos, dado que independiente de su fecha exacta, se terminaron de ejecutar en el año 2008. Alude también a que no se ponderó ni consideró otras pruebas e indicios adicionales que permitían formar plena convicción respecto a la existencia de incumplimientos por parte de la demandada en el *low trade*, y se desestimó prueba aportada en los autos en base a considerandos y razonamientos contradictorios o contrarios a las normas de la lógica y, en consecuencia, a la sana crítica.

Sostiene también que la sentencia impugnada concluyó que las conductas exclusorias no serían atribuibles a Chiletabacos, porque no habían antecedentes que dieran cuenta de la participación o anuencia de esta empresa en los pagos denunciados y porque no era de suponer la existencia de incentivos en los vendedores de la compañía, pues no recibían remuneraciones variables, lo que demuestra en su concepto un estándar de prueba muy elevado para acreditar la infracción. Situación similar acusa con la imputación de las llamadas ventas "bajo el mesón".

Alude a que el fallo otorga un mayor valor probatorio a los medios de prueba obtenidos de manera *ad-hoc* por Chiletabacos y con posterioridad al requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, y procede a cuestionar dicha prueba.

Por otra parte, Philip Morris solicita que Chiletabacos sea multada por haber infringido la sentencia N°26/2005 y, en cualquier caso, por haber infringido el Decreto Ley N° 211 tal como lo resolvió el Tribunal en su sentencia N° 115. Refiere que aquél debió multar a la demandada porque acogió ambas acciones declarando que Chiletabacos suscribió contratos de arrendamiento que entorpecieron e infringieron la libre competencia y porque declaró expresamente que dicha infracción era el resultado de la negligencia de esa empresa. Indica además que Chiletabacos es reincidente, negligente y obtuvo beneficio económico con su conducta.

Por último, en cuanto a la prescripción, dice que el razonamiento que hizo el fallo es errado: primero, porque los actos exclusorios de Chiletabacos corresponden a vías de hecho distintas de la celebración o suscripción formal de un acuerdo; segundo, pues al analizar las infracciones de la demandada se concluye inequívocamente que éstas corresponden a conductas de ejecución permanente, es decir, el plazo de prescripción comienza recién una vez que termina la ejecución de la conducta. Asimismo, el Tribunal

omite considerar que tanto la Fiscalía como su parte imputaron a Chiletabacos el incumplimiento de la sentencia N°26/2005 por haber continuado ejecutando conductas exclusorias de sus competidores en el mercado y así se trata de una misma infracción de tipo continuo.

Conforme a lo anterior, solicita que se modifique la resolución reclamada y que se declare: a) que respecto del canal *high trade*, Chiletabacos ha infringido los resuelvos 1 y 3 de la sentencia N°26/2005, ello por cuanto al resuelvo 2 del fallo y considerandos relacionados de la sentencia 115 declaran expresamente que la demandada, con posterioridad a las sentencias, suscribió contratos de arrendamiento de derechos o espacios publicitarios que en su aplicación práctica constituyen barreras artificiales a la entrada de competidores, restringiendo la comercialización de productos de la competencia; b) que la medida correctiva impuesta a Chiletabacos en el resuelvo 3 de la sentencia N°115 se extienda a todos los puntos de venta tanto *high trade* como *low trade*; c) que respecto del canal *low trade*, Chiletabacos ha infringido los resuelvos 1 y 3 de la sentencia N° 26 por haberse acreditado la ejecución de conductas exclusorias que impiden, restringen o entorpecen la venta de cigarrillos de su competencia, por existir antecedentes de plena convicción sobre dichos incumplimientos; d) que se condene a Chiletabacos a la máxima multa posible en conformidad a la ley o la multa que

se estime de justicia, para lo cual se deberá tener en cuenta la calidad de reincidente de la demandada, su incumplimiento negligente, la gravedad de las conductas y el beneficio económico obtenido; y e) que se rechace la excepción de prescripción por cuanto las infracciones a la sentencia N° 26/2005 son de ejecución permanente y continua.

Sexto: Que para una adecuada comprensión del asunto debatido, ha de considerarse que a través del presente litigio se requirió y demandó a la Compañía Chilena de Tabacos S.A. por conductas atentatorias a la libre competencia que en concepto de los actores constituyen un incumplimiento a la sentencia N° 26 de 5 de agosto del año 2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que ya la había sancionado por infracción al Decreto Ley N° 211. Dentro de este contexto, el debate se plasmó básicamente en tres aspectos: primero, la eventual prescripción de las acciones ejercidas; segundo, la existencia de conductas atentatorias a la libre competencia en el canal *high trade*, y tercero, la comisión de determinados comportamientos anticompetitivos en el canal *low trade*.

Séptimo: Que cada una de las partes en sus respectivas reclamaciones alude a las diversas pruebas rendidas en el proceso para intentar demostrar los errores de la sentencia en la forma de resolver el conflicto, y así tanto para la

Fiscalía Nacional Económica como para Philip Morris la prueba rendida, constituida básicamente por un conjunto de actas notariales que daban cuenta de testimonios de personas vinculadas a los puntos de venta del producto cigarrillo, era suficiente para haber concluido que la requerida y demandada era reincidente en este tipo de conductas, que había violado lo decidido en la sentencia N° 26 de 2005 y que, como consecuencia de lo anterior, debía sancionársele con el máximo de las multas que la legislación contempla para este tipo de situaciones.

Por su parte, la demandada y requerida Compañía Chilena de Tabacos S.A. sostuvo que la prueba rendida por los actores era insuficiente, que los informes de prestigiosas instituciones demostraban que no era efectivo que se hubiera incurrido en conductas reprochables y que, por el contrario, se había demostrado todo el esfuerzo desplegado por su parte para cumplir con la Sentencia N°26/2005, por lo que debía rechazarse tanto el requerimiento como la demanda.

Octavo: Que conforme a lo reseñado el análisis de los planteamientos de las partes girará en torno a los tres aspectos fundamentales antes indicados.

I.- En cuanto a la excepción de prescripción invocada por la Compañía Chilena de Tabacos S.A.

Noveno: Que el requerimiento y demanda presentados en contra de la Compañía Chilena de Tabacos imputa

principalmente a ésta el suscribir acuerdos de arrendamiento de espacios y derechos publicitarios con sus clientes del llamado canal *high trade* que en el hecho implicaban un impedimento para la exhibición, promoción y venta de los productos de la demandante o efectuar otros pagos con el mismo propósito; condicionar el crédito a los operadores de puntos de venta del canal *low trade* a no vender cigarrillos de la actora; pagar sumas de dinero a tales operadores con el fin de no ofrecer los productos de la competencia o comercializarlos "bajo el mesón", esto es, a requerimiento del público y sin exhibirlos ni publicitarlos e impedir el uso de las cigarrerías que la demandada entrega en comodato para exhibición de los productos.

Décimo: Que el artículo 20 del Decreto Ley N° 211 de 1973, en su inciso tercero -a la época de los hechos- disponía que "Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contados desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal."

Undécimo: Que la celebración de contratos o el pago para proceder de determinada forma o las amenazas para obtener un determinado comportamiento son conductas que se

verifican y se agotan en el momento de ejecutarlas, de tal forma que la sentencia reclamada ha procedido de acuerdo a la ley al acoger la excepción de prescripción de todas aquellas conductas que como las descritas hayan ocurrido antes del 24 de diciembre de 2007 o del 14 de mayo de 2008 según las haya imputado la Fiscalía Nacional Económica o Philip Morris, respectivamente, considerando las fechas en que fue notificado el requerimiento y la demanda, a saber el 24 de diciembre de 2009 y el 14 de mayo de 2010. De esta forma la reclamación que en este sentido formulan la Fiscalía y Philip Morris en cuanto persiguen que la excepción de prescripción sea desestimada no puede prosperar.

II.- Respecto a la responsabilidad de Chiletabacos en los eventuales efectos anticompetitivos de los nuevos contratos celebrados por dicha compañía con los puntos de venta *high trade* y la eventual transgresión de los mismos a lo resuelto en la sentencia N° 26 de 5 de agosto de 2006.

Duodécimo: Que uno de los puntos controvertidos y reclamados por la Fiscalía Nacional Económica y Philip Morris consiste en determinar si los nuevos contratos celebrados por Chiletabacos en cumplimiento a la sentencia N° 26/2005 constituyen o no un incumplimiento a dicho fallo. Por su parte, Chiletabacos por la vía de la reclamación insiste en que los eventuales efectos

anticompetitivos que pueden generar estos acuerdos no son imputables a ella.

Al respecto, ha de considerarse que los nuevos modelos contractuales se refieren a arrendamientos de derechos o de espacios publicitarios y que la sentencia reclamada, luego de ponderar la copiosa prueba rendida por las partes, llegó a la conclusión que en la literalidad de los mismos no se observaba una transgresión a lo prohibido por la sentencia N° 26/2005 por cuanto en su letra no impiden la exhibición de productos de otras marcas, ni consideran la eventual entrega de incentivos económicos en función de las ventas (considerando vigésimo noveno). Pero, posteriormente, al analizar los efectos actuales o potenciales de dichos contratos en el mercado, el fallo concluyó que en los hechos por la vía de arrendar el total del espacio publicitario disponible éstos acuerdos le otorgaban exclusividad de publicidad o promoción a Chiletabacos y que en ocasiones, incluso, implicaban un impedimento para la exhibición y venta de los productos de su competencia, constituyéndose en una restricción vertical que tiene la aptitud de generar efectos exclusorios, susceptibles de ser aprovechados por Chiletabacos para mantener o incrementar en forma ilícita su elevado poder de mercado y por ello los calificó de convenciones que restringen o entorpecen la libre competencia en el mercado o, al menos, tienden a producir esos efectos, por cuanto constituían una

infracción al artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211, como consecuencia de las restricciones legales a la publicidad, al significativo poder de mercado de Chiletabacos que tiene incentivos para pagar más por los espacios de publicidad que sus eventuales competidores; a la errónea interpretación que de estas cláusulas habían hecho algunos comerciantes que las aplicaban como una restricción de exhibición y venta y por lo difícil que es para los consumidores cambiar las preferencias adquiridas en materia de cigarrillos, lo que aumentaba los costos que para un entrante implica intentar ganar participación en el mercado, atendida la importante restricción a la publicidad (considerando sexagésimo sexto).

Décimo tercero: Que de lo anterior resulta al menos claro que dichos contratos -pese a su literalidad- producen efectos anticompetitivos, por lo que la primera circunstancia a determinar es si correspondía que la sentencia reclamada declarara que tales contratos constituían a su vez un incumplimiento a la sentencia N° 26/2005.

Décimo cuarto: Que la sentencia N° 26 de 5 de agosto de 2005 analizó expresamente el tema de los acuerdos de exclusividad. Así, en el motivo décimo noveno de aquel fallo se indica que Chiletabacos invocó como descargo que se trataba de contratos de exclusividad de publicidad y *merchandising* y no de contratos de exclusividad de venta.

Al respecto, el Tribunal sostuvo que si bien entendía que el tenor literal de los contratos analizados exige a los puntos de venta exclusividad en relación a la publicidad, exhibición, *marketing* y degustación de cigarrillos elaborados por Chiletabacos en el local respectivo, no podía desconocerse que, de la ponderación de la prueba de autos, se desprendía que en la práctica se impedía que otros cigarrillos, en especial los de Philip Morris, se pudieran vender en un determinado local o, al menos, que se pudieran vender en condiciones mínimas de exhibición que permitieran a los clientes saber que la oferta de venta de cigarrillos comprendía en ese local no sólo los de Chiletabacos que ahí se publicitaban o exhibían, sino también los de Philip Morris. En el mismo considerando se hizo referencia a cómo cambiaba la situación en aquellos locales en los que no existía la exclusividad en cuestión, pues en tales puntos de venta, desde el momento en que había publicidad de ambas marcas, el cliente sabía que, además de cigarrillos de Chiletabacos, podía comprar los de Philip Morris. Así, concluyó en la motivación vigésima que le asistía la convicción de que las condiciones de exclusividad pactadas en los contratos de Chiletabacos constituían en los hechos una limitación objetiva a la venta y comercialización de cigarrillos de Philip Morris, circunstancia que obstaculizaba la competencia en el mercado en cuestión y adquiría la connotación de barrera

estratégica a la entrada que permitía a Chiletabacos mantener su predominio en dicho mercado.

Posteriormente, en la fundamentación vigésimo cuarta se afirmó la necesidad de prevenir a la denunciada para que, en lo sucesivo, no impida ni entorpezca en los hechos, por medio alguno, la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta del *high trade*.

Finalmente, en la parte resolutive de dicha sentencia, luego de acoger la denuncia decidió dejar sin efecto todas aquellas estipulaciones contenidas en los contratos de exclusividad aludidas, debiendo abstenerse Chiletabacos de incluirlas en los contratos que celebrara en el futuro; además, en el resuelvo tercero dispuso prevenir a la denunciada para que, en lo sucesivo, no impida ni entorpezca la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta.

Décimo quinto: Que de lo transcrito puede advertirse que lo que la sentencia N° 26 intenta impedir es la restricción o impedimento a la exhibición o venta del producto en el mercado por parte del dominante hacia sus competidores, efectos que se habían originado debido a las cláusulas exclusivas sobre publicidad e incentivos que tenían los contratos allí analizados.

Décimo sexto: Que en cumplimiento de la sentencia citada, Chiletabacos eliminó las cláusulas consideradas ilícitas y las reemplazó por otras que establecieron un

arrendamiento de derechos publicitarios. Según estos nuevos modelos de contratos, el arriendo se refiere a "derechos publicitarios para el rubro de cigarrillos, puros y tabacos que pueden ser ejercidos en los espacios que para este fin destine EL CLIENTE, en los establecimientos de propiedad o administración de EL CLIENTE, según más adelante se consigna. El ejercicio del derecho aludido se refiere a los derechos publicitarios desplegados al interior y exterior de los puntos de venta, sea de aquellos cuyo control, directo o indirecto, detente o pase a detentar EL CLIENTE, e incluye también la realización, por parte de CCT de actividades promocionales en dichos puntos de venta en el rubro materia del presente contrato". Además, incluyó otra cláusula que decía que sus estipulaciones no constituían en modo alguno una limitación para la exhibición o venta de productos de la competencia, elemento que fue elevado al carácter de esencial.

Estos contratos fueron sometidos a aprobación ante la Fiscalía Nacional Económica en el mes de junio de 2006, autoridad que no los cuestionó. A esa fecha ya se había publicado la Ley N° 20.105, pero aún no entraba en vigencia; ocurrido esto, los contratos nuevamente son modificados reiterando la libertad de los puntos de venta para publicitar y promocionar los productos.

Décimo séptimo: Que, sin embargo, en los referidos contratos no se especificó la extensión precisa del espacio

contratado para la publicidad y por esta vía la sentencia reclamada concluye que Chiletabacos puede estar adquiriendo todo el espacio disponible en el local para publicidad visual. Reafirma esta convicción la lectura de los anexos de contratos que se especifican en el considerando vigésimo séptimo de la sentencia reclamada en los cuales aparece frecuente que el espacio publicitario arrendado sea todo aquel que está disponible en el local, espacio que con posterioridad se vio más limitado con las restricciones que prescribió la Ley N° 20.105 y ello llevó a concluir a los sentenciadores que en los hechos se pactaba una exclusividad para realizar publicidad y promoción de productos de Chiletabacos.

Así, pese a la literalidad de los contratos, en los hechos algunos puntos de venta no exhibían ni vendían productos de la competencia de Chiletabacos. Al respecto el fallo en su motivación sexagésima afirmó que si bien las cláusulas contractuales que importan exclusividad publicitaria no deben ser consideradas, en general, como anticompetitivas, sino que deben ser entendidas como un mecanismo más que tienen las empresas para competir, en ciertos casos calificados podrían constituir restricciones verticales ilícitas si son utilizadas de manera tal que produzcan los efectos de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o que tiendan a producir dichos efectos y concluye que ese es el caso de los contratos que

ha venido analizando, por cuanto la única posibilidad que tienen en Chile las tabacaleras es la de hacer publicidad en los locales de venta al público con importantes restricciones legales.

Décimo octavo: Que de este modo se evidencia que la sentencia sólo se limita a declarar que las cláusulas contractuales ahora revisadas constituyen un atentado a la libre competencia, pero no dice que ello implique un incumplimiento a la sentencia N° 26/2005.

Dichos razonamientos efectuados luego de ponderar el conjunto de probanzas que las partes aportaron han sido lógicos y reflexivos, sin que pueda observarse una vulneración a la sana crítica.

En efecto, ha de diferenciarse para este caso tres conceptos de importancia para el mercado tabacalero, a saber: exhibición, venta y publicidad del producto. La exhibición es definida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como: "Acción y efecto de exhibir o exhibirse". Por su parte, una de las acepciones de exhibir es la de: "Manifestar, mostrar en público".

Para el concepto de venta puede recurrirse a la definición que el Código Civil nos entrega en el artículo 1793 cuando dice: "La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida, se llama precio".

Finalmente, la publicidad es definida en el ámbito específico del tabaco como: "Toda forma de promoción, comunicación, recomendación, propaganda, información o acción con el fin o el efecto de promover un producto hecho con tabaco o el consumo de tabaco", según reza el artículo 2 letra a) de la Ley N° 19.419 modificada por la Ley N° 20.105.

La sentencia N° 26/2005 razonó en torno a la exhibición y venta de los productos y a ello apuntaba en sus decisiones, y si bien el tema de la publicidad fue abordado, se trató en conjunto con las otras cláusulas que tenían los contratos de aquel entonces, que contemplaban pagos de incentivos a los locales comerciales si se cumplían determinadas metas de participación en las ventas, por lo que se concluyó en el considerando vigésimo segundo de dicha sentencia que las cláusulas de exclusividad e incentivos son fuente y medida de un ejercicio ilícito del poder de mercado que detentaba Chiletabacos porque actuaban como un verdadero cerrojo que impedía en los hechos la venta de cigarrillos de otras marcas en el *high trade*, locales que no podían negarse a pactarlas porque, por una parte, no les era conveniente prescindir de las ventas de cigarrillos de Chiletabacos, dado que según se había demostrado eran los más consumidos por el público, y, por la otra, recibían incentivos económicos evidentes por aceptarlas.

De esta forma, puede advertirse que la publicidad se ligó al tema de los incentivos y con ello a la limitación objetiva que importó a la venta y comercialización de los cigarrillos de los competidores; no obstante, era evidente que el actor dominante en el mercado debía tener el cuidado necesario para no incurrir en conductas anticompetitivas.

Por ello es razonable que no pueda afirmarse categóricamente que el comportamiento de la requerida después del fallo N° 26 haya importado un quebrantamiento a lo en él ordenado, pues justamente Chiletabacos modificó sus contratos por el de arrendamiento de espacios publicitarios y se preocupó de dejar expresa constancia que existía libertad de venta y exhibición de los demás productos de sus competidores, y sometió al control de la autoridad el examen de los mismos, de manera que no puede catalogársele como infractora de la sentencia N° 26/2005.

Décimo noveno: Que, sin embargo, y pese a sus resguardos, en el hecho los nuevos modelos de contrato han importado una vulneración a las normas de la libre competencia tal cual se ha dejado correctamente asentado en el fallo reclamado. Dicha vulneración si bien no puede identificarse con las mismas conductas objeto de reproche en la sentencia N° 26 (publicidad e incentivos) son sancionables en la medida que, tal como lo sostiene la sentencia, Chiletabacos como actor dominante de este mercado del tabaco en Chile debió prever los efectos que

las nuevas cláusulas tendrían en el mercado, más aún con las restricciones que se hizo a la publicidad en la Ley N° 20.105.

Así lo ahora cuestionado es la publicidad como factor preponderante dada la restricción legal que hizo sobre el punto la Ley N° 20.105. De este modo, los argumentos entregados en la sentencia son acertados en cuanto dice que los nuevos contratos si bien no establecían exclusividad, acaparaban en los hechos todo el espacio disponible para ello en los locales porque no se contenían cláusulas destinadas a especificar la extensión precisa del espacio contratado (considerando vigésimo sexto) e implicaba que en la práctica no se dejara posibilidad al competidor de poder publicitar su producto, pues la nueva ley restringió la publicidad sólo al interior de los locales comerciales y a una dimensión no superior a dos metros cuadrados de los cuales el 50% debía estar dedicado a la advertencia del daño que el producto produce en la salud.

Vigésimo: Que sabida es la importancia que la publicidad tiene en las ventas; es más, la sentencia deja constancia de ello en su motivación quincuagésima cuarta al hacer referencia a los porcentajes en que aumentaron las ventas en aquellos locales en los cuales Philip Morris pudo publicitar; también se hace referencia a que los efectos de la publicidad no son iguales para todos los oferentes en el mercado del cigarrillo y así, mientras que para el

dominante tiene como efecto mantener su elevada participación en el mercado, para el minoritario constituye el medio para lograr, en primer lugar, que su producto sea reconocido por el consumidor y, en segundo lugar, que éstos cambien su preferencia hacia sus productos y, en consecuencia, ganar participación en el mercado (fundamento quincuagésimo octavo), es decir, mientras uno -el dominante- sólo busca mantenerse en el mercado -el minorista- busca entrar y poder ganar participación en él.

Por ello acierta el fallo cuando dice que los contratos ahora analizados en los hechos se erigen como barreras de entrada a nuevos competidores, barreras que provienen de un actor que tiene una posición dominante en el mercado, que más aún acapara para sí toda la posibilidad de publicitar sus cigarrillos y que de esta forma produce efectos exclusorios de sus competidores, los cuales con una posición bastante menor quedan impedidos de dar a conocer sus productos e incentivar al público para que los adquiera.

Vigésimo primero: Que así, la violación constatada al artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211, pese a los recaudos que adoptó el dominante en el mercado, no puede ser objeto sólo de medidas correctivas, sino que ameritan una sanción pecuniaria teniendo para ello presente la gravedad de la conducta, pues dada su condición de cuasi-monopolista debió prever que el no explicitar en los

contratos las dimensiones de los espacios que iban a ser destinados a publicidad, más aún con las restricciones legales que se imponían con la nueva ley, se podían generar en los hechos efectos anticompetitivos -lo que efectivamente ocurrió- por lo que debió monitorear el cumplimiento que en la práctica se daba a los contratos, siendo insuficientes todas las medidas detalladas a partir del considerando centésimo cuadragésimo porque -tal como dice la sentencia reclamada- la mayoría de ellas se implementaron recién en el año 2008 o después, es decir, cuando ya se sabía por Chiletabacos de la investigación que llevaba a cabo la Fiscalía Nacional Económica en su contra.

También ha de considerarse el beneficio económico que este tipo de conductas le ha irrogado, pues le ha permitido mantener su posición dominante en el mercado en perjuicio del minoritario.

Otro aspecto a ponderar es la reincidencia. Sobre este punto ha de tenerse presente que si bien se ha desechado considerar que Chiletabacos incumplió la sentencia N° 26, no es menos cierto que en ella se le sancionó por infracción al artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211, que corresponde a la misma figura por la que ahora es objeto de reproche, de tal suerte que debe considerársela reincidente al momento de aplicar la sanción que se le impondrá.

Vigésimo segundo: Que lo anterior es sin perjuicio de mantener las medidas impuestas en el resuelto tercero de la sentencia que se revisa, pero debiendo éstas también extenderse a los puntos de venta del segmento *low trade*, por cuanto no existe razón para eximir a dichos locales de este resguardo.

III.- Respecto a las conductas imputadas a Chiletabacos relacionadas con el segmento *low trade*:

Vigésimo tercero: Que ha de tenerse presente que en este canal de comercialización correspondiente a pequeños locales comerciales como kioscos, almacenes de barrio o botillerías, se imputó a la requerida y demandada la comisión de diversos comportamientos anticompetitivos, como son: el condicionar el crédito a la circunstancia de no vender productos de la competencia, la realización de pagos a los comerciantes para que no vendan cigarrillos del competidor y el impedimento para otras marcas en el uso de las cigarreras que Chiletabacos proporciona a sus comerciantes.

Vigésimo cuarto: Que respecto al condicionamiento del crédito, Philip Morris reprocha al fallo el no haber ponderado determinada prueba que llevaba a concluir que sí se había incurrido en esta conducta, como lo es el testimonio de don Jae Nam Lee, las actas notariales acompañadas a fojas 73, 81 y 82 y la declaración de la Notario Gloria Acharán; criticó además que se calificara

los dichos de los comerciantes entregados en las actas como resabios de conductas pasadas y ya sancionadas.

En un mismo sentido reclama la Fiscalía Nacional Económica aludiendo a una tendencia a absolver a la requerida y a una falta de ponderación global de toda la prueba rendida.

Vigésimo quinto: Que la sentencia en su motivación centésimo novena, luego de ponderar diversos antecedentes probatorios que detalla en los considerandos anteriores, reconoce que existen comerciantes en el *low trade* que temen o han temido perder el crédito o plazo que les otorga Chiletabacos en el caso de que exhiban o vendan productos de la competencia, pero dice que no puede determinar si ello corresponde a acciones positivas realizadas por dependientes de Chiletabacos dentro del período no cubierto por la prescripción o es un comportamiento inercial efecto de las conductas sancionadas en la sentencia N° 26, conforme a lo cual desestimó la existencia de la conducta.

Vigésimo sexto: Que las pruebas referidas por Philip Morris en su reclamación sólo vienen a confirmar lo que la sentencia ya asentó, esto es, que existe el temor de los comerciantes a perder el crédito o las facilidades de pago que le otorga Chiletabacos, pero ello no desvirtúa la aseveración que hace la sentencia en cuanto a la imposibilidad de determinar el origen de dicho temor. Es más, en el considerando octogésimo se hace alusión a un

testigo que manifestaba su temor a perder el crédito y pese a que declaró haber sufrido al menos un corte de crédito, el Informe de "Cumplimiento Política de Créditos" acompañado a fojas 2243 no mostraban ninguna suspensión en el historial de la relación comercial de ese testigo con la requerida.

De este modo, el razonamiento que hace la sentencia resulta lógico si no existe alguna prueba concreta que demuestre que ese temor provenga de amenazas de la propia requerida. Es más, Philip Morris al transcribir la declaración de un testigo en el Acta Notarial de fojas 73 en la cual sostuvo tener un acuerdo con Chiletabacos quien le paga un aporte fijo anual que es -en sus dichos- "bastante plata", refirió lo que la misma persona dijo en el Informe Mide UC a fojas 5340 y 5341 en la cual afirmó que "su proveedor de cigarrillos es Chiletabacos porque es el más grande, el mejor y tiene un mayor mix de productos...que actualmente se mantiene con Chiletabacos, a pesar que se le acercan otros proveedores... si estás bien con un proveedor no tiene para qué estar complicando al mismo proveedor que ha sido fiel contigo que te ha dado un buen servicio".

Lo anterior muestra que no necesariamente la exclusividad en la venta proviene de una amenaza del proveedor sino de una opción comercial por la calidad del servicio prestado, de tal suerte que la falta de

convencimiento que revela la sentencia sobre la imputación que se hace a Chiletabacos no aparece desprovista de fundamento lógico.

Vigésimo séptimo: Que el segundo punto debatido en este segmento comercial es el relativo a la realización de pagos para no vender productos de la competencia. Al respecto, Philip Morris en su reclamación critica el elevado estándar de prueba exigido en el fallo y hace cita de diversos testimonios que dan cuenta de la existencia de estos pagos.

Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica, en este aspecto, también refiere la prueba que demuestra que en el año 2010 diversos comerciantes declaran tener acuerdos con Chiletabacos por medio de los cuales dicha empresa les paga para no vender los productos de la competencia y, sin embargo, el Tribunal desestima dichas probanzas por falta de antecedentes directos de la participación de la requerida en esos pagos, lo que considera contradictorio.

Vigésimo octavo: Que en los motivos centésimo vigésimo cuarto y centésimo vigésimo quinto el Tribunal explica que, pese a las probanzas constituidas por las declaraciones contenidas en las actas notariales que dan cuenta de estos pagos y que no han sido desvirtuadas, no existen antecedentes que den muestra directamente de la participación o anuencia de Chiletabacos en los pagos denunciados e indica que adicionalmente no es de suponer

que los vendedores de la compañía tengan algún incentivo para entregar sumas de dinero a los comerciantes con cargo a sus propios fondos, pues no reciben remuneraciones variables que dependan de los volúmenes de ventas que realicen y para ello cita las copias de los contratos acompañados a la causa por Chiletabacos y por la Fiscalía Nacional Económica, lo que también es corroborado en el informe agregado a fojas 2181 y siguientes. En consecuencia, concluye que no hay antecedentes directos para formar la convicción acerca de que esta conducta sea imputable a la demandada y por ello rechaza la acusación.

Tales argumentos se estiman razonables y obedecen a un examen reflexivo de las probanzas aportadas a la causa que no amerita que esta Corte corrija. En efecto, las declaraciones de los comerciantes que dan cuenta de estos pagos no aparecen respaldadas con el más mínimo antecedente que permita atribuir participación de Chiletabacos en los pagos cuestionados, por lo que a falta de convicción suficiente lógico resulta la imposibilidad de sancionar, de tal forma que esta alegación también será desestimada.

Vigésimo noveno: Que, finalmente, en lo que dice relación al impedimento del uso de las cigarreras que Chiletabacos proporciona a los locales del *low trade*, Philip Morris en su reclamación hace mención a la prueba que demuestra la llamada "venta bajo el mesón" de los productos de su parte como consecuencia de la prohibición

que hace Chiletabacos del uso de sus cigarreras para otras marcas y critica al fallo en cuenta si bien reconoce la existencia en los comerciantes de la creencia de la prohibición de exhibición, acude al argumento de que no se precisa la fuente de esta creencia para así absolver de esta denuncia a Chiletabacos, en circunstancias que es evidente que el punto de venta no tiene interés en esconder los productos que vende y es un hecho público y notorio que los vendedores de Chiletabacos visitan regularmente los puntos de venta.

Trigésimo: Que sobre este aspecto la sentencia reclamada, luego de referir la prueba constituida por las actas notariales que dan cuenta de declaraciones de comerciantes que aluden a que no pueden utilizar las cigarreras con otros productos ajenos a Chiletabacos, hace mención también a partir del considerando centésimo trigésimo segundo de los contratos firmados entre los comerciantes y Chiletabacos en relación a las cigarreras a partir del año 2006. En ellos se autoriza la utilización de parte de las mismas para la exhibición de productos de la competencia; además, a partir del mes de febrero de 2009 se deja constancia que la requerida modificó el diseño de las cigarreras dejando un 20% de su *facing* para la exhibición de productos de la competencia, lo que además consagró en sus contratos como aparece en el modelo agregado a fojas 592. También se alude a las fotografías acompañadas en que

aparece la efectiva utilización de estos espacios con productos ajenos a Chiletabacos, no obstante reconocer ésta que la mayoría de las fotografías fueron tomadas después del requerimiento; pero también alude a la prueba de absolución de posiciones en la cual el representante de Philip Morris declaró a fojas 1356 que su compañía "ha hecho uso de una pequeña parte de todas las intenciones que hemos tenido de llegar a usarlas" y luego indicó que pensaba que en 3000 y 5000 puntos de venta Philip Morris utiliza parte de estas cigarreras para exhibir sus productos. Finalmente, la sentencia se refiere al informe "Encuesta de Caracterización Puntos de Venta" acompañado por la demandada a fojas 2652 en el cual, sobre el uso de las cigarreras, dice que en un 0,5% del total de los puntos de venta encuestados declara no poder poner cigarrillos de otras marcas en las cigarreras de Chiletabacos, de éstos el 94,6% declara haber obtenido esta información antes de 2006.

Conforme a lo anterior, el Tribunal vuelve a considerar que si bien constata la efectividad de la creencia de algunos comerciantes minoristas de que no pueden exhibir en sus locales productos de la competencia de Chiletabacos, ya sea porque la propiedad de la cigarrera que utilizan es de esta compañía o porque existiría una prohibición expresa de la misma en este sentido, sin embargo aduce que no es posible discernir si dichos temores

son producto de acciones positivas realizadas por dependientes de Chiletabacos o si constituyen un comportamiento inercial que es efecto de las conductas que motivaron la sentencia N°26/2005 y que, por lo tanto, ya fueron sancionadas, y hace énfasis en la evidencia constituida por los contratos en los que expresamente se ha pactado la libertad en la exhibición de los productos de la competencia y en la entrega de cigarreras que al menos nominalmente reservan parte de su exhibición para ello. De tal modo que concluyó que no había mérito suficiente para dar por acreditada la conducta.

Al respecto, las consideraciones dadas en la sentencia para llegar a la absolución en este punto son aceptables, si se considera que pese a que algunos comerciantes declaran sobre la existencia de la prohibición, en los hechos los contratos y los modelos de cigarreras muestran lo contrario, más aún se torna difícil la posibilidad de reproche si el propio representante de Philip Morris ha reconocido que están haciendo uso de las cigarreras en al menos 3000 ó 5000 puntos de venta, por lo que las ponderaciones del fallo aparecen adecuadas a la realidad fáctica y jurídica que constató.

Trigésimo primero: Que de esta manera, habiéndose analizado los temas en discusión, esta Corte -tal como se dijo con antelación- coincide en que la requerida y demandada ha incurrido nuevamente en conductas atentatorias

a la libre competencia diversas en los hechos de aquellas por las que fue sancionada precedentemente, pero que la convierten en reincidente en este tipo de reproches, lo que amerita según se dijo no sólo la adopción de medidas sino sanciones del orden pecuniario, por cuanto claramente debe asumir un comportamiento diligente en este tipo de materias dado su carácter de dominante en un mercado altamente regulado como lo es el del tabaco, y así no sólo debe incluir cláusulas en sus contratos que aseguren la libre competencia sino que también debe velar que la aplicación práctica de los mismos no conduzca a comportamientos contrarios a ella.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 3, 26 y 27 del Decreto Ley N° 211, se declara que:

I.- Se **acogen** la reclamaciones presentadas por la Fiscalía Nacional Económica y Philip Morris a fojas 6483 y 6543, respectivamente, en contra de la sentencia N° 115 de 17 de noviembre de 2011, escrita a fojas 6410, **sólo en cuanto se condena** a la Compañía Chilena de Tabacos S.A. como autora de la conducta atentatoria a la libre competencia tipificada en el artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211 al pago de una multa a beneficio fiscal de 20.000 (veinte mil) Unidades Tributarias Mensuales y **en cuanto** se dispone que las medidas adoptadas en el resuelvo

tercero de la sentencia reclamada deben también aplicarse a los locales comerciales del *low trade*.

II.- Se **rechazan** en lo demás las reclamaciones de la Fiscalía Nacional Económica y de Philip Morris.

III.- Se **rechaza** la reclamación de la Compañía Chilena de Tabacos en cuanto pretendía el rechazo total del requerimiento y demanda presentada en su contra.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Pierry.

Rol N° 11.968-2011.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., y los Ministros Suplentes Sr. Juan Escobar Z., y Sr. Carlos Cerda F. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Carreño por estar en comisión de servicios. Santiago, 04 de diciembre de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a cuatro de diciembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.