Santiago, dos de junio de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos Rol Nº 277-2010 se han deducido recursos de reclamación por Comercial Canadá Chemicals S.A., por la Fiscalía Nacional Económica y por la Compañía Chilena de Fósforos en contra de la sentencia Nº 90/2009, de 14 de diciembre de 2009, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que resolvió: 1.- Acoger el requerimiento presentado por la Fiscalía mencionada y dar lugar a la demanda interpuesta por Canadá Chemicals en cuanto se declara que CCF infringió el D.L. Nº 211 mediante la celebración con sus distribuidores de contratos con cláusulas de exclusividad y de contratos con cláusulas de incentivos por cumplimiento de metas de venta, con el objeto y efecto de levantar barreras artificiales a la entrada en el mercado relevante. 2.- Condenar a la denunciada a una multa de mil doscientas unidades tributarias anuales (1.200 UTA); y 3) Ordenar a la misma que se abstenga de celebrar con sus clientes o distribuidores, directa o indirectamente, contratos o acuerdos que incluyan términos o condiciones discriminatorias respecto de las características de quien adquiera o distribuya sus productos, salvo que se funde en circunstancias generales, uniformes y objetivas, o basadas en condiciones justificables en razón de sus costos y que sean aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones.

A continuación se expondrán los capítulos referidos a cada una de las reclamaciones señaladas.

I. De la reclamación deducida por Comercial Canadá Chemicals S.A.

La demandante Comercial Canadá Chemicals dedujo reclamación en contra de la citada sentencia y somete a la decisión de esta Corte las siguientes peticiones:

1. Se deje sin efecto la sentencia recurrida en cuanto no acogió parte de la demanda, declarando en su lugar que: a) Compañía Chilena de Fósforos ejerció presiones y amenazas ilegítimas en contra de “Solo Sirkárna A.S.” a fin

de que dejara de proveer fósforos a Canadá Chemicals; y b) que la demandada ejerció abusivamente acciones judiciales y administrativas, con el solo objeto de entrabar el ingreso de Canadá Chemicals al mercado de los fósforos en Chile.

2. Se aumente la multa impuesta al máximo establecido en la ley, a veinte mil unidades tributarias anuales (20.000 UTA) o a aquella que se estime pertinente.

Respecto a la primera petición, la reclamante “Canadá Chemicals” expresa -contrariamente a lo concluido en el fallo impugnado- que las acusaciones referidas fueron fehacientemente acreditadas con la prueba rendida en el proceso, siendo desestimadas por razonamientos equívocos y omisiones que no se condicen con el mérito del proceso.

En lo concerniente a la conducta atribuida a la Compañía Chilena de Fósforos de haber ejercido presiones y amenazas ilegítimas sobre “Solo Sirkárna A.S.” -único proveedor de fósforos de Canadá Chemicals- con el objeto que dejase de proveerle, esta conducta dice relación con el hecho que en julio de 2006 altos ejecutivos de la demandada -los señores Agliati y Sliming- viajaron a la República Checa con el objeto de presionar a “Solo Sirkárna A.S.” para que dejase de venderle fósforos a Canadá Chemicals, acontecimientos ocurridos en al menos dos oportunidades, a saber, los días 11 y 15 de julio de 2006, y respecto de los cuales se encontraría acreditado que los ejecutivos de la Compañía Chilena de Fósforos ejecutaron las siguientes conductas:

a) Persiguieron reunirse con altos ejecutivos de “Solo Sirkárna A.S.” e insistieron hasta lograrlo, habiéndose previamente planificado la visita.

b) En ambas reuniones expresaron su disconformidad con las exportaciones de fósforos efectuadas por la empresa checa a Canadá Chemicals.

c) Le pidieron a los ejecutivos de “Solo Sirkárna A.S.” en las reuniones detener los envíos de fósforos a la demandante.

d) Advirtieron al Director General de la empresa europea que, de no acceder a su petición, ofrecerían fósforos a muy bajo precio en el mercado checo y en otros de Europa.

e) Intentaron intimidar y confundir a los ejecutivos de “Solo Sirkárna A.S.” sobre la legitimidad de los derechos de Canadá Chemicals sobre su marca “Puerto Varas”.

Dichas circunstancias, expone el recurso, se encuentran suficientemente probadas en autos, señalando para tal efecto: a) Declaración de los ejecutivos checos don Stanislav Bojanovsky (fojas 2.395 - 2.396) y Veroslav Bojanovski (fojas 1.451); b) Declaraciones de don Mario Agliati (fojas 2.220 bis 4) y don Santiago Sliming (fojas 1.528 bis 5); c) Correos electrónicos enviados por la ejecutiva de Solo Sirkárna doña Libuse Vejvodova los días 12 y 17 de julio de 2006 (fojas 70 y 71 del cuaderno de documentos reservados).

En el mismo orden, aduce que la demandada no aportó medio probatorio alguno que acreditara el carácter comercial de las reuniones con ejecutivos de “Solo Sirkárna A.S.”, y que, a juicio del demandante, es sólo una explicación a posteriori de la Compañía Chilena de Fósforos al conocer de la investigación iniciada por la FNE. Hace presente además que la sentencia recurrida incurre en graves errores y omisiones que la llevaron a desestimar la prueba rendida a objeto de acreditar el contenido de las reuniones, y que los antecedentes nombrados en el fallo no desvirtúan dicha prueba.

Finalmente, destaca que la sentencia atacada se fundamenta en el hecho que con posterioridad a las citadas reuniones la empresa checa siguió vendiéndole sus productos a Canadá Chemicals. Empero, continúa el recurrente, tampoco es un antecedente que tenga vínculo con las presiones ejercidas, toda vez que el artículo 3º del D.L. 211 sanciona tanto las conductas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia como aquella “que tienda a producir dichos efectos”.

La segunda conducta contraria a la libre competencia, -de acuerdo a la reclamación de Canadá Chemicals- sería el ejercicio abusivo de acciones

judiciales y administrativas por parte de la demandada, con la única finalidad de obstaculizar su entrada al mercado. Una primera acción que reviste dicho carácter es la demanda de nulidad de la marca mixta “Puerto Varas” y ello se demuestra porque: a) La Compañía requerida no ha dirigido similares acciones judiciales en contra de otras marcas de fósforos que tienen montañas o cumbres en sus logos; y b) La demanda se fundamenta sobre argumentos contradictorios y antojadizos. Así expresó que la marca “Puerto Varas” sería irregistrable atendido que se hace referencia a una denominación geográfica, sin reparar que es titular de una marca llamada “Los Andes”; y c) La contundencia con que fue rechazada por el Departamento de Propiedad Industrial, confirmado el fallo por el Tribunal de Propiedad Industrial. En último término, por sentencia de la Excma. Corte Suprema fue rechazado el recurso de casación en el fondo por manifiesta falta de fundamento. La segunda acción que tendría el carácter de abusiva guarda relación con la solicitud del nombre de dominio “fósforospv.cl”. Enseguida, da cuenta de que la sentencia impugnada incurre en omisiones y consideraciones equívocas al confundir el resultado de las acciones con la finalidad anticompetitiva de las mismas. Además esgrime que el fallo vincula la cantidad de acciones ejercidas con el carácter abusivo de las mismas omitiendo su contenido y el contexto en que fueron deducidas. Destaca además que las acciones fueron interpuestas coordinadamente con otras conductas anticompetitivas destinadas en su conjunto a boicotear a su parte. Finalmente agrega que no es primera vez que la requerida abusa de su derecho de acción y petición con el objeto de poner trabas a la entrada de competidores al mercado, siendo reincidente en estos atentados contra la libre competencia.

En el acápite siguiente, la reclamación de Canadá Chemicals solicita el aumento de la multa impuesta. Al respecto señala que la sanción es sumamente inferior a aquella que corresponde aplicar según los criterios establecidos expresamente en el artículo 26 del D.L. 211, a la vez que no satisface la función retributiva e inhibitoria que toda sanción debe cumplir sobre el infractor. En lo concerniente al criterio -beneficio económico obtenido con motivo de la infracción-, afirma que las conductas por las cuales fue sancionada la demandada le permitieron mantener una altísima participación de mercado durante un período prolongado. Alega incluso el recurrente que fue la propia demandada quien señaló en carta de 19 de diciembre de 2009 al informar su resultado como hecho esencial al

Superintendente de Valores y Seguros que “Por último, hacemos presente a usted que la multa impuesta a nuestra representada en nada afecta la situación patrimonial de ésta”.

En lo tocante al criterio de la gravedad de las conductas cometidas, argumenta que los contratos de exclusividad e incentivos por cumplimientos de metas de venta revisten particular gravedad, toda vez que causaron un daño relevante a todos los actores del mercado, esto es, a los consumidores, distribuidores y proveedores de fósforos competidores de la requerida. Destaca en el caso particular del actor que el boicot ejecutado por CCF mediante diversos y graves actos ilícitos le generó serios perjuicios, los que le impidieron tener la participación que le correspondería en condiciones de competencia. En último término cuestiona que no se consideró la calidad de reincidente de la reclamada en atentados contra la libre competencia en el mercado de venta de fósforos, según aparece de la Resolución Nº 169 del año 1984 expedida por la H. Comisión Resolutiva que le sancionó por interponer diversas acciones destinadas a impedir, o al menos obstaculizar la importación de fósforos desde China.

II. De la reclamación de la Fiscalía Nacional Económica.

Por la reclamación deducida por FNE se solicita que esta Corte declare se haga lugar al requerimiento en los términos que plantea, esto es: 1) Que se establezca como conducta contraria a la libre competencia las presiones ejercidas por ejecutivos de la denunciada a “Solo Sirkárna A.S.”; y 2) Que se aumente el monto de la multa impuesta.

En lo concerniente a la primera solicitud, expresa que se encuentra acreditada la existencia de presiones contra ejecutivos de “Solo Sirkárna A.S.”. Reprocha a la sentencia impugnada el empleo de un estándar probatorio más propio de la sede penal y, por ende, inaplicable a los asuntos regidos y sancionados por el Decreto Ley 211. Explica que la necesidad de “presumir inequívocamente” las conductas imputadas se asemeja mucho a la convicción de “más allá de toda duda razonable” penal, lo que evidentemente constituye una vara excesivamente alta para los demandantes en sede de libre competencia. Aduce que de la evidencia presentada en juicio -y a la luz de las reglas de la sana crítica- es posible concluir

de la reunión sostenida entre ejecutivos vinculados a la demandada y a “Solo Sirkárna A.S.” se hayan proferido amenazas a estos últimos. Enseguida hace una relación de los antecedentes que respaldan la acusación de la Fiscalía, nombrando los e-mails enviados y las declaraciones juradas prestadas ante el Consulado chileno en la República Checa por parte de los ejecutivos de la empresa europea. Advierte que la explicación entregada por la Compañía Chilena de Fósforos -acogida por el fallo impugnado- se funda en declaraciones inexactas y contradictorias de los propios personeros que participaron en las reuniones cuestionadas.

Por otra parte, repara que el correo electrónico tomado en cuenta por el Tribunal para establecer que “Solo Sirkárna A.S.” le solicitó a CCF una oferta o cotización de fósforos y de splits carece de la aptitud necesaria para restar valor a los medios de prueba demostrativos de la existencia de presiones. Precisa que incluso en el evento que la posibilidad de desarrollar negocios haya formado parte de la mentada reunión, lo cierto es que difícilmente puede considerarse dicho propósito como el objetivo principal de la misma, toda vez que de haberlo sido habría resultado esperable que la Compañía acusada demostrara mayor interés en entregar la cotización solicitada.

A continuación se refiere a los antecedentes no considerados para configurar la gravedad de la conducta realizada por la requerida. Al respecto indica que la sentencia reclamada no sólo omitió toda referencia a los contratos no escritos o verbales, sino que tampoco hizo mención alguna a uno de los principales comportamientos estratégicos expuestos por la FNE, esto es, el intento de la Compañía Chilena de Fósforos de renovación de la exclusividad pactada con D&S en reacción a la entrada de Canadá Chemicals.

En lo atinente a la determinación de la multa impuesta, la FNE considera el monto fijado como irrisorio, pues no constituye antecedente disuasivo alguno para las empresas que dominando completamente el mercado establecen convenciones destinadas a asegurar ese status quo en desmedro de competidores y consumidores. Por otra parte expresa que la multa no consigue el propósito de ser mayor al beneficio del ilícito cometido.

III. De la reclamación de la Compañía Chilena de Fósforos.

La reclamación deducida por la Compañía Chilena de Fósforos solicita que esta Corte revoque parcialmente el fallo recurrido, dejándolo sin efecto en la parte que acogió el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica y la demanda de Canadá Chemicals S.A., elimine la multa impuesta, así como la declaración que la mencionada Compañía infringió el D.L. 211 mediante la celebración con sus distribuidores de determinados contratos con cláusulas de exclusividad y de determinados contratos con cláusulas de incentivos por cumplimientos de metas de venta, todo ello con el objeto y efecto de levantar barreras artificiales a la entrada en el mercado relevante.

En primer término, asegura respecto al mercado relevante, debe considerarse éste como el "mercado del encendido" a nivel nacional, el cual incluye a los encendedores desechables. Expone que tanto en Chile como en el extranjero más de la mitad del consumo de los fósforos es efectuado por los fumadores y sólo la diferencia se consume en los hogares. En consecuencia, con la definición adoptada por el Tribunal se deja fuera del mercado relevante más del cincuenta porciento (50%) del consumo de los fósforos comercializados en el país. Si bien es efectivo, señala el reclamante, que no existen en autos estudios econométricos para acreditar fehacientemente si fósforos y encendedores son sustitutos o no, pese a la falta de estudios sí existen antecedentes relevantes en autos como para estimar y presumir que la sustitución entre ambos productos existe.

Expresa el recurso de reclamación que no es efectiva la existencia de las barreras de entrada señaladas en el fallo impugnado. Agrega -en lo atinente a los costos de importación relevantes a que están sujetos los importadores de fósforos- que lo que debió hacer el sentenciador recurrido era comparar los valores CIF promedio de los productos importados con los costos de los productores nacionales. Asegura que no existe discusión en autos, ni por parte de la FNE ni de Canadá Chemicals, respecto a que los valores CIF de los fósforos importados los hacen plenamente competitivos con los fósforos de CCF. En este aspecto concluye que el costo de transporte internacional que deben soportar los importadores de fósforos no constituye una dificultad o barrera de entrada al mercado.

Hace presente que el fallo reclamado señala una segunda dificultad o barrera, esto es, el hecho que las marcas comerciales de CCF “son ampliamente conocidas por los consumidores”. Sin embargo, destaca que tanto la FNE como Canadá Chemicals sostuvieron en sus respectivas presentaciones ante el Tribunal que este era un mercado donde las marcas no eran relevantes.

El recurso cuestiona además, que la sentencia impugnada establezca la existencia de una barrera de entrada considerando la importancia estratégica que tiene CCF al ser productor de la materia prima de los fósforos y la dificultad de aprovisionamiento que podría tener un actor que desee empezar a producir en el país, o el largo plazo que debiera esperar para tener plantaciones propias. Afirma que la dificultad de aprovisionamiento de álamo en el país no es tal, ya que CCF sólo controla aproximadamente un tercio de la producción nacional. Además, no considera que a nivel mundial exista un amplio y profundo mercado de “*splint*” o “palitos de fósforos”, que es la verdadera materia prima que requiere cualquier fabricante de fósforos. Arguye que la verdadera causa por la que no existen otros productores de fósforos en el país, y también causa por la cual han disminuido los productores a nivel mundial, es que el mercado de los fósforos requiere de una alta eficiencia productiva.

Argumenta que las partes están de acuerdo en que en el mercado relevante, aun en el fijado por el Tribunal, no existen barreras estructurales de entrada ni de expansión para los actuales o potenciales competid ores. Razona que habiéndose establecido que ninguna de las barreras de entradas es jurídica y materialmente real, no cabe sino concluir que CCF no tiene, ni puede llegar a tener, una posición de dominio y al no existir ésta no es posible que exista “abuso” de la misma.

A continuación el reclamante explica que el fallo contiene el nombre de treinta y tres empresas que mantuvieron convenios de exclusividad con su parte. Al respecto alega que el requerimiento de la FNE fue presentado ante el Tribunal con fecha 20 de junio de 2008 y que el inciso tercero del artículo 20 del D.L. 211, vigente a la época de la presentación del requerimiento, señalaba que las acciones contempladas en dicha ley prescribían en dos años, contados desde la ejecución de las conductas atentatorias de la libre competencia. En este sentido asegura que la prescripción fue oportunamente alegada tanto al contestar la

demanda como al momento de la vista de la causa, no obstante lo cual el sentenciador nada dijo sobre el particular. Hace presente que aun cuando no hubiere sido alegada, por ejercer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia una jurisdicción punitiva, debió declararla de oficio, como consecuencia de la aplicación de los principios generales que rigen nuestra legislación punitiva. Por consiguiente esgrime que todas las acciones relativas a actos anteriores al 19 de junio de 2006 están prescritas. Expresa que no estarían prescritas sólo las acciones de las empresas que mantuvieron cláusulas de exclusividad con CCF durante el año 2006, a saber, M.A.S y Supermercado San Francisco, mientras que durante el año 2007 fueron Korlaet y Cía., Supermercados Montserrat y Supermercado Rossi Ltda.

Aclara que a partir del año 2008 no existe ningún convenio entre CCF y sus distribuidores que contemple descuentos por exclusividad. Señala que a partir del fallo dictado en agosto de 2005, en el caso denominado Chiletabacos, decidió eliminar dicha clase de incentivos en los contratos con sus distribuidores.

Narra que no es posible argumentar que la mantención durante los años 2006 y 2007 de contratos de exclusividad con distribuidores que representaron aproximadamente un cuatro porciento (4%) y un tres porciento (3%) de las ventas de cada uno de esos años, y que le aportaron una utilidad total del orden de cincuenta y siete millones quinientos ochenta y ocho mil seiscientos pesos ($57.588.600), haya podido afectar el mercado o hayan sido estipuladas con el propósito y/o efecto de restringir, entorpecer o dificultar la entrada de potenciales competidores al mercado. En la especie, reitera la reclamación, la existencia de los contratos de exclusividad con las empresas citadas durante los años 2006 y 2007 no son en caso alguno actos que hayan constituido abuso de posición dominante o que pudieran ser considerados como infracciones al D.L. 211.

En lo que concierne a los incentivos estipulados entre CCF y sus distribuidores que contemplan descuentos por metas de ventas, apunta que el sentenciador estableció la existencia de seis contratos suscritos entre su parte y algunos de sus distribuidores, presumiendo la intencionalidad que éstos no eran sino un mecanismo de reemplazo a la exclusividad preexistente y que tenían un fin exclusorio, así la conclusión arribada por el Tribunal es errónea. Enfatiza que en

los periodos anteriores a la eliminación de la exclusividad con estos distribuidores específicos, los contratos anuales que éstos mantenían con CCF contemplaban tanto descuentos por exclusividad como descuentos por metas de venta, por lo que lejos de reemplazar un sistema a otro, éstos coexistieron durante años hasta que CCF adoptó la decisión de suprimir el incentivo por exclusividad, fecha a partir de la cual sólo se mantuvo el incentivo por meta de venta. Aclara además que, en relación al Supermercado Bigger, nunca existió un contrato con CCF que estableciera incentivo por exclusividad, sólo hubo contratos que estipulaban incentivos basados en metas de venta. Anota que nunca existió intención, propósito o efecto de restringir, limitar o entorpecer la entrada al mercado de potenciales competidores, lo que queda demostrado por el sólo hecho que las ventas que representan los seis distribuidores en cuestión son marginales e irrelevantes dentro de las ventas anuales de CCF. Por otra parte, predica que los incentivos por metas de ventas pactados entre CCF y sus distribuidores no son de aquellos que el Tribunal ha declarado en otros casos como anticompetitivos, tales como el cumplimiento de metas de participación en las ventas del local o en la categoría de producto o relacionados con la participación de mercado del productor. Refiere que aun cuando pudiera estimarse que efectivamente un sistema reemplazó al otro, el Tribunal debió necesariamente analizar cómo afectó ello, en forma concreta y real, al mercado; y si, atendida la entidad de los distribuidores, era realmente posible pensar que tal mecanismo tuvo -de parte de CCF- por objeto o efecto impedir, restringir o entorpecer el acceso al mercado de potenciales competidores.

En cuanto a los incentivos por cumplimiento de metas de venta no vinculados a contratos de exclusividad anteriores, la sentencia establece que hay doce distribuidores que estarían en esta situación y que habría existido un propósito exclusorio al desobedecer los parámetros generales, uniformes y objetivos y carecer de razones de eficiencia o de economías de escala o de costos que la justifiquen. Aclara que tres de las nueve empresas tuvieron incentivos por metas de venta en los años 2002 ó 2003. En consecuencia, la acción respectiva se encuentra prescrita por ser los hechos anteriores al 19 de Junio de 2006.

Manifiesta que al estipular esta clase de incentivos, CCF no tenía por propósito establecer barreras de entrada al mercado, sino enfrentar en forma eficiente lo que

constituye su mayor desafío comercial, esto es, la disminución en las ventas de fósforos. Señala que si CCF hubiera establecido un sistema de descuento uniforme basado en ventas y objetivo habría, probablemente, incentivado sólo a los grandes distribuidores capaces de comercializar grandes volúmenes, pero las metas para alcanzar los descuentos habrían sido imposible de alcanzar por los distribuidores más chicos, por lo cual éstos no habrían tenido realmente un incentivo para aumentar sus ventas. A su vez, prosigue, si para evitar este fenómeno se hubiesen fijados umbrales más bajos (o escalas crecientes) para acceder al incentivo, siempre el distribuidor más grande se va a ver beneficiado frente al chico, lo que equivale a señalar que éste no va a estar adecuadamente motivado a realizar un esfuerzo adicional para el aumento de sus ventas. Por tal motivo, la única forma de evitar dicho problema es diseñando mecanismos que consideren la realidad de cada distribuidor en específico.

Cuestiona que la sentencia haya determinado que correspondía probar a su parte las razones que justificaban tales acuerdos y, de no hacerlo, se presumía que los mismos tenían un objeto anticompetitivo. Expone que el razonamiento del fallo le obliga a probar la licitud de su sistema de incentivos, en lugar de exigir que sea la requirente o la demandante la que pruebe la ilicitud de los mismos. Alega que con lo explicado se han alterado las reglas sobre la carga de la prueba.

A continuación indica la reclamación que, de acuerdo al artículo 3º del D.L. 211, el primer requisito que debe cumplirse para entender cometido el ilícito es que se haya lesionado, efectiva y materialmente, la libre competencia, o que se haya tendido a hacerlo. Lo relevante, continúa el recurrente, es el efecto de los actos o conductas imputadas, pues debe existir un daño real o una amenaza efectiva a la libre competencia. Esto quiere decir que los actos o conductas imputados deben materialmente haber impedido, restringido o entorpecido la libre competencia, o deben haber constituido una amenaza real y seria tendiente a ello. También es necesario un elemento subjetivo, esto es, que el sujeto que ejecutó o celebró el hecho, acto o convención imputado haya querido impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o, al menos, haya razonablemente podido prever tales efectos y los haya aceptado en su voluntad para que el caso se realice; es decir, debe actuar dolosamente. En lo tocante a la relación de causalidad postula que el daño a la libre competencia, o la amenaza real en contra de ésta, sea consecuencia

necesaria y directa de los actos o conductas imputados, y que además tal resultado, o el peligro concreto del mismo, haya sido previsto o haya sido razonablemente previsible y aceptado en su voluntad, para el caso de producirse, por el infractor. Aduce nuevamente, en relación a la carga de la prueba, que ésta corresponde a quien alega la existencia del hecho ilícito; sin embargo, el Tribunal implícitamente cambió el peso de la prueba al sostener que no había acreditado la lógica económica de sus incentivos y, ante eso, presumía que eran actos efectuados con propósito anticompetitivo.

Luego el recurso expone que conforme a la letra b) del artículo 3º del D.L. 211 deben concurrir además los siguientes elementos: 1.- La existencia de una empresa con posición dominante en el mercado; y, 2.- Que ésta haya abusado de dicha posición. Al respecto, insiste que ninguno de esos requisitos concurre.

Señala que para el caso que se decidiere no dejar sin efecto las sanciones aplicadas, subsidiariamente solicita sea disminuida sustantivamente la multa. Para ello plantea que si se dejan fuera aquellos casos en que la acción se encuentra prescrita, y luego de detallar cada uno de los actos cuestionados y declarados ilícitos por el Tribunal, las utilidades habría alcanzado una suma aproximada a doscientos treinta y dos millones trescientos noventa mil ochocientos pesos ($232.390.800), suma muy inferior a la multa de mil doscientas unidades tributarias anuales (1.200 UTA) impuesta, por lo que el monto de ésta debería ser prudencial pero sustantivamente rebajada.

Considerando:

Primero: Que conviene hacerse cargo, en primer lugar, de la alegación contenida en el escrito de reclamación de la Compañía Chilena de Fósforos, en cuanto en el presente caso habría operado la prescripción de la acción respecto de determinadas conductas que se habrían producido antes del 19 de junio de 2006, asegurando que la prescripción fue oportunamente alegada tanto al contestar la demanda como al momento de la vista de la causa, no obstante lo cual el sentenciador nada dijo sobre el particular.

Para entender a cabalidad el asunto planteado cabe consignar que en el escrito de

contestación de demanda de la mencionada empresa se expresó: “Más allá de que el periodo anterior a septiembre de 2006 se encuentra prescrito”; y luego dice: “Más allá de que las eventuales infracciones a las normas de libre competencia se encuentren prescritas si son anteriores al 2006”. A su vez en minuta de alegatos agregada a fojas 3.389 señala que los hechos anteriores al 1º de julio de 2006 no serían sancionables conforme a la norma de prescripción.

Segundo: Que de lo expuesto resulta claro que ninguna petición formal de declaración de prescripción se ha formulado por la Compañía Chilena de Fósforos y, por ello, se trata de una alegación que no ha podido formar parte de la *litis*, desde que el referido reclamante no opuso esta excepción ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en tiempo y forma. Siendo así y como esta Corte lo ha resuelto en fallos anteriores, no procede que la admita ni que se pronuncie sobre ella por ser una cuestión que no fue materia de la discusión habida entre las partes y que, por lo mismo, no fue objeto de la decisión, de modo tal que su impugnación por este motivo resulta intempestiva y, por ende, improcedente. Asimismo, tampoco es posible declarar de oficio la prescripción alegada en el recurso de reclamación, atendida la naturaleza de éste.

Tercero: Que, enseguida, es pertinente analizar la alegación de la reclamante Compañía Chilena de Fósforos en lo relativo a la determinación del mercado relevante y sus características, su participación de mercado y la existencia de barreras a la entrada de éste, para definir si tiene una posición de dominio.

Cuarto: Que esta Corte no puede sino coincidir con los razonamientos de los sentenciadores de primer grado y con las conclusiones fundadas en el mérito de las pruebas analizadas latamente por el fallo atacado -particularmente las indicadas en el considerando vigésimo séptimo- de acuerdo a las reglas de la sana crítica, conforme a las cuales se tiene por establecido que el mercado relevante del producto corresponde sólo a los fósforos de seguridad para su uso en el encendido fundamentalmente de artefactos domésticos.

Quinto: Que, por otra parte, acorde al mérito de los antecedentes aportados, particularmente el informe emanado de la Cámara de Comercio de

Santiago, resulta diáfano que el mercado relevante de autos se caracteriza por estar altamente concentrado, especialmente en los canales de distribución más importantes.

Sexto: Que no es materia controvertida que la demanda por fósforos en Chile ha disminuido significativamente en los últimos años, por lo que es evidente inferir como lo hace la sentencia impugnada que la requerida haya adoptado sus decisiones estratégicas teniendo en cuenta esta información.

Séptimo: Que tampoco se encuentra discutido en lo esencial que -en cuanto a la producción de fósforos en Chile- la Compañía Chilena de Fósforos es la única productora y que utiliza el álamo como principal materia prima, el que se obtiene de las plantaciones que la empresa posee, lo que se encuentra refrendado por la representante legal de la Compañía Chilena de Fósforos a fojas 2.183 y en el informe rolante a fojas 420.

Octavo: Que de lo anterior es posible concluir que, para producir fósforos en Chile, la mencionada compañía ti ene ventajas competitivas significativas y que son difíciles de replicar en el corto plazo por potenciales competidores.

Noveno: Que no resulta debatida la alternativa de la importación de fósforos a objeto de que ingresen nuevos competidores al mercado de autos. En tal sentido, esta Corte comparte el argumento de la sentencia atacada en cuanto a que el costo del transporte internacional -si bien no es una barrera de entrada- es un elemento adicional a considerar dentro de las condiciones de ingreso al mercado. En el mismo orden de reflexiones, la presencia e importancia marcaria de la demandada constituye un elemento relevante en el aspecto estudiado.

Décimo: Que, en consecuencia, las dificultades para la instalación de nuevos fabricantes de fósforos en Chile, entidad de los costos de importación y la presencia marcaria son indicios que apreciados en su conjunto permiten convencer a esta Corte de que la empresa requerida goza de una posición de dominio en el mercado relevante.

En consecuencia, quedan descartadas las alegaciones sobre este aspecto formuladas en el recurso de reclamación de la Compañía Chilena de Fósforos.

Undécimo: Que siguiendo el orden lógico de motivaciones, corresponde ahora analizar las reclamaciones de la Fiscalía Nacional Económica y de la demandante Canadá Chemicals sobre la decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de no haber sancionado a la denunciada por haber ejercido presiones y proferido amenazas a la empresa "Solo Sirkárna A.S.", proveedora de Canadá Chemicals, con el objeto de que dicha empresa dejase de proveer de fósforos a esta última.

Duodécimo: Que no hay controversia en cuanto a la reunión que personeros de la Compañía sostuvieron con ejecutivos y empleados de la empresa "Solo Sirkárna A.S." en la República Checa, al menos en dos oportunidades, a saber, los días 11 y 15 de julio de 2006. Ahora bien, sí existe discusión respecto a los temas tratados en las referidas reuniones y, especialmente, a si los personeros de CCF ejercieron o no presiones o amenazas con el objeto de impedir que la empresa "Solo Sirkárna A.S." continuase proveyendo de fósforos a la empresa Canadá Chemicals.

Décimo tercero: Que correspondía a la Fiscalía Nacional Económica y a Canadá Chemicals acreditar los hechos constitutivos de la imputación en estudio. Al respecto, los correos electrónicos y las probanzas testimoniales -apreciadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica- no permiten tener por establecido que los ejecutivos de CCF presionaron a los personeros de "Solo Sirkárna A.S." para que pusieran fin a su relación comercial con Canadá Chemicals, por lo que en definitiva esta alegación será rechazada.

Décimo cuarto: Que, según se ha señalado, la reclamante Canadá Chemicals alega que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia erróneamente no ha considerado que la Compañía Chilena de Fósforos ejerció abusivamente acciones judiciales y administrativas.

Décimo quinto: Que no se encuentra controvertido que la reclamada interpusiera demanda de nulidad de la marca "Puerto Varas", por medio de la cual

buscaba la declaración de nulidad del elemento figurativo de dicha marca, a saber, una montaña nevada, la cual, a su juicio, resultaba similar al logo de su marca "Los Andes" inscrita varios años antes, particularmente para identificar fósforos, acción que fue desechada. Tampoco es objeto de debate que la Compañía Chilena de Fósforos impugnara en calidad de segundo solicitante el nombre de dominio "fósforospv.cl".

Décimo sexto: Que esta Corte comparte el argumento expresado por la sentencia atacada en cuanto a que la interposición de las dos acciones cuestionadas corresponden al ejercicio de un derecho potestativo proporcionado expresamente por el ordenamiento jurídico.

Es preciso señalar, además, que la determinación del ejercicio abusivo de una acción -judicial o administrativa- en la presente sede hace necesario que el requirente o actor compruebe que el demandado ha obrado maliciosa o temerariamente, en otras palabras con la intención de restringir la libre competencia en el mercado, en la especie de venta de fósforos, impidiendo el ingreso de nuevos competidores; sin embargo, tales condiciones no se encuentran acreditadas con los antecedentes probatorios rendidos por las partes.

Por otro lado, las acciones cuestionadas tenían una base fáctica y jurídica de las que razonablemente es posible concluir que quien las ejercían buscaba hacer valer sus derechos. Por último, cabe hacer notar la circunstancia que en el juicio marcario Canadá Chemicals pudo seguir haciendo uso de su marca "Puerto Varas".

En consecuencia, analizados los antecedentes conforme a las reglas de la sana crítica, no puede concluirse que las acciones intentadas por Compañía Chilena de Fósforos hayan tenido por finalidad impedir, restringir o entorpecer la entrada de Canadá Chemicals al mercado.

Décimo séptimo: Que, finalmente, en la reclamación deducida por la Compañía Chilena de Fósforos se cuestiona la determinación de la sentencia impugnada que acogió la posición de la Fiscalía Nacional Económica y de Canadá Chemicals que le imputa -como tercera conducta contraria a la libre competencia- el haber

estipulado descuentos con sus distribuidores por cumplimiento de metas de venta, todo ello con el objeto de impedir la entrada de nuevos actores al mercado relevante.

Décimo octavo: Que resulta necesario para determinar si estos descuentos constituyen o no actos contrarios a la libre competencia, establecer si efectivamente han tenido por objeto impedir o restringir la entrada de competidores.

Décimo noveno: Que, en lo concerniente a aquellos convenios con descuentos por cumplimiento de metas de venta, respecto de los cuales se pudo acreditar que dichas metas consideraban un nivel de ventas piso o meta mínima que correspondía al último nivel de ventas alcanzado por el distribuidor en cumplimiento del contrato de exclusividad que lo unía con la empresa demandada, sólo es posible concluir que ellos constituyen actos contrarios a la libre competencia. En estos casos, es posible dar por establecido que los descuentos por cumplimiento de metas de venta sólo pudieron tener como finalidad impedir, restringir o entorpecer en forma artificial la entrada de nuevos competidores al mercado de autos. Ello, porque la única forma factible de obtener tales descuentos consistía en no ofrecer los productos de otros proveedores de fósforos, teniendo en consideración la posición de dominio del mercado relevante que posee la denunciada. La circunstancia que los modelos de pactos de exclusividad y este último tipo de descuentos por cumplimiento de metas de venta sean paralelos o sucesivos en el tiempo en nada altera la conclusión a que se ha arribado.

Vigésimo: Que, en lo referente a los incentivos por metas de ventas sin vinculación expresa con cláusulas de exclusividad anteriores, o incluso sin relación directa ni indirecta con estas cláusulas, lo cierto es que con el mérito de los antecedentes, particularmente la numerosa prueba documental y la prueba testimonial -apreciadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica-, se encuentra establecido que las cuestionadas cláusulas han producido los mismos efectos exclusorios que los pactos de exclusividad. En efecto, se comprobó que a raíz de estos acuerdos las empresas competidoras de la requerida se vieron impedidas de comercializar sus productos en los supermercados y distribuidoras, en tanto la Compañía Chilena de Fósforos vendía sus productos en dichos canales de

distribución en forma exclusiva, conducta que evidentemente envuelve la intención o propósito para dicho efecto.

El comportamiento mencionado a la luz de lo establecido viene a constituir un abuso de la posición de dominio que ostenta la Compañía Chilena de Fósforos que tiende a impedir o restringir la competencia en el mercado relevante de autos.

Vigésimo primero: Que no es correcto el planteamiento de la reclamante Compañía Chilena de Fósforos en orden a que se haya incurrido por la sentencia impugnada en alteración del peso de la prueba, pues la justificación de una conducta infraccional corresponde acreditarla a quien la alega. Por ello, tiene razón el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al señalar que no se han comprobado motivaciones de eficiencia, de economía de escala o de costo -invocadas por la demandada desde el escrito de contestación al requerimiento- para estimar que tales figuras contractuales se encuentren justificadas por el ordenamiento de libre competencia. Por consiguiente, no es efectivo que el fallo mencionado obligue al denunciado a probar la licitud de su conducta, sino que es él mismo quien por alegar una causal de justificación de una conducta en principio ilícita -por haberse así demostrado- se coloca en la posición jurídica de probar la excusa invocada.

Vigésimo segundo: Que en lo referente a la determinación de la multa -objeto de impugnación de los tres recursos de reclamación- este Tribunal, coincidente con lo razonado por la sentencia recurrida, considera que la multa debe implicar a CCF al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber establecido las barreras artificiales al mercado acreditadas en esta sentencia. Por otra parte, no es razonable tomar en cuenta la reincidencia alegada respecto de hechos ocurridos hace más de veinticinco años, según se desprende de la resolución N° 169 de 1984.

Vigésimo tercero: Que en cuanto a la cuantía de la multa, ésta se regulará prudencialmente de acuerdo a los antecedentes que han quedado establecidos.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 18 Nº 1, 20 y 27 del D.F.L. Nº 1 de 2005 del Ministerio de Economía,

Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 211 de 1973, se declara:

I. Que **se acoge** la reclamación deducida por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 3.506 y por Canadá Chemicals S.A. a fojas 3.469 en contra de la sentencia Nº 90/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de catorce de diciembre del año dos mil nueve, escrita a fojas 3.401, sólo en cuanto se aumenta la cuantía de la multa a que queda condenada la Compañía Chilena de Fósforos a la suma de 1.500 (mil quinientas) Unidades Tributarias Anuales.

II. Que **se rechazan** en lo demás las mencionadas reclamaciones.

III. Que **se desestima** la reclamación interpuesta a fojas 3.523 por la Compañía Chilena de Fósforos.

Acordada contra el voto del Ministro Sr. Carreño en la parte que eleva el monto de la multa impuesta por la sentencia del Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, por cuanto en su concepto no existen en autos antecedentes para ello.

Acordada contra el voto de la Ministra Sra. Araneda en la parte que rechaza el recurso de reclamación deducido por la Compañía Chilena de Fósforos que desestima su pretensión de decidir que los pactos de descuentos por cumplimientos de metas de ventas sin relación directa o indirecta con contratos de exclusividad no son actos contrarios a la libre competencia y, consiguientemente, estuvo por rebajar la cuantía de la multa a la suma de trescientos cincuenta (350) Unidades Tributarias Anuales, todo ello en virtud de las siguientes consideraciones:

1º) Que tal como lo sostiene la sentencia impugnada no todos los contratos con descuentos por cumplimiento de metas de venta son contrarios a la libre competencia.

En efecto, en los mercados modernos, los esquemas de incentivos basados en el cumplimiento de metas de ventas que constituyen instrumentos contractuales de uso frecuente y que pueden tener diversas finalidades o motivaciones, -verbigracia: como estrategia de mercado, retribución al distribuidor por su esfuerzo en actividades promocionales de ventas, o por ahorro de costo de aprovisionamiento que tengan relación con el nivel de ventas logrado.-, algunas de ellas compatibles con resultados de eficiencia asignativa. Así las cosas, no es posible para la disidente formarse convicción que tales ofertas de descuentos sólo pudieron haber tenido como objetivo inequívoco el impedir, restringir o entorpecer en forma artificial la entrada de nuevos competidores al mercado de autos. Esto es, no se encuentra acreditado el objeto anticompetitivo de los referidos contratos.

2º) Que para determinar el monto de la multa, en concepto de la disidente sólo deben tenerse en cuenta las ventas incrementales que fueron obtenidas como consecuencia de los contratos cuya ilicitud se encuentra establecida, es decir, aquellas logradas como resultado de las condiciones de contratación exclusiva que CCF obtuvo con los contratos con descuentos directos por exclusividad y aquellos con descuentos por cumplimiento de metas de venta respecto de los que se logró acreditar que, en los hechos, equivalían al sistema previo de descuentos por exclusividad.

3º) Que, por lo antes señalado, coincide con lo dispuesto en el numeral tercero de la parte resolutiva del fallo, únicamente en el entendido que dicha decisión no ordena a la requerida abstenerse en términos absolutos de celebrar contratos con premios por cumplimiento de metas, en la medida que tengan una justificación económica razonable y no se utilicen como un instrumento para restringir la libre competencia por la vía de intentar excluir a competidores del mercado, lo que en este mercado es efectivamente posible pero, de ocurrir, debiera ser materia de un nuevo juicio.

Regístrese y devuélvase con sus agregados y documentos.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Araneda.

Rol Nº 277-2010. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda, Sra. Rosa Egnem y los Abogados Integrantes Sr. Benito Mauriz y Sr. Jorge Medina. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo de fallo el Abogado Integrante señor Medina por estar ausente. Santiago, 02 de junio de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a dos de junio de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.