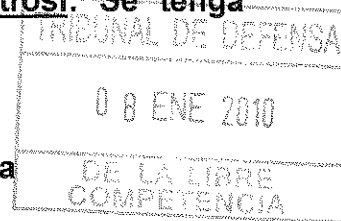


En lo Principal: Formulan observaciones a la prueba. Otrosí: ~~Se tenga~~ presente.



#### H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

José Miguel Gana Eguiguren y Manfred Zink Papic, en representación de Emaresa Ingenieros y Representaciones S.A. (Emaresa S.A.), en los autos Rol N° 161-2008 caratulados "Andersen S.A. contra Emaresa S.A.", a este H. Tribunal respetuosamente decimos:

Que venimos en formular las observaciones que el examen de la prueba sugiere a esta parte, centrando el análisis en aquellas materias que estimamos relevantes para la acertada resolución de este proceso y en los hechos que este H. Tribunal ha considerado sustanciales, pertinentes y controvertidos.

#### I Consideraciones Preliminares

La tramitación del presente proceso ha ratificado lo que ya expusimos al contestar la demanda, en el sentido de que las imputaciones de Andersen S.A. ("Andersen") no tienen justificación alguna.

En primer término, por cuanto el **mercado relevante que ha pretendido plantear el actor (venta de productos marca STIHL) no existe como tal.**

En segundo término, por cuanto **no hay ningún mercado de aquellos con los que pudiera vincularse la acción del demandante en el cual Emaresa S.A. ("Emaresa") tenga posición de dominio**, siendo un actor de importancia en mercados plenamente competitivos.

Por lo mismo, el presente conflicto es una **controversia de índole comercial, sin implicancia para la libre competencia.**

Pero aún más, la contraria **no demostró ninguna de las imputaciones que hizo a nuestra representada.** Así, la demandante pretende que se tengan por probadas sendas infracciones al DL 211 con el puro sustento de sus dichos.

Por si lo anterior fuera poco, se desprende de autos que el interés no develado por el demandante tras esta acción judicial es que **pretende obligar a nuestra representada a venderle en ciertas y determinadas condiciones**, sin consideración a características objetivas de las respectivas transacciones, tales como el volumen de venta, el plazo de pago o, incluso, su propia morosidad anterior; todo para permitirle desarrollar su negocio particular en las peculiares condiciones en que lo realiza.

Por ejemplo, pretende **forzar a Emaresa a firmar un contrato escrito**, en circunstancias que ello no forma parte de los usos comerciales de venta de productos muebles y que las condiciones objetivas de las transacciones entre las dos partes tampoco lo ameritan.

Aún más, **pretende tener el derecho a ofrecer productos que no posee en el Portal "ChileCompra" del Ministerio de Hacienda y luego exigir que nuestra representada se los provea en condiciones que le sean convenientes** en relación a la oferta que unilateralmente efectuó en dicho Portal.

Incluso más, se demostró en autos que **Andersen utiliza los productos Stihl como un modo de posicionar y comercializar sus propios productos**, estando dispuesto a marginar con los productos Stihl mucho menos que todos sus competidores, e incluso derechamente asumir pérdidas, con tal de ganar las licitaciones y **ofrecer, en conjunto con el producto Stihl, sus propios productos, los que usualmente forman parte de la misma licitación, tales como repuestos, accesorios y otros.**

Así las cosas, ha quedado demostrado que las imputaciones de la demandada no tienen asidero alguno y que pretende una protección judicial que sólo tiene relación con su particular conveniencia y, en caso alguno, con la protección de la libre competencia.

<b>II</b>	<b><u>Índice</u></b>	
<b>I</b>	<b>Consideraciones Preliminares</b>	- 1 -
<b>II</b>	<b>Índice</b>	- 3 -
<b>III</b>	<b>Mercado Relevante en el que inciden las conductas denunciadas en autos</b>	- 6 -
<b>1.</b>	<b>Mercado relevante de producto</b>	- 6 -
1.1.	Definición para este caso	- 6 -
1.2.	No existe el mercado relevante que ficticiamente pretende generar el actor, al circunscribirlo sólo a los productos marca STIHL	- 6 -
1.3.	El mercado relevante debe analizarse en función de sus características y no a la luz de una relación específica entre los actores del mismo, tal como ha sido fallado por este H. Tribunal	- 7 -
1.4.	La consideración de los sustitutos es esencial para la determinación del mercado relevante, según reconoce la doctrina y la jurisprudencia de este H. Tribunal	- 9 -
1.5.	Sustitutos a los productos Stihl existentes en el mercado	- 11 -
1.5.1.	Antecedentes respecto de productos marca Oleo-Mac	- 12 -
1.5.2.	Antecedentes respecto de productos marca Shindaiwa	- 12 -
1.5.3.	Antecedentes respecto de productos marca Oregon	- 13 -
1.5.4.	Antecedentes respecto de productos marca Husqvarna	- 14 -
1.5.5.	Antecedentes respecto de productos de otras marcas	- 15 -
1.6.	La misma demandante dio cuenta de la sustituibilidad de los diferentes productos a través de sus propias aseveraciones	- 17 -
1.6.1.	El mismo representante de la demandante reconoció que existen al menos 10 marcas que son competidoras de los productos Stihl en Chile	- 17 -
1.6.2.	De los mismos documentos acompañados por la demandante emana que existe una gran variedad de productos y marcas que cumplen las mismas funciones que Stihl, los que a juicio de la contraria serían de igual o mejor calidad y más convenientes en precio	- 18 -
a.	Carta dirigida por Andersen a las entidades públicas que compran en ChileCompras	- 18 -
b.	E-mail de fecha 10 de Junio de 2008	- 19 -
1.6.3.	Rolan en autos Actas de Adjudicación de ChileCompras en las que Andersen ofreció productos que describió como de igual o mejor calidad que los Stihl y plenamente equiparables a éstos	- 19 -
a.	Acta de adjudicación de fecha 7 de Marzo del año 2007, con relación a desmalezadora Stihl modelo FS 160 para la I. Municipalidad de Viña del Mar	- 19 -
b.	Acta de adjudicación de fecha 27 de Noviembre de 2008, con relación a Desmalezadora de césped, para la I. Municipalidad de Cañete	- 20 -
c.	Acta de adjudicación de fecha 24 de Noviembre de 2008 correspondiente al Portal Chile Compras, con relación a motosierra para la Facultad de Ciencias Agronómicas de la Universidad de Chile	- 20 -
1.6.4.	Documento emanado de Andersen respecto de la mejor calidad de las desbrozadoras KNC GIANT	- 21 -
1.7.	Los testigos que declararon en el proceso, todos actores del mercado relevante, confirmaron la plena sustituibilidad de los productos Stihl con los de las otras marcas	- 21 -
<b>2.</b>	<b>Mercado relevante geográfico</b>	- 23 -
<b>3.</b>	<b>Actores del mercado y desarrollo de la comercialización de los productos en el mismo</b>	- 24 -
3.1.	Las marcas operan en Chile a través de representaciones exclusivas	- 24 -
3.2.	Canales de distribución y venta	- 25 -
3.2.1.	Importación	- 25 -
3.2.2.	Distribución	- 26 -
a.	Distribuidores autorizados	- 26 -
b.	Grandes Superficies	- 27 -
c.	Cadenas ferreteras y ferreterías individuales	- 28 -
d.	Negocios afines	- 29 -
3.2.3.	Venta al cliente final	- 30 -
3.2.4.	Los productos Stihl se pueden adquirir en todos los canales de venta	- 30 -
<b>4.</b>	<b>Es un mercado sin barreras a la entrada y altamente desafiante</b>	- 32 -
4.1.	La importación de los productos no es difícil ni costosa	- 32 -
4.2.	La comercialización no requiere de grandes costos	- 33 -

4.3. Lo anterior determina que no existan grandes barreras a la entrada al mercado y que constantemente ingresen nuevas marcas o competidores .....	- 34 -
4.3.1. Reconocimientos de la demandante.....	- 34 -
4.3.2. Declaraciones de los actores del mercado .....	- 35 -
<b>5. Existen múltiples casos de adjudicaciones de productos de marcas distintas a Stihl en ChileCompras .....</b>	<b>- 36 -</b>
<b>6. Conclusión: Emaresa no tiene posición de dominio en el mercado relevante .....</b>	<b>- 40 -</b>
6.1. La demandante debía acreditar esta posición de dominio, sin que haya cumplido con dicha carga procesal .....	- 40 -
6.2. Luego, no hay ningún antecedente en autos que permita comprobar que en el o los mercados relevantes de producto, Emaresa detenta posición de dominio. La contraria no rindió prueba alguna al respecto .....	- 41 -
6.3. Existe una intensa competencia en el mercado: Emaresa no tiene la capacidad de subir sus precios sin bajar sus ventas en relación a la competencia .....	- 44 -
<b>7. Al no existir posición de dominio, la demanda debe ser rechazada .....</b>	<b>- 45 -</b>
<b>IV A mayor abundamiento, la prueba da cuenta de que no existió abuso de posición dominante ni concurren las demás conductas anticompetitivas imputadas .....</b>	<b>- 46 -</b>
<b>1. Carga de la prueba .....</b>	<b>- 47 -</b>
<b>2. En cuanto al supuesto abuso de posición dominante por discriminación arbitraria y negativa de venta .....</b>	<b>- 47 -</b>
2.1. Respecto de la discriminación arbitraria por cambios en las condiciones comerciales ...	- 47 -
2.1.1. Andersen no acreditó ninguno de los supuestos de hecho en que fundó la discriminación arbitraria alegada .....	- 48 -
a. Los documentos acompañados por la demandante demuestran que siempre hubo descuentos variables, desde un 0% hasta un 30%, dependiendo de las circunstancias del caso-	48 -
b. La propia contraria reconoció en autos que el plazo de pago no era siempre a 60 días..	- 49 -
c. La prueba de testigos rendida por Andersen S.A. nada puede aportar respecto de las conductas ilícitas denunciadas y, al contrario, da cuenta de la realidad de la variación de las condiciones comerciales entre ambas.....	- 50 -
d. El resto de las probanzas acompañadas por Andersen no prueban sus alegaciones.....	- 51 -
2.1.2. La prueba rendida por esta parte confirma que las condiciones comerciales siempre fueron variables, no existiendo discriminación alguna.....	- 52 -
a. Facturas acompañadas al proceso .....	- 53 -
b. Los testigos dieron cuenta de que tanto los descuentos como las condiciones de pago son variables .....	- 54 -
2.1.3. Conclusión: del mérito de autos se desprende que las condiciones comerciales que aplica Emaresa dependen de circunstancias objetivas de cada negocio particular, siendo por esencia variables .....	- 56 -
a. Las condiciones comerciales de Andersen S.A. sólo son comparables con las de los demás negocios afines o distribuidores que por circunstancias objetivas pertenecen a su categoría....	- 56 -
b. Al contrario de lo sostenido por la demandante, del mérito de autos se desprende que las condiciones que se le otorgaron a Andersen son las mismas de los demás negocios afines.....	- 58 -
c. Las condiciones con los negocios afines son por esencia variables, dependiendo de circunstancias objetivas de cada negocio en particular .....	- 60 -
2.2. Respecto de la supuesta negativa de venta .....	- 62 -
2.2.1. Respecto de las órdenes emitidas antes de la fecha de presentación de la demanda: se le indicó a Andersen que tenía una serie de facturas pendientes de pago que debía solucionar antes de enviar nuevas órdenes de compra .....	- 63 -
2.2.2. Las órdenes de compra emitidas con posterioridad a la fecha de la demanda sólo lo fueron con el objeto de fabricarse artificialmente pruebas para este proceso .....	- 64 -
2.3. No se cumplen los requisitos exigidos por la Ley para tener por configurada una conducta de abuso de posición dominante .....	- 66 -
2.3.1. No existe posición de dominio .....	- 66 -
2.3.2. No existió un abuso antijurídico .....	- 66 -
2.3.3. No hay una conducta cuyo objeto sea restringir la libre competencia .....	- 67 -
2.3.4. En cualquier caso, la conducta imputada no es idónea para producir los efectos anticompetitivos que se le atribuyen.....	- 68 -

<b>3. En cuanto a la supuesta práctica predatoria imputada</b> .....	- 71 -
3.1. La naturaleza de las prácticas predatorias no admite que éstas se puedan configurar por no contar con un contrato escrito.....	- 71 -
3.2. No se cumplen los requisitos exigidos por la Ley para tener por configurada una conducta de prácticas predatorias.....	- 72 -
3.2.1. No hay ninguna conducta que pueda entenderse como predatoria.....	- 72 -
3.2.2. La conducta denunciada carece de propósitos anticompetitivos.....	- 72 -
3.2.3. En cualquier caso, la conducta denunciada es inidónea para producir efectos anticompetitivos .....	- 73 -
<b>V La demanda de Andersen S.A. constituye una exigencia de un trato jurídico preferente y discriminatorio</b> .....	- 73 -
1. Andersen pretende imponer condiciones comerciales a Emaresa y que las mismas se mantengan estáticas en el tiempo .....	- 73 -
2. Se demostró en autos que Andersen vende a través de ChileCompras con márgenes inferiores al normal de la industria e incluso negativos .....	- 76 -
2.1. Los actores del mercado declararon que Andersen opera con márgenes tan bajos que son irreplicables por ellos .....	- 77 -
2.2. Dichos precios irreplicables se desprenden de las actas de adjudicación acompañadas al proceso .....	- 79 -
2.3. De las órdenes de compra acompañadas por la propia Andersen a los autos emana que esta incluso comercializó productos asumiendo pérdidas .....	- 80 -
3. Andersen sacrificaba márgenes en las ventas de productos Stihl para atraer la venta de sus propios productos que ofertaba conjuntamente .....	- 81 -
<b>VI Conclusiones</b> .....	- 84 -

### III Mercado Relevante en el que inciden las conductas denunciadas en autos

#### 1. Mercado relevante de producto

##### 1.1. Definición para este caso

Se demostró en autos que el mercado relevante de producto es el de los **equipos y maquinarias relacionados con la industria agrícola, forestal y de jardinería, resultando incluso factible estimar que este mercado puede dividirse en varios mercados, considerando las características propias de cada una de las áreas o industrias a que se refieren, por ejemplo, productos para la industria agrícola, productos para la industria forestal y productos para la jardinería.**

Lamentablemente, la demandante, quien es aquella que habría de aportar antecedentes para revelar cuál es el mercado relevante y las participaciones que en éste o éstos detentan los distintos actores, no lo hizo.

Como veremos, los productos que se distribuyen por Emaresa y que comercializa el actor son, principalmente, motosierras, cadenas, espadas, aceites, accesorios de seguridad, desmalezadoras, orilladoras, desbrozadoras, chipeadoras, motocultivadores, cortadoras de pasto, implementos y accesorios para los mismos.

Con posterioridad nos referiremos a las características de este mercado.

##### 1.2. No existe el mercado relevante que ficticiamente pretende generar el actor, al circunscribirlo sólo a los productos marca STIHL

La contraria pretendió, en concordancia con sus fines particulares, hacer ver a SS. que el mercado relevante estaría reducido exclusivamente a los equipos y maquinarias, Stihl.

Señaló Andersen en su demanda lo siguiente:

*“Las nuevas condiciones verbales que le impone “EMARESA S.A.” a “ANDERSEN S.A.”, son resultado de la posición dominante que la demandada posee en el mercado ya que es la única importadora del producto STIHL en Chile, que es justamente en que “Andersen” ofrece a sus clientes.”<sup>1</sup>*

Y asimismo que:

*“La posición dominante se demuestra por el hecho de que “Emaresa S.A.” “domina” el 100% del mercado de las maquinarias Stihl.”<sup>2</sup>*

Es decir, su demanda se fundamenta exclusivamente en el hecho de que nuestra representada es la importadora y representante de la marca Stihl en Chile.

**Ello desconoce intencionalmente el hecho fundamental de que los productos que se comercializan bajo la marca Stihl tienen en Chile múltiples sustitutos, incluso perfectos y que compiten intensamente con la misma, tal como se demostró en el proceso.**

En efecto, de aceptarse la “teoría” de la contraria llegaríamos al absurdo de que todos los representantes exclusivos de cualquier producto en nuestro país tendrían posición de dominio por el solo hecho de serlo, no obstante las múltiples alternativas y competencia a sus productos.

Lo anterior contraría las más básicas concepciones que se han desarrollado en el derecho de la libre competencia, como expondremos a continuación.

**1.3. El mercado relevante debe analizarse en función de sus características y no a la luz de una relación específica entre los actores del mismo, tal como ha sido fallado por este H. Tribunal**

Es fundamental tener presente que Andersen pretende configurar el mercado relevante de autos simplemente por la posición en que ella se encuentra respecto de nuestra representada, al tener una cierta dependencia económica respecto de Emaresa, por ser ésta la representante de los productos Stihl en Chile.

Dicha argumentación ha sido rechazada expresamente por SS., de la siguiente forma:

---

<sup>1</sup> Fojas 10. Destacado es nuestro.

<sup>2</sup> Ídem. Destacado es nuestro.

*“Quincuagésimo primero: Que, a mayor abundamiento, este Tribunal se hará cargo de la alegación de RCH de que los demandados tendrían una posición dominante en virtud de la dependencia económica de la primera respecto de los segundos;*

*Quincuagésimo segundo: Que, al respecto, este Tribunal estima que EL PODER DE MERCADO HA DE SER ANALIZADO EN FUNCIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DEL MERCADO EN CUESTIÓN, Y NO NECESARIA NI ÚNICAMENTE A LA LUZ DE UNA RELACIÓN CONTRACTUAL ESPECÍFICA, sin que RCH pueda invocar los términos y condiciones de exclusividad que libremente pactó con RIL como configuradores de un mercado relevante de distribución de productos marca Reebok, en el cual RIL tenga una posición dominante. Por consiguiente, NO ES PROCEDENTE, COMO HA ARGUMENTADO RCH, REDUCIR E IDENTIFICAR EL MERCADO RELEVANTE SOLAMENTE CON LOS PRODUCTOS QUE SON OBJETO DE UNA RELACIÓN CONTRACTUAL de distribución exclusiva;*

*Quincuagésimo tercero: Que, por lo tanto, A ESTE TRIBUNAL LE INTERESAN LOS EFECTOS QUE LOS CONTRATOS DE EXCLUSIVIDAD PUEDAN TENER EN AQUEL MERCADO RELEVANTE MÁS AMPLIO QUE EL REFERIDO A LOS PRODUCTOS SOBRE LOS QUE VERSAN DICHS CONTRATOS (MARCA REEBOK). NO LE COMPETE VELAR POR LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE PARA LAS PARTES EMANAN DE LOS MISMOS Y QUE MIRAN AL SOLO INTERÉS INDIVIDUAL DE ÉSTAS. EN ESTE SENTIDO, SON INADMISIBLES LAS ALEGACIONES DE RCH EN ORDEN A QUE LAS DEMANDADAS TENDRÍAN POSICIÓN DE DOMINIO A SU RESPECTO, E IRRELEVANTE, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LIBRE COMPETENCIA, LA PRESENCIA DEL EFECTO DENOMINADO LOCK-IN, ARGUMENTADO POR RCH Y ESTABLECIDO POR EL INFORME ACOMPAÑADO A FOJAS 1084;”<sup>3</sup>*

Los referidos considerandos de la sentencia citada contienen una conclusión fundamental no sólo respecto de la correcta configuración del mercado relevante en un proceso seguido ante el Tribunal de SS., sino que, en directa relación, respecto del objeto mismo de un proceso por infracciones a la libre competencia, plenamente aplicable al caso sub-lite.

En efecto, la tesis de la demandante **soslaya todo análisis respecto de las características mismas del mercado relevante**, cayéndose en el absurdo de que existirían tantos mercados relevantes como relaciones entre los actores que existan en el mismo, aunque todos comercialicen los mismos productos.

Por ello mismo, **lo que realmente interesa a la libre competencia son los efectos que las conductas denunciadas puedan tener en el mercado relevante en el que participan ciertos productos, en este caso los productos marca Stihl**, el que por cierto es mucho más amplio.

---

<sup>3</sup> Sentencia N°80/2009. Destacados y mayúsculas son nuestros.

Ello se relaciona con el objeto mismo de un proceso por infracciones a la libre competencia, que persigue nada más que el resguardo de la misma en el mercado y no la solución de una controversia específica entre partes. Tal como SS. señaló en la sentencia citada respecto de una determinada relación contractual o comercial, a este H. Tribunal **“no le compete velar por los derechos y obligaciones que para las partes emanan de los mismos y que miran al solo interés individual de éstas.”**

Ello es precisamente lo que la demanda de Andersen pretende que SS. haga.

Para el caso de autos ello implica que Emaresa tendría posición de dominio siempre que fuere dominante en el mercado de los productos para la actividad agrícola, forestal y de jardinería, sin tener relevancia alguna el hecho de que sea la representante exclusiva de los productos Stihl en Chile, puesto que estos forman parte de un mercado mayor.

Como veremos, dicha posición de dominio no fue demostrada de forma alguna en autos.

#### 1.4. La consideración de los sustitutos es esencial para la determinación del mercado relevante, según reconoce la doctrina y la jurisprudencia de este H. Tribunal

Este H. Tribunal ha señalado:

**“Trigésimo segundo:** Que el mercado de distribución de medicamentos en farmacias puede dividirse en dos: los medicamentos denominados “éticos” y los de venta directa u “OTC” (over the counter). Los medicamentos genéricos no pueden ser considerados como un segmento distinto de los anteriores porque **son sustitutos de menor precio de cualesquiera de ellos, en la medida que cumplan funciones equivalentes** o bien según sean las similitudes en su composición química (principio activo);

**Trigésimo cuarto:** Que no es controvertido que TAPSIN corresponde a una gama de medicamentos de venta directa u OTC, y que TABCIN no se comercializa en Chile, pero sí lo es en el extranjero bajo la misma modalidad. Por lo anterior, **y teniendo en cuenta que no todos los medicamentos OTC son sustitutos entre sí, sino sólo aquellos que satisfacen una misma necesidad**, este Tribunal estima que, en este caso, el mercado relevante debe ser definido de acuerdo a la finalidad terapéutica de los medicamentos TABCIN y TAPSIN;”<sup>4</sup>

Es decir, SS. ha señalado como criterio principal para determinar si un bien es sustituto de otro la consideración de si ambos satisfacen una misma necesidad o

<sup>4</sup> Sentencia N° 60/2007.

