

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 115/2011

Santiago, diecisiete de noviembre de dos mil once.

VISTOS:

1. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica

1.1. Con fecha 9 de noviembre de 2009, según consta a fojas 10 y siguientes, el Sr. Fiscal Nacional Económico (en lo sucesivo también e indistintamente la “Fiscalía Nacional Económica”, “FNE”, la “Fiscalía” o la “requirente”) presenta ante el Tribunal un requerimiento en contra de Compañía Chilena de Tabacos S.A., en adelante también “CCT”, afirmando que la requerida ha incumplido lo resuelto por este Tribunal en su Sentencia Nº 26 pronunciada con fecha 5 de agosto de 2005, confirmada por la Excm. Corte Suprema con fecha 10 de enero de 2006, en adelante también la “Sentencia”, en particular su Resuelvo Tercero, infringiendo en consecuencia de manera reincidente el artículo 3º del D.L. 211, pues 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 ha de ser condenada al máximo de la multa que contempla la ley.

1.2. Indica la FNE que procedió a fiscalizar el cumplimiento efectivo de la Sentencia y como resultado constató que CCT adoptó, a partir de diciembre de 2008, políticas comerciales destinadas a cumplir la Sentencia; y, que en los hechos sigue produciéndose un número no menor de casos de incumplimientos graves.

1.3. Agrega que la adopción de políticas comerciales no exime a CCT de su responsabilidad por los incumplimientos, y que éstos se han verificado varios años después de dictada la sentencia de la Excm. Corte Suprema que confirmó aquella que dictó este Tribunal. Reitera que se siguen cometiendo conductas que impiden y restringen la libre competencia en el mercado de los cigarrillos.

1.4. En cuanto a los distribuidores minoristas, afirma la FNE que se ven incentivados u obligados a adquirir sólo de CCT los cigarrillos que comercializan, estando imposibilitados de comprar y comercializar productos que no sean provistos por CCT.

1.5. La posición dominante de CCT, quien ostenta un 98% de participación de mercado, unida al monitoreo periódico de los puntos distribuidores a través de su

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fuerza de venta, facilita el actuar de la requerida, es decir, mantener la relación y dependencia de esos puntos de venta.

1.6. El proceder de CCT se ha visto potenciado con las modificaciones a la Ley de Tabaco, en materia de consumo, venta, publicidad y exhibición.

1.7. A continuación describe la industria de cigarrillos y afirma que ésta no ha cambiado a partir de la Sentencia. Indica que el principal actor es CCT, que produce y comercializa productos de tabaco a través de Industrial Chiletabacos y Comercial Chiletabacos y que su participación de mercado alcanza un 98%. El segundo operador es International Tobacco Marketing Limitada, importadora y comercializadora de cigarrillos Philip Morris, cuya cuota de mercado no supera el 1.5%.

1.8. A continuación señala que en la industria antes mencionada se siguen empleando dos canales de distribución minorista: canal *low trade* –pequeños puntos de venta, como botillerías, almacenes de barrio, kioscos, etc.– y canal *high trade* –negocios de mediano y gran tamaño como pubs, restaurantes, discotecas, tabaquerías, mini markets, estaciones de servicios, y supermercados entre otros–, y, que en cuanto al aprovisionamiento, CCT lo efectúa a través de distribuidores mayoristas y a través de su propia fuerza de venta.

1.9. Por su parte, Philip Morris realiza su aprovisionamiento a través de distribuidores mayoristas con amplias redes de cobertura, reservándose la venta directa a ciertos canales del *high trade*, tales como supermercados y tabaquerías.

1.10. Relata que la industria de cigarrillos cuenta con varias marcas y tipos de cigarrillos, que se diferencian por precio, calidad, aroma, sabor, etc., y, que para dar a conocer esa diferenciación las compañías promueven, publicitan e innovan en sus productos, con el objeto de posicionar y proyectar una imagen de cada marca de cigarrillos.

1.11. Respecto del marco normativo, señala la FNE que la industria es regulada por la Ley N°19.419, Ley de Tabaco, modificada por la Ley N° 20.105, y que las principales modificaciones dicen relación con el consumo, la venta y la publicidad.

1.12. En cuanto al mercado relevante, estima la FNE que el mercado de producto relevante está dado por la comercialización de cigarrillos a través de puntos de venta minoristas; y, que el mercado geográfico corresponde a todo el territorio nacional, sin perjuicio que las conductas materia del requerimiento puedan circunscribirse a áreas geográficas o tipos de puntos de venta, según formato u otra característica.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.13. Respecto de la concentración y umbrales, señala la FNE que el mercado se compone de 3 firmas: CCT con participación de 98%; Philip Morris con un 1.5% y Tabacalera Nacional S.A. A marzo de 2008, el índice HHI era del orden de 9.765. En la Región Metropolitana éste ascendía a 9.469, lo que da cuenta del alto nivel de concentración.

1.14. En cuanto a las condiciones de entrada al mercado, indica la FNE que desde un punto de vista legal, las restricciones en materia de publicidad que establece la actual legislación, constituyen una barrera para ingresar a la industria. Un bien o servicio que no es conocido, promocionado, ni exhibido, no se vende, no rota y dificulta entrada de competidores. Actualmente, la única manera de dar a conocer el producto cigarrillo es a través de su exhibición y promoción en los locales de venta minoristas.

1.15. En cuanto al tiempo necesario para convertirse en real competidor, la FNE destaca 2 elementos relevantes: (i) el tiempo que toma dar a conocer y posicionar una marca y (ii) el tiempo necesario para desarrollar una red de distribución adecuada. El primero dice relación con la publicidad, promoción y exhibición y el segundo es vital para permanecer y fortalecerse en la industria.

1.16. En cuanto al comportamiento estratégico de CCT, señala la FNE que a partir de la Sentencia, las cláusulas de exclusividad comercial fueron eliminadas. Sin embargo, en casi todos los contratos fueron sustituidas por otras que involucran exclusividad de los espacios de exhibición, la adquisición para CCT 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.

1.17. Afirma por otra parte que la entrada en vigor de la modificación legal suprimió fuertemente la publicidad en medios de prensa y vías públicas, por lo que hoy en día ésta carece de la efectividad y relevancia de antes. La exhibición, promoción y publicidad al interior y fuera del local es la única vía.

1.18. Afirma la FNE que CCT intensificó la celebración de convenios, de modo de fidelizar los puntos de venta e impedir el ingreso de marcas de la competencia, restringiendo su comercialización. Entre 2006 y 2008, CCT celebró 862 convenios con puntos de venta del *High y low trade*. Todos ellos involucran prestaciones de dinero a cambio del arrendamiento de derechos para actividades publicitarias, espacios de exhibición, espacios para cigarreras y exclusividad publicitaria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.19. La FNE señala disponer de antecedentes que dan cuenta de la exclusividad y exclusión que viene aplicando CCT en algunos puntos de venta, principalmente en el canal bares, pubs-restaurantes y discotecas, a cambio de incentivos monetarios y/o en especies. También señala disponer de antecedentes que dan cuenta del condicionamiento de créditos para distribuidores minoristas.

1.20. La FNE imputa a la requerida haber incumplido la Sentencia en su Resuelvo Tercero, y por tanto, infringir de manera reincidente el artículo 3º del D.L. N° 211, dado que en abuso de su posición dominante, ha impedido, restringido y/o limitado la publicidad, promoción y/o exhibición de cigarrillos de marcas de sus competidores, con el objeto y efecto de asegurar la comercialización exclusiva de sus productos. De lo anterior dan cuenta una serie de Actas Notariales que individualiza en su presentación, en las que los puntos de venta declaran tener exclusividad de venta y publicidad con CCT, recibir contraprestaciones monetarias a cambio de exclusividad, tener prohibición de publicitar o vender marcas de cigarrillos distintas a aquellas de CCT, tener temor de ser sorprendidos por ésta, privación de crédito, entre otras.

1.21. Además de las referidas Actas Notariales, señala la FNE que cuenta con Actas de Declaración de distribuidores o mayoristas de Philip Morris en las que manifiestan tener dificultad para introducir marcas de dicha empresa, y que se les ha indicado que si venden cigarrillos de la competencia, CCT les suprimirá el crédito. Otros manifiestan tener compromisos de exclusividad con CCT.

1.22. Todo lo anterior, a juicio de la FNE, evidencia que a pesar de la nueva política comercial de CCT, en los hechos continúan las prácticas que fueron sancionadas por este Tribunal en la Sentencia.

1.23. Atendido lo expuesto, solicita la FNE que el Tribunal: (i) declare que CCT ha abusado de su posición dominante al incluir cláusulas en convenios que impiden, restringen y/o limitan la publicidad, promoción y/o exhibición de los productos de tabaco de sus competidores a distribuidores minoristas del segmento *high trade* y del *low trade*, en los términos del Artículo 3º del D.L. 211; (ii) declare que CCT ha reincidente en la ejecución de conductas ilícitas; (iii) ordene a CCT poner término a la conducta constitutiva de la infracción, (iv) condene a CCT al pago de una multa de 20.000 UTA, y, (v) condene a CCT al pago de las costas del juicio.

2. Contestación de Compañía Chilena de Tabacos S.A.

2.1. Compañía Chilena de Tabacos S.A., en adelante también e indistintamente “CCT” o “Chiletabacos”, contesta solicitando el rechazo del requerimiento en todas sus partes, con expresa condena en costas. Afirma no haber incurrido en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incumplimiento de la Sentencia, ni en ningún atentado en contra de la libre competencia que deba ser sancionado con la multa y demás medidas que se solicita este Tribunal le imponga.

2.2. Señala haber desplegado un conjunto consistente y continuo de medidas tendientes al cumplimiento efectivo y cabal de las obligaciones que le impuso la Sentencia, y que ha adoptado una serie de medidas de autorregulación que facilitan y contribuyen positivamente al incremento de la competencia.

2.3. En cuanto a los actos de cumplimiento de la sentencia dictada, afirma que inmediatamente dictado el fallo se adoptaron un conjunto de medidas tendientes a dar cumplimiento a los deberes, tanto positivos como negativos, que éste le impuso, y que son las siguientes: (a) medidas de acatamiento interno y decisiones institucionales de organización destinadas al cumplimiento, citando al efecto acuerdos del directorio instruyendo a los órganos ejecutivos para la adopción de medidas; (b) creación de una estructura interna permanente de cumplimiento y fiscalización, denominado Comité de Cumplimiento (*Steering Committee*), integrado por altos ejecutivos de la organización, y en diciembre de 2008, la creación del Consejo Asesor de la Libre Competencia, a cargo de controlar el cumplimiento del fallo dictado y de asesorarla; (c) medidas de cumplimiento de los deberes positivos específicos que impuso la Sentencia, y en este sentido afirman haber cumplido con el pago de la multa impuesta y haber modificado los acuerdos celebrados con los puntos de venta, eliminando cláusulas cuestionadas y dejando constancia de la libertad de que disponían los comerciantes para la venta y exhibición de productos de la competencia; (d) medidas de cumplimiento del deber negativo específico que el fallo impuso a Chiletabacos, afirmando a este respecto haberse abstenido de pactar con los puntos de venta las cláusulas cuestionadas en su oportunidad, haberse abstenido de pactar cualquier tipo de incentivos por participación en las ventas y haber estipulado cláusulas en que se reconoce la plena libertad de exhibición y de venta de productos de la competencia.

2.4. En cuanto a los actos de cumplimiento de la obligación genérica de no hacer impuesta por la Sentencia, afirman haber adoptado medidas tendientes a: (i) comunicar el fallo y sus efectos al interior de la organización; (ii) comunicar el fallo y sus efectos a los puntos de venta; (iii) perfeccionar los medios que la Sentencia señala como indebidamente utilizados como fuente de presión y amenaza; (iv) formar y entrenar de manera continua a sus dependientes para la evitación de las conductas prohibidas por el fallo; (v) establecer formas de fiscalización, control y sanción al interior de la organización frente a posibles incumplimientos; y (vi)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adoptar mecanismos de denuncia frente a deficiencias e infracciones de los deberes impuestos a la organización y que alcanzan a sus dependientes.

2.5. Relatan haber adoptado medidas de autorregulación que contribuyeran positivamente a facilitar la competencia en el mercado, tales como conferir a los puntos de venta libertad para hacer uso de parte de las cigarreras que les entrega en comodato con productos de la competencia.

2.6. Agrega la requerida que, a partir de diciembre de 2008, CCT adoptó la medida de modificar contratos de exclusividad publicitaria que tenía vigentes con ciertos puntos de venta, por contratos de publicidad preferente, en los cuales el punto de venta sólo se obliga a destinar para la publicidad de productos de Chiletabacos cierto espacio previamente convenido, sin que contractualmente se le impida celebrar contratos de publicidad con otros proveedores de la categoría; además, dispuso dejar libres –en todos aquellos casos en que constituya el único dispositivo de exhibición en el respectivo punto de venta– el 20% de su espacio “para otras marcas disponibles”.

2.7. Agregan que comunicaron todas estas medidas a la FNE con fecha 12 de diciembre de 2008 y periódicamente, por escrito y verbalmente, al Fiscal Nacional Económico.

2.8. CCT imputa a la FNE haber incurrido en imprecisiones y falsedades tales como las fechas en que se adoptaron las medidas, objetivos de aquellas, cuestiones relativas al cumplimiento del fallo, deberes de responsabilidad objetiva imputados, imprecisiones relativas a la entrada en vigencia y aplicación de la Ley 20.105, falsedades en cuanto a la interpretación de los contratos de exclusividad publicitaria y las sumas pactadas en ellos, imprecisiones relativas a los gastos en publicidad de CCT, errores al describir la política de otorgamiento de créditos o el corte de los mismos, olvido en cuanto al hecho de habersele informado positivamente los actos y contratos desplegados por CCT, comentarios sin fundamentos en cuanto a la red de distribución de CCT, y afirmaciones aventuradas en cuanto a la falta de crecimiento de Philip Morris en Chile.

2.9. Reitera la requerida que no existen incumplimientos posibles de la Sentencia, ni infracción o atentado a la libre competencia por el hecho de la celebración de convenios de exclusividad publicitaria, pues la Sentencia no los prohibió y, más aún, fueron aprobados por la FNE.

2.10. El único incumplimiento teóricamente posible de la Sentencia estaría dado por la realización de actos materiales de presión y amenaza a los puntos de venta

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

valiéndose de la herramienta del crédito, actos que CCT niega tajantemente, señalando que la tesis de la FNE a este respecto es poco creíble.

2.11. Cuestiona la requerida las actas notariales acompañadas por la FNE, señalando que carecen de valor probatorio.

2.12. En cuanto a los contratos antes mencionados, afirma CCT que no puede estimarse contrario a la libre competencia ni perseguirse responsabilidad por un contrato cuyo contenido y tenor fue aprobado por la FNE. CCT obró con *confianza legítima* de que los mismos no sólo no incumplían con el fallo dictado, sino que debían estimarse conformes con la libre competencia. Agrega por otra parte que los convenios de exclusividad publicitaria no son contrarios a la libre competencia porque (i) no contienen ninguna cláusula que directa o indirectamente pueda estimarse constitutiva de un incentivo excluyente, y (ii) se consigna plena libertad para vender y exhibir los productos de la competencia. La ejecución práctica de éstos tampoco puede valorarse como contraria a la libre competencia, pues en los hechos los puntos de venta exhiben y venden productos de la competencia. La licitud de los referidos acuerdos no se ha visto modificada por la sola circunstancia de la dictación de la Ley 20.105.

2.13. Afirma que los convenios celebrados con los puntos de venta a partir de 2006, destinados a la adaptación de los locales a las normas contenidas en la Ley 20.105 y los de actividades promocionales no son contrarios a la libre competencia. CCT se obligó a pagar al respectivo punto de venta una determinada suma de dinero con el objeto que adaptara sus instalaciones a las exigencias contempladas en la Ley 20.105. Se consigna en los convenios que los puntos de venta no podrán discriminar entre los clientes que fumen productos de CCT y otras marcas y que, en caso de incumplimiento de dicho deber, CCT tiene derecho a poner término al contrato.

2.14. Atendidos los argumentos expuestos estiman no haber ejecutado ninguna conducta contraria a la libre competencia, ni en haber incurrido en otra que merezca sanción.

2.15. En subsidio, alega que los hechos denunciados no constituyen conductas de CCT ni pueden ser objetiva ni subjetivamente atribuidos a ella. Los hechos que le imputa la FNE en cuanto a que en el mercado se utiliza el crédito como herramienta de presión o amenaza para que los puntos de venta no exhiban o vendan productos de la competencia, no son efectivos y no hay registro de aquellos. CCT no puede responder por supuestas conductas de sus dependientes, respecto de los cuales tampoco se han acreditado actos dolosos o culposos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.16. En subsidio, alega que los supuestos actos dolosos o culpables de los dependientes no pueden ser objetivamente atribuidos a Chiletabacos toda vez que: (i) si se verificaron, no tuvieron lugar en el cumplimiento de sus funciones, (ii) habrían tenido lugar al margen de las funciones que les corresponden a los vendedores y en contra de la estructura de organización de la empresa y de instrucciones expresas proporcionadas a los mismos. Las conductas de presión y amenaza que se dicen cometidas no pueden ser atribuidas subjetivamente a Chiletabacos, pues esta última no habría infringido deber de cuidado o diligencia en el control o vigilancia que ejerce respecto de sus dependientes. CCT se comportó con un nivel adecuado de diligencia.

2.17. A este respecto señalan que la responsabilidad objetiva no es procedente en materias de libre competencia; que la actuación de CCT se ajustó a la Sentencia y que ha tenido lugar conforme las reglas vigentes en materia de libre competencia. No hay antijuridicidad que merezca la sanción que se le pretende imponer. La venta de cigarrillos en Chile se ha ajustado a las reglas vigentes. Por lo demás, los hechos denunciados no han tenido la aptitud causal de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Ni los contratos de exclusividad publicitaria, ni las medidas de presión y de amenaza supuestamente ejecutadas teniendo como instrumento el crédito, han tenido la potencialidad de imponer barreras a la entrada de nuevos competidores, o de impedir o entorpecer la exhibición y/o venta de los productos de la competencia.

2.18. Afirman que Philip Morris ha penetrado el mercado en los puntos de venta más relevantes del mercado, en cuanto a porcentajes de venta se refiere. En 2003, los productos Philip Morris eran ofrecidos en 2.514 puntos de venta. Hoy en día, esta compañía comercializa sus productos en aproximadamente 6.000.

2.19. Las dificultades de Philip Morris derivan de sus decisiones de comercialización e inversión, además de las deficiencias de su portafolio de productos, características del consumo de cigarrillos como productos de venta masiva, características y atributos de los productos que ofrece. Es decir, razones distintas del comportamiento de CCT.

2.20. En subsidio, CCT alega la improcedencia de la sanción de multa que se pretende imponer, solicita una menos gravosa atendida la escasa relevancia y entidad de los hechos que la FNE pretende atribuirle, y habida cuenta de la diligencia y de la buena fe con la que se ha comportado en el cumplimiento del fallo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.21. En subsidio, alega la desproporción de la multa que se solicita, señalando que la sanción debe guardar relación de adecuación con la infracción y debe aplicarse el principio pro reo, principalmente en lo que se refiere a la atenuante relativa a la colaboración procesal. CCT solicita considerar que en la especie no concurre la reincidencia, También pide considerar que las conductas que se le imputan no produjeron efectos: no lesionaron la libre competencia, ni pusieron en peligro el bien jurídico protegido por el D.L. N° 211. En cualquier caso, las conductas supuestamente infractoras tendrían carácter restringido en cuanto al número, tiempo y extensión geográfica. Se trataría de conductas aisladas.

2.22. CCT pide considerar además su actitud proactiva, sus manifestaciones expresas y consistentes de la intención de sujetarse a derecho y de evitación de conductas futuras de infracción y su intención positiva de contribuir a la libre competencia. Por último, solicita se considere la colaboración sustancial con la Fiscalía Nacional Económica en el esclarecimiento de los hechos denunciados.

2.23. Por todo lo anterior, CCT solicita el rechazo del requerimiento en todas sus partes y con expresa condena en costas.

3. Demanda de Philip Morris Chile Comercializadora Limitada.

3.1. Con fecha 6 de mayo de 2010, según consta a fojas 218 y siguientes, Philip Morris Chile Comercializadora Limitada, en adelante también e indistintamente “Philip Morris” o “PM”, presenta demanda en contra de CCT, señalando que dicha compañía ha incurrido en forma reiterada en prácticas que restringen la comercialización de productos de su competencia, que ha infringido los Resueltos Primero, Segundo y/o Tercero de la Sentencia mediante la implementación de prácticas exclusorias, que han existido amenazas a los puntos de ventas al negarles el crédito convenido, retirarles sus productos y/o negarles la venta, en el evento de que los puntos de venta vendan, publiciten, promocionen y/o exhiban productos de la competencia, en particular de PM. Agregan además que CCT ha continuado pagando a sus clientes para que no vendan cigarrillos de PM o para que los vendan bajo el mesón.

3.2. Señala además que CCT ha ejecutado nuevos acuerdos de exclusividad con los puntos de venta estratégicos, comprando para sí todos los derechos presentes y futuros de promoción y publicidad a cambio de pagos en dinero (“Convenios sobre Arriendo de Derechos Publicitarios”) y que CCT mantiene acuerdos de exclusividad publicitaria y promocional en aproximadamente el 92% de los principales puntos de venta, lo que constituiría, a su juicio, una poderosa barrera de entrada al mercado, generando la impresión de que en éste no existen

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

otros productos distintos a los de CCT. Estas prácticas son hoy en día más perjudiciales en atención a las recientes restricciones legales que limitan la publicidad de los cigarrillos a un área reducida al interior del punto de venta.

3.3. Agrega que entre el año 2006 y marzo de 2008, CCT celebró a lo menos 862 contratos de exclusividad, habiendo sido condenada por la Sentencia por haber celebrado al menos 698 contratos de exclusividad. Estos acuerdos de exclusividad restringen no sólo la publicidad de los productos de PM, sino también su exhibición y venta.

3.4. Afirma PM que las prácticas exclusorias de Chiletabacos infringen el artículo 3 del D.L. N° 211 y que dichas conductas constan en una serie de actas notariales, declaraciones, e-mails, informes de terceros y otras pruebas que presentará.

3.5. Las medidas de autorregulación y apertura de CCT coincidieron con el desarrollo avanzado de la investigación seguida por la FNE y la amenaza latente de un requerimiento en su contra, por lo que se trata de medidas “cosméticas”, que no son una eximente ni atenuante de responsabilidad para CCT.

3.6. PM afirma tener un claro conocimiento del mercado chileno y que cuenta con los productos, *know-how*, administración y financiamiento requeridos para ser un competidor relevante. Esta afirmación está respaldada por su experiencia en otros países. PM ha persistido en sus intentos por penetrar el mercado chileno y ha incurrido en significativas pérdidas en los últimos 5 años, cercanas a los US\$5,2 millones por año. Sin embargo, y a pesar de sus inversiones y experiencia, su participación en el mercado chileno sigue siendo marginal.

3.7. En cuanto al mercado relevante, afirma PM que es el de la comercialización de cigarrillos en el territorio de la República de Chile y que la comercialización de cigarrillos se realiza fundamentalmente a través de dos canales de distribución minorista: los denominados *low trade* y *high trade*, quienes representan aproximadamente el 55% y 45% del mercado, respectivamente. Existen distribuidores mayoristas que abastecen a parte importante del *low trade*.

3.8. Señala por otra parte que el mercado relevante se caracteriza por sus elevadísimos niveles de concentración y por la existencia de un actor -CCT- que detenta una posición prácticamente monopólica. Desde que se dictó la Sentencia, CCT continúa detentando una participación de mercado cercana al 97%, mientras que Philip Morris no alcanza el 2%. Dichas características, en opinión de PM, incrementan la nocividad de las conductas imputadas a CCT.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.9. En cuanto a la normativa, afirma PM que la nueva Ley del Tabaco, Ley N° 20.105 limitó la publicidad y promoción únicamente al interior del punto de venta. Así, desde 2006, la publicidad y exhibición del producto en el punto de venta pasó a ser el único medio permitido de comunicación, difusión, información, promoción y exhibición en el mercado de cigarrillos. Con ello, señala PM, la estrategia de CCT de adquirir exclusividades publicitarias en la mayoría de los puntos de venta estratégicos, se constituye en una práctica exclusoria que genera efectos aún más intensos, graves y perjudiciales que aquellos producidos antes de la nueva Ley del Tabaco.

3.10. En opinión de PM, las explicaciones de CCT para justificar sus convenios no serían admisibles toda vez que (i) el TDLC no ha aprobado dichos contratos, (ii) a CCT no le ha asistido “confianza legítima” alguna, ya que el informe evacuado por la FNE no puede ser interpretado en la forma pretendida por CCT, y (iii) el que los acuerdos de exclusividad excluyan en la letra la “exhibición y venta” no significa que se ajusten a las normas que regulan la libre competencia.

3.11. En lo que respecta a las medidas de autorregulación de CCT, señala PM que (i) constituyen confesión de parte, y (ii) no han tenido el efecto de destrabar las condiciones de comercialización de productos competitivos a los de CCT.

3.12. Atendido lo expuesto, PM solicita que el TDLC declare: (i) que CCT ha infringido la Sentencia, en especial sus Resueltos Primero, Segundo, y/o Tercero; (ii) que en cualquier caso y sin perjuicio de lo anterior, que CCT ha infringido las normas de la libre competencia contenidas en el D.L. N° 211, restringiendo y entorpeciendo la comercialización de productos de sus competidores en el mercado de los cigarrillos; (iii) que prohíba a CCT pagar a los puntos de venta bajo la condición de que no exhiban, publiciten, promocionen y/o vendan productos de la competencia; (iv) que prohíba a CCT negar la comercialización de sus productos o negar el crédito ofrecido a los puntos de venta si es que éstos exhiben, publicitan, promocionan y/o venden productos de la competencia; (v) que prohíba a CCT celebrar todo tipo de convenio o contrato que incluya cualquier tipo de exclusividad en el punto de venta, sea ésta de exhibición, publicidad, promoción y/o venta de cigarrillos en los puntos de venta; (vi) que CCT permita a los puntos de venta la inclusión de un segundo dispensador de cigarrillos y, en aquellos casos en que esto no sea posible, permita destinar al menos el 20% del *facing* de los dispensadores para la exhibición efectiva de productos de la competencia; (vii) que, por el beneficio económico que ha significado para CCT mantener su posición dominante, por la gravedad de la conducta y sus perniciosos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

efectos y el carácter de reincidente de CCT, se le condene al pago de la máxima multa posible; y, (viii) que se condene a la CCT al pago de las costas.

4. Acumulación de Autos

Por resolución de fecha 17 de mayo de 2010, según consta a fojas 262, se ordenó la acumulación de la causa ingresada bajo el rol N° 202-10, caratulada “Demanda de Philip Morris Comercializadora Chile Ltda. contra Compañía Chilena de Tabacos S.A.”, a la ingresada bajo el rol N° 196-09, caratulada “Requerimiento de la FNE contra Compañía Chilena de Tabacos S.A.”.

5. Contestación de Compañía Chilena de Tabacos S.A.

5.1. Rechazada la excepción de litispendencia por resolución escrita a fojas 319 y siguientes, CCT contesta la demanda interpuesta en su contra con fecha 3 de junio de 2010, según consta a fojas 321 y siguientes. Niega todas y cada una de las imputaciones efectuadas y señala que ni ella ni sus dependientes han ejecutado ninguna conducta que importe incumplimiento de la Sentencia ni comportamiento que pueda estimarse contrario a las disposiciones contenidas en el D.L. N° 211.

5.2. Señala que los hechos en que se funda la demanda son idénticos que los atribuidos por la FNE en su requerimiento, y en esta virtud se remite de manera expresa a todas y cada una de las excepciones, defensas y alegaciones que opuso en contra del requerimiento referido, solicitando que se tengan por reiteradas y reproducidas.

5.3. Agrega además que no es efectivo que las medidas de autorregulación se hayan adoptado frente a la inminencia de un requerimiento, ni que sólo sean “cosméticas”. Dichas medidas de cumplimiento no sólo sirven de atenuante de responsabilidad sino de eximente de responsabilidad, en la medida que cualquier acto contrario a derecho que sea acreditado no puede serle subjetivamente atribuido como propio y por consiguiente dar origen a responsabilidad.

5.4. Afirma además que las razones por las cuales el crecimiento de PM ha sido marginal no dicen relación alguna ni pueden ser atribuidas al comportamiento de CCT.

5.5. Reitera lo señalado en su contestación al requerimiento de la FNE en lo que respecta a los acuerdos de exclusividad publicitaria y otros contratos.

5.6. En cuanto a las expectativas de crecimiento que invoca Philip Morris como demostrativas de un supuesto perjuicio, señala CCT que éstas resultan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

inconsistentes y carentes de fundamentación empírica. CCT ha puesto las condiciones para facilitar la penetración de PM en el mercado de los cigarrillos, pero no puede asegurar que ello así sea.

5.7. Por último señala que los criterios que la contraria solicita considerar para efectos de cuantificar la sanción son improcedentes. Atendido todo lo expuesto, solicita el rechazo, con costas, de la demanda interpuesta en su contra.

6. Resolución que recibe la causa a prueba.

El texto refundido de dicha resolución rola a fojas 204, y, tras la acumulación de autos decretada a fojas 262, también a fojas 331, y contempla el siguiente punto de prueba: *“Efectividad de que Compañía Chilena de Tabacos S.A. haya impedido, restringido o entorpecido la publicidad, promoción, exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta al consumidor. Hechos, oportunidad, circunstancias y efectos que se habrían producido en el mercado respectivo.”.*

7. Prueba rendida en el proceso.

7.1. Prueba documental y testimonial rendida por la Fiscalía Nacional Económica.

7.1.1. En cuanto a la prueba documental: (i) A fojas 10 y siguientes, declaraciones prestadas ante la FNE en la investigación Rol N° 771-06, actas notariales, datos de participación de mercado en puntos de alta afluencia, bajo reserva, y declaraciones ante la FNE, bajo confidencialidad; (ii) A fojas 173, copia de la Resolución Exenta N°236 y Reservado N°309 de la FNE; (iii) A fojas 1919 y 2002, versión pública del expediente de investigación FNE, Rol N° 771-06; (iv) A fojas 1914 y siguientes, versión pública de los documentos confidenciales acompañados por CCT al expediente de investigación de la FNE Rol N° 771-06; a fojas 1917 y 1937, versión pública de los documentos confidenciales acompañados por PM al expediente de investigación de la FNE Rol N° 771-06; a fojas 1919 y siguientes, versión pública del expediente de investigación de la FNE Rol N° 771-06; (v) A fojas 5689, informe denominado “Efectos que la publicidad, promoción y exhibición tienen en el mercado de los cigarrillos”, de Claudio Aqueveque Torres y Roberto Jalón Gardella; (vi) A fojas 5983, bajo reserva, anexo en que constan los cuadros que sirven de base para formular las observaciones al estudio agregado por PM a fojas 5547 y siguientes;

7.1.2. En cuanto a la prueba testimonial: (i) A fojas 344, declaró como testigo don Jorge Andrés de la Paz Calderón; (ii) a fojas 345, don Juan Luis Muñoz Tobar; (iii)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a fojas 364, doña María Gloria Acharán Toledo; (iv) a fojas 1365, don Rodrigo Hernán Águila Tapia.

7.2. Prueba documental y testimonial rendida por la Compañía Chilena de Tabacos

7.2.1. En cuanto a la prueba documental: (i) A fojas 354 y siguientes, acompañó informe de la FNE a este Tribunal y resolución de este Tribunal de fecha 28 de junio de 2006; (ii) A fojas 378, copia de la agenda del Fiscal Nacional Económico, copia del diagrama de medidas de cumplimiento y autorregulación de CCT y copia de escrito presentado por CCT a la FNE con fecha 12 de diciembre de 2008 y sus documentos adjuntos; (iii) A fojas 585 solicitó exhibición de documentos respecto de PM, la que el Tribunal ordenó por resoluciones de fojas 591 y 698. Ésta se llevó a efecto con fecha 27 de julio de 2010, según consta a fojas 780; (iv) A fojas 589 solicitó exhibición de documentos respecto de la FNE, la que se llevó a efecto a fojas 1246; (v) A fojas 734 y siguientes, acompañó informe económico denominado “Análisis Competitivo de las Prácticas Comerciales de la Compañía Chilena de Tabacos”, elaborado por Aldo González Tissinetti, cuyas bases de datos y versión pública fueron agregadas a fojas 741 y siguientes; (vi) A fojas 801 y siguientes se llevó a efecto la diligencia de exhibición de documentos respecto de los terceros Petrobras, Copec, Big John, Le Moustache, La Caserita y Fruna, solicitada por PM. La parte de CCT acompañó, a fojas 1196, 1270, versiones públicas de los documentos allí exhibidos; (vii) A fojas 1239 y 1242 acompañó set de fotografías autorizadas ante Notario relacionadas con el uso de las cigarreras de CCT; (viii) A fojas 1271, facturas pagadas por CCT a Copec o sus sociedades relacionadas por compra de combustible y a fojas 1272, copias de 6 distintos procesos seguidos por PM en contra de sus distribuidores ante los Juzgados Civiles de Santiago; (ix) A fojas 1458, listado de revisión de puntos de venta efectuada por Clara Szczaranski, carta suscrita por la mencionada persona y dos archivadores con fotografías de cigarreras correspondientes a los años 2006 a 2008; (x) A fojas 1548 y siguientes, carta suscrita por el Gerente General de Iron Mountain, listado de facturas de compra y *vouchers* contables referidos a facturas de compra de combustibles a Copec; (xi) A fojas 1652, sentencia del Tribunal de Libre Competencia de Sudáfrica, favorable a British American Tobacco África (pty) Ltd.; (xii) A fojas 1740 y siguientes, copia de escrito presentado ante el 10° Juzgado Civil de Santiago en causa Rol N° 19.655-2009, los documentos acompañados a éste, consistentes en: (a) informe denominado “Un análisis económico de la demanda civil de Philip Morris en contra de Chiletabacos”, preparado por Alexander Galetovic, y (b) informe económico denominado “Análisis

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sobre la Plausibilidad Empírica y Económica de los Daños Reclamados por Phillip Morris a Chiletabacos”. Acompañan además actas de la prueba testimonial en que los autores de los citados informes ratifican su autoría; (xiii) A fojas 1901, fotografías de puntos de venta autorizadas ante Notario; (xiv) A fojas 1914, copia de fotografías correspondientes a 11 puntos de venta respecto de los cuales se alegó que serían ilegibles y copia de los sets de fotografías autorizadas por Fernando Alzate; (xv) A fojas 1914, y de manera conjunta con la FNE, versión pública de los documentos acompañados por CCT, en forma confidencial, al expediente de investigación de la FNE Rol N° 771-2006; (xvi) A fojas 2035, informe denominado “Un análisis económico del requerimiento de la FNE contra CCT”, preparado por Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza; (xvi) A fojas 2243, un informe de la auditora PricewaterhouseCoopers denominado “Cumplimiento política de créditos”; (xviii) A fojas 2652, informe que contiene los resultados de la encuesta realizada por el Centro Microdatos del Departamento de Economía de la Universidad de Chile, “Microdatos”, a los puntos de venta de cigarrillos; versión electrónica del mismo y certificado de PricewaterhouseCoopers; (xix) A fojas 2698, informe del Centro de Medición de la Pontificia Universidad Católica de Chile, denominado “Notas Técnicas Requerimiento Fiscalía Nacional Económica en contra de Compañía Chilena de Tabacos S.A.” e informe del Centro de Microdatos de la Universidad de Chile denominado “Informe Metodológico: Análisis de validez de actas notariales como instrumento para realizar inferencia estadística”; y versión electrónica de los dos informes citados; (xx) A fojas 2853, actas notariales, copia de facturas, certificaciones privadas, boletas, declaraciones juradas y declaraciones manuscritas en relación con la prueba aportada por el testigo Andrés Fuhrmann y que, en opinión de CCT, desvirtuarían sus afirmaciones. En la citada presentación acompaña además informe del Centro de Microdatos del Departamento de Economía de la Universidad de Chile, “Microdatos”, titulado “Análisis de Datos Encuesta de Caracterización Puntos de Venta – Región de Valparaíso” y su correspondiente versión electrónica; (xxi) A fojas 2888, facturas de Esso Chile Petrolera Ltda. y de Distribución y Servicio D&S S.A.; (xxii) A fojas 2923, cuaderno de documentos reservados de la FNE en un tomo; (xxiii) A fojas 3207, versión confidencial y pública de los anexos de los contratos cuya versión pública consta a fojas 3789, 3974, 3976, 4734 y 4871 de autos; páginas faltantes de los contratos cuyas versiones públicas constan a fojas 4560 de autos; y versión reservada y pública de la página faltante del contrato cuya versión pública consta a fojas 59; (xxiv) A fojas 3717, fotografías de cigarrerías de CCT utilizadas por Tanasa en los años 2009 y 2010; (xxv) A fojas 3780, versión pública y reservada de certificado emitido por la Fiscalía de Enjoy S.A. y copias de los contratos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

celebrados con la citada compañía; (xxvi) A fojas 4107, fotografías de cigarreras de CCT utilizadas por PM y/o Tanasa durante los años 2009 y 2010; (xxvii) A fojas 4198, fotografías relacionadas con el uso que Tanasa da a cada cigarrera y copia a color de ejemplos de cajetillas de productos Tanasa; (xxviii) A fojas 4221, certificado de Enjoy S.A.; (xxix) A fojas 4348, documento denominado “Informe en derecho a Compañía Chilena de Tabacos S.A. sobre supuestas infracciones al Decreto Ley N° 211 referente a conductas antimonopólicas”, preparado por Enrique Cury; informe preparado por el Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile denominado “Programas de *Compliance*, Incumplimiento de Sentencias y Responsabilidad Infraccional”; y, versiones electrónicas de dichos informes; (xxx) A fojas 4387, fotografías correspondientes a los años 2009 a 2011 relativas al uso de cigarreras por parte de PM y Tanasa mediante calcomanías o *stickers*; (xxxi) A fojas 4973, informe del auditor independiente KPMG referido a la revisión de las facturas emitidas por CCT a doña Elena Varela González; acta notarial que contiene fotografías del punto de venta de Elena Varela; y resultados del estudio preparado por el Centro de Medición MIDE UC a los puntos de venta ubicados dentro de un cuadrante alrededor del punto de venta de doña Elena Varela González; (xxxii) A fojas 4983, *curriculum vitae* de Guido del Pino; (xxxiii) A fojas 4999, resultados del estudio realizado por el Centro de Medición MIDE UC respecto de puntos de venta ubicados dentro del cuadrante alrededor del punto de venta de don Jae Nam Lee; (xxxiv) A fojas 5153, documento de Euromonitor sobre participaciones de mercado en distintos países, información de mercado de Nielsen en Latinoamérica y Santiago, y versiones públicas de los citados informes; (xxxv) A fojas 5155, presentaciones a la FNE, respecto de medidas de cumplimiento y política de autorregulación implementadas tras la dictación de la Sentencia 26/2005, y correspondencia entre Arco Prime y CCT respecto de espacios para otras marcas; (xxxvi) A fojas 5231, bajo confidencialidad documentación relativa a amonestaciones y despidos de dependientes de CCT por incumplimiento de medidas de autorregulación implementadas por la compañía; informe de la auditora PricewaterhouseCoopers denominado “Revisión de la base de datos de CCT, recibida de Aldo González”; y actas notariales y fotografías de los puntos de venta OK Market con 20% disponible utilizado por otras marcas; (xxxvii) A fojas 5426, informe del Centro de Medición MIDE UC denominado “Estudio de entrevistas y análisis de casos puntos de venta – Chiletabacos” e informe MIDE UC denominado “Segundo informe metodológico estudio de entrevistas y análisis de casos de puntos de venta”; (xxxviii) A fojas 6138, versiones públicas de los documentos agregados a fojas 5155, 5231, 3178 y 3186; (xxxix) A fojas 6320, carta de Sergio Alvarado, de la División de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Epidemiología, Escuela de Salud Pública, de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile al apoderado de CCT.

7.2.2. En cuanto a la absolución de posiciones, a fojas 588 solicitó dicha diligencia de prueba respecto de don Rodolfo Miguel Voza, en su calidad de representante legal de Philip Morris Chile Comercializadora Limitada, la que se llevó a efecto a fojas 1253 y siguientes.

7.2.3. En cuanto a la prueba testimonial: (i) A fojas 2385 declaró como testigo don Arturo Juan Irrarzábal Covarrubias; (ii) A fojas 2386, don Juan Pablo Correa Valenzuela; (iii) A fojas 2662, don René Antonio Ljubetic Garib; (iv) A fojas 2712, don Gustavo Alfredo Arndt Urrutia; (v) A fojas 3116, don David Verny Bravo Urrutia.

7.3. Prueba documental y testimonial rendida por Philip Morris

7.3.1. En cuanto a la prueba documental: (i) A fojas 451 solicitó exhibición de documentos respecto de CCT, diligencia que el Tribunal ordenó a fojas 457, 611 y 746, y, que se llevó a cabo con fecha 27 de julio de 2010, según consta a fojas 759; (ii) A fojas 455 solicitó exhibición de documentos respecto de los siguientes terceros: Petrobras Chile Distribución Ltda., Copec S.A., D&S S.A., Big John S.A., Comercial Le Moustache Ltda., Comercial Tobacco Store Ltda., Alimentos Fruna Ltda., Alvi Supermercados Mayoristas S.A., y, Distribuidora Comercial La Caserita Limitada; la que se ordenó por resoluciones de fojas 457 y 698. La audiencia se llevó a efecto con fecha 27 de julio de 2010, según consta a fojas 801 y a ella asistieron Petrobras Chile Distribución Ltda., Copec S.A., Big John S.A., Comercial Le Moustache Ltda., Distribuidora Comercial La Caserita Ltda., Comercial Tobacco Store Ltda. y Comercial Alimentos Fruna Ltda. A fojas 1373, el tercero Alvi Supermercados Mayoristas S.A. acompañó, bajo reserva, su contrato vigente con CCT denominado “Convenio sobre Arriendo de Derechos Publicitarios”. A fojas 1413, se llevó a efecto la exhibición decretada respecto de Distribución y Servicio D&S, acompañándose por parte de CCT, a fojas 1438, versiones públicas de los documentos exhibidos por D&S; (iii) A fojas 558, acompañó copia de la Resolución 48 dictada con fecha 27 de septiembre de 1978 por la H. Comisión Resolutiva, copia de Sentencia 26/2005 de este Tribunal, copia de Sentencia de la Excm. Corte Suprema que confirma la Sentencia 26; copia del artículo “Bajo la lupa de los expertos, FNE y TDLC” de 25 de agosto de 2006 publicado por el Diario Financiero; actas notariales del año 2006, bajo reserva, copia de declaraciones juradas correspondientes al año 2007, bajo reserva, copia de actas notariales correspondientes al año 2008, bajo reserva, e informe denominado “Evaluación de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

condiciones de comercialización de cigarrillos en el *high trade* del Gran Santiago” preparado por TNS Time Chile. Las versiones públicas de los documentos acompañados bajo reserva fueron agregadas a fojas 683; (iv) A fojas 807, versiones públicas del listado de puntos de venta en los que PM ha instalado cigarreras; versión pública del listado de puntos de venta en los que PM ha hecho uso con sus productos y/o *stickers* de parte de las cigarreras de CCT; versión pública del listado de puntos de venta en los que PM ha instalado cigarreras; versión pública del listado de puntos de venta en los que PM ha hecho uso con sus productos y/o *stickers* de parte de las cigarreras de CCT; y, bajo reserva, documento denominado “Manual de ciclo julio – octubre de 2010” entregado por PM a sus distribuidores y fuerza de venta; (v) A fojas 1238, versiones públicas de los documentos agregados a fojas 807; (vi) A fojas 1341 y siguientes, actas notariales que contienen fotografías de puntos de venta ubicados en Santiago, listado con la ubicación de fotografías y copias de fotografías agregadas a fojas 1239 y 1242; (vii) A fojas 1833, informe denominado “Análisis Económico de las Condiciones de Competencia en el Mercado de Cigarrillos en Chile” preparado por Econsult Ltda., cuya versión electrónica y bases de datos se acompañaron a fojas 1913 y 2004; (viii) A fojas 1917 y 1937, de manera conjunta con la FNE, versión pública de los documentos de PM acompañados, de manera confidencial, al expediente de investigación de la FNE Rol N° 771-06. Nuevas versiones públicas de dichos documentos fueron agregadas a fojas 1997 y siguientes; (ix) A fojas 2375, actas notariales levantadas en distintas comunas de Santiago; (x) A fojas 3082, documentos de respaldo de las declaraciones del testigo Andrés Fuhrmann consistentes en facturas y actas notariales; (xi) A fojas 3243, correos electrónicos intercambiados entre ejecutivo de marketing de PM y gerente de operaciones de Masterline S.A. – Enjoy S.A.; correos electrónicos intercambiados entre la apoderada de PM y el ex gerente de operaciones de Masterline S.A. – Enjoy S.A.; certificaciones al pie de los correos; y, acta notarial; (xii) A fojas 3728, actas notariales correspondientes a los meses de marzo y octubre de 2010, relativas a acuerdos de exclusividad de promoción entre CCT y locales comerciales del canal Horecadi (Hoteles, restaurantes, casinos y discotecas); (xiii) A fojas 3757, actas notariales de las ciudades de Iquique, La Serena, Valparaíso, Viña del Mar y Puerto Montt, correspondientes al año 2010, relativas a pagos por exclusividad en venta, o mayor plazo de crédito, y venta bajo mesón; (xiv) A fojas 3787, listado de fotografías objetadas y observadas; (xv) A fojas 4249, documento denominado “Informe de evaluación de la encuesta de caracterización de puntos de venta de Chiletabacos” y versión electrónica del mismo, preparado por Eduardo Valenzuela; (xvi) A fojas 4536, correos electrónicos y propuestas comerciales de PM a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

diversos puntos de venta; (xvii) A fojas 4785, balances de PM correspondientes al período comprendido entre los años 2006 a 2010; revistas repartidas por Rabié con publicidad de PM; carta de CCT a PM solicitando se abstenga de publicitar en revista de Rabié; copia de facturas de compra de 27.734 cigarreras y materiales de exhibición y publicidad de PM durante los años 2007 a 2010; (xviii) A fojas 5436, carta metodológica elaborada por TNS Chile S.A., respecto del informe agregado a fojas 558 de autos; (xviii) A fojas 5466, bajo reserva, correos electrónicos de PM con distribuidores del canal mayorista; (xix) A fojas 5488, informe denominado “Rol estratégico y efecto sobre la competencia de la exhibición y publicidad en el punto de venta en la industria del tabaco” elaborado por Hernán Palacios; (xx) A fojas 5547, informe denominado “Análisis económico de los contratos celebrados por la Compañía Chilena de Tabacos S.A. con establecimientos del tipo “*high trade*” o estratégicos”, preparado por Oscar Cabello e Israel Mandler.

7.3.2. En cuanto a la prueba testimonial: (i) A fojas 1909 declaró como testigo doña Elena Gladys Varela González; (ii) a fojas 1911, don Andrés Germán Fuhrmann Donoso; y, (iii) a fojas 2007, don José Ramón Valente Vías.

8. Prueba decretada por el Tribunal de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31 N° 5 del D.L. 211

Prueba testimonial: (i) A fojas 2079 y 2304 declaró como testigo don Andrés Germán Fuhrmann Donoso; (ii) A fojas 4123, don Petar Paul Rendic Farías; (iii) A fojas 4124, don Gregorio del Tránsito Vásquez Pallero; (iv) A fojas 4200, don Jae Nam Lee; y, (v) A fojas 4201, doña Marianela Elizabeth Torres Bravo.

9. Excepción de Prescripción

A fojas 4973, CCT opone excepción de prescripción respecto de todas las conductas que se le imputan y que habrían ocurrido antes del 24 de diciembre de 2007, entre ellas, las que describe una testigo de PM y que habría ocurrido en marzo de 2007. Señala que no opuso la referida excepción con anterioridad, porque las imputaciones concretas de casos precisos y ubicados en el tiempo se realizaron durante la posterior tramitación del proceso. A fojas 5960 se confirió traslado, los que fueron contestados por PM a fojas 5973 y a fojas 6015 por la FNE.

10. Observaciones a la prueba

A fojas 4805, con fecha 24 de marzo de 2011, la parte de CCT hizo presente sus observaciones a la prueba; a fojas 5696, con fecha 25 de marzo de 2011, rolan las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

observaciones a la prueba presentadas por la FNE; y, a fojas 5834, con fecha 28 de marzo de 2011, las de PM.

11. Resolución que ordena traer los autos en relación

A fojas 4271, con fecha 26 de enero 2011, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y fijó la vista de la causa para la audiencia del día 6 de abril de 2011. La vista de la causa se llevó a cabo en la audiencia señalada, alegando los apoderados de las partes.

A fojas 6142, 6198 y 6285 rolan las minutas de alegato de la FNE, PM y CCT respectivamente, que en copia dejaron los apoderados de las partes.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, como se consignó en lo expositivo de este fallo, con fecha 9 de noviembre de 2009, el Sr. Fiscal Nacional Económico interpuso un requerimiento en contra de CCT en el que, fundamentalmente, le imputa a esa compañía la comisión de las siguientes conductas presuntamente anticompetitivas: (i) la celebración de contratos que incluyen cláusulas de arrendamiento de espacios publicitarios con distribuidores minoristas del segmento denominado *high trade*, compuesto por locales comerciales como restaurantes, *pubs* y bares, cuya aplicación genera en los hechos exclusividad de publicidad, exhibición, promoción e incluso venta de los productos de dicha compañía; y (ii) condicionar el crédito que entrega a puntos de venta *low trade*, como botillerías, almacenes de barrio y kioscos, a que no comercialicen productos de la competencia. Dichas conductas importarían, en opinión de la requirente, una vulneración a lo dispuesto en el artículo 3° letra b) del Decreto Ley N° 211 y a las obligaciones impuestas a CCT por este Tribunal en su Sentencia 26/2005, específicamente en el numeral tercero de la parte dispositiva de la misma, que señala lo siguiente: “*Tercero: 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*”;

Segundo: Que el Sr. Fiscal solicita a este Tribunal que declare que CCT ha cometido tales infracciones y condene a dicha compañía, como reincidente, a pagar una multa a beneficio fiscal de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, y que ordene el cese inmediato de las conductas en cuestión, todo ello con expresa condenación en costas;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tercero: Que CCT solicitó en su contestación el rechazo en todas sus partes de la acción del Fiscal, con costas, aduciendo fundamentalmente que: (i) tras la dictación de la Sentencia 26/2005, ya mencionada, ha cumplido todas las obligaciones por ella impuesta y ha implementado además, voluntariamente, medidas de autorregulación con el fin de contribuir a una mejor comercialización de los cigarrillos en el país; (ii) que los acuerdos que la FNE reprocha fueron aprobados por ese servicio; (iii) que la prueba fundante de la acción del Fiscal, esto es, las actas notariales a las que se ha hecho referencia en lo expositivo de esta sentencia, fue obtenida con violación a derechos fundamentales, pues no pudieron ser debidamente contradichas en juicio; (iv) que no ha concurrido en CCT la intencionalidad de infringir las normas de defensa de la competencia; (v) que los convenios de publicidad exclusiva con algunos puntos del llamado canal *high trade* denunciados por la FNE no constituyen incumplimientos a la Sentencia 26/2005, ni en sus términos ni en su aplicación práctica, y que tampoco son nuevas infracciones al Decreto Ley N° 211; y, (vi) que no es efectivo que CCT haya presionado o amenazado con el retiro de crédito a vendedores del segmento denominado como *low trade* para que no comercialicen productos de la competencia;

Cuarto: Que la requerida, en subsidio y para el caso de que este Tribunal tuviera por acreditados los hechos que se le imputan, argumentó: (i) que tales hechos no pueden serle atribuidos objetiva ni subjetivamente, por lo que, consecuentemente, no pueden serle reprochados, toda vez que en ellos habrían participado terceros -tanto dependientes como independientes de esa compañía-, quienes habrían actuado a pesar de las medidas adoptadas por CCT para dar cumplimiento a la Sentencia 26/2005 y prevenir la ocurrencia de nuevas infracciones a las normas de protección de la competencia; (ii) que CCT no ha actuado antijurídicamente, pues ha obrado en el mercado con la debida diligencia, ajustando su comportamiento al conjunto de deberes de conducta que puso de su cargo la Sentencia 26/2005 y a las reglas vigentes, de manera que no puede estimarse como contraria a derecho; (iii) que tales hechos imputados no tuvieron la aptitud causal para lesionar o poner en peligro la libre competencia en el mercado respectivo; (iv) que la multa solicitada por el Sr. Fiscal es desproporcionada; y, (v) que la multa solicitada es improcedente por no concurrir reincidencia, pues las conductas que se le atribuyen no produjeron efectos o fueron restringidas tanto en su número como en el tiempo y en el ámbito geográfico;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quinto: Que, a su turno y como se consignó en la parte expositiva de este fallo, a fojas 218 y siguientes Philip Morris interpuso, con fecha 6 de mayo de 2010, una demanda en contra de CCT imputando a esta última compañía conductas que, en gran medida, coinciden con las denunciadas por el Sr. Fiscal Nacional Económico, esto es: (i) 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; (ii) condicionar el otorgamiento de crédito a los operadores de puntos de venta del denominado canal *low trade* a no vender cigarrillos de la actora; (iii) 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; y (iv) impedir el uso de las cigarreras que CCT entrega en comodato para exhibición de los productos de la competencia;

Sexto: Que la demandante, Philip Morris, solicitó a este Tribunal que declare que CCT ha incurrido en incumplimiento de los numerales primero, segundo y, eventualmente, tercero de la parte resolutive de la Sentencia 26/2005, e infringido las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211 por lo que, en consecuencia, pidió a este Tribunal: (i) que prohíba a CCT pagar a los puntos de venta bajo la condición de que no exhiban, publiciten, promocionen o vendan productos de la competencia; (ii) que prohíba a la demandada negar la comercialización de sus productos a los puntos de venta si éstos exhiben, publicitan, promocionan o venden productos de la competencia; (iii) que prohíba a CCT negar el crédito ofrecido a los puntos de venta si éstos exhiben, publicitan, promocionan o venden productos de la competencia; (iv) que prohíba a CCT celebrar todo tipo de convenio o contrato que incluya cualquier tipo de exclusividad en el punto de venta, sea ésta de exhibición, publicidad, promoción o venta de cigarrillos en los puntos de venta; (v) que ordene a CCT permitir a los puntos de venta la inclusión de un segundo dispensador de cigarrillos y, en aquellos casos en los que no sea posible, que permita destinar al menos el 20% del *facing* de los dispensadores para la exhibición efectiva de productos de la competencia; (vi) que condene a la demandada a la máxima multa posible; y, (vii) que condene a dicha compañía al pago de las costas de la causa;

Séptimo: Que, al contestar la demanda referida y tal como se consignó en la parte expositiva de la presente sentencia, CCT formuló esencialmente las mismas excepciones, defensas y alegaciones que hizo valer respecto del requerimiento de la FNE, negando además la comisión de las conductas que le son imputadas por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

PM y que no están incluidas en la acusación de la Fiscalía, esto es, haber efectuado pagos con una finalidad exclusoria a comerciantes del canal *low trade* y haber condicionado la entrega de cigarreras o prohibido su uso para la exhibición de productos de otras firmas competidoras de la demandada;

Octavo: Que las causas originadas por el requerimiento y la demanda antes descritas fueron acumuladas, por lo que este Tribunal fijó un único punto de prueba para ambas del siguiente tenor: *“efectividad de que Compañía Chilena de Tabacos haya impedido, restringido o entorpecido la publicidad, promoción, exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta al consumidor. Hechos, oportunidad, circunstancias y efectos que habrían producido en el mercado respectivo”*;

Noveno: Que, antes de entrar en el análisis de los elementos de fondo referidos a las conductas imputadas en autos, estos sentenciadores se harán cargo de la excepción de prescripción extintiva de la acción, opuesta por la defensa de CCT en el otrosí de fojas 4973, referida a las acciones originadas en todas aquellas conductas imputadas a dicha compañía y que habrían tenido lugar antes del 24 de diciembre del año 2007, incluyendo en la citada excepción de prescripción, entre otras, la conducta que describe la testigo de Philip Morris doña Elena Varela en su declaración, cuya transcripción consta a fojas 1942 y que, conforme sus dichos, habría ocurrido en marzo del año 2007; y la conducta descrita por el testigo señor Jae Nam Lee, en la transcripción a su declaración, que consta a fojas 6362, conducta que CCT afirma que, de haber ocurrido, habría acaecido con anterioridad al 24 de diciembre de 2007;

Décimo: Que habiéndose notificado el requerimiento con fecha 24 de diciembre de 2009, y la demanda de PM con fecha 14 de mayo de 2010, las acciones emanadas de todas aquellas conductas imputadas por la FNE a CCT que ocurrieron antes del 24 de diciembre de 2007, y las acciones emanadas de aquellas conductas imputadas por PM –no incluidas en el requerimiento– ejecutadas antes del 14 de mayo de 2008 se encuentran prescritas por haberse completado en dichas fechas el plazo de prescripción de dos años que establecía el artículo 20 inciso 3° del D.L. N° 211;

Undécimo: Que en particular, el plazo de prescripción se completó en marzo o abril de 2009 en relación a las conductas imputadas por PM relativas al ofrecimiento de pagos por no vender cigarrillos de la competencia ejecutadas en marzo o abril de 2007, descritas por la Sra. Varela a fojas 1942 y por otro comerciante que prestó declaración ante la FNE, cuya acta rola a fojas 18 del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cuaderno de documentos reservados acompañado por la FNE a fojas 2002. En relación con la conducta descrita por Jae Nam Lee en su declaración de fojas 6362, no existe claridad respecto de su data que, por las razones que se indicarán en la consideración cuadragésimo tercera, no puede estimarse coincidente con la de suscripción del contrato de distribución respectivo. Por lo tanto, más que declarar la prescripción respecto de la acción emanada de esta última conducta, corresponde tener por no acreditada la época en que habrían ocurrido los hechos que la configurarían;

Duodécimo: Que en efecto, y dado que el plazo de prescripción de las acciones por las conductas antes mencionadas, situadas en marzo o abril de 2007, se completó antes de entrar en vigor la Ley N° 20.361 (en octubre de 2009), que extendió a tres años el plazo de prescripción de las acciones por atentados a la libre competencia, no corresponde aplicar este último plazo respecto de tales acciones, ni el derecho de opción que concede el artículo 25 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes;

Decimotercero: Que sin perjuicio de la conclusión anterior, la declaración de prescripción de las acciones que se realizará en la parte dispositiva de la presente sentencia no obsta a que los hechos que habrían dado origen a esas acciones sean considerados y ponderados para establecer las circunstancias, estructura, características y factores del mercado en que operó la requerida y demandada de autos, a fin de enmarcar así debidamente el análisis que sí corresponde efectuar respecto de las conductas o hechos cuyas acciones no se encuentran prescritas;

Decimocuarto: Que así determinado lo anterior y entrando al fondo del análisis del conflicto planteado en autos, cabe señalar, en primer término, que estos sentenciadores coinciden con lo que, sustancialmente, las partes de este juicio consideran que es el mercado relevante en el que inciden las presuntas conductas imputadas a CCT, esto es, el mismo que fue señalado por este Tribunal en la Sentencia 26/2005, a saber, el de la comercialización de cigarrillos en el territorio de la República de Chile;

Decimoquinto: Que de acuerdo con los antecedentes de autos, las participaciones de mercado de las empresas que ofertan cigarrillos en el mercado señalado precedentemente es el que se detalla en el siguiente cuadro:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 1
Participación en ventas de cigarrillos, por empresa y marca
2000 - 2008, en %

Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Chiletabacos	98,69	98,78	98,67	98,36	98,12	98,27	98,39	97,69	96,77
Kent	6,25	6,49	5,81	5,01	4,79	4,70	6,25	7,95	9,69
Viceroy	3,23	5,26	6,57	6,81	6,42	5,42	4,46	4,70	6,77
Lucky Strike	1,86	1,54	1,06	0,87	0,78	0,92	1,71	2,27	4,07
Barclays	0,25	0,25	0,24	0,24	0,25	0,25	0,20	-	-
Belmont	40,76	42,55	44,72	45,79	47,25	49,85	51,10	49,05	42,42
Derby	39,96	42,36	40,26	39,64	38,62	36,52	31,29	29,60	28,76
Pail Mall	-	-	-	-	-	0,56	3,20	4,12	5,06
Advance	2,01	0,25	-	-	-	-	-	-	-
Life	4,37	0,08	-	-	-	-	-	-	-
Philip Morris	0,72	0,69	0,71	1,00	1,26	1,09	0,76	1,05	1,46
Marlboro	0,65	0,59	0,42	0,36	0,44	0,43	0,43	0,57	0,79
L&M	0,00	0,00	0,12	0,53	0,71	0,52	0,21	0,33	0,41
Philip Morris	0,06	0,08	0,15	0,09	0,08	0,12	0,12	0,15	0,26
Bond	0,01	0,01	0,02	0,02	0,02	0,02	-	-	-
Chesterfield	0,02	0,00	-	-	-	-	-	-	-
Tanasa	0,56	0,52	0,61	0,62	0,59	0,6	0,81	1,25	1,77
JTI	0,01	0,01	0,02	0,01	0,00	0,03	0,04	0,01	0,00
Otros	0,01	0,01	-	0,01	0,02	-	-	-	-
TOTAL	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fuente: Informe "Un Análisis Económico del Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Chiletabacos", acompañado por CCT a fojas 2035.

Decimosexto: Que de esta altísima participación de mercado de CCT en las ventas de cigarrillos, conjuntamente con las conductas exclusorias acreditadas en la Sentencia N° 26/2005 y la significativa importancia que en esta industria tiene el posicionamiento de las marcas de CCT, puede colegirse que esta empresa tiene un poder de mercado muy significativo, que la constituye en un cuasi-monopolio, por lo que corresponde establecer en esta sentencia si las conductas imputadas a CCT constituyen un abuso de dicha posición susceptible de reproche al tenor de lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211;

Decimoséptimo: Que respecto de las conductas imputadas tanto por el Sr. Fiscal Nacional Económico como por Philip Morris, a continuación se analizará la prueba rendida respecto de cada una de ellas, comenzando por las que dicen relación con el denominado canal de distribución *high trade*, para posteriormente hacerlo respecto de las que habrían sido cometidas en el denominado canal *low trade*;

Decimoctavo: Que en lo tocante al canal denominado como *high trade* –cuya definición se consigna en la parte expositiva de esta sentencia–, las denuncias de las actoras dicen relación con cláusulas contractuales de arrendamiento de derechos o de espacios publicitarios suscritos por CCT con puntos de venta, que habrían tenido la aptitud o el efecto de impedir o entorpecer la publicidad, promoción, exhibición y venta de los productos de la competencia, infringiendo,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con ello, en versión de la FNE y de PM, prohibiciones contenidas en la Sentencia N° 26/2005 y en el artículo 3° del D.L. N° 211, específicamente lo dispuesto en su literal b);

Decimonoveno: Que, en primer término, parte de las conductas que fueron juzgadas, prohibidas, sancionadas con multa y dejadas sin efecto en la sentencia aludida en el razonamiento anterior, fueron aquellas estipulaciones contenidas en los contratos de exclusividad señaladas en las consideraciones decimoctava y vigésimo primera del fallo en cuestión. El tenor literal de algunas de las estipulaciones prohibidas exigía a los co-contratantes de CCT del canal *high trade*, exclusividad de “*publicidad, exhibición, marketing y degustación*” de cigarrillos elaborados por dicha compañía y comercializados en el local respectivo;

Vigésimo: Que tal como se consignó en la consideración décimo novena de la Sentencia 26/2005, este Tribunal consideró que el conjunto de exclusividades pactadas a esa fecha producía el efecto de impedir la venta de cigarrillos de la competencia de CCT o, a lo menos, su exhibición en determinados locales, impidiendo a los consumidores saber que la oferta de venta de cigarrillos comprendía, en dichos locales, los de marcas distintas a CCT;

Vigésimo primero: Que, así las cosas, el Tribunal razonó en la consideración citada precedentemente y de acuerdo con los antecedentes del proceso respectivo, que en los locales donde también existía publicidad de PM los consumidores sabían que, además de cigarrillos CCT, podían comprar los de aquella compañía. Por esa razón, tal como consignó en la consideración vigésima de la Sentencia 25/2006, este Tribunal alcanzó la convicción de que el conjunto de las condiciones de exclusividad pactadas en los contratos de CCT constituía, en los hechos, “*una limitación objetiva a la venta y comercialización de cigarrillos Philip Morris, circunstancia que obstaculiza la competencia en el mercado en cuestión y adquiere la connotación de barrera estratégica a la entrada que permite a CCT mantener su predominio en dicho mercado*”;

Vigésimo segundo: Que conforme con lo reseñado, la Sentencia 26/2005 prohibió la suscripción de contratos que incluían cláusulas por medio de las cuales los puntos de venta del *high trade* pactaban un conjunto de exclusividades en favor de CCT, además de contemplar incentivos económicos condicionados a la participación de los productos de Chiletabacos en sus ventas de cigarrillos y que, en la práctica, constituían restricciones verticales ilícitas por sus efectos exclusorios. La exclusividad de publicidad era una de estas restricciones, pues formaba parte de un conjunto de pactos que, a su vez, potenciados los unos con

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los otros, producían efectos anticompetitivos que entorpecían o derechamente impedían la exhibición o venta de productos de la competencia de CCT;

Vigésimo tercero: Que, adicionalmente, en el fallo en cuestión se prohibió en general a CCT que, en lo sucesivo, impidiese o entorpeciese en los hechos, por medio alguno, la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta denominados *high trade*;

Vigésimo cuarto: Que, en consecuencia y atendido lo denunciado por las partes, corresponde examinar si de los antecedentes que obran en el proceso puede tenerse por acreditado que Chiletabacos suscribió acuerdos con puntos de venta que importaron pactos de exclusividad en materia de publicidad, exhibición, *marketing* y degustación con posterioridad al día cinco de agosto de dos mil cinco, fecha en la que la Sentencia 26/2005 fue notificada a los representantes de dicha compañía y en la que, por lo tanto y conforme lo dispone el artículo 26, inciso final del D.L. N° 211, comenzó a surtir efectos. Lo anterior, con el objeto de apreciar (i) si concurren los requisitos necesarios para determinar el posible incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Sentencia N° 26/2005 por parte de la denunciada; o, (ii) si la suscripción de tales contratos en los hechos ha impedido o entorpecido -efectiva o potencialmente- la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta del canal de distribución denominados *high trade*;

Vigésimo quinto: Que respecto del primer punto signado con la letra (i) en la consideración precedente, obra en autos -a fojas 20 del cuaderno de documentos de CCT- y fue exhibido en el proceso, según consta a fojas 759, el modelo de contratos que dicha compañía suscribió -en reemplazo de los tenidos en consideración en la Sentencia 26/2005- con los representantes de distintos puntos de venta que componen el llamado canal *high trade*. En este modelo de contrato se aprecia que, con posterioridad a la sentencia aludida, se eliminaron las cláusulas consideradas ilícitas en ella, las que fueron reemplazadas por otras que establecieron un arrendamiento de derechos publicitarios. Estos derechos publicitarios, conforme el tenor del modelo de contratos acompañado en autos, incluyen la realización por parte de CCT de "*actividades promocionales*" en dichos puntos de venta. Textualmente, la estipulación en cuestión 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*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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”;

Vigésimo sexto: Que puede razonablemente interpretarse del tenor de estos contratos que lo que CCT puede estar adquiriendo a cambio de una remuneración para el local de venta es el uso de todo el espacio disponible en dicho local para la publicidad visual, toda vez que no existen cláusulas destinadas a especificar, al menos en los modelos de los contratos que obran en el proceso, la extensión precisa del espacio contratado;

Vigésimo séptimo: Que, adicionalmente, según consta en los anexos de contratos que rolan a fojas 4068, 4079, 4087, 4111, 4137, 4152, 4160, 4106, 4186, 4216, 4293, 4353, 4484, 4502, 4627, 4671, 4702, 4710, 4622, 4730, 4731, 4802, 4803, 4807, 4808 y 4840, del cuaderno de documentos exhibidos por Chiletabacos en estos autos, es frecuente que el espacio publicitario arrendado sea todo el disponible en un local determinado, o todo el destinado, en el punto de venta, a la instalación de dispensadores o cigarreras para exhibir los cigarrillos y que son utilizados comúnmente para instalar los mensajes publicitarios. Estos elementos agotan en muchas ocasiones el espacio que, como se verá más adelante, la ley vigente, luego de su modificación en el año 2005, permite destinar a la publicidad en los puntos de venta. Entonces, lo que en los hechos se está pactando, en esos casos, es un derecho exclusivo de CCT de realizar publicidad y promoción en los locales comerciales de que se trata. Lo anterior se ve corroborado por las fotografías acompañadas por Philip Morris a estos autos en su presentación de fojas 822;

Vigésimo octavo: Que el modelo de contrato señalado contempla la posibilidad de ponerle término, conforme se establece en su Cláusula Sexta. Al efecto, se estipulan en ella dos causas de término: la primera, por incumplimiento de alguna de las partes, que es del siguiente tenor: *“Si una de las partes incumple el presente contrato, la otra parte podrá solicitar el término del mismo, a través del envío de una carta certificada al domicilio del incumplidor, debiendo la parte incumplidora indemnizar de los perjuicios sufridos a la parte cumplidora, perjuicios que las partes acuerdan limitar al doble de la suma establecida en la cláusula segunda del presente instrumento, sea que la parte incumplidora sea CCT o EL CLIENTE”;* y, la segunda, por el ejercicio de la potestad unilateral de una parte, que es del siguiente tenor: *“Cualquiera de las partes podrá, además, transcurridos*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que sean los dos primeros trimestres de vigencia de este convenio, terminar unilateralmente el presente contrato, en cualquier momento durante el resto de su vigencia, sin expresión de causa, terminación que producirá efectos transcurridos 30 días desde el envío de una carta certificada dirigida a la otra parte, dándole noticia del ejercicio de esta potestad, en cuyo caso la otra parte no tendrá derecho a exigir indemnización de perjuicios de ninguna naturaleza, salvo en caso que la terminación sea solicitada por EL CLIENTE, en cuyo caso EL CLIENTE deberá restituir la proporción de la suma recibida por causa de este instrumento según la fecha que le resta a la vigencia del presente convenio". Adicionalmente, establece de manera expresa que sus estipulaciones no constituyen en modo alguno una limitación para la exhibición o venta de productos de la competencia, elemento este último que explícitamente se eleva al carácter de esencial en el contrato;

Vigésimo noveno: Que atendido lo anteriormente expuesto, y desde el punto de vista de su literalidad, este Tribunal considera que, *prima facie*, estos acuerdos no constituirían una transgresión a lo prohibido por la Sentencia N° 26/2005, en el sentido de que en su letra no impiden la exhibición de productos de otras marcas, ni consideran la eventual entrega de incentivos económicos en función de ventas. Además, contemplan cláusulas que permiten la salida anticipada de las partes del acuerdo sin indemnización;

Trigésimo: Que en lo relacionado con el punto signado con el literal (ii) de la consideración vigésimo cuarta, cabe analizar ahora los efectos actuales o potenciales de estos contratos de arrendamiento de derechos publicitarios en el mercado relevante definido en esta sentencia, para lo cual se examinarán -apreciados conforme a las reglas de la sana crítica- los medios de prueba y los indicios o antecedentes que obran en el proceso y que, en concepto de estos sentenciadores, sean aptos para establecer o desvirtuar los hechos pertinentes, según lo que estatuye el artículo 22 inciso segundo del D.L. N° 211;

Trigésimo primero: Que primeramente debe tenerse presente que, con la entrada en vigor de la Ley N° 20.105 el día 14 de agosto de 2006, la publicidad visual del tabaco se restringió significativamente, circunscribiéndose ésta sólo al interior de los locales de venta y en superficies que -en total- no superen los dos metros cuadrados, incluyendo en dicha superficie la respectiva advertencia del daño para la salud que produce fumar;

Trigésimo segundo: Que debe tenerse presente que el artículo 2° de la citada Ley N° 20.105 define "Publicidad del tabaco" como "*Toda forma de promoción, comunicación, recomendación, propaganda, información o acción con*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el fin o el efecto de promover un producto hecho con tabaco o el consumo de tabaco". Asimismo, en su artículo 6°, inciso final, señala "Los avisos publicitarios en los lugares de venta no podrán ser superiores a dos metros cuadrados y la advertencia confeccionada en los términos de este artículo deberá ocupar el 50% del aviso";

Trigésimo tercero: Que, conforme a las normas citadas, este Tribunal estima que la mera presentación del producto -en términos razonables- en estanterías, sobre el mesón o en cigarreras, a fin de alertar al consumidor de que dicho producto está disponible en ese local comercial, no constituye un aviso publicitario o publicidad, y que dicha presentación, en cambio, corresponde a su sola exhibición, la que no está limitada al espacio disponible para publicidad de conformidad a la ley y no estaría impedida por las cláusulas establecidas en los contratos de arrendamiento de espacios de publicidad suscritos por CCT y los puntos de venta;

Trigésimo cuarto: Que en el contexto de la fuerte limitación legal a la publicidad señalada, el valor de los espacios al interior de los locales pasó a ser aún más significativo que antes de la dictación de la Ley N° 20.105, pues las empresas productoras y comercializadoras de cigarrillos no tienen ahora alternativa para dar a conocer sus productos a los consumidores y promocionarlos con el fin de ingresar al mercado o aumentar su participación en él, tal como se indica en el informe económico denominado "*Análisis Competitivo de las Prácticas Comerciales de la Compañía Chilena de Tabacos*", acompañado a estos autos por Chiletabacos a fojas 734, y como otros antecedentes de autos reafirman (por ejemplo, las actas notariales de fojas 2332 y 2333);

Trigésimo quinto: Que, en efecto, el informe acompañado por la propia demandada de autos a fojas 734, indicado en el razonamiento anterior, señala que "*[l]as nuevas limitaciones introducidas por la ley del tabaco en el año 2006, pueden justificar la aplicación de un estándar más estricto al momento de evaluar los contratos de publicidad en el mercado del tabaco, respecto al resto de las industrias. En efecto, si la publicidad es posible de realizarse en ciertos lugares -locales de venta- y en dimensiones limitadas, como es el caso de la publicidad visual, entonces el contar con esos espacios se hace más valioso para las firmas. Una empresa que desee ingresar o crecer en este mercado, no tendrá otras alternativas para promocionar sus productos que no sean los espacios permitidos por la ley*";

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo sexto: Que en consecuencia, el espacio físico en los puntos de venta para realizar publicidad visual resulta esencial en este mercado, pues la publicidad es una dimensión muy relevante de competencia en la industria. En consecuencia, dado que las restricciones legales expuestas en los razonamientos precedentes implican que dicho espacio sea limitado y no reproducible, CCT -empresa que, como se dijo, cuenta con un gran poder de mercado-, tiene claros incentivos para utilizar parte de las rentas que su posición de mercado le proporciona para acaparar estos espacios por motivos distintos a los meramente comerciales. En efecto, razones estratégicas pueden impulsar a la requerida a concentrar estos espacios para erigir barreras artificiales a la entrada de eventuales competidores y así mantener o incrementar su posición dominante;

Trigésimo séptimo: Que es entonces en este marco de ideas en el que debe ser analizada tanto la forma en que dichos contratos han sido aplicados en la práctica como los efectos que dicha aplicación ha tenido;

Trigésimo octavo: Que, en primer término, a juicio de este Tribunal resulta relevante discernir la manera en que las cláusulas de arrendamiento de derechos publicitarios que se han venido analizando han sido percibidas y entendidas por quienes administran los locales en que se aplican, pues dicha práctica resulta un indicador importante de los efectos que ellas producen en la competencia en el mercado;

Trigésimo noveno: Que, al respecto y a modo ejemplar, a fojas 3243 rolan copias de los correos electrónicos intercambiados entre don Rodrigo Ramírez Sánchez, ex gerente de operaciones de Masterline S.A. (Enjoy) y don Jorge Salazar, ejecutivo de marketing de PM. Estas comunicaciones dan cuenta de que, al mes de noviembre del año 2007, Masterline S.A. (Enjoy) tenía un contrato firmado con Chiletabacos cuya vigencia expiraba a fines del año 2008 y que, con independencia del contenido literal de tal contrato, en los hechos el señor Ramírez entendía que tal contrato le impedía exhibir y comercializar productos de la competencia, es decir, productos PM. Ello, a pesar de que los contratos que ligaban a las partes mencionadas, y cuyas copias rolan a fojas 3766, 3774, 3776 y 4205 de autos, no estipulaban exclusividad de exhibición o venta;

Cuadragésimo: Que, en efecto, las referidas comunicaciones son del tenor que se reseña a continuación: el representante de Philip Morris escribió al de Enjoy el día 05 de noviembre de 2007: *“Hola Rodrigo como estas. Estoy a la espera de que me envíes la información de las actividades de verano y el aniversario para que empecemos a trabajar con el tema y lo cerremos lo antes*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posible. Saludos Jorge Salazar". A lo anterior, el personero de Enjoy respondió el día 24 de noviembre de 2007: *"Jorge: el acuerdo con Chiletabacos y por un error mío, en la lectura del contrato, se extiende hasta fin del año 2008, por lo que las acciones conversadas no podrán efectuarse por ahora. Te saluda atentamente, Rodrigo Ramírez Sánchez"*. A su turno, el representante de Philip Morris escribió al de Enjoy el día 03 de diciembre de 2007: *"Hola Rodrigo: El contrato que tienes actualmente con Chiletabacos es de exclusividad y no deja vender productos, ni exhibir, ni publicitar nada nuestro o de otras marcas? O la exclusividad que tiene es sólo para realizar actividades dentro del Enjoy del Mar. Si no es así me gustaría que te visitara un vendedor para poder vender productos Philip Morris... Esperando tu respuesta. Saludos. Jorge Salazar"*. A esto, el personero de Enjoy respondió al de Philip Morris el día 3 de diciembre de 2007: *"Jorge: no tenemos contrato firmado, es un acuerdo verbal en que no debiéramos hacer nada con otra marca de cigarrillos. Atte. Rodrigo Ramírez Sánchez"*.

Cuadragésimo primero: Que, sin embargo, contrastan con los correos electrónicos citados en la consideración precedente el documento de fojas 3764, consistente en un certificado emitido por Enjoy Gestión Ltda., con fecha 23 de diciembre de 2010, y el correo electrónico enviado por el representante de Enjoy, don Rodrigo Ramírez Sánchez a la apoderada de PM en estos autos. El certificado citado señala en su punto 2° lo siguiente: *"Al 3 de diciembre de 2007, las empresas AM Gestión S.A. y Masterline S.A., tenían vigente contratos de arriendo de derechos publicitarios con Comercial Chiletabacos S.A. Conforme con dichos contratos, Comercial Chiletabacos S.A. arrendaba para si los derechos publicitarios para el rubro cigarrillos, puros y tabacos. De acuerdo con lo anterior, a esa fecha, en locales o puntos de venta de cigarrillos a cargo de Masterline S.A. y AM Gestión S.A., entre los que se encontraban los de Enjoy de Viña del Mar, no se desarrollaban actividades publicitarias o de promoción por otras empresas del rubro cigarrillos, puros y tabacos. Dichos contratos estuvieron vigentes hasta el 31 de diciembre de 2007 y hasta el 31 de enero de 2008, respectivamente. A esa fecha no había otros contratos vigentes entre empresas del grupo Enjoy y Comercial Chiletabacos S.A. y sus relacionadas"*. A continuación, indica en el punto 3°: *"Entre el año 2006 y la fecha de este certificado ninguna empresa del grupo Enjoy se ha visto impedida, por un contrato o acuerdo escrito o verbal, o de ninguna otra manera, de vender y/o exhibir cigarrillos de empresas distintas de Comercial Chiletabacos S.A. Cuando no se ha hecho dicha venta y/o exhibición se ha debido a una decisión autónoma adoptada en base a razones estrictamente comerciales"*. Por su parte, en el correo electrónico citado, el ahora ex-personero de Enjoy escribió el día 26 de noviembre de 2010: *"Estimada señora Pavic, al leer*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los emails que me adjunta, me informo que efectivamente Enjoy a diciembre de 2007 se encontraba impedido por tener un acuerdo con Chiletabacos, de autorizar promociones de marcas de cigarrillos de empresas proveedoras distintas a las de Chiletabacos, desconozco realmente si ese acuerdo era verbal o escrito. En todo caso la lectura de los emails enviados tienen una confusión, ya que Enjoy no tenía exclusividad ni prohibición de vender cigarrillos de otras marcas, ni de exhibir los mismos. Por ello le confirmo que no tengo inconvenientes en realizar alguna declaración que confirme que a fines del 2007 no se cerró negociación con Philip Morris en términos de desarrollar promociones de esta empresa en locales Enjoy, porque existía exclusividad con Chiletabacos pero aclarando que la exclusividad se refería únicamente a la promoción". Este último correo electrónico da cuenta inequívoca de que las cláusulas de los contratos en cuestión eran interpretadas, por la administración de Enjoy, a lo menos, como de exclusividad publicitaria;

Cuadragésimo segundo: Que, por otra parte, a fojas 6362 rola la transcripción de la declaración del testigo don Jae Nam Lee, propietario de dos *minimarkets*, citado de oficio por este Tribunal, quien dijo haber tenido un contrato de exclusividad con CCT entre los años 2007 y 2008, en razón del cual recibió pagos de dicha compañía ascendentes a 300 ó 400 mil pesos anuales, a condición de no vender cigarrillos de Philip Morris, lo que habría sido reforzado en conversaciones con el vendedor de CCT. En efecto, este testigo, frente a la pregunta de la Fiscalía Nacional Económica en cuanto a que si, en virtud del contrato que tenía con CCT, sólo podía vender productos Chiletabacos y ninguna otra marca, el testigo respondió que "sí". Interrogado por la FNE en cuanto a si recibía un pago anual en dinero, el testigo también respondió que "sí". Respecto del monto anual y a cuánto ascendía éste, el testigo declaró: "*trescientos o cuatrocientos mil pesos, más o menos*". Interrogado respecto de si esa cantidad fue siempre la misma o varió y cuál fue el monto del último pago, el testigo declaró: "*trescientos algo, recuerdo*";

Cuadragésimo tercero: Que en todo caso, y dado que el contrato en cuestión suscrito entre CCT y el distribuidor Jae Nam Lee el 1 de septiembre de 2007 (rolante a fojas 106 del cuaderno de documentos confidenciales acompañados por la FNE a fojas 1246) no contempla cláusula de exclusividad de exhibición o venta, ni pagos por dicho concepto, este Tribunal estima que la percepción del testigo de tener tal deber de exclusividad no proviene de dicho contrato, sino de convenciones verbales que modificaban el contenido de dicho contrato, o de conductas materiales realizadas por los dependientes de CCT que se relacionaban con dicho testigo. No obstante lo anterior, la declaración del testigo no permite establecer la fecha en que habrían acaecido tales conductas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

materiales; en especial, aquellas vinculadas a los pagos anuales que CCT le habría hecho por no vender cigarrillos de Philip Morris;

Cuadragésimo cuarto: Que, adicionalmente, en el cuaderno de documentos reservados de la Fiscalía Nacional Económica, acompañados a fojas 10 y siguientes del expediente principal, obran 49 actas que contienen declaraciones realizadas en presencia de un notario, fechadas entre los días 23 y 24 de mayo de 2008. En algunas de estas actas, distintas personas que se desempeñaban en puntos de venta del canal *high trade* declaran no “vender” productos de la competencia de Chiletabacos en la época consignada en las actas respectivas, precisamente en razón de mantener con dicha empresa acuerdos de “*exclusividad*” que lo impiden. Así, por ejemplo, consta en las actas notariales de fojas 41, de fecha 23 de mayo de 2008, 44, de fecha 24 de mayo de 2008, y 45, también de fecha 24 de mayo de 2008, cuyas versiones públicas se encuentran agregadas a fojas 629, 631 y 633 del expediente principal; todas ellas correspondientes a administradores de distintos *pubs* y restaurantes del sector oriente de Santiago, y todos del referido segmento *high trade*;

Cuadragésimo quinto: Que, sin embargo, existen otras actas notariales de las mismas fechas en el cuaderno mencionado en el razonamiento anterior, que dan cuenta de que otras personas, que se desempeñaban en labores similares, parecían entender -a juicio de este Tribunal- que los acuerdos de “*exclusividad*” suscritos con Chiletabacos no les impedían “vender” productos de la competencia de dicha compañía, sino que solamente no les permitían realizar actividades “*promocionales*” de tales competidores en sus locales. Es el caso de quien es identificado a fojas 42 como administrador de un *pub*-discoteca del sector oriente de Santiago en el acta de fecha 24 de mayo de 2008, cuya versión pública fue acompañada a fojas 630 del cuaderno principal, y de quienes son identificados a fojas 41 y 43 como administradores de dos *pubs*-restaurantes de la misma zona en las actas de fecha 23 y 24 de mayo de 2008, respectivamente, cuyas versiones públicas se acompañaron a fojas 629 y 631 del cuaderno principal;

Cuadragésimo sexto: Que, a su turno, en el cuaderno de documentos reservados de Philip Morris -acompañado a fojas 558- corren las actas notariales de fecha 16 de octubre de 2008 (fojas 62, 63 y 64); de fecha 29 de octubre de 2008 (fojas 72); de fecha 11 de noviembre de 2008 (fojas 73); y de fecha 20 de mayo de 2009 (fojas 79), que también dan cuenta de que los comerciantes a que se refieren dichas actas han suscrito acuerdos con CCT y que entendían en las fechas respectivas que, en razón de tales contratos, no podían comercializar productos de la competencia de dicha compañía;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo séptimo: Que a fojas 4123 y siguientes consta la declaración testimonial del gerente de “*non food*” de la cadena OK Market, don Petar Rendic Farías, quien expuso que los contratos de arriendo de espacios de publicidad suscritos con CCT no contienen estipulaciones que impidan vender cigarrillos de su competencia;

Cuadragésimo octavo: Que, por su parte, en el mismo sentido, el gerente general de Arco Prime Limitada, don Leonardo Ljubetic, declaró en el proceso a fojas 2893 y siguientes que los contratos que contienen estipulaciones de “*arriendo de espacios de publicitarios y de promoción*”, firmados con CCT para los locales Pronto y Punto Copec, no impedían exhibir y vender productos de la competencia y que el hecho de que esa cadena no vendiera cigarrillos Philip Morris era producto de razones netamente comerciales;

Cuadragésimo noveno: Que, sin embargo, existen antecedentes en autos que dan cuenta de que, con posterioridad a esa fecha, en algunos de los locales Pronto Copec y Punto Copec persistía el convencimiento de que un “*convenio de exclusividad*” con CCT impedía vender en ellos productos de la competencia. Así, por ejemplo, en el acta notarial de fecha 14 de julio de 2010, rolante a fojas 2361, se consigna lo expresado por don Marcelo Zelada, administrador del establecimiento Pronto Copec ubicado en Avenida Presidente Riesco esquina Manquehue, comuna de Las Condes: “[*n*]o podemos comprar, tenemos contrato de exclusividad con Chiletabacos, por eso no comercializamos ni exhibimos productos Philip Morris, cualquier solicitud debe ir a la central”. En el mismo sentido pueden citarse las actas notariales de fecha 29 de octubre de 2008 que rolas a fojas 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69 y 71 del cuaderno de documentos reservados de Philip Morris acompañado a fojas 558 y el acta notarial de fojas 2361;

Quincuagésimo: Que de la valoración de los antecedentes consignados en las consideraciones trigésimo octava a cuadragésimo novena, precedentes, es posible colegir, a juicio de este Tribunal, que algunos operadores de los puntos de venta del canal *high trade*, o al menos quienes los administran o se desempeñan en ellos, han actuado bajo la creencia de que la suscripción de los acuerdos de arrendamiento de espacios publicitarios en análisis conllevaba la prohibición de exhibir o vender productos de la competencia de Chiletabacos. Sin embargo, no existen antecedentes en el proceso que den cuenta de que esta creencia se debiera a motivos distintos de una errónea apreciación de los efectos de tales contratos por parte de las co-contratantes de la requerida y demandada de autos,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contratos que, como se ha visto, en su tenor literal no impedían en modo alguno la exhibición o venta de productos de la competencia de CCT;

Quincuagésimo primero: Que lo anterior se ve reforzado por otros antecedentes que obran en autos, tales como la declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica en el marco de la investigación que realizó dicho servicio y que originó el requerimiento de autos, por el representante legal de una sociedad comercial cuya declaración rola a fojas 157 y siguientes del tomo II.I de dicha investigación, acompañada bajo confidencialidad en la presentación de fojas 1246 de estos autos, y cuya versión pública fue agregada a fojas 1914. También puede citarse la declaración prestada en la investigación de la Fiscalía Nacional Económica por el propietario de una importante cadena de puntos de venta del canal *high trade*, cuya versión pública rola a fojas 158 a 160 del cuaderno de versiones públicas de documentos confidenciales del proceso investigativo de esa repartición, N° 771-06. Esta declaración fue contradicha posteriormente en el proceso de autos como se consignó en la consideración cuadragésimo séptima. Sin embargo en el acta notarial de fojas 3739, levantada el 24 de marzo de 2010, un trabajador de local de la misma cadena antes referida, luego de expresar que no comercializa cigarrillos producidos por la demandante de autos, señala textualmente lo siguiente: “...*que existe convenio exclusivo con Chile Tabacos no trabajan Philip Morris...*”. Por último, el informe acompañado por la propia requerida a fojas 2243 da cuenta de que sólo 12 de 93 puntos de venta que celebraron contratos de publicidad con CCT vendían productos de su competencia en el momento en que fue elaborado el estudio respectivo, que data de julio de 2010;

Quincuagésimo segundo: Que también relacionado con los efectos de las convenciones que se han venido analizando, cabe señalar existen antecedentes en autos indicativos, a juicio de estos sentenciadores, de las dificultades que enfrenta la competencia de CCT para ingresar a canales de distribución donde existen acuerdos que en los hechos constituyen pactos de exclusividad de publicidad o de publicidad preferente contratados por la requerida;

Quincuagésimo tercero: Que así por ejemplo obran en el expediente comunicaciones electrónicas remitidas por PM a Arco Prime Ltda., con el objeto de abrir este canal a la exhibición y publicidad de sus productos. Al respecto pueden citarse (i) la fechada el 23 de enero de 2006, en la que se ofrece la cantidad de US\$17.038 por la celebración del contrato, considerando sólo 4 *facing* de exhibición y sin publicidad; (ii) la de 17 de febrero de 2006, en que se ofrece un monto aproximado de US\$1.200.000 –en promedio, cerca de UF 50 por local- y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

considera sólo 10% de exhibición y sin publicidad; y, (iii) la de 23 de junio de 2009, en que se realizó una propuesta comercial que abarcaba los años 2009 a 2011, y que consideraba “4 *facings* o sólo un 10% de exhibición”. Los correos electrónicos y propuestas comerciales indicadas fueron acompañadas al proceso a fojas 4536. Por su parte, también cabe consignar que los contratos suscritos por Arco Prime y CCT en febrero de 2006 y en enero de 2009 incorporan pagos a la primera por arriendo de espacios publicitarios y de exhibición, cuyo monto anual correspondía a UF 90 por local Punto y UF 490 por local Pronto de acuerdo con el informe rolante a fojas 5547, más un monto fijo adicional, por una sola vez, tal como consta en los contratos exhibidos a fojas 759 y siguientes y que rolan a fojas 42 y siguientes del cuaderno de documentos reservados de CCT, acompañado a fojas 2388, que contiene un DVD con copias digitalizadas de los documentos exhibidos;

Quincuagésimo cuarto: Que, en otro orden de cosas y también como indicio de los efectos de la aplicación de las cláusulas en análisis sobre las ventas de PM, consta a fojas 777 que Philip Morris había instalado material de exhibición o publicidad sólo en 3.736 puntos de venta de un total de 60.000 a nivel nacional (es decir, en un 6,2% de este total), entre los años 2007 y 2010; en tanto que en los casos en que PM disponía de espacio para exhibición o publicidad para sus productos, y de los cuales se dispone de información en el expediente, su participación sobre las ventas totales de cigarrillos por local superó su participación respecto de la que tenía en el total del mercado. Así, por ejemplo, en las tiendas de conveniencia ligadas a Shell, entre 2006 y 2011, PM aumentó sus ventas desde un 1% a un 11,9%. En el caso de las tiendas ligadas a ESSO (hoy Petrobras), la exhibición implicó un aumento de ventas desde un 3,5% en 2008 a más de un 11% en 2010. En el caso de la cadena Terpel, la posibilidad de exhibir sus productos permitió a PM alcanzar entre 2008 y 2010 una participación superior al 8,3% de las ventas;

Quincuagésimo quinto: Que, por su parte, a fojas 545 y siguientes corre el estudio “*Evaluación de las condiciones de comercialización de cigarrillos del High Trade del Gran Santiago*”, el que concluye que Chiletabacos detenta el 92% de la superficie destinada a la exhibición y publicidad, mientras que Philip Morris exhibe y publicita de manera relevante en el 8% de la superficie de los puntos de venta incluidos en el trabajo, a enero de 2008. Por su parte, la exhibición de las cajetillas de PM no ocurre en más del 2,2% del número total de puntos de venta analizados. Agrega el estudio que, en un 14% de los puntos visitados para su elaboración, los cigarrillos de Philip Morris se venden sin exhibición o “bajo el mesón”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo sexto: Que, así las cosas, la estrategia de CCT de pagar por concepto de publicidad y promoción de sus productos en los locales comerciales que venden cigarrillos en el canal de distribución denominado *high trade*, copando en los hechos, en muchos casos, el limitado espacio que para ello puede disponerse, dadas las crecientes restricciones específicas que enfrenta esta industria en materia de publicidad y la posibilidad de que los contratos involucrados sean interpretados como acuerdos de exclusividad de exhibición y venta por parte de los distribuidores minoristas, ha aumentado y aumenta, a juicio de este Tribunal, los costos de entrada y expansión de sus rivales y, por lo tanto, constituye una restricción vertical que tiene la aptitud de generar efectos exclusorios, susceptibles de ser aprovechados por CCT para mantener o incrementar en forma ilícita su elevado poder de mercado, afectando de este modo el bienestar de los consumidores. Una conclusión similar es expuesta en el informe económico denominado *“Análisis económico de los contratos celebrados por Compañía Chilena de Tabacos S.A. con establecimientos del tipo “high trade” o estratégicos”* acompañado por Philip Morris a estos autos a fojas 5547;

Quincuagésimo séptimo: Que cabe considerar que en el informe citado precedentemente se cuestiona -por ejemplo- el sentido económico que podría tener el contrato publicitario celebrado por la requerida con el distribuidor mayorista “Fruna” (cuya copia rola a fojas 1123, y es idéntico a los que se han venido analizando), toda vez que esta última es una empresa de distribución mayorista que no tendría como negocio principal el atender a consumidores finales directamente, por lo que no existiría justificación para el pago de \$168.000.000 anuales desde 2005 -y \$185.000.000 desde 2009- por concepto de derechos de publicidad. Sin embargo, no obran en el expediente antecedentes que permitan establecer fehacientemente si este contrato tiene un propósito exclusorio de competidores, aun cuando existen indicios de que podría tener efectos en tal sentido, por ejemplo, de acuerdo al tenor de las actas notariales que rolan a fojas 2363 y 2364;

Quincuagésimo octavo: Que, adicionalmente, este Tribunal considera que el efecto que la publicidad tiene sobre la demanda en el mercado de los cigarrillos no es necesariamente el mismo para los distintos oferentes que participan en él, especialmente porque los productos de CCT son ampliamente conocidos y consumidos por los fumadores en Chile, en un contexto en el cual las marcas de cigarrillos generan lealtad en los consumidores, como se explica en el informe agregado a fojas 1740. Así, la publicidad y promoción que haga esta compañía está fuertemente destinada a mantener su elevada participación de mercado. Sus competidores, en cambio, deben lograr que sus productos sean reconocidos por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los consumidores y que éstos cambien sus preferencias para ganar participación de mercado;

Quincuagésimo noveno: Que, por otra parte, lograr revertir las preferencias del público habría sido más fácil para los competidores de CCT de no mediar la dictación de la Ley N° 20.105 ya citada, que por razones de salud pública limitó fuertemente las posibilidades de dar a conocer y promover sus productos a los consumidores y que entró en vigor muy poco después de dictada la Sentencia 26/2005, tantas veces citada, la que sancionó y prohibió prácticas exclusorias y contribuyó así a reducir algunos importantes costos de entrada que debían soportar las compañías competidoras de Chiletabacos;

Sexagésimo: Que, en concepto de estos sentenciadores, si bien aquellas cláusulas contractuales que importen exclusividad publicitaria no deben ser consideradas en general como anticompetitivas, sino 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. Precisamente por el hecho de que la única posibilidad que tienen en Chile las tabacaleras es la de hacer publicidad en los locales de venta a público -y con las muy importantes restricciones legales antes referidas- uno de esos casos es el de los contratos de los que se ha venido hablando;

Sexagésimo primero: Que, entonces, aun cuando no sea posible para este Tribunal distinguir, a partir de los antecedentes que obran en el expediente de este proceso, si la no exhibición y venta de productos de la competencia de CCT en algunos puntos de venta del canal *high trade* es consecuencia únicamente de contratos que contienen cláusulas de arrendamiento de derechos o espacios publicitarios que pueden importar en los hechos exclusividad en la publicidad y promoción, firmados con dicha compañía con posterioridad al fallo mencionado, o si son también resabios de conductas ya sancionadas en la Sentencia 26/2005 y que todavía ocasionan una suerte de comportamiento inercial de algunos comerciantes que mantienen la creencia de que están impedidos de comercializar productos que no sean de CCT o, por último, si se deben, en ocasiones, a razones meramente comerciales, el hecho es que, de acuerdo con todo lo que se ha venido razonando, para preservar la competencia en el mercado se hace necesaria la adopción de las medidas que se decretarán en la parte dispositiva de esta sentencia;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo segundo: Que en lo relacionado con la reprochabilidad de la conducta en análisis, cabe tener presente que, a juicio de este Tribunal, el especial deber de cuidado que impone a CCT en materia de competencia su calidad de cuasi monopolio, conduce a que le sean exigibles estándares mayores que a los otros agentes en lo concerniente a la conducta competitiva que debe observar en el mercado respectivo;

Sexagésimo tercero: Que, sin perjuicio de lo anterior, para este Tribunal resulta relevante a la hora de determinar la magnitud de la negligencia que incide la determinación de la responsabilidad infraccional de CCT por haber suscrito los convenios de los que se trata, que dicha empresa presentó para la aprobación previa por parte de la Fiscalía Nacional Económica el borrador de los mismos, y que su contenido no fue objetado por dicho servicio público, por cuanto de su solo tenor literal éste no pudo ni podría haber apreciado sus posibles efectos contrarios a la libre competencia. En consecuencia, el beneplácito de la autoridad persecutora en materia de defensa de la competencia al borrador de los contratos en cuestión pudo, con una alta probabilidad, haber contribuido a generar en la denunciada una confianza legítima respecto de que tales convenciones se ajustaban a derecho y que, por tanto, no podían ser consideradas, en sí mismas, como infracciones al D.L. N° 211, lo que fortalecería, en principio, la presunción de buena fe de su actuación;

Sexagésimo cuarto: Que, en efecto, la Fiscalía Nacional Económica informó a este Tribunal con fecha 27 de junio de 2006 -como consta en el documento que rola a fojas 346 y siguientes- que, a juicio de ese organismo, el borrador de los contratos en cuestión –que, como se dijo, fue sometido a su fiscalización *ex ante* por la denunciada de autos- se trataba de un convenio de exclusividad publicitaria no proscrita por la Sentencia 26/2005 (que sí prohibió su uso para evitar la exhibición de cigarrillos de la competencia) y que, en consecuencia, no podían considerarse contrarios a la libre competencia, *“...sin perjuicio del carácter permanente de las obligaciones impuestas a CCT por la Sentencia, de las atribuciones de los organismos pro competencia para velar por su cumplimiento constante y de lo que la ejecución práctica de la política comercial de CCT y del aludido convenio pueda develar”*. Este Tribunal tuvo presente lo informado por la FNE para efectos de lo dispuesto en el artículo 39 letra d) del D.L. N° 211 mediante resolución de 28 de junio de 2006, cuya copia rola a fojas 353 de autos. No obstante lo anterior, es preciso dejar asentado que el beneplácito de la FNE no es idóneo por sí solo para eximirse en términos absolutos de responsabilidad en esta sede, pues lo procedente para tal efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del D.L. N° 211, es solicitar a este Tribunal el ejercicio de la potestad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consignada en el artículo 18 N° 2 del mismo cuerpo legal y obtener un pronunciamiento favorable en la materia de que se trate;

Sexagésimo quinto: Que, entonces, si se pondera conjuntamente que la requerida (i) incluyó cláusulas referentes a la libertad de exhibición y venta de productos de la competencia, las que se elevaron expresamente al carácter de esenciales; (ii) estipuló cláusulas de salida del contrato sin indemnización; (iii) sometió previamente a la consideración de la autoridad fiscalizadora el borrador de los contratos en comento y obtuvo su beneplácito, es posible sostener que adoptó un actuar diligente. Sin embargo esta diligencia fue menor de la que es exigible a CCT a juicio de este Tribunal, dada su posición en el mercado y atendida la posterior promulgación de la Ley N° 20.105. En efecto, esta normativa no solo modificó las circunstancias en que se suscribieron estos pactos, otorgándoles la aptitud de generar efectos exclusorios de potenciales competidores de esa compañía si no que, además, hizo que razonablemente fuesen previsibles para Chiletabacos las eventuales consecuencias negativas que podían tener para la competencia en el mercado;

Sexagésimo sexto: Que, en suma, en atención a todo lo hasta este momento razonado, a juicio de este Tribunal las cláusulas de arrendamiento de derechos o de espacios publicitarios suscritas por CCT con diversos puntos de venta del canal de distribución *high trade*, que contractualmente o en los hechos - por la vía de arrendar el total del espacio publicitario disponible-, le otorgan exclusividad de publicidad o promoción a CCT y que, en ocasiones, incluso implican un impedimento para la exhibición y venta de los productos de su competencia, son convenciones que restringen o entorpecen la libre competencia en el mercado o, a lo menos, tienden a producir esos efectos, por lo que constituyen una infracción a lo dispuesto en el artículo 3°, letra b) del D.L. N° 211. Lo anterior, como consecuencia de: (i) las restricciones legales a la publicidad y promoción en la industria, impuestas pocos días después de notificada la Sentencia 26/2005; (ii) el significativo poder de mercado de CCT, que entrega incentivos a pagar más que eventuales competidores por espacios de publicidad en los puntos de venta, pues obtenerlos puede servir para erigir barreras artificiales a la entrada; (iii) la errónea interpretación que de estas cláusulas han hecho algunos comerciantes y que en ocasiones los ha llevado a aplicarlas de manera que restringen la exhibición y venta de productos de la competencia; y (iv) lo difícil que resulta para los consumidores cambiar las preferencias adquiridas en materia de cigarrillos, lo que aumenta los costos que para un entrante implica el intentar ganar participación de mercado, atendidas las restricciones a la que es,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

probablemente, una de las dimensiones de competencia más importantes en esta industria, esto es, la publicidad y promoción de los productos;

Sexagésimo séptimo: Que asimismo, y atendido lo expuesto en las consideraciones sexagésimo tercera a sexagésimo quinta, estos sentenciadores consideran que la negligencia de Chiletabacos no es de una entidad tal que amerite la imposición de una multa a beneficio fiscal pero si la adopción de las medidas que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3°, inciso primero, parte final del D.L. N° 211, se impondrán a CCT, en la parte dispositiva del fallo. Estas medidas serán aplicables únicamente para los casos en que dicha empresa ejecute o celebre 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, y son las siguientes: (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) CCT deberá abstenerse de realizar hechos, actos o convenciones destinados a impedir cualquier actividad promocional lícita, esto es, la realización por parte de sus competidores de actividades distintas a la instalación de avisos y cuyo objetivo sea dar a conocer o aumentar activamente las ventas de sus productos;

Sexagésimo octavo: Que, por último, respecto de los pactos de los que se ha venido hablando en el canal de distribución *high trade*, cabe señalar que la modificación voluntaria de las cláusulas de arrendamiento de derechos publicitarios para ser ejercidos en los espacios destinados para ello en los puntos de venta, vigentes al año 2009, de la que dan cuenta los documentos que rolan a fojas 594 y siguientes del cuaderno de documentos de Chiletabacos y los exhibidos en la audiencia de 27 de junio de 2010 -cuya acta rola a fojas 759 y siguientes- para transformarlos en contratos de arrendamiento de espacios “preferentes”, en los que explícitamente se declara que no impiden el arrendamiento de espacios publicitarios por parte de otros proveedores en los mismos puntos de venta, podría considerarse *prima facie* que constituyen un avance en relación con lo que se ha dicho respecto de los pactos que literalmente o *de facto* imponen exclusividad de publicidad en este mercado y que se han venido analizando;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo noveno: Que, sin embargo, en los hechos y tal como se expresó en el razonamiento vigésimo séptimo, igualmente puede ser copado por CCT -en aplicación de estos acuerdos de publicidad preferente- todo el espacio disponible para publicidad en los respectivos puntos de venta. Este espacio, que suele ser aquél en el que se instalan las cigarreras, se reduce, como se dijo y por mandato legal, a dos metros cuadrados al interior de los locales comerciales, uno de los cuales ha de destinarse a las advertencias sanitarias de rigor. En estos casos, los contratos modificados el año 2009, que pasaron a denominarse de “arrendamiento de espacios preferentes”, pueden también tener el efecto de constituirse, *de facto*, en acuerdos de publicidad exclusiva, por la sencilla vía de contratar todo el espacio legalmente disponible por local para hacer publicidad en esta industria;

Septuagésimo: Que, en efecto, hay antecedentes en autos respecto de la saturación de los espacios destinados a publicitar cigarrillos por las cigarreras -en la que suele instalarse publicidad visual- que la demandada entrega al comercio minorista. Es probable que en estos casos se hayan suscrito cláusulas contractuales que, dada la fecha de las actas -todas de 2010-, con una probabilidad alta corresponden a casos en los que se ha cambiado el pacto de arrendamiento de espacios publicitarios por cláusulas de arrendamiento de espacios “preferentes”. Al respecto, pueden citarse las actas notariales de fojas 3736, 3739, 3741, 3742, 3743, 3745, 3748, 3750, 3752 y 3755;

Septuagésimo primero: Que, para finalizar lo concerniente a conductas presuntamente realizadas en el canal de distribución denominado *high trade*, este Tribunal considera que no existen en autos elementos de prueba que justifiquen la existencia de pagos distintos de los realizados a comerciantes minoristas en virtud de cláusulas contractuales referidas a derechos o espacios para publicidad y exhibición -o de publicidad preferente en su caso-, y que hayan tenido por objeto impedir la exhibición y venta de productos de la competencia de la requerida y demandada de autos.

Septuagésimo segundo: Que por el contrario, del análisis de la prueba rendida en autos, especialmente de los contratos y facturas exhibidas en las diligencias cuyas actas rolan a fojas 759 y 801, y cuyas copias obran en el expediente, se puede concluir que la requerida ha efectuado pagos que encuentran su origen y justificación en contratos y convenios que contienen cláusulas de arrendamiento de derechos o espacios para publicidad y exhibición -o de *publicidad preferente*, en su caso-, todos los cuales también fueron exhibidos en autos, con las empresas Esso (Petrobras), Copec, D&S, Big John, Comercial Le Moustache Limitada, Sociedad Comercial Tobacco Store Limitada, Alimentos Fruna Limitada y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Alvi Supermercados Mayoristas S.A.. Estos pagos -tal como consta del informe denominado “*Cumplimiento política de créditos*” agregado a fojas 2243- están reflejados en las cuentas contables relacionadas con publicidad, promoción y *marketing* de Compañía Chilena de Tabacos y Comercial Chiletabacos S.A., del año 2006 en adelante, sin que existan antecedentes que den cuenta de pagos adicionales a los pactados en dichos contratos.

Septuagésimo tercero: Que por lo tanto, la acusación realizada en la demanda de PM respecto de la existencias de pagos de CCT con fines exclusorios en el canal denominado high trade, distintos a los que se derivan de las cláusulas relativas a publicidad, será desestimada;

Septuagésimo cuarto: Que corresponde ahora examinar la efectividad del segundo grupo de imputaciones realizadas por las actoras en contra de Chiletabacos, relativas a conductas presuntamente anticompetitivas que esta compañía habría llevado a cabo en el canal de distribución minorista, denominado *low trade*. Debe establecerse entonces si de los antecedentes del proceso es posible concluir si Chiletabacos: (i) ha condicionado el otorgamiento de crédito a operadores de puntos de venta del *canal low trade* a la circunstancia de no vender cigarrillos de la competencia; (ii) ha pagado sumas de dinero a tales operadores con el mismo fin, esto es, para no ofrecer los productos de la competencia o comercializarlos “bajo el mesón” (es decir, sólo a requerimiento del público y sin exhibirlos ni publicitarlos); y, (iii) ha impedido el uso de las cigarreras que entrega en comodato para exhibición de los productos de la competencia;

Septuagésimo quinto: Que cabe tener presente que el segmento denominado *low trade*, tal como se establece en el informe económico rolante a fojas 2009 y siguientes, acompañado por CCT, es especialmente relevante en la ventas totales, probablemente debido a que los consumidores de cigarrillos compran el producto, en una proporción significativa, en los puntos de venta cercanos a sus hogares. La importancia relativa de este canal de distribución se muestra en el siguiente cuadro:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 2
Distribución por tipo de comercio
Importancia relativa en ventas de CCT a nivel nacional
(mayo 2009)

Tipo de Tienda		(1) Ventas en millones de unidades	(2) Participación (%)
Horeca	Hotel	0,36	0,04
	Motel	0,02	0,002
	Restorán	6,13	0,67
	Casino de empresa	1,50	0,16
	Casino de juegos	1,73	0,19
	Casino universidad	2,33	0,25
	Comida rápida	0,14	0,02
	Fuente de soda	7,11	0,77
	Café	4,22	0,46
	Quiosco en universidad	0,33	0,04
	Discoteca	0,52	0,06
	Pub - discoteca	0,42	0,05
	Pub - bar	1,60	0,17
	Local nocturno	0,71	0,08
	Total	27,12	2,95
Conveniencia	Botillería	82,49	8,98
	Estación de servicio	56,28	6,13
	Quiosco	63,94	6,96
	Tabaquería	44,88	4,89
	Tienda de conveniencia	22,60	2,46
Total	270,18	29,41	
Alimentos	Almacenes	369,81	40,26
	Supermercados	24,15	2,63
Total	393,96	42,89	
Mayoristas		227,36	24,75
Gran total		918,62	100

Fuente: Informe "Un Análisis Económico del Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Chiletabacos", acompañado por CCT a fojas 2035.

Septuagésimo sexto: Que a continuación se analizará también, de entre los abundantes medios de prueba e indicios o antecedentes que obran en el proceso, aquellos que, en concepto de estos sentenciadores, son aptos para establecer los hechos pertinentes y los apreciará conforme a las reglas de la sana crítica. Todo lo anterior según lo dispuesto en los incisos segundo y final del artículo 22° del D.L. N° 211;

Septuagésimo séptimo: Que en lo relacionado con la primera acusación consignada en la consideración septuagésimo cuarta, en cuanto a que CCT habría condicionado el otorgamiento de crédito a operadores de puntos de venta del canal *low trade* a la circunstancia de no vender cigarrillos de la competencia, cabe

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señalar en primer término que obran en autos siete actas notariales y declaraciones juradas ante notario -cuyas versiones públicas rolan a fojas 613, 621, 622, 624, 625, 662 y siguientes y 675- acompañadas por la demandante de autos y que fueron suscritas en una fecha anterior al 24 de diciembre de 2007. En razón de ello, los hechos de que dan cuenta no serán eventualmente sancionados por este Tribunal, pues las acciones infraccionales en esta sede que pudiesen emanar de tales hechos se encuentran prescritas, de acuerdo con lo razonado en las consideraciones décima, undécima y duodécima. Lo anterior, sin perjuicio de que los hechos de que dan cuenta los documentos indicados podrán ser considerados por este Tribunal como antecedentes o indicios de contexto para el establecimiento de otros hechos, no cubiertos por la prescripción de las respectivas acciones, y que sí serán calificados por este Tribunal. Todo ello, conforme lo prescrito en el artículo 22°, inciso segundo, del D.L. N° 211;

Septuagésimo octavo: Que así, por ejemplo, pueden citarse las declaraciones juradas ante notario de dos comerciantes minoristas -acompañadas a fojas 30 y 36 del cuaderno de documentos reservados de Philip Morris, cuyas versiones públicas corren a fojas 620 bis y 625, respectivamente- quienes expusieron que, en fechas indeterminadas pero entre los meses de diciembre de 2006 y mayo de 2007, vendedores de CCT les condicionaron el otorgamiento de crédito a abstenerse de vender cigarrillos de Philip Morris en sus negocios. En la misma línea, otra comerciante minorista, en declaración jurada que rola a fojas 35 del cuaderno de documentos reservados de Philip Morris y cuya versión pública rola a fojas 622, declaró que el día 5 de marzo de 2007 un vendedor de CCT -cuyo nombre no recuerda- condicionó el otorgamiento de crédito a no vender productos Philip Morris en su almacén;

Septuagésimo noveno: Que en el acta notarial acompañada por la FNE en forma reservada a fojas 10, cuya versión pública consta a fojas 47, constan las declaraciones, de fecha 12 de junio de 2008, de la dueña de un local comercial minorista, en la que expuso lo siguiente: *“no tengo ninguna posibilidad de vender cigarrillos de Philip Morris por cuanto una vez que intenté hacerlo, Chiletabacos de inmediato me privó del crédito que me otorgaban exigiéndome pagar con vale vista al día, lo cual me causó una debacle financiera, ya que yo distribuyo mis cigarrillos y por ende compro una gran cantidad para ese fin y no tenía como responder con pagos al día. Con dificultad logré recuperar el crédito, pero con la estricta condición de no vender ni un solo cigarro de Philip Morris, lo cual lamento ya que varios clientes me consultan si vendo Marlboro y yo debo decirles que no puedo”*;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo: Que la comerciante cuya declaración consignada en un acta notarial se transcribió en la consideración anterior, declaró como testigo en enero de 2011, citada por este Tribunal por resolución de fojas 4108, declaración que consta a fojas 6372 bis y siguientes, donde se le exhibió el acta, la que además fue parcialmente transcrita a fojas 6379, confirmando su temor respecto de posibles represalias de corte de crédito por parte de la requerida en caso de vender cigarrillos de la competencia. Sin embargo, manifestó que el origen del mismo son comentarios de los vendedores de dicha compañía y de otros puntos de venta que recibió con anterioridad al año 2006. Este temor lo había conservado a pesar de actos contrarios realizados por Chiletabacos. Expuso, además, que las razones por las que en ocasiones había perdido el crédito de CCT había sido por “sobregiro”. Adicionalmente, cabe consignar que, a pesar de que la testigo declaró haber sufrido al menos un corte de crédito, el informe “Cumplimiento *Política de Créditos*”, acompañado por CCT a fojas 2243 no da cuenta de suspensión alguna de crédito en el historial de la relación comercial de tal testigo y la compañía requerida en autos;

Octogésimo primero: Que, por otra parte, y respecto de evidencia referida a hechos no amparados por la prescripción de acciones, en primer lugar, a fojas 1 y siguientes rola la versión pública de la declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica de una distribuidora, quien, el 21 de agosto de 2008, en el marco de la investigación que originó este proceso, expresó lo siguiente: “...*la estrategia de CCT a fin de asegurar la exclusividad de sus productos y esto lo digo porque conozco el mercado, pasa por el manejo de plazos (dar o no dar créditos) por ejemplo, si el kioskero vende Marlboro se le obliga a pagar al contado en lugar del crédito que ellos le dan. Lo que es significativo porque los kioskeros manejan muy poco capital de trabajo, además existen los aportes en dinero, pago de costos... (patentes, mejoras de sus instalaciones, etc.). Otra estrategia pasa por el tema de servicio de punto de venta, es decir... deba comprarlo a otro distribuidor e incurrir en ese costo*”;

Octogésimo segundo: Que, a su turno y en el marco de la investigación señalada, consta a fojas 38 y siguientes la declaración de un trabajador de una distribuidora de productos PM, quien con fecha 1 de septiembre de 2008, expresó; “[p]ara nuestros vendedores es difícil comercializar cigarrillos donde está CCT, las razones señaladas por los locales minoristas es que si venden cigarrillos de otra marca les quitan el crédito. En el caso de los restaurantes, CCT ha financiado parte de las modificaciones necesarias para el sector fumadores y no fumadores que han surgido a raíz de la modificación de la ley del tabaco”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo tercero: Que a fojas 48, 50, 51, 52, 58, 74, 75, 76, 78, 80 y 83 de estos autos, rolan actas acompañadas por la Fiscalía Nacional Económica, fechadas todas en los años 2008 y 2009, que consignan declaraciones recogidas notarialmente en las que diversos comerciantes minoristas expresan que, de vender cigarrillos de Philip Morris, CCT podría dejar de venderles sus productos a crédito. A juicio de este Tribunal, las entrevistas en los puntos de venta respectivos consignadas en el informe del centro MIDE UC, de fojas 5426, que no fueron realizadas en presencia de un ministro de fe, no son un antecedente suficiente para desvirtuar completamente lo consignado en las actas citadas. Sin embargo, de la sola lectura de los mencionados documentos es posible observar que quienes expresan los temores de suspensión de crédito en ellos consignados, no especifican la fecha precisa en la que se habrían producido actos positivos de representantes de Chiletabacos que originaron tales recelos, por lo que no es posible para este Tribunal distinguir, sobre la base de los antecedentes que obran en el expediente de este proceso, si las expresiones recogidas en las actas en cuestión son consecuencia de conductas ya sancionadas en la Sentencia 26/2005 o si provienen de nuevas conductas anticompetitivas;

Octogésimo cuarto: Que a fojas 2316, 2317, 2318, 2339 y 2342, corren actas notariales acompañadas por Philip Morris -todas fechadas en el año 2010 y antes de la interposición de su demanda- que dan cuenta de declaraciones de otros operadores de puntos de venta en el mismo sentido. En estas actas, diversos comerciantes minoristas expresan con claridad su temor a perder el crédito con CCT si venden cigarrillos de la competencia de dicha compañía. Sin embargo, en ellas no se consignan declaraciones de actos concretos, con indicación de la época en que habrían ocurrido, realizados por dependientes de CCT y que importen amenazas o condicionamientos del crédito ulteriores a la Sentencia 26/2005. Obrar en el proceso, a fojas 2339 y 2374, dos actas acompañadas por PM, posteriores a la fecha de interposición de la demanda, en la que se consignan situaciones similares, pero tampoco es claro su tenor respecto de la fecha en la que dependientes de Chiletabacos le habrían ofrecido al comerciante respectivo crédito o una mejoría en las condiciones del mismo a cambio de no vender cigarrillos de la competencia;

Octogésimo quinto: Que a fojas 3736 corre un acta notarial levantada el día 20 de octubre de 2010, la que certifica que don David Olguín, quien se identificó como vendedor de una botillería situada en la ciudad de Valparaíso, al preguntársele si comercializaba cigarrillos producidos por PM o si estaría dispuesto a hacerlo, expresó: *“Sólo trabajamos con Chiletabacos, por tener*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

convenio por más de 30 años, tenemos exclusividad, la regalía es dejar cheque de pago a 30 días”;

Octogésimo sexto: Que la notario público doña Gloria Acharán Toledo prestó testimonio -a fojas 566 y siguientes- respecto del procedimiento utilizado para el levantamiento de 12 de las actas acompañadas por la FNE, a fojas 37 y siguientes del cuaderno de documentos reservados de la FNE, cuyas versiones públicas rolan a fojas 94 y siguientes, en los meses de mayo, septiembre y octubre de 2009, relatando que concurrió personalmente a los puntos de venta respectivos y que en todos ellos se limitó a presenciar los ofrecimientos de los vendedores de Philip Morris de los productos de dicha compañía y a consignar en las actas respectivas la reacción de los dueños o empleados de los locales comerciales visitados;

Octogésimo séptimo: Que a fojas 379 y siguientes, don Jorge de la Paz Calderón, gerente de la distribuidora mayorista Alfa, que comercializa productos de la demandante de autos, declaró en el proceso que *“los suplementeros no llevan los productos Philip Morris aduciendo que tendrían problemas con el crédito que entrega Chiletabacos y principalmente es eso, ampliar la cartera de productos ahí significaría para ellos un problema de créditos y entonces, y de abastecimiento”*. En su declaración, además de referirse a los casos de los suplementeros que conoce a través de los agentes y fuerza de venta de su compañía, indica también que personalmente ha constatado en sus “salidas a terreno” el condicionamiento del crédito de CCT a no vender productos de su competencia;

Octogésimo octavo: Que a fojas 345 y siguientes rola la transcripción de la declaración testimonial de don Juan Luis Muñoz Tobar, supervisor de ventas de Philip Morris desde el año 2006, quien relató que muchos de los clientes de la compañía no aceptan vender sus productos por temor a perder el crédito de CCT. Al respecto, declaró que *“...los vendedores salen a la calle y empiezan con trabas y ellos tienen que completar una cadena de clientes y no pueden completarla porque dicen que tienen trabas en el mercado porque Chiletabacos no les deja ingresar, porque hay mucho cliente que está cuestionado si trabaja con nosotros, les cortan el crédito, los límites del crédito, que no pueden exhibir, que no pueden poner gráficas, gráficas le llamamos nosotros a lo que es publicidad...”*. Expresó además que verificó en terreno esta situación, específicamente en las comunas de Santiago, Puente Alto y Quinta Normal y otros lugares. Preciso en su declaración que visitó “fondas”, locales de “Borderío”, locales en la “Fiesta de la Chilenidad” en la comuna de La Reina y *minimarkets* durante los años 2006, 2007, 2008 y 2009.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Asimismo, declaró que ha existido “bloqueo” para la entrada de productos PM en kioscos, lo que habría disminuido desde el año 2009, luego de que CCT enviara una carta haciendo presente la libertad de exhibición y venta de productos de la competencia. Por último, declaró que constató personalmente en alrededor de 7 locales de la cadena “Big John” en Santiago, que sus administradores no exhiben los productos de PM en la cigarrerías de CCT y los venden “bajo el mesón”;

Octogésimo noveno: Que, por su parte, el testigo presentado por PM, don Andrés Fuhmann, gerente general de la Distribuidora Alba & Suarez (DAS), empresa comercializadora mayorista de cigarrillos Philip Morris y otros productos en la región de Valparaíso, a fojas 1959, refiriéndose a este punto y ante la pregunta del Tribunal, testificó que *“el comerciante ha recibido objeciones de parte de la competencia, en términos de que si vende los productos de competidores de ellos, le van a cortar el crédito o le van a negar la venta de productos”*;

Nonagésimo: Que el testigo Sr. Fuhmann, en abono de sus declaraciones, acompañó a fojas 2245 un listado de 11 puntos de venta que, en su versión, habrían recibido amenazas y/o sanciones por parte de Chiletabacos para evitar la comercialización de productos de Philip Morris. El Sr. Fuhmann prestó testimonio en tres ocasiones en este proceso (fojas 1911, 2079 y 2304), refiriéndose a los casos de esos puntos de venta individualmente;

Nonagésimo primero: Que uno de los comerciantes que aparecen en el listado mencionado en el razonamiento anterior fue citado de oficio por este Tribunal, declarando a fojas 6352 y siguientes que no podía exhibir en su local comercial productos de Philip Morris en las cigarrerías entregadas por CCT, pues el vendedor de esta última empresa se lo prohibió. Esto habría ocurrido durante el transcurso del año 2007;

Nonagésimo segundo: Que cabe hacer presente que abogados que representan a CCT en esta causa visitaron personalmente -con posterioridad a las declaraciones del Sr. Fuhmann en el proceso- los puntos de venta que él indicó. Ello consta en la presentación de esa parte de fojas 2853, donde la efectividad de la visita es reconocida y a fojas 6352 y siguientes, donde se recoge la declaración de don Gregorio Vásquez Pallero respecto a haber sido visitado por un apoderado de la requerida y demandada en autos. Luego de esas visitas, CCT acompañó declaraciones juradas ante notario de algunas de las personas mencionadas por el Sr. Fuhmann. Es el caso de doña Marcela Núñez Céspedes (fojas 2713), de don Carlos Osorio Guerra (fojas 2733), don Raúl Arenas Orellana (fojas 2735), don José Orellana Gallardo (fojas 2782) y de don Sergio Manríquez Moya (fojas 2785), quienes desmintieron en estos documentos lo señalado por el testigo Sr.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fuhrmann, y consignaron que no han recibido presiones de ningún tipo por parte de dependientes de CCT para no vender productos de la competencia. Además, la requerida acompañó textos en el mismo sentido, los que habrían sido escritos de puño y letra por don Juan Oyarzo Uribe (a fojas 2829), doña Ivonne Francisca Valenzuela Aranda (sobrina de don José Aranda Mallea, a fojas 2784) y doña Mariella Marca (fojas 2830). También acompañó facturas y certificados que confirman la compra, por parte de algunos de estos comerciantes, de productos de la competencia de CCT en los años 2005, 2008 y 2009 (fojas 2722 y siguientes, 2729, 2730, 2731, 2732, 2786);

Nonagésimo tercero: Que ahora, en lo tocante a la defensa de Chiletabacos del cargo en análisis y en lo que se refiere a las actas notariales, a fojas 2698, dicha compañía acompañó el informe denominado “*Notas técnicas requerimiento Fiscalía Nacional Económica en contra de Compañía Chilena de Tabacos S.A.*”, elaborado por el Centro de Medición MIDE UC. Este informe analiza la metodología utilizada para producir las Actas Notariales presentadas por la FNE y por PM, para efectos de opinar sobre cuestiones relacionadas con su mérito probatorio;

Nonagésimo cuarto: Que el citado informe concluye fundamentalmente respecto de las actas notariales que: (i) en ellas, no se indica el método de selección de los puntos de venta, sugiriendo que dicha selección fue intencional, por lo que no existen bases estadísticas para evaluar cuán representativa de la población es la muestra. Por ello, los datos presentados por las Actas serían sólo referenciales, y no se podría establecer una tendencia general a partir de ellos; (ii) que las Actas no mencionan la presencia de ningún profesional especializado en técnicas de investigación social, lo que sería necesario para asegurar objetividad científica. Adicionalmente, la circunstancia en sí misma que rodeó el levantamiento de estos documentos –presencia de representantes de PM– podría influir en los sujetos interrogados para responder de una cierta forma, sesgando las respuestas; (iii) que en estos instrumentos no se demuestra que la persona que respondió efectivamente es el dueño de cada local y dan cuenta de que, en algunos casos, se entrevistó a un tercero, quien no necesariamente tiene capacidad de decisión sobre la gestión del negocio; y, (iv) que la mayoría de las afirmaciones referidas a conductas anticompetitivas de CCT que consignan las actas, no indican el plazo desde el cual las conductas se producirían, por lo que no queda claro si ellas se iniciaron después de la sentencia supuestamente incumplida, o si “*han quedado ancladas en el imaginario cultural del dueño*” (fojas 2671, punto 4), habiéndose producido antes;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nonagésimo quinto: Que, por último, el informe en cuestión consigna la opinión de los autores respecto a que algunas de las aseveraciones de los entrevistados tienen más que ver con “*estados de emoción que el entrevistado supone que tendrá uno de los actores involucrados*”, en este caso, CCT (fojas 2672, punto 5), en lugar de referirse a conductas objetivas por parte de la requerida y demandada de autos;

Nonagésimo sexto: Que en lo que se refiere al informe acompañado por CCT a fojas 2243, denominado “*Cumplimiento de Políticas de Créditos*”, que consigna que no existen registros de que hayan ocurrido cortes de crédito a las personas cuyas declaraciones recogen diversas actas mencionadas en las consideraciones anteriores, en opinión de este Tribunal, dicho informe sólo podría considerarse un antecedente en orden a que dicha medida no habría sido adoptada por CCT en el período que abarca ese estudio, pero no como un elemento que permita acreditar que no hayan existido las amenazas que se consignan en tales actas. Además, este informe -que incluye un análisis de fotografías y facturas- resulta insuficiente, pues está referido a conductas acaecidas sólo durante el año 2009, en circunstancias de que el periodo sobre el que versan estos autos se extiende desde diciembre de 2007 hasta fines de 2009;

Nonagésimo séptimo: Que dado que el procedimiento de autos dice relación con el presunto incumplimiento de una sentencia de este Tribunal y que, por lo tanto, lo relevante es si se acredita la comisión de conductas que, incluso consideradas individualmente, transgredirían una obligación de no hacer expresamente contenida en dicha sentencia, es indiferente si las declaraciones consignadas en actas levantadas constituyen o no una muestra representativa - desde el punto de vista estadístico- de la población constituida por los comerciantes minoristas de cigarrillos. Por lo anterior, lo sostenido al respecto en el informe “*Notas Técnicas Requerimiento FNE en contra de CCT*”, acompañado por CCT a fojas 2698, en este punto no será atendido por este Tribunal como sustento de la defensa de dicha compañía. Lo anterior es sin perjuicio de que lo sostenido en tal informe puede constituir un argumento atendible en lo relacionado con la extensión que puedan haber tenido las conductas en cuestión, a fin de determinar la magnitud de los posibles efectos de las mismas en el mercado;

Nonagésimo octavo: Que la defensa de la requerida también ha invocado, con el propósito de desvirtuar los antecedentes que las actoras allegaron a los autos en abono de sus acusaciones, el estudio “*Encuesta de Caracterización Puntos de Venta*”, realizado por el Centro de Microdatos de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, acompañado por CCT a fojas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2652 y que corre a fojas 2396 y siguientes. Para ese estudio se realizaron encuestas a 1.970 puntos del denominado *high trade* y a 1.125 del denominado segmento *low trade* con un sobremuestreo de 805 casos adicionales;

Nonagésimo noveno: Que la encuesta en cuestión caracteriza los puntos de venta de CCT, en términos de si reciben o no crédito por parte de esta empresa o no, de si venden o no cigarrillos de la competencia, de si tienen o no cigarrerías de CCT o de la competencia o no, y de las relaciones entre estas variables. El informe muestra que, en aquellos casos en que no se venden cigarrillos de compañías distintas de CCT, un porcentaje muy bajo (0,249%) responde que esto es porque CCT no se lo permite; de éstos, el 87,17% señala que esa exigencia consta en un contrato; de éstos, el 87,6% indica que el contrato es anterior a 2006, y un 93,8% declara no haber leído el contrato;

Centésimo: Que, adicionalmente, un 0,053% declara que no vende cigarrillos de la competencia porque CCT retiraría la cigarrera, un 0,006% porque CCT le cambiaría las condiciones del crédito, y un 0,003% porque CCT retiraría publicidad y promociones. En todos estos casos se señala que la información proviene de una persona no relacionada con CCT. Este estudio presenta asimismo una serie de otras estadísticas similares; todas ellas apuntan a que un porcentaje menor o igual al 0,1% del total declara que CCT le impide vender cigarrillos de otras marcas, pero que los contratos que estipulan esto son anteriores a 2006;

Centésimo primero: Que en lo relacionado con el crédito otorgado por CCT, el estudio recién aludido observa que es mayor el porcentaje de puntos de venta que venden cigarrillos de la competencia de CCT en el universo de puntos de venta que reciben crédito (23,5%), que en el universo de puntos de venta que no reciben crédito (20,3%). Un 0,2% de los puntos de venta que reciben crédito de CCT declara que una condición para el mismo es no vender cigarrillos de otros proveedores; sin embargo, el 25% de éstos tienen crédito y venden cigarrillos de la competencia. Adicionalmente, el 80,7% del 0,2% señaló obtener la información aludida antes de 2006. Por último, el 0,55% de los puntos de venta declara que le podrían quitar el crédito por vender cigarrillos de otras marcas; de éstos, el 2,5% declara que recibió esta información después de 2006 (es decir, un 0,026% del total);

Centésimo segundo: Que, en primer término, cabe tener presente que el estudio mencionado analiza los resultados de una encuesta representativa del total de locales que venden cigarrillos de CCT a nivel nacional -excluyendo la XI Región-, a partir de los datos recogidos en un levantamiento de información que se realizó entre los meses de abril y mayo del año 2010, esto es, meses después

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de que la causa de autos se hubiese iniciado. Adicionalmente, debe tenerse presente que, entre otras preguntas, se consultó por *“la principal razón”* de no comercializar productos de la competencia de la requerida, y únicamente se formularon preguntas relacionadas con los motivos para ello cuando el encuestado contestaba que la *“principal razón”* correspondía a alguna de las conductas objeto del requerimiento de la FNE y demanda de PM. Lo anterior, a juicio de este Tribunal, resta valor al estudio en comento para efectos de determinar con precisión la existencia de tales conductas en un número concreto de casos;

Centésimo tercero: Que, adicionalmente, una encuesta no es, a juicio de estos sentenciadores, un antecedente apto para desvirtuar una acusación de infracciones a una prohibición concreta contenida en una sentencia de este Tribunal, como la que motiva el proceso de autos, pues tal asunto no se trata de una cuestión relacionada con la frecuencia de ocurrencia estadística de las supuestas infracciones;

Centésimo cuarto: Que, en todo caso, incluso el estudio en cuestión detectó, en algunos casos, indicios de posibles efectos de conductas como las denunciadas en autos, tal como se muestra en el gráfico inserto en la página 65 del informe de fojas 2396 y siguientes. Sin embargo, no es posible establecer de ese solo hecho, y de las razones que dieron los encuestados que indicaron no poder vender productos de la competencia de CCT, que tales efectos sean una consecuencia directa de acciones ejecutadas por dependientes de CCT, con posterioridad a la Sentencia 26/2005;

Centésimo quinto: Que, por su parte, el informe económico *“Análisis Competitivo de las Prácticas Comerciales de CCT”*, acompañado por la requerida a fojas 734, principalmente busca estudiar si existe evidencia de que la empresa usa o no el crédito para inducir a los locales a no comercializar productos de su competencia. Para ello, analiza en primer lugar el documento *“Procedimiento Comercial de Pagos a Plazo y Cobranza”* de Chiletabacos, que entró en vigencia en mayo de 2007, concluyendo que no contiene elementos que puedan considerarse como *“excluyentes de la competencia o que tiendan a producir dichos efectos”*;

Centésimo sexto: Que el informe en cuestión, según se expone en el mismo, utilizó una base de datos proporcionada por Chiletabacos que contiene información de todos los puntos de venta a nivel nacional que adquirieron productos de la demandada durante el año 2009. De ese universo, los análisis realizados en este informe se centraron en los 29.660 puntos de venta que se mantuvieron activos hasta el mes de diciembre del año mencionado. La

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

información analizada se refiere específicamente a las diversas características de cada punto de venta de CCT -en el año 2009-, incluyendo si se vendían a la fecha cigarrillos de la competencia, y si se recibía o no crédito de CCT. El informe estima estadísticamente la relación entre la presencia de productos de la competencia en el punto de venta y la disponibilidad de crédito, y concluye que se debe descartar la hipótesis de que CCT no entregue crédito -o lo restrinja- a locales que vendan productos de marcas distintas a las de CCT (en particular, Philip Morris). En cualquier caso, los locales que venden productos de la competencia tendrían, según las estimaciones de este estudio, en promedio medio día menos de plazo que aquellos que no lo hacen;

Centésimo séptimo: Que, a juicio de este Tribunal, teniendo en vista la época a la que se refiere el informe (únicamente al año 2009), la circunstancia de que las conclusiones del mismo se basen en datos proporcionados por la propia CCT y sin verificación independiente, y el hecho de que estos datos no sean aptos para capturar los casos en los que el crédito pudiese haber sido efectivamente retirado a algunos comerciantes como sanción por vender productos de la competencia de la demandada en períodos previos a 2009, le resta parcialmente mérito probatorio;

Centésimo octavo: Que la requerida ha invocado también como antecedente en apoyo de su defensa frente a esta acusación, el documento denominado "*Procedimiento Comercial de Pago a Plazo y Cobranza*", exhibido bajo el número 50 del acta de la audiencia que rola a fojas 759 de autos y acompañado a fojas 19 del cuaderno de documentos de CCT de fojas 378. Este antecedente da cuenta de que la demandada ha establecido -a partir del año 2007- reglas objetivas, no discriminatorias, y procedimientos crecientemente automatizados para el otorgamiento, modificación y cese de crédito, y que su aplicación está entregada a personas distintas de los vendedores que mantienen contacto con los puntos de venta;

Centésimo noveno: Que los antecedentes descritos en las consideraciones septuagésimo séptima a centésimo octava, precedentes, en conjunto constituyen elementos de juicio suficientes que, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, permiten determinar la efectividad de la existencia, en el canal *low trade*, de comerciantes minoristas que temen o han temido perder el crédito o plazo de pago que les otorga CCT en el caso de que exhiban o vendan productos de la competencia. Sin embargo, no es posible para este Tribunal discernir, del análisis de tales antecedentes, si los temores expresados por los comerciantes en cuestión son producto de acciones positivas realizadas por dependientes de CCT

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dentro del período no cubierto por la prescripción de las acciones, o constituyen un comportamiento inercial que es efecto de las conductas que motivaron la Sentencia 26/2005 y, por lo tanto, ya fueron sancionadas en esta sede. Respecto a esto último, se debe tener presente la declaración de la testigo doña Marianella Elizabeth Torres Bravo, cuya transcripción rola a fojas 6372 y siguientes, que reafirma esta explicación. En consecuencia, estos sentenciadores consideran que no existe mérito suficiente en autos para dar por acreditada la conducta referida al utilizar la amenaza de restringir o eliminar el crédito como instrumento exclusorio contrario a la libre competencia en el periodo no cubierto por la prescripción de las acciones, según lo razonado en las consideraciones décima a duodécima;

Centésimo décimo: Que con respecto a la segunda de las acusaciones enunciadas en la consideración septuagésimo cuarta, esto es, si CCT ha realizado pagos a comerciantes del canal low trade a cambio de no exhibir o vender productos de la competencia, debe considerarse primeramente una serie de actas notariales levantadas en el año 2008, que dan cuenta de los dichos de comerciantes minoristas en orden a que la requerida, a la fecha de las declaraciones respectivas, les efectuaría pagos condicionados a no vender cigarrillos de su competencia. Estas actas constan a fojas 53 (versión pública a fojas 638), 56 (versión pública a fojas 645), 57 (versión pública a fojas 644), 73 (versión pública a fojas 661), 81 y 82;

Centésimo undécimo: Que, a modo ejemplar, puede citarse que a fojas 644 rola versión pública de acta levantada por el notario público don José Musalem Saffie, acompañada a fojas 57, en la que se consigna la declaración de quien dijo ser dueño de un punto de venta del *low trade* y quien señaló, el 12 de junio de 2008, que: “[t]engo un acuerdo de palabra con Chiletabacos para vender exclusivamente sus cigarrillos a cambio de un aporte económico que ellos me dan por eso no puedo vender cigarrillos de Philip Morris”. Asimismo, a fojas 645 rola versión pública del acta notarial levantada por el mismo notario en un punto de venta situado en la Región Metropolitana, acompañada a fojas 56, en la que constan expresiones vertidas en la diligencia realizada con fecha 12 de junio de 2008, por quien se identifica como dueño del establecimiento comercial, del siguiente tenor: “no puedo vender cigarrillos de Philip Morris porque tengo exclusividad de venta con Chiletabacos a cambio de un aporte económico que me otorga”;

Centésimo duodécimo: Que existen otros antecedentes en el proceso en el mismo sentido, tales como las actas notariales de (i) fojas 2373, de fecha 14 de julio de 2010, en la que consta que una persona que dijo ser vendedor del local

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

denominado “Botillería y Minimarket Quilicura”, declaró lo siguiente: *“Yo ya no tengo acuerdo de exclusividad con Chiletabacos, pero hoy eso si existe; y no lo hago porque me pelié (sic) con la distribuidora. Antes funcionaba con un pago anual, yo mismo lo negocié hace un par de años por \$5.000.000 anuales. Era por contrato escrito, pero hoy día los acuerdos se hacen por abajo, aunque siguen existiendo. De hecho, tengo un amigo que tiene acuerdos con Chiletabacos, pero no le puedo decir quién es ni dónde queda. Si lo pillan vendiendo de la competencia lo castigan, le quitan el crédito o el efectivo, según sea el acuerdo. Eso pasa cuando Chiletabacos maneja el 96% del mercado”*; (ii) de fojas 3732, de fecha 20 de octubre de 2010, en la que consta que el notario Carlos Vila Molina consultó en el local N° 148 Natalia del Mall Las Américas, ciudad de Iquique, si estaban a la venta cigarrillos de PM, siendo la respuesta negativa. Se le indicó que no están autorizados para venderlos, ya que perciben de Chiletabacos un bono incentivo por exclusividad en la venta de productos nacionales; (iii) de fojas 3733, de fecha 20 de octubre de 2010, en la que consta que el notario Carlos Vila Molina consultó en el local Maurito, Mall Zofri, Iquique, si estaban a la venta cigarrillos de PM, siendo la respuesta afirmativa. Agrega además que la dependienta señaló vender PM desde *“hace un mes, porque antes tenía un acuerdo de exclusividad con Chiletabacos, por lo que no podía vender otras marcas de cigarrillos”*. También señaló que le llegaba un cheque de CCT a fin de año por la venta de sus productos; (iv) de fojas 3734, de fecha 21 de octubre de 2010, en la que consta que el notario Oscar Fernández Mora consultó en el Pub Tsunami, ubicado en Avenida del Mar, La Serena, a “Pier” quien señaló ser el administrador del local, si vendía productos PM, a lo que respondió: *“No ya que tenemos un trato exclusivo con Chiletabacos para la venta de sus cigarrillos”*; (v) de fojas 3735, de fecha 22 de octubre de 2010, en la que consta que el notario Oscar Fernández Mora consultó en el local comercial “Supermercado del Confite Lubba”, La Serena, si vendían productos PM, a lo que “Jaqueline”, quien dijo ser la administradora del local respondió: *“No, exclusivamente vendemos cigarrillos Chiletabacos, esto es por orden expresa de la casa matriz de Santiago, ya que somos una cadena y los permisos y autorizaciones de compra deben venir todos desde Santiago y ellos solo nos autorizan a trabajar con Chiletabacos, al parecer tienen un tipo de negocio con ellos o algo”*; (vi) de fojas 3736, de fecha 20 de octubre de 2010, en la que consta que la notario suplente Ana María Sordo Martínez consultó en la Botillería Caroca, ubicada en la ciudad de Valparaíso, si vendían productos PM. Don David Olguín, vendedor a cargo, respondió: *“Solo trabajamos con Chiletabacos, por tener convenio por más de 30 años, tenemos exclusividad, la regalía es dejar cheque de pago a 30 días”*; (vii) de fojas 3739, de fecha 24 de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

marzo de 2010, en la que consta que la notario Elena Gervasio Zamudio constató en el Establecimiento OK Market de Reñaca que no tienen a la venta productos PM y que la razón es que existe convenio exclusivo con Chiletabacos y no trabajan PM; (viii) de fojas 16 del cuaderno de documentos reservados de la FNE, agregada a fojas 10 y siguientes del expediente principal, de fecha 12 de junio de 2008, en la que el Notario José Musalem Saffie constata que el dueño del local “JJH’S” señala: *“Tengo un contrato de exclusividad con Chiletabacos que se renueva automáticamente y que me impide vender cigarrillos de otras marcas como Philip Morris. El me paga por esa exclusividad un millón de pesos al año que es un dinero que para mi negocio es importante”*; (ix) de fojas 19 del cuaderno de documentos reservados de la FNE, agregada a fojas 10 y siguientes del expediente principal, de fecha 12 de junio de 2008, en la que el Notario José Musalem Saffie constata que el dueño del local denominado “Comercializadora Magallanes” señala: *“No puedo vender cigarrillos de Philip Morris porque tengo exclusividad de venta con Chiletabacos a cambio de un aporte económico que me otorga”*; (x) de fojas 20 del cuaderno de documentos reservados de la FNE, agregada a fojas 10 y siguientes del expediente principal, de fecha 12 de junio de 2008, en la que el Notario José Musalem Saffie constata que el dueño del “Supermercado Alcántara” señala: *“Tengo un acuerdo de palabra con Chiletabacos para vender exclusivamente sus cigarrillos a cambio de un aporte económico que ellos me dan, por eso no puedo vender cigarrillos de Philip Morris”*;

Centésimo decimotercero: Que en el mismo sentido debe tenerse en consideración la declaración jurada ante notario de una comerciante minorista, que fue acompañada a fojas 31 en el cuaderno de documentos reservados de PM. En esa declaración, realizada el día 9 de marzo de 2007, la comerciante expresó que se comunicó con Philip Morris para informar que un vendedor de Chiletabacos *“[m]e ofreció plata para vender sólo sus cigarros, pero a condición de no vender los de Philip Morris. De aceptar me pagarían 500.000 mensuales hasta el 31 de diciembre de 2007, incluyendo igual los meses de enero, febrero y marzo, más la plata que dejaría de ganar por dejar de vender Philip Morris. Esto fue el pasado 6 de marzo”*;

Centésimo decimocuarto: Que dicha comerciante ratificó como testigo, en este proceso, a fojas 1942 y siguientes, en lo esencial, lo que había expuesto ante notario. En su testimonio, a pesar de declarar que no recordaba si el ofrecimiento de dinero fue de 500.000 o 600.000 pesos, ni si el pago sería de periodicidad mensual o anual, ratificó sin embargo que la conversación con el vendedor de CCT tuvo lugar en febrero o marzo del año 2007 y que no aceptó dicha oferta;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo decimoquinto: Que, asimismo, también en declaración jurada ante notario, un comerciante minorista señaló el día 30 de marzo de 2007 que *“[m]e comuniqué con Philip Morris a fin de informarles la propuesta que el vendedor de Chiletabacos, que se llama Rodrigo pero ignoro su apellido me hizo hace alrededor de dos meses. Me manifestó que Chiletabacos estaba dispuesta a ofrecirme plata para vender únicamente sus cigarrros, pero a condición de no poder vender más los de Philip Morris. De aceptar me pagaría \$90.000 luego de firmar un documento en un banco”*;

Centésimo decimosexto: Que a fojas 18 del cuaderno reservado de exhibición de documentos, acompañado por la FNE a fojas 2002, rola la declaración de un comerciante minorista, dueño de un kiosco que atiende personalmente, prestada el 31 de julio de 2008 ante la FNE durante la investigación realizada por ese servicio y que originó el requerimiento de autos. En ella, explica detalladamente que un vendedor de CCT le ofreció un pago mensual por no vender cigarrillos de Philip Morris y que, para tales efectos, la demandada de autos suscribió un convenio *“Sobre Arriendo de Espacio para Instalación de Cigarreras”* con fecha 13 de marzo de 2007. En efecto, declaró en dicha oportunidad que CCT ofreció pagarle el valor de *“...la compra de los cigarrillos de Philip Morris, ofreciéndome ellos la cantidad de \$60.000 para yo no comprar más cigarrillos de la competencia. Como en abril de 2007, luego de haber firmado este convenio, me pagaron \$ 60.000”*. En la declaración prestada ante la FNE se le exhibió copia del convenio aludido, el que rola a fojas 12 del cuaderno de documentos confidenciales de la FNE, acompañado a fojas 1246;

Centésimo decimoséptimo: Que a fojas 1415 y siguientes consta el testimonio en este proceso del mismo comerciante, cuya declaración ante la FNE fue contrastada por una de las partes en su escrito de observaciones a la prueba. Este testigo a juicio de este Tribunal, no dio una explicación clara respecto del motivo de los pagos que recibió el año 2007 por parte de personal de Chiletabacos cuando se le preguntó por sus dichos ante la Fiscalía Nacional Económica citados en la consideración anterior, pero sí dejó en claro que, en su concepto, constituían un “premio”;

Centésimo decimoctavo: Que en su presentación de fojas 558, PM acompañó una declaración jurada ante notario, cuya versión pública rola a fojas 624. En ella, el administrador de una botillería situada en Santiago relató que, alrededor del mes de enero de 2007 un vendedor de CCT que identifica como “Rodrigo” le manifestó la disposición de dicha compañía de pagarle por vender exclusivamente sus productos y no los de PM la suma de \$ 90.000;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo decimonoveno: Que, en cuanto a las pruebas aportadas por la defensa de CCT en relación con esta acusación de pagos exclusorios, la primera de ellas es el informe acompañado por CCT a fojas 2698 y siguientes, ya citado, y cuya aptitud para desvirtuar esta acusación será desestimado por este Tribunal toda vez que, dada la naturaleza de este proceso y teniendo presente que lo que se pretende dilucidar es la ocurrencia de conductas prohibidas expresamente en una sentencia de este Tribunal, el valor estadístico de la actas notariales que puedan constituir un indicio que deba ser apreciado en conjunto con otros, no es relevante;

Centésimo vigésimo: Que, por su parte, las entrevistas consignadas en el informe de fojas 5426, e invocadas como defensa por Chiletabacos, constituyen un indicio que este Tribunal tendrá en cuenta al momento de determinar el mérito que otorgará a las actas notariales y declaración jurada citadas en las consideraciones centésimo séptima, centésimo décima, centésimo undécima y centésimo duodécima, pues si bien es cierto no fueron realizadas en presencia de un ministro de fe, sí son un antecedente apto para contribuir a esclarecer la efectividad de las declaraciones contenidas en dichas actas;

Centésimo vigésimo primero: Que en estas entrevistas existen antecedentes que, a juicio de este Tribunal, parcialmente desvirtúan la efectividad de las declaraciones contenidas en las actas que rolan a fojas 36 y 45 del cuaderno de documentos reservados de la FNE acompañados a fojas 10 (entrevistas a fojas 114 y 137 del informe acompañado por CCT a fojas 5426), por lo que el mérito de éstas para formar convicción en estos sentenciadores se debilita. Sin embargo ninguna de las entrevistas en cuestión contribuye a desvirtuar las declaraciones contenidas en las actas de fojas 16, 19, 20 y 44 del cuaderno de documentos reservados de la FNE acompañados a fojas 10 de autos;

Centésimo vigésimo segundo: Que, adicionalmente, las actas notariales acompañadas por PM a fojas 3732, 3733 y 3736 dan cuenta de declaraciones del año 2010 de comerciantes minoristas que expresan recibir pagos por parte de CCT a condición de no vender productos de su competencia, y no hay antecedente alguno en autos que las desvirtúe;

Centésimo vigésimo tercero: Que respecto del informe acompañado por CCT en su defensa, a fojas 2652, cabe tener presente que la encuesta que dicho informe contiene no contempla la formulación de preguntas que directamente se refieran a períodos pasados, sino que fundamentalmente las preguntas se refieren a la posibilidad presente o futura de vender por parte de los encuestados productos de la competencia de CCT. Para que los encuestados fuesen

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conducidos a referirse a periodos anteriores al de la aplicación de la encuesta, tal como explicó el director del organismo que realizó el trabajo en su declaración, cuya transcripción rola a fojas 3148 y siguientes, primero debía contestarse negativamente a la pregunta relacionada con la posibilidad presente de comercializar cigarrillos de competidores de CCT. Adicionalmente, lo que debe establecerse en el procedimiento infraccional de autos es la efectividad de que CCT haya incurrido en determinadas conductas que están prohibidas expresamente en una sentencia, y para esto una encuesta no es un antecedente idóneo;

Centésimo vigésimo cuarto: Que no existen antecedentes que den cuenta directamente de la participación o anuencia de CCT en los pagos denunciados y, 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. En efecto, para acreditar este sistema de remuneración, Chiletabacos acompañó, a fojas 759, los contratos tipo de trabajo que declara utilizar para sus vendedores y operadores logísticos. Por su parte, la FNE acompañó copias de contratos de trabajo de vendedores de la requerida a fojas 1246. En estos contratos, sólo se especifica un sueldo fijo (denominado como “sueldo base”), no haciéndose en éste referencia alguna a componentes variables del mismo. Lo anterior es corroborado, para el período respectivo, por el informe de fojas 2181 y siguientes;

Centésimo vigésimo quinto: Que, en consecuencia, del análisis de todos los antecedentes señalados en las consideraciones referidas a la acusación de que dependientes de CCT han efectuado pagos a comerciantes minoristas, en el periodo no amparado por la prescripción, a fin de que se abstengan de vender productos de la competencia, puede concluirse que los únicos indicios que obran en autos acerca de la existencia de tal conducta son siete actas notariales que, por sí solas, no constituyen un antecedente probatorio suficiente para dar por acreditada la conducta, pues no existen en autos otros antecedentes que sean suficientes para formar la convicción en estos sentenciadores de la ocurrencia de una conducta atribuible a CCT que deba ser sancionada, por lo que la demanda de PM a este respecto no será acogida. En efecto, los únicos antecedentes adicionales a las siete actas señaladas en las consideraciones centésimo vigésimo primera y centésimo vigésimo segunda son dos declaraciones consignadas en las consideraciones centésimo décimo cuarta y centésimo decimo séptima que se refieren a hechos acaecidos en el período cubierto por la prescripción de las acciones establecido en las consideraciones décima a duodécima. Lo anterior está

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en plena concordancia con el criterio de este Tribunal aplicado en la Sentencia 26/2005, y ratificado por la Excm. Corte Suprema en la consideración trigésimo tercera de su Sentencia de fecha 10 de enero de 2006, que confirmó tal fallo;

Centésimo vigésimo sexto: Que, por último, en cuanto a la tercera acusación formulada en autos respecto del canal de ventas *low trade*, relativa a que Chiletabacos impediría el uso de las cigarreras que entrega en comodato para exhibición de los productos de la competencia, cabe señalar en primer término que existen antecedentes en autos de venta de productos PM “bajo el mesón”, esto es, extrayendo los cigarrillos de sitios no dispuestos para su exhibición y donde se guardan sin estar a la vista de los compradores. Al respecto, pueden citarse las actas notariales acompañadas por PM, de fojas 2320, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2329, 2342, 3743, 3745, 3750, 3752, todas fechadas entre los meses de julio y octubre del año 2010. A modo ejemplar, en el acta notarial de fojas 2324 el notario certifica que *“presenció la solicitud de compra que hizo (...) de un paquete de cigarrillos Marlboro, a lo que el dependiente saca desde abajo del mesón la cajetilla de Marlboro que le vende. La cigarrera de exhibición sólo tiene productos de Chiletabacos, al final de la cinta de publicidad hay dos espacios en blanco en los que se lee “disponible para otras marcas”.* Por su parte, el acta notarial de fojas 2329, consigna que *“al llegar a este local, don (...) le solicita al dependiente una cajetilla de Marlboro, éste procede a agacharse y la extrae desde abajo, y no del estante-cigarrera en que se exhiben solamente cigarrillos de la empresa British American Tobacco Chile”;*

Centésimo vigésimo séptimo: Que, por su parte y referente a los motivos que esgrimen algunos comerciantes minoristas para no exhibir en sus locales los productos de la competencia de CCT, en algunos casos expresan que la razón es que la propiedad de la cigarrera que utilizan en el local es de CCT, pero sin atribuir expresamente la imposibilidad de exhibir a la acción de algún agente de dicha compañía. Es el caso, por ejemplo, de las actas notariales que rolan a fojas 3741, 3750 y 3752;

Centésimo vigésimo octavo: Que existen otras actas en donde se atribuye la imposibilidad de exhibir cigarrillos de la competencia de CCT a una prohibición en tal sentido emanada de agentes de dicha compañía. Al respecto, puede citarse el acta de fojas 2342, de 9 de julio de 2010, en la que quien se identifica como dueña de un kiosco en la comuna de Santiago expresó: *“No, no vendemos nada de Philip Morris ya que la cigarrera es de Chiletabacos y no podemos poner otros cigarros que los de ellos, si no se la llevan y yo quedo sin nada”.* Asimismo, el acta de fojas 3743, de fecha 20 de octubre de 2010, consigna lo expuesto por quien se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

identifica como vendedora de una botillería de Valparaíso, quien señaló que Chiletabacos no le permite vender otras marcas “*que no sean las de ellos, puede venderlos pero no tenerlos a la vista, sólo si le consultan puede venderlos*”;

Centésimo vigésimo noveno: Que en el mismo sentido puede citarse el acta notarial que rola a fojas 3745, levantada el 21 de octubre de 2010, la que recoge declaraciones de doña Raquel Velázquez, vendedora en un local de la ciudad de Puerto Montt, quien expone que vende cigarrillos de Philip Morris, pero al preguntársele por qué no exhibía esos cigarrillos respondió: “*porque la cigarrera es de Chiletabacos y no nos permiten exhibir cigarrillos de otras marcas*”;

Centésimo trigésimo: Que como puede apreciarse de las transcripciones de las actas contenidas en las dos consideraciones precedentes, existe la creencia, en quienes las emiten, de la existencia de una prohibición por parte de CCT de exhibir productos de su competencia en sus propias cigarreras, pero no se precisa la fuente de esa creencia, por lo que no es posible, de la sola lectura de esas actas, inferir que proviene de una acción concreta al respecto por parte de un agente de CCT;

Centésimo trigésimo primero: Que, por su parte, el testigo citado por este Tribunal y cuya declaración rola a fojas 6352 y siguientes, don Gregorio del Tránsito Vásquez Pallero, declara haber sido visitado “*como hace veinticinco días atrás*” por un “caballero” que dijo que “era abogado”. Más adelante, y según consta a fojas 6354 reconoció al mencionado abogado, que resultó ser uno de los apoderados de CCT en estos autos. Expuso en su declaración que no podía exhibir en el año 2007 en su local comercial productos de Philip Morris en las cigarreras entregadas por CCT pues, según textualmente declaró a fojas 6356, “*el vendedor me decía que no le pusiera los cigarros que a él lo podían castigar. Al vendedor. Entonces uno tenía que sacarlos*”. A fojas 6358 reitera el testigo lo siguiente: “*Poner cigarrillos en la cigarrera de ellos, no se podían poner*”, “*Venderlos si podía. Yo vendía sí. Pero no podía exhibirlos...*”;

Centésimo trigésimo segundo: Que en su defensa, la requerida y demandada de autos ha invocado los contratos firmados en materia de entrega de cigarreras a partir del año 2006. Estos contratos autorizan la utilización de parte de ellas para la exhibición de productos de la competencia de CCT, según consta en los modelos acompañados en autos a fojas 20 y siguientes del cuaderno de documentos de Chiletabacos. Asimismo, a partir del mes de febrero de 2009, como consta a fojas 61 y 622 a 625 del cuaderno de documentos de Chiletabacos, CCT modificó el diseño de las cigarreras en cuestión, dejando un 20% de su *facing* para la exhibición de los productos de la competencia, lo que consagró en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sus contratos, según puede leerse en el modelo que rola a fojas 592, en los que se da plena libertad a los puntos de venta para el uso de esos espacios;

Centésimo trigésimo tercero: Que en diversas fotografías acompañadas en autos por la requerida, puede verse que los espacios en las cigarreras de los que se trató en la consideración precedente han sido efectivamente utilizados para la exhibición de productos de la demandante de autos en los puntos de venta, lo que es corroborado por la documentación que rola a fojas 806 de autos, y por la declaración del testigo de Philip Morris, a fojas 2074. Sin embargo debe tenerse presente al respecto que, de las 2.436 fotografías acompañadas por CCT en este proceso a fojas 1239, 1242, 1458 y 3717, alrededor de 2.100 (82% del total) fueron tomadas a partir de noviembre de 2009 en adelante, esto es, con posterioridad a la presentación del requerimiento de autos. El resto de las fotografías acompañadas, 4 fueron tomadas el año 2006, 211 el 2007 y 121 el 2008;

Centésimo trigésimo cuarto: Que no obstante ello, el uso de cigarreras de CCT para la exhibición de productos de Philip Morris fue ratificado por el representante de esta última compañía en la diligencia de absolución de posiciones de fojas 1356, al declarar que su compañía “...ha hecho uso de una pequeña parte de todas las intenciones que hemos tenido de llegar a usarlas” para luego declarar que pensaba que en entre 3.000 y 5.000 puntos de venta PM utiliza parte de las cigarreras de CCT para exhibir sus productos;

Centésimo trigésimo quinto: Que el informe “*Encuesta de Caracterización Puntos de Venta*”, acompañado por la defensa de CCT a fojas 2652, en lo que respecta a las cigarreras entregadas por CCT y su uso, establece que un 0,5% del total de los puntos de venta encuestados declara no poder poner cigarrillos de otras marcas en las cigarreras de CCT; de éstos, el 94,6% declara haber obtenido esta información antes de 2006;

Centésimo trigésimo sexto: Que, en consecuencia, este Tribunal considera que de los antecedentes descritos en las consideraciones centésimo vigésimo sexta a centésimo trigésimo quinta, en conjunto constituyen elementos de juicio suficientes que, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, permiten determinar la efectividad de la existencia de la creencia en algunos comerciantes minoristas de que no pueden exhibir en sus locales productos de la competencia de CCT, ya sea porque la propiedad de la cigarrera que utilizan es de esta compañía o porque existiría una prohibición expresa de la misma en tal sentido. Sin embargo, no es posible para este Tribunal discernir, del análisis de tales antecedentes, si los temores expresados por los comerciantes en cuestión son

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

producto de acciones positivas realizadas por dependientes de CCT dentro del periodo no cubierto por la prescripción de las acciones o si, en cambio, constituyen un comportamiento inercial que es efecto de las conductas que motivaron la Sentencia 26/2005 y que, por lo tanto, ya fueron sancionadas en esta sede. Además debe tenerse en consideración que existe en autos evidencia de que CCT, en los contratos que regulan la entrega de cigarreras, expresamente ha pactado la libertad de los comerciantes de exhibir productos de su competencia y ha entregado cigarreras que reservan, al menos nominalmente, parte de su espacio de exhibición para ello. En consecuencia, no existe mérito suficiente en autos para dar por acreditada la conducta referida a impedimentos atribuibles a CCT para la exhibición de los productos de la competencia utilizando para ello las cigarreras que entrega en comodato en el canal *low trade*, por lo que este Tribunal desestimaré la demanda de autos en lo que se refiere a este cargo;

Centésimo trigésimo séptimo: Que sin perjuicio de lo dicho en las consideraciones precedentes, respecto de que no existen antecedentes probatorios que permitan justificar la existencia de infracciones concretas a las normas de defensa de la competencia cometidas por CCT en el canal de distribución *low trade*, en el período no cubierto por la prescripción de las acciones, este Tribunal ha podido formarse la convicción de que existen creencias y temores más o menos extendidos entre los comerciantes del *high trade* y del *low trade* respecto a la pervivencia de prohibiciones y amenazas de sanción que se atribuyen a CCT y que afectan la exhibición y venta de productos de la competencia de dicha compañía, lo que es apto para producir efectos negativos para la competencia en el mercado. Por ello, a continuación se analizarán las diversas medidas que CCT ha adoptado, desde que se le notificó la Sentencia 26/2005, para revertir los efectos de sus conductas pasadas;

Centésimo trigésimo octavo: Que lo anterior es relevante para efectos de establecer si CCT ha cumplido con todo el cuidado que cabe esperar de una compañía con su posición de dominio en el mercado en materia de vigilancia y regulación de la conducta de sus dependientes, especialmente considerando que tal posición de mercado fue adquirida mediante el posicionamiento de sus productos y marcas y a un efectivo sistema de comercialización, pero también cometiendo las conductas que fueron sancionadas en la Sentencia 26/2005;

Centésimo trigésimo noveno: Que primeramente, a fojas 16 y siguientes del cuaderno de documentos de Chiletabacos, corre copia de acta de directorio de la compañía, de fecha 27 de enero de 2006. En el acta en cuestión se dejó constancia de que el directorio encomendó a la “[g]erencia a través de los Comités

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Estratégicos de Marketing Legal y de Cumplimiento disponer de todas las medidas y acciones para asegurar el cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”;

Centésimo cuadragésimo: Que en la misma acta se dejó constancia de la creación del denominado Comité de Cumplimiento o *Steering Committee*, integrado por ejecutivos de la empresa, que funcionó hasta el año 2008 y que tenía como misión registrar todas las pruebas que dieran cuenta del cumplimiento de la sentencia mencionada y de desarrollar y fiscalizar una política de cumplimiento de la misma;

Centésimo cuadragésimo primero: Que en diciembre de 2008, CCT reemplazó el comité mencionado en el razonamiento anterior por el denominado “Consejo Asesor de la Libre Competencia”. El reglamento de este organismo rola a fojas 634 y siguientes del cuaderno de documentos de Chiletabacos. Está compuesto por profesionales externos a la compañía y tiene como función controlar el cumplimiento de la Sentencia 26/2005 y asesorar a la empresa en materias relacionadas con su comportamiento en el mercado desde la óptica de la libre competencia;

Centésimo cuadragésimo segundo: Que a fojas 2863 y siguientes, consta la transcripción de la declaración de don Arturo Yrarrázaval Covarrubias, Presidente del Comité Asesor de Libre Competencia de la Compañía Chilena de Tabacos, quien declaró que este organismo -que comenzó a funcionar sólo a partir del año 2009- adoptó parte importante de sus medidas después de que CCT fuese notificada del requerimiento de autos, esto es, el encargo al Centro de Microdatos que culminó con el informe entregado en autos y la encuesta hecha por el MIDE;

Centésimo cuadragésimo tercero: Que también fue exhibido en autos a fojas 759 y a fojas 170 y siguientes del cuaderno de documentos de Chiletabacos, el Reglamento Interno de Higiene, Orden y Seguridad de CCT, que fue modificado con fecha 1 de febrero de 2006 para consignar el deber de sus trabajadores de sujetarse a las instrucciones de la compañía respecto de las políticas de libre competencia. Este reglamento considera una infracción a tal deber el incurrir en las prácticas sancionadas en la Sentencia 26/2005 de este Tribunal, y proscribire a sus trabajadores la realización de acciones tendientes a impedir la exhibición y venta de productos de la competencia;

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que a fojas 5225 y 5526 rolan documentos, fechados el 22 de septiembre de 2010, que dan cuenta del despido de un trabajador de CCT, producto de un deficiente desempeño en el cumplimiento de las funciones propias de su cargo, demostrado por la inadecuada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

implementación de las medidas de autorregulación comercial y especialmente en relación con la política de diseño de cigarreras de CCT. Este despido sería consecuencia de una infracción cometida por el trabajador despedido de las normas contenidas en el reglamento citado en la consideración precedente;

Centésimo cuadragésimo quinto: Que CCT, como ya se expuso pormenorizadamente en el presente fallo, modificó los contratos en los que se pactaban cláusulas de aquellas descritas en las consideraciones decimoctava y vigésimo primera de la Sentencia 26/2005 de este Tribunal y, a partir del mes de enero del año 2006, tal como consta a fojas 20 y siguientes del cuaderno de documentos de Chiletabacos, sólo se pactaron con los comerciantes minoristas, arrendamiento de espacios publicitarios y promocionales, con las características descritas en la consideración vigésimo octava de la presente sentencia y los efectos actuales y potenciales en el mercado que ya han sido expuestos;

Centésimo cuadragésimo sexto: Que, además, cabe señalar que la requerida declaró en su presentación de fojas 609 que no ha pactado con sus trabajadores incentivos por cumplimiento de metas de venta. El informe de fojas 2181 y siguientes da cuenta de la revisión aleatoria de contratos de dependientes de la compañía y de los pagos percibidos por éstos en los meses de enero, julio y diciembre de 2009, en los que no constan remuneraciones variables;

Centésimo cuadragésimo séptimo: Que con respecto a la obligación genérica dispuesta en la Sentencia 26/2005, en la que este Tribunal dispuso *“prevenir a la denunciada para que, en lo sucesivo, no impida o entorpezca la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta”*, consta en el expediente que la dirección de CCT realizó con posterioridad a la mencionada sentencia las acciones que se señalan en las consideraciones siguientes;

Centésimo cuadragésimo octavo: Que, según se desprende del documento de fojas 110 y 111 del cuaderno de documentos de Chiletabacos, el gerente general de la compañía envió una carta a los gerentes de la misma, el año 2006, informándoles el contenido de la sentencia mencionada. Asimismo, de acuerdo con el documento rolante a fojas 120 y siguientes del cuaderno de documentos mencionado, el gerente general de la compañía efectuó una exposición a los jefes de venta de la misma, en la que les expresó que, si bien la empresa no comparte la sentencia en cuestión, la acatará y (i) comunicará a los clientes su contenido, (ii) eliminará cláusulas de exclusividad de exhibición y de participación y ventas de los contratos con minoristas y, (iii) respetará la libertad de los minoristas de vender productos de la competencia;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo cuadragésimo noveno: Que, como consta a fojas 56 del cuaderno de documentos de CCT y de los documentos exhibidos en la diligencia cuya acta rola a fojas 759 de autos, en enero de 2006 el gerente general de la compañía remitió una carta a sus clientes explicando el contenido de la Sentencia 26/2005, en la que declara no compartirla pero que su voluntad es acatarla, exponiendo que la sentencia no impone obligaciones para los clientes de Chiletabacos, de forma tal que tales comerciantes minoristas son libres “...de comprar cualquier producto en particular, y manejar su negocio como mejor lo estime”;

Centésimo quincuagésimo: Que la requerida de autos publicó la Sentencia 26/2005 en su página *web*, según consta de los antecedentes agregados a fojas 60 y siguientes del cuaderno de documentos de Chiletabacos, con un cuestionario que aclara sus alcances. Asimismo, a fojas 108 del cuaderno mencionado consta el documento denominado “*Nivel de servicios en la venta de productos de Chiletabacos a sus clientes*”, el que habría sido repartido durante el año 2006 a clientes según aparece al pie de las copias de este documento, acompañadas en la diligencia de exhibición cuya acta rola a fojas 759 y siguientes. En este instrumento se establece que CCT no podrá exigir a los comerciantes el retiro de publicidad de la competencia. Con posterioridad a la fecha señalada, la requerida ha enviado distintas comunicaciones a puntos de venta, reiterándoles la libertad para exhibir y vender productos de la competencia. Al respecto, en autos sólo constan comunicaciones enviadas en los años 2009 y 2010, que fueron exhibidas en la diligencia de fojas 759 y siguientes;

Centésimo quincuagésimo primero: Que a fojas 33 y siguientes del cuaderno de documentos de Chiletabacos corre copia del documento denominado “*Reglamento del Procedimiento Comercial de pagos a Plazo y Cobranza*”, establecido por CCT después de la Sentencia 26/2005. En este reglamento se estatuyeron criterios para otorgar crédito y sus condiciones según el tipo de punto de venta de que se trate. A partir del año 2007 se habría automatizado el procesamiento de solicitudes de crédito para mantener al vendedor respectivo al margen de la gestión del mismo, según consta de los documentos exhibidos por la demandada en la audiencia de fojas 759;

Centésimo quincuagésimo segundo: Que documentos exhibidos en la misma audiencia dan cuenta de que CCT ha realizado programas de entrenamiento de la fuerza de ventas en los años 2008, 2009 y 2010, a solicitud del Comité Asesor de Libre Competencia, como consta de la declaración de su presidente a fojas 2863 y siguientes, con el objeto de exponer a los vendedores las conductas a las que obliga la Sentencia 26/2005;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo quincuagésimo tercero: Que a fojas 209 del cuaderno de documentos de Chiletabacos y de la transcripción de declaración testimonial rolante a fojas 2863 y siguientes, consta que dicha compañía implementó un Centro Interactivo y comunicó la existencia del mismo. Éste consiste en un servicio telefónico gratuito para evacuar consultas y reclamos sobre los comportamientos de los dependientes de la compañía en los puntos de venta que impliquen entorpecimientos en la exhibición o venta de productos de la competencia. La comunicación a los clientes de este servicio consta de los documentos exhibidos en la diligencia de fojas 759;

Centésimo quincuagésimo cuarto: Que este Tribunal observa que varias de las medidas adoptadas por CCT con el objeto de dar cumplimiento a las obligaciones emanadas de la Sentencia 26/2005 fueron implementadas en el año 2008 o después, esto es, avanzada -y en conocimiento de la compañía- la investigación Rol N° 771-2006 de la FNE que originó el requerimiento de autos. Es el caso de las medidas señaladas en las consideraciones centésimo cuadragésimo primera, centésimo cuadragésimo segunda, centésimo quincuagésima, y centésimo quincuagésima segunda precedentes;

Centésimo quincuagésimo quinto: Que entonces, en el período comprendido entre agosto de 2006 y el año 2008, a juicio de este Tribunal no se adoptaron todas las medidas requeridas para regular o monitorear el cumplimiento de la actuación de los dependientes de CCT y, por lo tanto, puede colegirse que dicha compañía no actuó con toda la diligencia debida en materia de una pronta implementación de un programa de cumplimiento serio, creíble y efectivo. Además, tal como se ha razonado, existen antecedentes en autos de que en el período inmediatamente posterior a la Sentencia 26/2005 se produjeron incumplimientos a la misma, los que no pueden ser sancionados por encontrarse prescritas las acciones que emanan de ellos;

Centésimo quincuagésimo sexto: Que, sin embargo, cabe señalar que CCT adoptó medidas que no fueron ordenadas por este Tribunal en su Sentencia 26/2005, y que son consideradas útiles para mejorar las condiciones de competencia en este mercado siempre que se cumplan en su espíritu, es decir, que efectivamente permitan la exhibición de productos de sus competidores. Por ejemplo, el testigo Juan Pablo Correa Valenzuela, propietario de la cadena Big John, en su declaración, cuya transcripción rola a fojas 2869 y siguientes, expuso que la utilización de cigarrerías de CCT por parte de la competencia de esta compañía se inició a fines del año 2009 o inicios del 2010. Por su parte, don Leonardo Ljubetic, gerente general de Arco Prime Limitada, compañía que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

gestiona y administra las tiendas de conveniencia asociadas a la marca Copec, es decir, Pronto Copec, y otra red de locales bajo la marca Fresco, que presta servicios de administración a la franquicia Punto Copec, también declaró que las medidas de liberalización de cigarrerías de CCT para la exhibición de productos de la competencia se habrían realizado durante el año 2009. La transcripción de esta última declaración rola a fojas 2893;

Centésimo quincuagésimo séptimo: Que este Tribunal considera fundamental que CCT continúe implementando las medidas de cumplimiento de la Sentencia 26/2005, que comenzó a implementar con real fuerza luego de comenzada la investigación que dio origen al proceso de autos. En especial, en lo relativo a la entrega de información suficiente y reiterada a sus clientes, por el tiempo que sea necesario, respecto de su libertad para exhibir y comercializar productos de su competencia;

Centésimo quincuagésimo octavo: Que de todo lo razonado en la presente sentencia, se concluye que ha podido acreditarse que CCT ha suscrito acuerdos de arrendamiento de espacios y derechos publicitarios con sus clientes del llamado canal *high trade* que, dadas las características del mercado que se han expuesto y las nuevas restricciones normativas a la publicidad que se han descrito, restringen o entorpecen *de facto* la libre competencia, o al menos tienden a producir dichos efectos, pues en ocasiones constituyen un impedimento para la exhibición, promoción y venta de los productos de la competencia de CCT. Lo anterior le es reprochable a esta compañía atendido el especial deber de cuidado que le impone su condición de cuasi-monopolio. Por tal razón, se impondrán las medidas indicadas en la parte dispositiva de la presente sentencia. En cuanto al resto de las conductas imputadas en autos a CCT, esto es, (i) efectuar pagos distintos a los originados en los acuerdos relativos a publicidad con propósitos exclusorios en el canal *high trade*; (ii) condicionar el otorgamiento de crédito a los operadores de puntos de venta del denominado canal *low trade* a no vender cigarrillos de la actora; (iii) 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; y, (iv) impedir el uso de las cigarrerías que CCT entrega en comodato para exhibición de los productos de la competencia, este Tribunal ha encontrado indicios de que tales conductas pudieron haber ocurrido. Sin embargo, tales indicios no son suficientes para formar convicción en estos sentenciadores de que esas conductas efectivamente hayan ocurrido y sean imputables a CCT o de que sean otras nuevas y distintas de las ya sancionadas en la Sentencia 26/2005, o que no estén

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cubiertas por la prescripción de acciones que será declarada en la parte dispositiva de este fallo. Lo anterior sin perjuicio de lo expuesto respecto a la falta de diligencia debida por parte de CCT en la oportunidad de la implementación de medidas tendientes a dar cumplimiento a dicha Sentencia y la necesidad de continuar con tal implementación;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos **1º, 2º, 3º, 18º y 26º del Decreto Ley Nº 211,**

SE RESUELVE:

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 3º inciso primero, parte final del Decreto Ley Nº 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;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 196-09

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Javier Velozo Alcaide. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Alejandro Domic Seguich.