

RECURSO : 4332/2005 - RESOLUCION : 838 - SECRETARIA : UNICA

Santiago, diez de enero del año dos mil seis.

Por sentencia que rola a fojas 775 de estos autos rol C-Nº 11-04, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sucediendo a la Honorable Comisión Resolutiva que reglaba el texto original del D.L. 211 de 1.973 y que fue reemplazada por la ley 19.911 (D.O. 14 de noviembre de 2.003), decidió acoger la denuncia interpuesta por INTERNACIONAL TOBACCO MARKETING LTDA. (Philip Morris) en contra de la COMPAÑÍA CHILENA DE TABACOS (Chiletabacos), por incurrir esta denunciada en conductas contrarias a la libre competencia, consistentes en la imposición de barreras artificiales a la entrada de un nuevo competidor, en su papel de actor dominante en el mercado, ordenándose a esta última empresa cesar en dichas conductas.

En consonancia con lo anterior, el tribunal dejó sin efecto todas aquellas estipulaciones contenidas en los contratos de exclusividad aludidos en los considerandos 18 y 21, debiendo abstenerse la parte demandada de incluirlas en los convenios que celebre en el futuro.

Se le previene además 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 y finalmente, le aplica una multa a beneficio fiscal ascendente a diez mil unidades tributarias mensuales.

La aludida sentencia resuelve, además, rechazar las tachas formuladas respecto de los testigos Inés Teresa Da gnino Torres y Luis Corni Alache y desestimar la objeción de documentos promovidas a fojas 168, 410 y 650.

En contra del expresado fallo la denunciada Chiletabacos dedujo a fojas 823, recurso de reclamación, el cual luego de expresar su opinión respecto del ámbito de competencia que esta impugnación le entrega al tribunal que debe conocerlo, explicita los agravios que estima incurrió la sentencia reclamada, consistentes en primer término; en las faltas y abusos graves que se han producido respecto del debido proceso legal, luego en la errónea apreciación que se ha hecho de la prueba rendida, para finalmente concluir pidiendo que se deje sin efecto dicha resolución.

A fojas 884 se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurso luego de enfatizar el amplio poder que tiene la Corte Suprema en su competencia, para considerar todos los aspectos de hecho y de derecho involucrados en el fallo impugnado, reclama respecto de las siguientes cuestiones. En lo primero, aduce que se ha incurrido en faltas y abusos graves al debido proceso legal; en segundo término, critica los vicios y errores que se han cometido, en cuanto al análisis de la prueba en cada uno de los hechos denunciados.

En cuanto al primer capítulo, se sostiene que no hubo una investigación exhaustiva, frente a la denuncia promovida directamente a la Comisión Resolutiva (del texto anterior a la reforma de la ley 19.911, la que se avocó de oficio a una materia que de hecho no podía comprobar, y que le correspondía al Fiscal Nacional Económico o a la ex Comisión Preventiva. Incluso la primera institución no se hizo parte ni tampoco informó sobre los hechos denunciados, con lo cual, se reclama la falta de una investigación racional y justa. Se recuerda que este principio está recogido en la Constitución Política de la República, artículo 19 N° 3 inciso 5° y el artículo 79 y complementados con los artículos 6 y 7 de la Carta, sin perjuicio también de apelar a la Declaración de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1.948, según la lectura que hace de los artículos 8 y 10 que consagran el derecho del recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes y el que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente, y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en contra de ella en materia penal.

En este sentido, se aduce en la reclamación, la falta de un debido proceso, pues los defectos incurridos en la aplicación de las normas de la sana crítica han llevado al error de ponderar la prueba y fallar en conciencia, aseverando que esta atribución era propia de la H. Comisión Resolutiva, pero vedada desde el día de la instalación del nuevo tribunal de defensa de la libre competencia, contribuyendo al error, la falta de reglas expresas en las disposiciones transitorias de la ley 19.911, que fijaron la transición de las causas iniciadas en el ámbito de la antigua Comisión Resolutiva y de las que continuó el Tribunal recientemente creado, vulnerándose con ello normas de orden público y, en particular los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental.

Se expresa, a continuación, que reconociendo el fallo impugnado, que en este proceso inquisitorio no hubo participación del fiscal, habiendo el nuevo órgano jurisdiccional asumido una causa heredada, no requirió de una investigación, bastándole para resolver, los instrumentos y argumentaciones proporcionadas por el denunciante, sin considerar que a la denunciada nada le correspondía probar, ya que estaba sólo en condiciones de suministrar y aportar lo que expresamente se le solicitaba y era exigible que se hubiera investigado el mercado, determinar los elementos que lo componen y su operación dentro de las características especiales y propias, que el tribunal no hizo y, sin embargo, se atuvo a lo que le dijeron las partes, de tal modo, que se ha sentenciado y sancionado sin investigar, lo que constituye una omisión grave a un debido proceso inquisitorio;

Segundo: Que se aduce en seguida, dentro de este primer capítulo, que es un principio de derecho, que no corresponde al imputado probar su inocencia pues ésta se presume, lo cual no significa renunciar al derecho de defenderse y, por lo tanto, le asiste también el derecho a la prueba, lo que configura uno de los elementos constitutivos de lo que se conoce como procedimiento racional y justo y para ello, se dice, es elemental conocer la investigación. En el presente caso, se reprocha que la indagación previa de la denuncia no se llevó a cabo, ya que no intervino el Fiscal Nacional Económico y el fallo se basó sólo en los antecedentes proporcionados por el denunciante, los que se mantuvieron en reserva y no fueron dados a conocer a Chiletabacos, excluyendo la posibilidad de controvertirlos, esta prueba reservada corresponde a actas notariales no conocidas por la denunciada, como se

comprueba con el certificando que se acompañó en la reclamación; se ha omitido además, un trámite esencial, cual es la agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes con citación o el apercibimiento legal. De este modo, se sostuvo, aun cuando la ley permite apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, sin embargo las señaladas actas notariales no cumplen los estándares exigidos en un debido proceso legal. Se agrega, que esas actas notariales que han servido de necesario fundamento a la sentencia no constituyen instrumentos, por emanar de terceros ajenos al juicio ni tampoco se pueden considerar como prueba testimonial, puesto que los terceros no comparecieron al tribunal, lo cual obliga a éste señalar las razones para darles el carácter de aptos como indicios o elementos de convicción, a pesar que tales actas fueron elaboradas con la asistencia e intervención unilateral de la parte que los presentó como medios de prueba, ya que en ellos intervino un empleado de la denunciante Philip Morris, como lo aseveró el notario que realizó la diligencia, sin que la sentencia razone el porqué le asigna el valor tan grave para la conclusión a la que arribó. Se sostiene en el recurso que resulta inaceptable que la sentencia se afirme y resuelva sobre la base de antecedentes reservados, tratándose de pseudas declaraciones obtenidas unilateralmente por la denunciante, sin que los deponentes hayan podido ser contra-interrogados ni contradichos y por ello no puede fundarse la sana crítica en tales antecedentes. En el mismo sentido, se objeta el valor de las declaraciones de los testigos Tarzuján y Palacios, quienes afirman hechos sobre la base de reuniones con el gerente general de Philip Morris, contratados para hacer un estudio de prácticas monopólicas, por lo que se trata de encargos ad-hoc y sobre ellos no se puede concluir lo que se afirma, puesto que la sana crítica exige método y análisis, ya que, sin estar en presencia de un análisis económico objetivo, imparcial y serio, el tribunal no puede dar por probados hechos, sin investigar la seriedad del planteamiento formulado por dichos testigos. Se sostiene que el fallo no hace un razonamiento de los antecedentes o medios de prueba en que se basa, sino que simplemente asevera que se forma convicción por antecedentes que sólo cita, omisión que es notoria en los considerandos 19 y 20 de la sentencia, en los que ésta no cumple con las exigencias legales de enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. Conforme a lo expuesto, se enfatiza en el recurso, que la sentencia recurrida no explica cómo los antecedentes que meramente cita le son suficientes, le parecen sólidos y le hacen fe, expresándose que de las observaciones de esos testimonios formulados por la denunciada no le son creíbles al tribunal, sin dar razones para justificar su rechazo. Las reglas de la sana crítica no autoriza al tribunal para razonar de manera sólo argumentativa, por lo que en el fallo la prueba se apreció en conciencia y no en derecho, como corresponde;

Tercero: Que en el segundo capítulo del recurso, se analiza la prueba recaída en cada uno de los hechos denunciados. En esta parte se indica que la sentencia se equivoca en el concepto del mercado relevante que lo hace concurrir en todo el territorio del país, lo cual tendría un doble efecto, ya que se argumenta sobre participaciones de mercado mayores a las reales dado que Philip Morris no participa en la mayor parte del país en donde Chiletabacos atiende a 60.000 puntos de venta y luego, se supone que en todo ese mercado existirían las conductas que darían cuenta las declaraciones contenidas en las cuarenta actas notariales y, en realidad, las acciones imputadas sólo se refieren a Santiago, Valparaíso y Concepción, en las que la demandante tiene una participación mayor. Se sostiene que en esas ciudades la empresa aludida a penetrado positivamente, con lo cual los actos reprochados a Chiletabacos no son tales o no tienen la gravedad ni la eficacia que se le

atribuyen, considerando que Philip Morris sólo ha incursionado en el mercado desde octubre de 2.002;

Cuarto: Que en relación a lo expuesto en el motivo anterior, la reclamación crítica de la sentencia impugnada, el haber prescindido de las barreras estructurales existentes en el mercado del tabaco, como sería la carga tributaria y el contrabando de estos productos, a los cuales el fallo le otorga un valor neutro, ya que dichas barreras también afectan a la denunciante, de lo cual discrepa Chiletabacos ya que la carga tributaria la obliga a ser muy activa en sus ventas, todo lo cual impone a todo competidor considerar este tipo de dificultades. Agrega, por otra parte, que al momento de la denuncia se introdujeron nuevas barreras en el mercado como es la autorregulación o autoprohibición total de publicidad en radio y televisión, campañas de prensa en contra del producto y severas restricciones para fumar en locales públicos, lo cual no ocurre con otros productos. En el caso de los cigarrillos, se explica que agrava el problema la especial característica de la forma como se aplica legalmente el impuesto. Al valor neto del producto se le suma el IVA y, luego, al resultado de ese valor, se le añade el cuantioso impuesto especial. Además, se dice, se trata de un impuesto de retención por la Compañía, que no vende directamente al público consumidor lo que supone anticipar el precio de venta al público, lo cual aparece que éste resulta fijado por el productor, quien tiene que retener el impuesto y pagarlo incluso antes que el producto se venda al consumidor. Otro efecto negativo que se aduce, es que el margen de utilidad es muy menor pues la mayor parte, 70% se va a impuesto, lo que obliga a la venta de grandes volúmenes de cigarrillos. El tercer efecto que resulta relevante, según la reclamante, es que el comerciante que vende a público, para obtener un margen que le signifique un ingreso significativo requiere vender mucho y por consiguiente mantener un gran stock, situación que la sentencia despreció indebidamente. De esta forma, se aduce, la posición dominante y las conductas deben analizarse en el medio en que se dan y conjugando todos los factores relacionados, lo que es importante para entender la conducta pro-competitiva, activa y agresiva de Chiletabacos con lo cual se comprendería la advertencia de que no podría otorgarse crédito si se venden productos de contrabando. De esta forma se explica, que el método analítico que parcializa la realidad y que aísla un factor y prescinde de los demás (contrabando y carga tributaria) se representa así incompleto y la sentencia, ha supuesto y dado por hecho, lo que dijo la denunciante, por sí, directamente, o por medio de declaraciones que Chiletabacos no pudo controvertir concretamente, pues no tuvo oportunidad de comprobar ni contrastar las imputaciones formuladas en su contra. Se indica que la denunciada no pretendió justificar conductas, sino que ejercer su derecho de explicar que incursionar un mercado con las regulaciones citadas no es fácil, por lo que conseguir una considerable participación en poco tiempo con poca inversión es aventurado e irreal, frente a un agente que está presente en el mercado por 100 años.

En el mismo contexto de las barreras y que el fallo declara neutro se refiere al contrabando de cigarrillos, que representa un 7 % del mercado y que el fallo rechaza, sin considerar que Chiletabacos tiene una posición dominante producto de su presencia en Chile desde 1.909, con significativas barreras y que este problema es una dificultad que afecta a todas las compañías, nuevas y antiguas, siendo éstas las que enfrentan de mejor forma esta barrera dado el mejor conocimiento del mercado y, por tanto, cualquier análisis debe considerar que el o los agentes en el mercado relevante tienen que efectuar acciones lícitamente

agresivas para combatirlo y superarlo, pero el fallo, según el reclamo, despeja este factor en sólo cinco líneas en el considerando 14°;

Quinto: Que en cuanto al análisis de la prueba considerada para acreditar los hechos, lo que se reprocha en el recurso es el haber valorizado los antecedentes de manera amplia y libre sin sujeción a estándares mínimos, infringiendo garantías básicas de procedimiento excluyendo la afirmación de haberse basado tal ponderación en un sistema de sana crítica. De esta manera, cuando se trata de demostrar la existencia de acuerdos de exclusividad en el mercado de los cigarrillos, comprensivo a ambas partes, se sostiene que Chiletabacos reconoció que tenía acuerdos de exclusividad de publicidad o merchandising, pero no de venta y para ello acompañó el texto de los contratos para el examen de la contraria. La sentencia impugnada, se sostiene, constató que tanto Chiletabacos como Philip Morris utilizaban esos acuerdos de exclusividad y a pesar de proceder de oficio la antigua Comisión Preventiva, se decidió que no correspondía resolver respecto de los contratos de la última, porque no ha sido denunciado en autos, cuando precisamente esa era la función del tribunal para determinar el comportamiento de todas las empresas del rubro. En el presente caso, Philip Morris confesó y un testigo de esa misma parte aseveró que esta compañía utilizó a lo menos treinta contratos de publicidad, lo cual significa que esos contratos son un medio habitual en la industria, lo que es un hecho del mercado. Por consiguiente, se dice, si estos acuerdos se estimaren inconvenientes para la libre competencia, podría ser regulado o controlado, pero no puede atribuirse a una intención dolosa y merecedora de sanción, basta considerar que el propio testigo de Philip Morris, señor Palacios a fojas 465, expresó que los acuerdos de exclusividad publicitaria, per se no son malos;

Sexto: Que siempre en torno a los contratos de publicidad, el recurso reclama que el considerando 19 del fallo impugnado, analizando dichos acuerdo, que se habrían aplicado en los puntos de venta, llega a la conclusión que, de la ponderación de la prueba de autos, se desprende que en la práctica, se impide que otros cigarrillos, en especial los de Philip Morris se pueden vender en un determinado local o, a lo menos, que se puedan vender en condiciones mínimas de exhibición, según los antecedentes que se señalan en dicho fundamento. Enseguida en el considerando 20° concluye el tribunal que le asiste la convicción que las condiciones de exclusividad pactadas en los contratos de la Compañía Chilena de Tabacos constituyan, en los hechos, una limitación objetiva a la venta y comercialización de cigarrillos de Philip Morris, lo que importa una barrera estratégica a la entrada de la competencia impuesta por al denunciada. Para esas conclusiones, según el recurso, el fallo se basa en fotografías, que es un medio imposible de contrastar con la realidad y que pueden ser parciales o manipuladas y además, no se consideró la declaración de los testigos de la reclamante, uno de los cuales se ofreció para un contrato de exclusividad a la denunciante. Se aduce que para estos razonamientos no se explicó ni señaló cuáles reglas de la sana crítica lo llevan a decidir de la manera dicha. Luego, el recurso expresa, que los contratos de exclusividad de Chiletabacos se refieren sólo a publicidad para el rubro de cigarrillos, puro s y tabacos, para la implementación, comunicación y presencia de marcas o publicidad, promoción y degustación para el rubro de cigarrillos; o publicidad señaladas en el mismo sentido. En este aspecto se dice que si el fallo estimó que estos contratos serian atentatorios para la libre competencia, lo lógico hubiese sido que recomendara o exigiera su modificación, pero en caso alguno declarara

que esos contratos sean atentatorios a la libre competencia. El mismo argumento cabe, según el reclamo, para los contratos a que se refiere el considerando 21° en cuanto otorga un estímulo adicional al comerciante en función del volumen de ventas. En este predicamento, se afirma por la denunciada, que si un agente tiene una participación formal en el mercado superior al 90%, es de lógica, que sus productos y su publicidad tengan una presencia más notoria que los de la competencia, que por su tamaño relativo sólo tiene, a lo más, entre un 3% y un 7% del mercado formal relevante, pero esta diferencia no importa necesariamente una acción predatoria que impida o limite la venta de los productos de menor participación de mercado. Aclara que este mismo tipo de contratos de publicidad utiliza Philip Morris, según los documentos acompañados al expediente, con una diferencia relacionada a la mayor o menor facilidad para poner término a tales convenciones, que en el caso de esta empresa es más gravosa para el cliente, como se infiere de las declaraciones de los testigos de esta última parte, señores Tarziján, Palacios y Lara. De esta forma, se agrega en el recurso, de las declaraciones de los testigos, lo único que podría acreditarse es: 1° las tabacaleras emplean contratos de exclusividad; 2° que la exclusividad no se refiere a la venta, sino a la publicidad y promoción de sus marcas, y ambas tabacaleras emplean distintas expresiones para su definición, y 3° que, sin embargo, los contratos de exclusividad de estas empresas tienen diferencias en sus cláusulas de salida. Sin embargo, el fallo recurrido concluye en el considerando 20°, que esas cláusulas adquieren una connotación de barrera estratégica a la entrada que permite a la Compañía Chilena de Tabacos mantener su predominio en dicho mercado, cuando de los textos de los contratos, precisamente, dicen lo contrario, estableciéndose e n contrario, de manera errada, una barrera artificial para mantener el dominio del mercado;

Séptimo: Que en seguida la reclamación discrepa de lo razonado en el considerando 21° del fallo recurrido, al concluir que las cláusulas de pago de incentivos a determinados comerciantes por el cumplimiento de metas de participación del producto en las ventas del respectivo establecimiento, constituyen otra barrera estratégica a la entrada de competidores, pero se denuncia que la sentencia prescinde del hecho que, tener una alta participación de mercado, no es por sí repudiable y que el agente puede seguir desarrollando su actividad incrementando su nivel de ventas, sobre todo, tratándose del mercado del tabaco en que el margen de utilidad es muy menor con relación al precio de venta por el alto impuesto, y discrepa de la aseveración del fallo de considerar este incentivo de cerrojo ilícito, puesto que el calificativo proviene sólo de la norma tributaria. Se pregunta en la reclamación dónde estaría la ilicitud de tales contratos, ya que no se ha demostrado que tales convenios constituyan impedimento o negativa de venta. Se expresa que las numerosas restricciones y barreras institucionales que cada vez más se imponen y ahogan al comercio de cigarrillos obligan a la compañía a acicatear y a estimular al comerciante para que venda el producto, lo cual no puede hacerse sino mediante beneficios económicos y éstos se miden sólo en las ventas de los productos. No obstante lo anterior, la sentencia decide que los contratos de exclusividad de cualquier actor con poder de mercado deben cambiarse sustancialmente, pero sólo es sancionada, de manera injusta y discriminatoria Chiletabacos, aunque se prevenga al futuro en este tipo de contratos y la hace aplicable, sin sanción, a cualquier otro competidor con poder de mercado;

Octavo: Que en cuanto se refiere al cargo de supuesta negativa de venta, se expresa que la sentencia elabora un contexto de ventajas para la denunciada, sobre la base de una prueba apreciada de manera parcial, como se explica en el considerando 27°, en cuanto se refiere a los distribuidores low trade, para los cuales la venta de cigarrillos constituye un elemento relevante de sus ingresos y en que el crédito otorgado por Chiletabacos a tales distribuidores es esencial para la comercialización de los cigarrillos. Se reconoce que la venta de este producto atrae a otras ventas y que los que más se venden son los de la marca denunciada y, por ello se les otorga un crédito favorable, pero la afirmación del fallo es incompleta, porque según algunos testigos, estas circunstancias no impiden a los comerciantes vender otras marcas si son bien atendidos. Se arguye que el fallo expresa que es esencial para la venta la existencia del crédito y de ello se aprovecha la Compañía Chilena de Tabacos en su calidad de empresa dominante en el mercado y, en estas circunstancias, se da por demostrado que la denunciada ha amenazado con negar la venta de sus propios cigarrillos a determinados distribuidores low trade. En este contexto, el recurso indica que las expresadas actas notariales no fueron exhibidas conforme al debido proceso legal, de manera que esa prueba no es tal, pero además el propio notario señor Vásquez, que concurrió como testigo, no afirmó que le constaba el hecho mismo de lo que se sostiene en la denuncia, y que además asistió a sus visitas con un funcionario de Philip Morris, quien era el que interrogaba a los comerciantes;

Noveno: Que continuando con el reproche acerca de la efectividad y amenaza de término de créditos, de retiro de productos y de elementos de publicidad, conductas que el fallo, en el motivo trigésimo, estima acreditadas en un incompleto contexto y a base de declaraciones inaccesibles, el recurso de reclamación denuncia faltas al debido proceso al recurrir la sentencia a documentos reservados, lo que se agrava cuando la sentencia da por reconocido de Chiletabacos el hecho que, para obtener la venta de sus cigarrillos, sea fundamental el otorgamiento de crédito por lo que a los comerciantes no les quedaría más remedio que ceder a las presiones y amenazas, lo cual no es efectivo porque en Chile hay 60.000 puntos de venta y, porque además no se explica cómo podría existir una política de crédito si no es exigiendo su pago y cuyo impuesto es de cargo del otorgante del crédito y no se aquilata la importancia y los efectos de la tributación especial que regula obligatoriamente la actividad y conduce a pensar que sería ilícito el crédito por tratarse de una empresa con predominio;

Décimo: Que en cuanto a la entrega de incentivos, la reclamación discrepa de lo sostenido en el considerando 31°, ya que la afirmación ahí contenida se basa en actas notariales no conocidas por la denunciada, por lo que no es efectivo que ese incentivo se justifique por la exclusión de un competidor. Se insiste en que la sentencia se sostiene en antecedentes desconocidos y de las declaraciones de los testigos Lara y Molina y de los otros dependientes, ajenos a los contratos, que no tienen la fuerza de convencer acerca de lo que afirman. Por otra parte, se afirma que la idea contenida en el motivo 33° del fallo recurrido, es errada en lo que se refiere al comercio de distribución mayorista independiente, en cuanto no sería una alternativa suficiente para un eventual competidor de la Compañía Chilena de Tabacos distribuir sus cigarrillos a través de mayoristas independientes, lo que no empece a Chiletabacos, pues es materia de una política de venta y de crédito que ésta ejerce directamente y que, además, vende a distribuidores mayoristas independientes, que son libres de administrar su negocio y no dependen de la denunciada, sino que a la

configuración material, espontánea y tradicional de este mercado de productos masivos de alto consumo y de relativo bajo precio y que esta forma de distribución no está cerrada a Philip Morris ya que éste presentó como testigo a un distribuidor propio y que antes lo era para Chiletabacos. Se concluye que es agravante lo que el fallo asevera, al estimar que las conductas sancionadas se han producido durante un tiempo largo y permanente;

Undécimo: Que finalmente la reclamación expresa que las conclusiones de la sentencia en cuanto a conductas indebidas que no se precisan suficientemente, conducen a una situación de inestabilidad e indefensión jurídicas frente a futuras acciones que la demandante pudiera emprender y como cree que la denuncia tiene un móvil espúreo y basada en testimonios que la reclamante no conoció, podría ocurrir que, para obtener la demandante una mayor participación en el mercado, vuelva a insistir con este tipo de reclamos, por lo que considera Chiletabacos que era indispensable que se precisaran qué conductas específicas son predatorias para tomar cabal conocimiento del criterio del H. Tribunal. Se precisa que la agravia la fuerte multa impuesta, la mayor que fija la ley, sin especificar el grado de responsabilidad, si se actuó de buena o mala fe, y su intencionalidad, nada de esto se precisó, y se la condenó por tener la denunciada una altísima participación de mercado, ganado gracias a años de inversión, trabajo, fuerza de venta sólida, cuidado de sus marcas y sus clientes distribuidores, es decir, de su eficiencia. En concreto se pide, que se deje sin efecto el fallo reclamado en todas sus partes, o lo enmiende o lo reemplace por el que corresponda conforme a derecho;

Duodécimo: Que como primera cuestión que deberá, a lo menos aclararse, es el reproche que el recurso de reclamación formula, tanto en el primer capítulo, que denomina de faltas graves al debido proceso; como en los aspectos relacionados con la prueba, cuyo defecto que se le atribuye a la sentencia es recurrente. El vicio que se aduce está referido al hecho que la denunciante proporcionó ciertos antecedentes probatorios actas notariales sin darlas a conocer a Chiletabacos, puesto que obtuvo que el tribunal las mantuviera en reserva, como lo demostraría con un certificado acompañado al recurso. De este modo, se enfatiza que esa prueba, considerada en el fallo para acoger la denuncia, no fue conocida por la denunciada, no hubo citación ni apercibimiento al respecto ni tuvo Chiletabacos la posibilidad de contradecirlos, constituyendo dichos instrumentos pruebas unilaterales inadmisibles en un proceso legal, sin perjuicio además, que la reclamante, expresa que esos testimonios no tienen el efecto de demostrar hechos ni aun apreciándolos conforme a las reglas de la sana crítica;

Décimo Tercero: Que efectivamente se acompañó un certificado a fojas 822, emanado del secretario abogado del tribunal, de fecha 17 de agosto de 2.005, en el que se deja testimonio que los documentos acompañados en el primer otrosí de la denuncia de fojas 11, signados con las letras (a) a (ee), y cuya confidencialidad fue solicitada en el segundo otrosí de la misma presentación, se encuentran guardados bajo reserva, de acuerdo con lo ordenado fojas 34. Sin embargo, es necesario señalar que la certificación aludida es errónea, puesto que según consta del escrito de fojas 324 Chiletabacos pidió levantar la reserva de las actas notariales a la H. Comisión Resolutiva, petición que fue acogida por este organismo a fojas 379, el día 19 de noviembre de 2.003, en plena etapa de discusión, error del certificado que, por lo demás, fue corregido a fojas 866 y en el que se dejó testimonio que tampoco los documentos del Tomo IV se encontraban bajo reserva;

Décimo Cuarto: Que conforme a lo expresado en el motivo anterior el reclamo, en cuanto se basa en el estado de desconocimiento de la prueba documental acompañada por la denunciante, porque ésta se encontraba guardada bajo reserva, no es efectivo, puesto que a partir del 19 de noviembre de 2.003, las actas notariales objetadas e incorporadas en el Tomo IV del Cuaderno de Documentos estaban a disposición de las partes para su conocimiento y, por lo tanto, a partir de esa fecha se hallaban éstas en condiciones de hacer las observaciones pertinentes respecto de su mérito probatorio, con lo cual, esta argumentación y relacionada con las exigencias constitucionales y legales del derecho al debido proceso, no podrán ser admitidas;

Décimo Quinto: Que en lo particular, como se expresó precedentemente, se reclama en contra de la sentencia porque no existió una investigación exhaustiva de los hechos que dieron lugar a la misma, toda vez, que habría actuado de oficio la Comisión Resolutiva, sin intervención de los órganos establecidos por la ley para este objeto, y cuya tarea estaba entregada al Fiscal Nacional Económico o a la ex Comisión Preventiva. Se echa de menos por el recurso la falta del requisito constitucional del debido proceso, cual sería la existencia de una investigación racional y justa, puesto que con motivo de la modificación introducida al Decreto Ley N° 211 por la ley 19.911, la función de investigación de la Comisión Resolutiva desapareció, el nuevo tribunal no requirió una nueva investigación y basó su sentencia en instrumentos y argumentaciones proporcionados por la denunciante, no respetando el principio de inocencia que le asistía a Chiletabacos, incurriendo además, en errores graves en la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. En síntesis expresa que hubo un proceso inquisitorio que no corresponde con la nueva regulación legal que tiene la Ley de Defensa de la Libre Competencia;

Décimo Sexto: Que frente a esta imputación, conviene precisar algunos aspectos de la tramitación de esta causa: a) según aparece del escrito de fojas 11, la empresa Philip Morris (Chile) con fecha 30 de diciembre de 2.002 denunció a la H. Comisión Resolutiva prevista en el Decreto Ley 211 de 1.973 (antes de su modificación por la ley n° 19.911) a la Compañía de Tabacos de Chile (Chiletabacos) de abuso de posición dominante y prácticas predatorias, solicitando que se ordene poner término a las conductas que se objetan en dicha presentación y que se la sancione con la multa más alta que permite la ley; b) a fojas 34 la Comisión Resolutiva, por resolución de 15 de enero de 2.003, resuelve investigar de oficio los hechos materias de la denuncia y otorga traslado por el término de 15 días hábiles a la parte denunciada; c) a fojas 129, Chiletabacos contesta el traslado, solicitando el rechazo de la denuncia deducida en su contra, por las razones que latamente se expresan en dicho libelo; d) a fojas 305 la Comisión Resolutiva recibe la causa a prueba, con fecha 15 de octubre de 2.003, señalando tres hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, resolución que fue impugnada de reposición, por ambas partes, acogándose a fojas 314 sólo una de ellas, en cuanto modificó uno de los puntos de prueba fijados en la interlocutoria antes referida; e) encontrándose la causa en estado de prueba, según consta a fojas 530 se avoca al conocimiento de la cuestión el nuevo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con fecha 19 de mayo de 2.004, disponiendo la práctica de la prueba confesional pedidas por ambas partes en audiencias que se fijan en dicho decreto, practicándose en el proceso una serie de actuaciones procesales, hasta que, con acuerdo de

las partes, fijó el tribunal a fojas 652 la fecha para la vista de la causa, la que se verificó el 31 de mayo de 2.005, dictándose sentencia a fojas 775, el 5 de agosto de 2.005;

Décimo Séptimo: Que como ha quedado especificado en el motivo anterior, este proceso se inició cuando estaba vigente el D.L. 211 de 1.973, antes de la sustancial modificación que introdujo a dicha normativa la ley 19.911 publicada en el Diario Oficial de 14 de noviembre de 2.003, cuyas disposiciones entraron en vigor noventa días después, según lo ordenó el inciso primero de la disposición transitoria primera de esta última ley. El artículo 6° del texto original señalaba que para la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica, aun cuando no fueren constitutivos de delito, habrá los siguientes organismos y Servicio: a) Las Comisiones Preventivas Regionales; b) La Comisión Preventiva Central, c) La Comisión Resolutiva; y d) La Fiscalía Nacional Económica. A su vez, en la letra a) del artículo 17 del Decreto Ley 211, vigente a la fecha de la denuncia, se establecía como competencia de la Comisión Resolutiva aludida, la de conocer, de oficio o a solicitud del Fiscal, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley e investigar respecto de ellas, con las facultades que dicho precepto señala. Enseguida, el mismo cuerpo normativo en su artículo 18, con la modificación introducida por el D.L. 2.760 de 1.979, estableció el procedimiento a que deberá someterse el aludido tribunal. Dentro de las normas de sustanciación, se destacan por ejemplo, el que el procedimiento será escrito; se contempla el emplazamiento de rigor, a fin de hacer prevalecer el principio de audiencia, señalando que tanto el requerimiento del Fiscal Nacional y el auto cabeza de proceso, se mandará poner en conocimiento de las personas a quienes afecte, las que tendrán como plazo mínimo de quince días para contestar, previa notificación personal. Enseguida se contempla un término probatorio de diez días hábiles, permite la prueba testimonial y son admisibles los demás medios que contempla el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y agotada la etapa probatoria, se deberá ordenar traer los autos en relación, fijando día y hora para ello y, finalmente, respecto de determinadas decisiones se prevé el recurso de reclamación ante la Corte Suprema, según lo permitía el antiguo artículo 19 de la ley en referencia. Sin perjuicio de las normas procesales previstas especialmente para la tramitación de los asuntos que conocía y juzgaba la ex Comisión Resolutiva, el texto legal hacia aplicable supletoriamente las normas contenidas en los libros I y II del Código de Procedimiento Civil.

Décimo Octavo: Que las disposiciones de procedimiento antes expresadas fueron debidamente cumplidas en el presente expediente, puesto que denunciada por Philip Morris ciertas conductas que constituirían de parte de Chiletabacos abuso de posición dominante y prácticas predatorias y dirigido el requerimiento a la Honorable Comisión Resolutiva, ésta conforme a sus facultades legales se avocó al conocimiento del asunto y resolvió investigar de oficio los hechos materia de la denuncia, pero de inmediato dispuso que se emplazara a la denunciada, según el proveído de fojas 34. Esta última parte, evacuó el traslado a fojas 129, en el cual expuso todos los argumentos que justificaban el rechazo de la denuncia y acompañó, además prueba documental. Ambos contendientes presentaron abundante prueba instrumental e hicieron uso del derecho de objetar los documentos. El tribunal abrió un término de prueba a fojas 305, fijando los hechos sustanciales pertinentes y controvertidos, resolución que fue materia de reposición por ambas partes. Se recibió prueba testimonial, de la cual dan cuenta las actuaciones de fojas 418 a 435; de fojas 465 a

475; de fojas 479 a 488; de fojas 493 a 502; de fojas 505 a 512; de fojas 516 a 528. Por otra parte, a fojas 539 se practicó la confesional del representante de la denunciante a solicitud de Chiletabacos y también se aprecia a fojas 602 una diligencia de exhibición de documentos con la participación de los apoderados de la denunciante y denunciado, se consigna, además, que las dos partes, al término del periodo de prueba, por escrito de fojas 613 y 659, hicieron presente las observaciones que les ha merecido la prueba rendida en autos y luego, estuvieron de acuerdo en la fijación de la fecha de la vista de la causa, la que se verificó con los alegatos de los abogados de ambas partes, según se dejó constancia a fojas 761;

Décimo Noveno: Que cabe consignar que durante el desarrollo del procedimiento, cuyos aspectos se han descrito en el considerando anterior, entró en vigencia la ley N° 19.911 que modificó el D.L. 211, una de cuyas reformas de carácter orgánico fue la eliminación de las Comisiones Preventivas Regionales, la Comisión Preventiva Central y la Comisión Resolutiva, creándose una sola institución de carácter jurisdiccional denominada Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Este último órgano, asumió el conocimiento del negocio a partir de fojas 530, en plena etapa probatoria y prosiguió la tramitación de la causa hasta dictar sentencia definitiva. Conviene precisar que hasta esta última etapa procesal, no se formuló ninguna reclamación por parte de Chiletabacos, respecto de la legalidad del procedimiento desarrollado, no cuestionó ningún problema de afectación a la garantía constitucional del debido proceso, ni tampoco echó de menos el desarrollo de una investigación que debía corresponder a la Fiscalía Nacional Económica ni tampoco reclamó de una indebida actividad inquisitoria del órgano jurisdiccional. En rigor la defensa de Chiletabacos la planteó sólo acerca de la inexistencia de las conductas que se denunciaron de abuso de posición dominante y de prácticas predatorias, en perjuicio de la denunciante. De esta forma, aparece que la reclamación contra la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por las cuestiones formales antes referidas, no puede ser atendida por la vía de este medio de impugnación. Los actos procesales, ahora tildados de ineficaces, fueron aceptados y no reclamados formalmente en el momento en que se tomó conocimiento de ellos;

Vigésimo: Que sin perjuicio de lo antes señalado y a verificar las críticas de haberse desarrollado un procedimiento, sin que se haya respetado el debido proceso de ley y especialmente por la inexistencia de una investigación a cargo de un organismo distinto al tribunal, con lo cual no existiría lo que la Constitución señala una justa y racional investigación, principio que recoge el artículo 19 N° 3 inciso 5° de dicha Carta Fundamental. Se aduce en este punto, que se habría producido una actividad inquisitiva por el mismo órgano encargado de juzgar el asunto, sin embargo, de que este reproche es relativamente correcto, puesto que si bien el artículo 17 letra a) del texto primitivo del D.L. 211 permitía a la Comisión Resolutiva conocer de oficio situaciones que pudieran constituir infracciones a la aludida ley y facultaba además a dicha entidad a practicar actuaciones procesales de propia iniciativa, es lo cierto, que en el presente caso la actividad inquisitoria que se reclama, que legalmente aun ahora con la reforma está permitida, ha sido mínima, puesto que la Comisión Resolutiva tomó conocimiento de una denuncia y en vez de entregarlo a los otros organismos de investigación que contemplaba la ley, prefirió avocarse directamente de la materia que se formulaba y, en ese predicamento, que aceptaba el mismo artículo, permitió una actividad principal de las partes, en cuyo procedimiento se advierte

claramente un periodo de discusión, expresado por la denuncia y contestación, cumpliéndose con el principio de audiencia. Se abrió luego un término de prueba sobre hechos controvertidos, que las partes pudieron impugnar y la prueba rendida fue aquella que sólo éstas pidieron y presentaron al expediente. De esta forma, tan dispositivo ha sido el procedimiento, que la Comisión Resolutiva y luego el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no hicieron uso del derecho de decretar diligencias probatorias que estimare del caso para mejor resolver, como lo acepta el inciso final de la letra F del artículo 18 del D.L. 211 vigente a la fecha del denuncia. En verdad, el juicio se desarrolló, como en derecho correspondía, en conformidad a la normativa procedimental que con prolijidad contemplaba la ley y, por consiguiente, no hay en esta causa infracción a la garantía del debido proceso legal, ni tampoco se ha tratado de una investigación irracional o injusta, por lo que los reproches referidos en este primer capítulo de la reclamación deberán ser desestimados;

Vigésimo Primero: Que no obstante lo anterior, en estrados la defensa de Chiletabacos, reiterando los reproches contenidos en el recurso, de infracción al principio del debido proceso, no reclamado durante la tramitación del juicio, agregó una nueva alegación de carácter formal, que podría tener el carácter de una nulidad de derecho público, consistente en que con motivo de la vigencia de la ley 19.911, al terminar como órgano del D.L. 211 la Comisión Resolutiva, sus facultades de investigación habían sido traspasadas a la Fiscalía Nacional Económica y, en esta situación, no debió actuar el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, quien conforme al nuevo estatuto legal, sólo tiene el carácter jurisdiccional y carece de aptitud investigadora, toda vez, que si ejercía esta última función se constituía en un órgano que dejaba de ser imparcial, siendo por consecuencia incompetente para seguir actuando en esta causa, sobre todo considerando que ninguna disposición le otorga este poder de ser sucesora legal de la ex Comisión Resolutiva. De este modo, se expresó, que todo lo actuado por el tribunal es nulo por infracción de lo previsto en el artículo 7° de la Constitución Política de la República ;

Vigésimo Segundo: Que aun cuando esta alegación de nulidad no formó parte de la cuestión en discusión y no se formuló del mismo modo en la reclamación, que es el acto jurídico formal que le otorga competencia a esta Corte Suprema para dirimir la cuestión en controversia, es lo cierto, que por su trascendencia cabe analizar tal alegación. Ya se señaló que mientras se desarrollaba el procedimiento previsto en el artículo 18 del D.L.211 se dictó la ley 19.911 de 2.003, que empezó a regir en febrero de 2.004, según el inciso primero de la primera disposición transitoria de este ultimo cuerpo de leyes. Se señaló también que, con motivo de las modificaciones, se suprimieron las Comisiones Preventivas Regionales y la Comisión Preventiva Central. Se mantuvo como organismo la Fiscalía Nacional Económica. En el texto anterior estos tres organismos junto con la Comisión Resolutiva podían conocer según sus propios procedimientos, cuestiones relacionadas con atentados a la libre competencia. Con la reforma, se estableció un órgano de carácter jurisdiccional denominado Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, artículo 5° del texto definitivo. A su vez, la Fiscalía Nacional Económica a cargo del Fiscal Nacional, deberá cumplir las funciones que se le señalan en el artículo 39, teniendo como atribución básica, entre otras, la de instruir las investigaciones que estime procedentes y la de actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico. De lo expresado, no cabe dudas que la modificación de la ley 19.911 al D.L. 211 es importante,

ya que innovó respecto de este texto, tanto en lo orgánico, como en lo funcional, estableciendo determinadas competencias para los órganos de juzgamiento y de investigación, respectivamente. A su vez, se innova en el procedimiento porque evidentemente el conocimiento de las cuestiones debatidas se produce tanto en lo contencioso y en lo no contencioso, a través de mecanismos procesales propios y distintos del antiguo sistema. Pero así y todo el legislador de la reforma se preocupó de reglar los conflictos que estaban en tramitación a la fecha de la vigencia de la ley 19.911. Desde este punto de vista, se puede sostener que en torno de los órganos que preveía el antiguo sistema, la historia de la ley es clara en el sentido de eliminar dos organismos que eran las Comisiones Preventivas Regionales y la Comisión Preventiva Central y que el nuevo espíritu del legislador fue crear un órgano netamente jurisdiccional y entregar la labor de la investigación a la Fiscalía Nacional Económica, función esta última que anteriormente era compartida con los otros tres organismos. Sin perjuicio de lo señalado, ya en el mensaje del proyecto de reforma, se especifica que la idea de esta iniciativa es eliminar las Comisiones Preventivas y transformar la Comisión Resolutiva en un tribunal, permitiendo que la Fiscalía Nacional Económica se concentre en las investigaciones y más adelante se agrega: Para ello, se reemplaza el Título II por aquel que regulará el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, continuador legal de la actual Comisión Resolutiva. Esta última expresión se concretó en el artículo 2º del proyecto de ley. Esta norma mereció reparos en la discusión del proyecto en la Sesión 81 de la Cámara de Diputados de 19 de mayo de 2.003, pero luego se enfatizó como una de las ideas matrices del proyecto darle al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el carácter de continuador y sucesor legal de la Comisión Resolutiva (pag. 66), creyó además conveniente darle una nueva redacción al artículo 2, sustituyéndolo por razones de mayor precisión (pag. 87). Primero en cuanto a definir que esa sucesión se producía respecto de diferentes disposiciones legales, con relación a la Comisión Resolutiva y las referentes a aquellas normas relativas a las comisiones preventivas para concluir con una regla general, en el inciso final del artículo, en que se enfatiza que este mismo tribunal tendrá las atribuciones que otras disposiciones legales o reglamentarias, no citadas precedentemente, otorgan a las Comisiones Resolutivas y Preventivas, en su caso, en materias de libre competencia, con lo cual el legislador le quiso dar a esta continuación o sucesión la mayor amplitud, por lo que el claro sentido de esta norma, refleja que la competencia que tenía la Comisión Resolutiva se traspasaba, para el conocimiento y juzgamiento de las cuestiones pendientes al nuevo tribunal creado por la ley 19.911. De tal manera, resuelta en una disposición permanente la situación de la ex Comisión Resolutiva, aparece comprensible, preocuparse de los asuntos pendientes y de conocimiento de las Comisiones Preventiva Central y Preventivas Regionales, que desaparecerían, puesto que estos organismos aparte de ser consultivos, ejercían funciones jurisdiccionales cuyas sentencias contemplaban el recurso de reclamación ante la Comisión Resolutiva, según el artículo 9º del texto antiguo del D.L. 211 y, en esta eventualidad, era evidente que asumiera la continuación del procedimiento el nuevo tribunal respecto del cual, se establece el mismo recurso ante la Corte Suprema, el que no puede ser asimilado al que era de conocimiento de la antigua Comisión Resolutiva que para estos efectos, ya carecía de existencia legal;

Vigésimo Tercero: Que conforme a lo anterior, se puede concluir que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pudo seguir conociendo, como lo hizo sin reparos de ninguna especie por las partes, de la materia indicada bajo la competencia de la ex Comisión Resolutiva, porque legalmente se encontraba facultada para ello y porque no es efectivo que se actuó de manera inquisitiva sin facultad legal para ello, evitando entregar una investigación de oficio a la Fiscalía Nacional Económica, puesto que como ya se observó en este procedimiento, toda la discusión y prueba recayó, como en un estado procesal dispositivo, sólo en la actividad de las partes, con lo cual lo alegado con respecto a la falta de competencia del tribunal aludido no será oído y tampoco se atenderá lo expuesto, en esta parte, en el informe de derecho que se agregó a fojas 914;

Vigésimo Cuarto: Que entrando al segundo aspecto del reclamo, se denuncia principalmente el equivocado análisis que de la prueba efectúa la sentencia. Asevera que aquí hubo simples afirmaciones sin fundamentaciones y apreciaciones más bien en conciencia en la valoración que exige la ley, de apreciar los antecedentes de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Por otra parte, se discute el mérito que tendrían ciertas actas notariales que darían cuenta de las observaciones hechas por un notario y las declaraciones que a éstos le entregaron algunos comerciantes minoristas de cigarrillos. Se aduce que esta débil ponderación permite incurrir en un error respecto del mercado dominante, en el que la denunciante participa en una mínima parte, en circunstancias que Chiletaba cos atiende a 60.000 puntos de ventas. Se reclama la omisión del fallo respecto de graves barreras estructurales que afectan al comercio del cigarrillo que permiten un margen de utilidad muy bajo. Por otra parte, se explica en el reclamo que los acuerdos de exclusividad de publicidad no fueron entendidos por los falladores al considerarlos barreras de entrada estratégica y no hay fundamentos serios para explicar porqué dichos contratos serían ilícitos y contrarios a la libre competencia. Hay también, como ya se señaló, reparos respecto de pagos de incentivos por cumplimiento de ciertas metas, como asimismo a una supuesta negativa de venta; términos de créditos; entrega de incentivos que afectan al mercado. En general, esas apreciaciones según el recurso se basaron en una indebida apreciación de la prueba rendida, reiterando que alguna de ellas, las actas notariales, no tendrían mérito alguno porque se mantuvieron en reserva y que, finalmente no hubo una valoración probatoria de acuerdo con las reglas de la sana crítica;

Vigésimo Quinto: Que como ya quedó explicitado, durante la tramitación de la denuncia a la cual se avocó la ex Comisión Resolutiva, se dictó la ley 19.911 que modificó el D.L. 211. En lo orgánico, aquella ley creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que será el sucesor legal del primer organismo nombrado y además estableció nuevas reglas de procedimiento. Ambos aspectos orgánico y procedimental - como se señaló rigen in actum por ser normas de orden público y por ello es que asumió la continuación en la tramitación de la causa el tribunal aludido. En lo que se refiere al procedimiento, mientras no se trate de plazo o actuaciones pendientes, éste también debería ajustarse, a lo que regla la ley 19.911. En este sentido, es útil consignar que conforme a lo que estatuye el texto definitivo del D.L. 211, el artículo 22, en su inciso segundo expresa que serán admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes. El inciso final del mismo artículo establece como norma, que el tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En el texto modificado, la regla de libertad de prueba

estaba prevista en la parte final del inciso primero de la letra F del artículo 18 y sólo hay un cambio legal en la ponderación de los medios probatorios, ya que en la norma que se aplicaba antes de la reforma, se facultaba la apreciación de los antecedentes en conciencia e incluso se permitía fallar del mismo modo (letra K del mismo artículo). En este sentido, en cuanto al mérito de los antecedentes probatorios, el actual tribunal tiene una libertad más restringida en cuanto a la valoración de los medios de prueba, esto es, deberá en su raciocinio, en orden al establecimiento de los hechos, apelar a las reglas de la sana crítica, es decir a la experiencia, acudir a la lógica y a los conocimientos científicos suficientemente afianzados, parámetros que ya nuestra legislación contempla, por ejemplo en la legislación laboral y últimamente, en la apreciación de la prueba en el nuevo sistema procesal penal. En este sentido, como lo ha señalado claramente la jurisprudencia, estas reglas de carácter fáctico, no cauteladas ni precisadas por el legislador le otorgan a todo juzgador, con relativa libertad, una prerrogativa para conducirlo al descubrimiento de la verdad sólo guiado por la recta razón y en el criterio racional puesto en juicio (Corte Suprema. 13 de mayo de 1.971 revista Derecho y Jurisprudencia, tomo 68 sección 1º página 128). Facultad ésta que por supuesto es necesario utilizar en materias tan complejas como es la de determinar conductas ilícitas en desmedro de la libre competencia y, por ello, es que se ha creado un tribunal de alto nivel profesional y experto en materias que trata el D.L. 211, para que los jueces de la instancia de investigación y de juzgamiento puedan, describir y sancionar los actos que reprueba tal legislación, creando para ello estas posibilidades de aceptar cualquier indicio o antecedente que le produzca fe y ponderarlos con la libertad última de la sana crítica;

Vigésimo Sexto: Que precisado el ámbito de la competencia que tiene el tantas veces citado tribunal para discernir acerca de la existencia de las conductas denunciadas y frente al reproche que se hace en el recurso de reclamación en cuanto a la manera que ponderó los antecedentes probatorios el órgano jurisdiccional reclamado, es conveniente analizar, cómo el tribunal determinó las conductas ilícitas y cómo éstas a su vez constituyen actos que afectan a la libre competencia;

Vigésimo Séptimo: Que como primera cuestión reprochada, el tribunal en el fallo reclamado, llegó a la convicción que las condiciones de exclusividad pactadas en los contratos de la Compañía Chilena de Tabacos constituyen una limitación objetiva a la venta y comercialización de cigarrillos de la empresa reclamante, circunstancia que obstaculiza la competencia en el mercado de dicho producto y adquiere la connotación de barrera estratégica a la entrada de su competidor y que permite a aquella mantener su predominio en dicho mercado (considerando 20º). Es cierto que esta conducta también la emplea Philip Morris, según lo expresa la sentencia en el motivo 18º, pero aparte que esto no ha sido denunciado, ello no implica reconocer la legitimidad de tales conductas en el desarrollo libre del mercado del cigarrillo. Estos convenios de exclusividad, que según el fallo serían lesivos para la libre competencia, puesto que su aplicación práctica impide el desarrollo comercial de los productos en pugna, se demuestran con la copia de los contratos que rolan a fojas 558, 565, 570, 583 y 585 de autos, respecto de los cuales los comerciantes deben cumplir de manera rigurosa, como se infiere de ciertas fotografías que dan claridad de la imposición abusiva, como se resalta de fojas 186 a 200; 234 a 237 y 241, en que se nota con claridad la única publicidad de los productos de la denunciada. Estos testimonios evidentemente son de aquellos en que razonablemente inducen a convencer al tribunal de la

existencia de estos hechos y, en este capítulo, aparece evidente que el tribunal reclamado no ha podido transgredir la norma que le permite apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ya que los sentenciadores han juzgado este punto de manera lógica y reflexiva y atento a los antecedentes que de manera suficiente se les ha proporcionado;

Vigésimo Octavo: Que la misma sentencia ha considerado la existencia de una irregular barrera estratégica, promovida por la denunciada, a la entrada de competidores al mercado en que participa, al imponer cláusulas en determinados contratos para la venta de cigarrillos en ciertos locales de venta, estas cláusulas de exclusividad e incentivos, permite a la denunciada exigir el cumplimiento de metas de participación en la venta del producto. Se explica en el motivo 21° que: Chiletabacos ofrece un incentivo de crecimiento de hasta un 2% de descuento mensual a los distribuidores que tengan una participación de mercado de por lo menos 96,5% de las marcas de Chiletabacos en la categoría de cigarrillos. Aquellos distribuidores adheridos que tengan una participación de mercado superior al 99% de las marcas de Chiletabacos en la categoría de cigarrillos, recibirán un descuento mensual de 2% independientemente del crecimiento que hayan logrado (fojas 584). Se agrega que la suma a pagar al punto de venta está condicionada a la participación de mercado que posea Chiletabacos (en la categoría de cigarrillos) dentro de cada uno de los locales de la cadena, la cual no deberá ser menor de 99,5% (fojas 592); sosteniendo el fallo que las partes consideran exitosa la actividad publicitaria que se contrata en exclusiva, cuando y sólo si, la participación de las marcas comercializadas por Chiletabacos se mantenga igual o superior al promedio de la participación que éstas obtuvieron en la respectiva tienda durante 2.002. En opinión del tribunal, según se razona en el considerando 22 estas cláusulas constituyen un ejercicio ilícito del poder de mercado que detenta la Compañía Chilena de Tabacos, porque actúan como un verdadero cerrojo que impide, en los hechos, la venta de cigarrillos de otras marcas en los puntos de venta high trade, cláusula que resulta imperativa para los comerciantes del cigarro, ya que no pueden prescindir de la venta de este producto de Chiletabacos por la alta demanda del público y por los incentivos que se le ofrecen y que no pueden dejar de aceptarlos;

Vigésimo Noveno: Que con respecto a este reproche, en verdad lo que declara el tribunal no constituye un problema de ponderación ilegítima o arbitraria de la prueba, puesto que los hechos de la exclusividad objetados no han sido discutidos, lo que determina el tribunal es que las conductas reclamadas se transforman en una clara imposición de exclusividad en su exhibición para la venta de cigarrillos y, constituyen por si solas infracciones al artículo 3°, primer inciso y al artículo 3° letra b) parte final del D.L. 211 modificado, puesto que importan, en lo general, hechos, actos o convenciones que entorpece, a lo menos, la libre competencia y en lo particular, constituyen un abuso de posición dominante en el mercado por parte de la denunciada, y que el tribunal amplía a cualquier otro competidor con poder semejante. En esta conclusión, resulta evidente, que conforme a los hechos demostrados, las cláusulas de exhibición exclusiva y los incentivos que apoyan esta conducta, alteran el curso normal del mercado lo que favorece claramente a la empresa denunciada, considerando además que ella misma reconoce su poder de dominio que tiene en el mercado del tabaco y por ello, reprimir y evitar el uso de estas cláusulas abusivas es una de las primeras tareas que tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conforme a las facultades que el D.L. 211 le entrega, y en ese cometido actúa bien este organismo al prevenir además, para que en lo sucesivo no impida ni entorpezca en los hechos, por medio

alguno, la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta denominados High Trade;

Trigésimo: Que a continuación la sentencia reclamada explica cómo se han producido actos de exclusión ejecutados por Chiletabacos, respecto de Philip Morris y que importan barreras artificiales a la entrada al mercado y relacionados al segmento de los pequeños clientes (Low Trade) y refiere en el motivo 27º que la evidencia agregada a los autos y que señala, demuestran que para tales distribuidores la venta de cigarrillos constituye un elemento relevante de sus ingresos y se alza como un factor multiplicador para la comercialización de estos productos, elevando sus ingresos generales, siendo el crédito otorgado por Compañía Chilena de Tabacos esencial para la comercialización de los cigarrillos de su marca. Estos hechos demostrados, con los indicios indicados en el fallo, constituyen un fuerte incentivo para la denunciada, en su calidad de empresa dominante en el mercado, para aprovechar estas condiciones utilizándolas como una válvula, contraria a la libre competencia, que le permite regular a su antojo para que cualquier competidor pueda comercializar sus cigarrillos a través del mecanismo Low Trade. Se dice en el fallo impugnado, que Chiletabacos propicia la conducta negativa de venta a determinados distribuidores con el objeto evidente de obligarlos a rechazar la comercialización de cigarrillos de la denunciante, constituyendo un típico abuso de posición de dominio, disuadiendo y obstaculizando ilícitamente, la entrada de nuevos competidores, lo que constituye el ilícito que reprime el artículo 3 del D.L. 211 tanto en su inciso primero, como en la letra b) parte final;

Trigésimo Primero: Que siempre en este mismo tópico la sentencia (considerando 30) expresa que se encuentra también demostrado que la denunciada ha ejecutado actos de amenaza y de retiro efectivo de productos y elementos de promoción, comunicación e información, conforme a los antecedentes que en dicho fundamento se señalan expresamente y que importan las conductas antes indicadas, maquinaciones efectuadas sobre puntos de venta para obtener con ello que se nieguen estos distribuidores a comercializar productos de Philip Morris. A los comerciantes minoristas no les cabe sino ceder ante tales amenazas, pues de no hacerlo, se verán privados, en especial, del crédito que les otorga la compañía Chilena de Tabacos lo que es fundamental para obtener la entrega de cigarrillos para su venta, circunstancia que ha sido reconocida incluso por la denunciada, lo cual también importa abuso de posición dominante, cuyo efecto es el de obstaculizar el ingreso de Philip Morris al mercado, constituyéndose en una conducta de restricción competitiva;

Trigésimo Segundo: Que la sentencia indica que la denunciada entrega incentivos económicos a condición de no exhibir o de limitar significativamente las ventas de productos de la competencia, actos que estima acreditado conforme con los antecedentes que señala en el considerando 31º, de los cuales le permite concluir que la modalidad impuesta para otorgar los beneficios aludidos tiene como finalidad el excluir a su competidor por parte del actor dominante en el mercado, lo cual obliga a su sanción conforme a la normativa antes citada. De este modo, el fallo respecto de los hechos referidos en los motivos anteriores, dictamina que la Compañía Chilena de Tabacos ha incurrido en prácticas de exclusión que no son otra cosa que barreras estratégicas a la entrada de competidores, erigidas por la empresa dominante, que le permiten sostener un

poder de mercado y que, en su conjunto, configuran un abuso de posición dominante, contrario a la libre competencia;

Trigésimo Tercero: Que estas barreras estratégicas aludidas en las fundamentaciones que preceden y que constituyen según la sentencia reclamada un abuso de posición dominante y que la ley reprueba y, por consiguiente, constituyen los ilícitos previstos en el artículo 3 del D.L. 211 y que ya se describieron, han sido estimadas como demostradas por el aludido fallo en mérito de los testimonios, que en relación a cada conducta irregular se expresan en los motivos 27°, 29°, 30° y 31° de dicha resolución, que fueron apreciados de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como lo ordena el texto actual de dicha ley, ponderación que se alcanza según la prudencia del sentenciador y conforme a la práctica constante de situaciones que otorgan experiencia para dilucidar estas situaciones mercantiles de gran complejidad y, en este entendido, aparte que la ley otorga esta discrecionalidad probatoria a los jueces, les asegura que su convicción la pueden alcanzar, aparte de los medios tradicionales de prueba que contempla el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, con cualquier otro indicio o antecedente que, en concepto del tribunal, sea apto para establecer los hechos controvertidos. De este modo, no es posible desautorizar la sentencia porque en la comprobación de conductas atentatorias se hayan utilizado declaraciones juradas y actas notariales relacionadas directamente con los hechos indagados y, en este aspecto, dichos testimonios son suficientes, para que, en conjunto con otros elementos de juicio, como han sido los documentos y declaraciones de testigos, llegar a determinar la efectividad de los hechos que han sustentado la denuncia, como ocurre en el presente caso;

Trigésimo Cuarto: Que aun cuando la sentencia expresa con claridad los elementos probatorios que le han servido de base para convencer de las conductas ilícitas de la denunciada, los que apreció y ponderó conforme a sus facultades legales, dentro del marco de la ley, lo cual sería bastante para desestimar en esta parte el reclamo, es necesario enfatizar con mayor precisión acerca de estos antecedentes de prueba. Así es de rigor decir que toda la prueba fue aportada principalmente por la denunciante u obtenida a petición de parte por el tribunal, como lo fueron los innumerables contratos de exclusividad que Chiletabacos suscribió con los distribuidores o puntos de venta estratégicos, por los cuales aquella remunera porque se practique de manera exclusiva la publicidad, promoción y exhibición de sus cigarrillos, cuyo efecto perjudicial razonablemente lógico provoca que los productos de la competencia vean restringidas o a veces anuladas sus ventas, otorgando incluso premios especiales por cierto margen de venta, lo cual obviamente en el punto de venta no sea conveniente siquiera intentar la venta de otras marcas de cigarrillos que no sean de Chiletabacos. Útil es considerar el mérito que arrojan los informes económicos de AC Nielsen, Jorge Tarzuján y Luis Hernán Palacios, que luego éstos ratifican a fojas 418 y 465, como testigos respecto del segundo, documento en los que explican con claridad y experticia que la conducta de Chiletabacos, que es denunciada en estos autos, está claramente dirigida a incrementar sustancialmente su poder monopólico de operador dominante y bloquea el ingreso de nuevos competidores relevantes en el mercado del cigarrillo y que estas practicas de exclusividad no pueden ser permitidas, sobre todo en un mercado con tantas barreras estructurales objetivas de entrada y en el que Chiletabacos representa aproximadamente el 97% de la participación del mercado. En el informe AC Nielsen, se expresan actos de provocación monopólica específicamente en los puntos de venta de cigarrillos, en que se detecta que si uno de éstos acepta productos de la

competencia, el vendedor de Chiletabacos no los volverá a visitar; que si encuentran otros tipos de cigarrillos, se compran y se reemplazan por Belmont Light y se produce como sanción colateral el retiro de cigarreras. En resumen, el cúmulo de antecedentes aportados al presente caso, referidos y ponderados en el fallo reclamado y que algunos se han expuesto precedentemente, como confirmatorios de su poder de convicción, demuestran, como lo declaró la sentencia en análisis, que Chiletabacos ha desplegado una serie de conductas ilícitas a fin de cautelar, asegurar e incluso incrementar su alto poder económico en el comercio del cigarrillo, acciones que en toda su intensidad se dirigen a los pequeños comerciantes y asimismo a los mayoristas o grandes empresas de ventas, con lo cual para los primeros, se les amenaza con negativa de venta; dificultades para la obtención de crédito, sanciones de retiro de productos como también de sus elementos de promoción con incidencia directa y perjudicial a las empresas de la competencia y que remunera a aquellos con entrega de incentivos. Al gran comercio lo involucra con onerosos contratos de exclusividad otorgando incentivos provocativos de manera cierta en el fortalecimiento de un poder monopólico. En fin, estas actitudes irregulares dentro del adecuado y sano ritmo del comercio, provocan como consecuencia inmediata que los productos de la denunciante no se publiciten, no se exhiban, se escondan y que en definitiva su venta sea nula;

Trigésimo Quinto: Que finalmente y tal como acertadamente lo expresa la sentencia reclamada en su basamento 33º, que al desatender y desmotivar al pequeño comerciante, una de cuyas bases de sustentación económica es la venta del cigarrillo, la denunciada lo priva de atenderlo personalmente y delega tal actividad en el mayorista, a quien se le han impuesto condiciones de exclusividad con recompensas reñidas con la libre competencia, que vende a los puntos de venta en condiciones más desfavorables, como consecuencia de haber éstos atendido a la comercialización de productos de la competencia, conducta que también importa una barrera estratégica de entrada que no se compadece con la normativa reguladora de la materia en análisis;

Trigésimo Sexto: Que en consecuencia, no habiendo incurrido el fallo reclamado en los defectos que se denuncian, corresponde desestimar la pretensión de dejarlo sin efecto.

Por estas consideraciones y disposiciones legales citadas,

SE RECHAZA el recurso de reclamación deducido en lo principal de fojas 823 por Compañía Chilena de Tabacos S.A., en contra de la sentencia de cinco de agosto de dos mil cinco, escrita a fojas 775, con costas.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados. Redactó el Ministro Señor Juica. N° 4.332-05 Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Milton Juica, Srta. María Antonia Morales; y los Abogados Integrantes Sres. José Fernández y Arnaldo Gorziglia. Santiago, 10 de enero del año 2006. Autorizado por el Secretario Carlos A. Meneses P.