



EN LO PRINCIPAL: Requerimiento contra Compañía Chilena de Fósforos S.A.

EN EL PRIMER OTROSÍ: Designación de receptor judicial.

EN EL SEGUNDO OTROSI: Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, con domicilio en calle Agustinas N° 853, piso 2, Santiago, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 letras b) y c) del Decreto Ley N° 211, y fundado en los antecedentes de hecho, económicos y de derecho que a continuación expondré, formulo requerimiento en contra de **COMPAÑÍA CHILENA DE FÓSFOROS S.A.**, del giro de su denominación, representada por su Gerente General, doña Viviana Horta Pometto, ingeniero comercial, ambas domiciliadas en Los Conquistadores N° 1700, piso 15, comuna de Providencia, Santiago, en adelante indistintamente "**Compañía Chilena de Fósforos**" o "**CCF**".

El requerimiento se efectúa con el objeto que ese H. Tribunal declare que la requerida ha infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en particular su letra b), pues abusando de su posición dominante ha boicoteado a competidores e impuesto cláusulas de exclusividad, incentivos no lineales y otros de este tipo a los distribuidores, razón por la cual ha de ser condenada al pago de la multa que se señalará, con expresa condena en costas.

I. LOS HECHOS

1. Compañía Chilena de Fósforos, empresa dominante en el mercado de los fósforos, realiza y ha realizado persistentemente conductas anticompetitivas durante los últimos años, que consideradas en su conjunto, e incluso algunas individualmente, revelan unidad de propósito de excluir y abusar de su posición de dominio.
2. En efecto, ha sido una práctica histórica de la requerida, el cierre del mercado mediante inscripción marcaria. Así lo ha reconocido la Gerente General de Compañía Chilena de Fósforos, ante esta Fiscalía: *“hace unos 20 a 30 años se inscribían las marcas de los países vecinos previendo que no pudieran entrar al país; la Swedish Match¹ hacía listados de las marcas de la competencia con la finalidad de evitar su entrada”* (declaración de 05 de marzo de 2008).
3. En el año 1984, la Resolución N° 169 de la H. Comisión Resolutiva, condenó a CCF al pago de multa, por haber entorpecido la libre competencia, mediante la interposición de diversas acciones aduaneras tendientes a impedir la importación de partidas de fósforos provenientes de China (*Butterfly*) y la inscripción de las marcas comerciales de la empresa importadora, haciendo abuso de su posición dominante en el mercado.
4. En la actualidad, la requerida ha seguido abusando de su posición dominante, al realizar una serie de prácticas anticompetitivas, principalmente exclusorias, que han impedido la entrada y el crecimiento de sus competidores, perjudicando a los consumidores ante los mayores precios y menor variedad de productos, según se describe a continuación.
 - a) **Presiones y amedrentamientos realizados por Compañía Chilena de Fósforos en contra del proveedor extranjero de una empresa chilena entrante al mercado.**
5. La requerida ejecutó presiones contra el proveedor de Canadá Chemicals S.A. (en adelante “Canadá Chemicals”), importadora de fósforos, la que

¹ La compañía sueca Swedish Match Co. ingresa en 1927 a la propiedad de CCF, adquiriendo el 50% de su propiedad accionaria. En 1990, abandona su participación en el mercado chileno.

incipientemente ha estado intentando entrar a supermercados en los que solamente opera CCF. Esta conducta se ha realizado en el contexto de la importación de fósforos desde el extranjero, reconocidos por su calidad, para espacios del mercado que antes eran exclusivamente atendidos por CCF.

6. Es así como en julio de 2006, un grupo de ejecutivos de la requerida, aprovechando un viaje a Europa, visitaron en República Checa a la empresa *Solo Sirkárna a.-s.*, proveedora de fósforos de Canadá Chemicals, presionándola para que dejase de proveer de mercancías a este competidor.

b) Ejercicio abusivo de acciones judiciales y administrativas

7. Adicionalmente, y como es su práctica habitual, CCF se opuso, sin éxito, a la inscripción de los derechos marcarios (*Puerto Varas*) y del nombre de dominio (*fósforospv.cl*) de la empresa Canadá Chemicals.
8. En efecto, con fecha 20 de julio de 2006, la requerida demandó de nulidad la marca mixta “Puerto Varas”, de propiedad de Canadá Chemicals, argumentando fundamentalmente que la figura contenida era una copia del logo registrado por la dominante. Después de dos años, el fallo dictado por el Departamento de Propiedad Industrial rechazó la demanda de nulidad de la requerida, manteniendo la vigencia del registro N° 752.517, “*por cuanto no existiendo semejanzas determinantes entre los signos en conflicto, no se advierte cómo el signo pedido podría ser inductivo a error o confusión, en relación a la cualidad, el género o el origen de los productos a distinguir.*”²
9. El nombre de dominio *fósforospv.cl*, fue disputado entre el primer solicitante, Comercial e Importadora Lucas Enterprises Limitada (relacionada con Canadá Chemicals) y el segundo solicitante Compañía Chilena de Fósforos, quien detenta el dominio *fósforos.cl*. La disputa fue ganada por el primer solicitante en virtud de la deserción de CCF, debida a su falta de comparecencia a la audiencia de conciliación y consignación de fondos³ y a

² Considerando N° 4 del fallo N° 140988, de 18 de abril de 2008, dictado por doña Bernardita Escobar Andrade, Jefa del Departamento de Propiedad Industrial.

³ La razón esgrimida por Compañía Chilena de Fósforos para no comparecer fue que “*en este caso al nombrarse el árbitro decidimos no entrar en mayores gastos...*”

no haber presentado escrito alguno relativo a sus pretensiones, pese a que el propio Tribunal Arbitral le otorgara un plazo adicional para ello.⁴

c) Descuentos por exclusividad.

10. CCF ha fijado, en los acuerdos comerciales con sus distribuidores, incentivos por exclusividad, que se expresan como un porcentaje de descuento aplicado sobre las compras totales. En la medida que el distribuidor cumple con la exclusividad, éste recibe el descuento.
11. Producto de lo anterior, Canadá Chemicals, con su marca Puerto Varas; Comercial Álamo Blanco, con su marca Fogata; y Luis Castro Flores, con su marca Lucas, entre otros, no han podido vender sus productos en diversos establecimientos comerciales y supermercados.
12. La empresa Distribución y Servicio S.A. (D&S) incorporó durante el año 2006 los fósforos de Canadá Chemicals en sus locales y dejó de percibir con ello un pago mensual de \$10.000.000 por parte de CCF. De hecho, con el fin de impedir la entrada de Canadá Chemicals, CCF realizó una mejor propuesta a un representante de D&S, para mantener la exclusividad, pero este la rechazó.
13. Este mecanismo de exclusividad consta explícitamente en los acuerdos comerciales entre CCF y los supermercados Korlaet, Unimarc, Montserrat, Multialianza de Supermercados⁵ y Supermercados Rossi, sin perjuicio que no siempre ha operado en algunos de estos establecimientos.
14. El efecto de dichos descuentos ha sido evitar o procurar evitar la entrada de empresas de fósforos distintas de CCF a determinados distribuidores, tanto mayoristas como supermercadistas, impidiendo en muchos casos que el consumidor final pueda elegir entre fósforos de distintas empresas.

d) Incentivos por metas (incentivos no lineales)

⁴ Resolución de 30 de junio de 2006, dictada por el árbitro Sra. Gabriela Paiva Hantke.

⁵ A la fecha de la investigación, representaba a 10 supermercados.

15. CCF ofrece a los distribuidores un sistema de incentivos por metas de venta de su producto, que hace peligrar aún más la competencia en este mercado, debido a que se fundamenta en las ventas efectuadas durante años anteriores, en circunstancias que, en muchos casos, la requerida ha tenido participaciones del 100% o cercanas a ella, en el mismo periodo.
16. Estos incentivos, que constan en los respectivos acuerdos comerciales, inducen de manera anticompetitiva a los distribuidores a concentrar sus compras en productos de CCF, obteniendo de esta manera descuentos adicionales sobre las mismas.
17. Dicho incentivo tiene un efecto exclusorio particularmente fuerte, dado que los distribuidores son impulsados a comprar unidades incrementales a la empresa dominante, para de esta manera beneficiar todas sus compras con el descuento. Dado que las cadenas de supermercados y también varios mayoristas, compran de todas formas fósforos de CCF, tienen un fuerte incentivo para alcanzar las metas fijadas, obteniéndose como resultado que no compren fósforos de otra compañía o que ello sea sólo en términos marginales.
18. De este modo, en los establecimientos que ha operado el aludido incentivo, existe menor variedad de productos y los consumidores finales no han conocido ni cotejado las condiciones que pudiere ofrecer el fósforo importado.
19. A mayor abundamiento, las metas se establecen en varios casos en relación a las ventas semestrales o anuales. Ello significa que recién al final de cada año, las empresas comercializadoras sabrán si han llegado a dicha meta⁶. De tal forma, la incertidumbre es un elemento adicional que incentiva a los distribuidores a adquirir una mayor cantidad de fósforos de CCF, con el fin de tener mayor certeza de obtener el descuento al final del periodo.
20. El caso de la empresa Cencosud ilustra con claridad el objeto exclusorio de estos descuentos. Los incentivos variables por alcanzar metas de venta de productos de CCF aumentaron de manera considerable con el ingreso de

⁶ Los distribuidores realizan con frecuencia compras diarias.

Canadá Chemicals al mercado, mientras que los descuentos fijos disminuyeron.⁷

21. Otro ejemplo revelador es el de Distribuidora del Pacífico S.A., Dipac, uno de los mayoristas importantes del mercado doméstico⁸. A fines de 2006, dicha empresa, que solamente vendía los productos de CCF, se propuso incorporar una nueva compañía proveedora de fósforos, *Windrose*. Ante ello, la requerida planteó a Dipac la supresión del incentivo por exclusividad, acordado en forma verbal entre las empresas. Dipac, evaluando los riesgos y beneficios que la decisión de incorporar una nueva marca tenía, accedió a una nueva negociación con CCF, en virtud de la cual la requerida comenzó a entregarle el descuento por metas de venta de sus productos, el cual –como se indicó- conlleva fuertes efectos exclusorios.
22. Este ejemplo ilustra tanto los descuentos por exclusividad, como los incentivos por metas, que -como se puede apreciar- persiguen un mismo fin: impedir que el distribuidor incorpore un nuevo proveedor.
23. Estos incentivos y las metas asociadas, constan explícitamente en acuerdos comerciales entre CCF y diversos actores, como Cencosud, San Francisco Tottus, Montserrat, Korlaet, Alvi, Dipac y Central de Compras La Calera, entre otros.
24. Del conjunto de hechos expuestos, H. Tribunal, queda en evidencia la permanente estrategia anticompetitiva de la requerida destinada a excluir a actuales y potenciales competidores, asegurando su posición dominante.

II. LA INDUSTRIA

II.A. Descripción

25. El fósforo o cerillo, entendido como utensilio, es una varilla que en uno de sus extremos tiene una gota del elemento químico fósforo, que se enciende si se fricciona contra una superficie específica.

⁷ Los volúmenes para alcanzar las metas, también aumentaron.

⁸ Recientemente adquirida por la mayorista Alvi.

26. Se puede distinguir entre dos tipos de fósforos, el de seguridad, que solamente prende cuando se frota contra una superficie predeterminada (“strike on box”) y el fósforo que prende en cualquier parte donde se frote (“strike anywhere”), que no se comercializa en Chile.
27. Los vástagos suelen ser de madera, de distintos tipos, y en algunos casos son de papel.
28. La industria del fósforo es una industria que se puede clasificar como madura, en el sentido que no se encuentra en crecimiento y más bien hay un leve decrecimiento a nivel mundial. Parte de los usos de los fósforos en el hogar tiende actualmente a desaparecer, al existir artefactos que tienen incorporado un encendido eléctrico, como es el caso de cocinas y estufas.
29. En Chile, solamente existe un productor de fósforo, Compañía Chilena de Fósforos S.A., mientras que las restantes marcas de fósforos que se comercializan en Chile corresponden a importaciones, especialmente de países asiáticos.
30. En cuanto a la producción de fósforos, Compañía Chilena de Fósforos utiliza, como materia prima del vástago, el álamo. Este se obtiene fundamentalmente de las plantaciones que existen en la comuna de Retiro, Provincia de Linares, Región del Maule, a través de la Compañía Agrícola y Forestal El Álamo, filial de CCF. Las plantaciones de álamo de esta empresa representan la mayor concentración plantada con esta especie en Chile.
31. En el pasado, existió en Chile la empresa Fosforera Sudamericana, que -al igual que la requerida- tenía sus instalaciones productivas en el país. Sin embargo, las marcas (entre otras, Manquehue) y la maquinaria de esta empresa fueron adquiridas por CCF a fines del año 2002.
32. Las importaciones de fósforos se han realizado, y aún se realizan, fundamentalmente desde países asiáticos, como China, Pakistán e Indonesia. Sin embargo, desde el año 2006, Canadá Chemicals importa cerillos desde República Checa.
33. CCF es el principal agente en el mercado doméstico, y ha tenido históricamente participaciones superiores al 80%. Los canales a través de los

cuales esta empresa vende sus fósforos son supermercados y mayoristas, con preponderancia en los primeros. De hecho, en la mayoría de los supermercados fue abastecedor único de fósforos durante varios años.

34. Los importadores de fósforos, en general, venden sus productos a través de mayoristas o directamente al canal tradicional (botillerías, kioscos, almacenes de barrio, etc.), no accediendo a los supermercados. Por su parte, las empresas mayoristas proveen a los diversos minoristas, con la salvedad de los supermercados, que negocian directamente con CCF.
35. Canadá Chemicals es el único de los importadores que ha entrado de manera residual a algunos supermercados medianos y grandes. Por ejemplo, en el año 2006 comenzó a operar con D&S y a mediados del 2007 con Cencosud, aunque en la mayoría de los supermercados todavía no ha ingresado.
36. En principio, el fósforo de seguridad tiene características de un bien homogéneo, por lo que la lealtad a la marca no debería ser un aspecto tan relevante como la competencia en precios.
37. De hecho, la Comisión Europea, en el Caso N° IV/M.997- Swedish Match/Kav, concluyó que la marca comercial en este sector no es tan relevante para los consumidores y que su importancia más bien ha disminuido en el tiempo⁹.
38. Por lo anterior, se puede indicar que se trata de una industria con bienes relativamente homogéneos, donde puede existir cierta fidelidad de marca y diferenciación entre los productos, pero con una importancia menor.

II.B. Regulación de la Industria de fósforos

39. Esta no es una industria regulada. Sin embargo, existen dos normas en Chile respecto a los fósforos de seguridad: (1) La norma NCh 1689, que establece los requisitos relativos a la seguridad, el funcionamiento, la clasificación y el rotulado que deben cumplir los fósforos de seguridad. Esta norma se aplica a

⁹ http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m997_en.pdf

los fósforos de seguridad, que se suministran en cajas de madera, cartón, papel u otro material, sean de origen nacional o extranjero¹⁰. (2) La norma NCh 1690, que establece los métodos de muestreo y ensayo y las condiciones de aceptación o rechazo para fósforos de seguridad¹¹.

40. Estas normas son voluntarias, aunque tanto CCF como Canadá Chemicals las cumplen.

III. ANÁLISIS DEL MERCADO

III.A Mercado Relevante

41. La Fiscalía Nacional Económica entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado¹².
42. El mercado relevante, en el presente caso, es la comercialización de fósforos de seguridad en el territorio chileno, pudiendo distinguirse entre la comercialización a través de mayoristas y la comercialización a través de supermercados.
43. Los consumidores consideran características como el precio, la calidad y el uso de los bienes y servicios para percibir aquellos que son sustituibles o no.
44. Al efecto, los encendedores desechables no son parte del mercado relevante, pues éstos tienen como principal uso el encendido de cigarrillos. Si bien los fósforos también son utilizados para dicha finalidad, un porcentaje relevante de su venta está destinado a consumo doméstico, en especial para cocinas, calefones y otros artefactos que utilizan combustible líquido o gaseoso.

¹⁰ http://www.inn.cl/busquedas/busqueda/detalle_de_busqueda.asp?cd=NCh1689.Of2002

¹¹ http://www.inn.cl/busquedas/busqueda/detalle_de_busqueda.asp?cd=NCh1690.Of2002

¹² Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

45. Los motivos que explican esta diferencia en el uso de encendedores y fósforos pueden ser variados, pero uno de ellos es la evidente comodidad de los segundos en el encendido de artefactos hogareños. Por ejemplo, el diseño de muchos calefones no permite el uso de encendedores desechables, ocurriendo lo mismo con diversos tipos de hornos.
46. Por otro lado, el encendedor desechable por lo general no se comercializa a través de los supermercados, que es justamente el principal canal de comercialización de los fósforos.¹³ Cuando los consumidores van a hacer sus compras a los supermercados, no encuentran encendedores desechables.
47. Reconociendo las referidas diferencias, algunas marcas de CCF están enfocadas explícitamente para el uso doméstico, como lo son Andes Hogar y Copihue Hogar, sin perjuicio que sus otras marcas también son usadas en el hogar.
48. Por el lado de los precios, los fósforos y los encendedores desechables también tienen diferencias significativas, lo que es otro elemento que confirma la definición del mercado relevante. En efecto, un encendedor desechable, marca BIC, de 1.500 luces, tiene un costo a público, por luz, de aproximadamente \$ 0,2, mientras que el costo por luz en el caso de los fósforos que se venden en los supermercados es de sobre \$1, en general más cercano a los \$2, existiendo más caros o baratos dependiendo del formato. Por ende, los fósforos tienen un valor por luz superior a los encendedores desechables, en un rango general de 500% a 1000%, e incluso superior.
49. Con motivo del análisis de una operación de concentración, la Comisión Europea también indicó que estos productos no se encontraban en el mismo mercado relevante. La argumentación fue que existe una clara distinción entre los encendedores usados principalmente por los fumadores y los fósforos usados de preferencia en labores domésticas.¹⁴

¹³ En los casos en que se comercializa, la venta es marginal en comparación a la venta de fósforos.

¹⁴ Así, la Comisión Europea señaló que "*By contrast, the Commission rejected after investigation the parties' argument that resale matches are in the same product market as disposable lighters*"..."*there is a clear distinction between lighters, which are mainly used by smokers, and matches which are preferred for domestic purposes*". Caso N° IV/M.997- Swedish Match/Kav, págs 3 y 4, respectivamente.

50. Otros tipos de elementos para ocupar en la cocina, también se deben descartar. Por ejemplo, los encendedores de cocina eléctricos y los chisperos se venden en forma marginal, si se compara con las ventas de fósforos de seguridad, lo que demuestra que en cuanto al uso definitivamente no se consideran dentro del mismo mercado.
51. El solo hecho que CCF ofrezca y pague incentivos por exclusividad solamente relacionados con fósforos, y no considerando encendedores desechables u otros productos análogos, demuestra que el mercado relevante está circunscrito a los fósforos de seguridad.
52. En cuánto al mercado geográfico, la comercialización de fósforos de seguridad se realiza en todo el territorio nacional, tanto por productoras como importadoras, por lo que el mercado relevante es el territorio de la República de Chile. Sin perjuicio de lo anterior, de cara a los consumidores de este producto, el abastecimiento regular se realiza principalmente en supermercados u otros comercios minoristas, todos los cuales tienen un carácter inminentemente local.
53. La diferenciación entre los distintos canales de comercialización es relevante, dado que, para los consumidores, los supermercados no se pueden comparar con otros canales minoristas, que son abastecidos de fósforos de seguridad por intermedio de empresas mayoristas, principalmente porque los consumidores prefieren dirigirse a un único lugar para adquirir un conjunto de productos, y ese lugar es el supermercado. Además, la naturaleza de la relación con los proveedores y las condiciones de la competencia varían entre supermercados y otros canales, lo que amerita realizar un análisis diferenciado.

III.B Actores del Mercado y Participaciones

54. Como se ha señalado, Compañía Chilena de Fósforos ha tenido de manera persistente una alta participación de mercado.
55. Medida por ventas monetarias de los proveedores a los canales de ventas, la participación de la requerida es superior al 90%. De acuerdo a datos de importaciones de la Cámara de Comercio de Santiago para los años 2003 a

2006, y suponiendo que los importadores venden los fósforos a un precio 100% mayor al valor CIF¹⁵, se tienen las siguientes participaciones de mercado:

Tabla Nº 1: Participaciones de mercado en fósforos de seguridad: Ventas a canales de distribución			
	2004	2005	2006
Importadores	7,8%	7,5%	7,1%
CCF	92,2%	92,5%	92,9%

Fuente: Elaboración propia, a partir de información de ventas aportada por Compañía Chilena de Fósforos e información de la Cámara de Comercio de Santiago, aportada por Comercial Chacao. Los valores CIF de las importaciones se convirtieron a pesos, considerando el tipo de cambio observado anual publicado por el Banco Central.

* Lo anterior suponiendo la venta de la totalidad de las importaciones para los respectivos años.

56. El análisis a nivel de los supermercados, muestra una alta concentración.

Estudiada la información de ventas de los 7 mayores supermercados para el año 2006¹⁶, se aprecia que en todos ellos (D&S, Cencosud, San Francisco, Unimarc, Montserrat, Rendic y Korlaet), Compañía Chilena de Fósforos tenía sobre el 94% del mercado y en algunos el 100% (Cencosud y Montserrat), mientras que en relación a las ventas parciales informadas para el año 2007, solamente en una de estas cadenas de supermercados, la competencia tenía más del 10%. Como se señalara, actualmente el único competidor de CCF, en el canal de supermercados, es Canadá Chemicals.

57. En la distribución a través de mayoristas o directamente en canales minoristas que no sean supermercados, también existe una alta concentración, pero hay más actores.

La mayoría de estos importadores distribuyen cantidades menores a través de algunos de los canales mayoristas o directamente a minoristas, como almacenes. Por ejemplo, el distribuidor Adelco vende la marca Buque, que se importa de la India, y la marca Stricker, que se importa desde Sudáfrica.

IV. CONDICIONES DE ENTRADA

IV.A Barreras a la entrada

¹⁵ Tal como señalaron los representantes de Adelco a la FNE, en toma de declaración de fecha 4 de Octubre de 2007.

¹⁶ Según la información expuesta en la Tabla Nº 4 de la Resolución Nº 24, pág. 105.

58. La Fiscalía Nacional Económica entiende por barreras a la entrada el impedimento al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desea entrar.
59. A juicio de esta Fiscalía, no existen barreras legales que impidan u obstaculicen la entrada de competidores en el mercado materia de autos.
60. Existen costos hundidos para una empresa que quiera ser productora de fósforos, por las inversiones específicas que debe realizar. Estos costos no los debe soportar una empresa que decide importar fósforos.

IV.B Tiempo y suficiencia de la entrada

61. CCF tiene, a través de su filial Compañía Agrícola y Forestal El Álamo, alrededor de 3.000 hectáreas plantadas de álamo, representando la mayor concentración de esta especie que existe en Chile. Esto significa que sería necesario un tiempo considerable para que una empresa se pudiese establecer en Chile.
62. A su vez, no ha sido posible importar desde países más cercanos a Chile, puesto que los proveedores han manifestado no contar con capacidad ociosa para ello¹⁷. Las mayores importaciones se realizan desde Asia y, en el caso de Canadá Chemicals, desde Europa.

IV.C Comportamiento estratégico

63. CCF comercializa fósforos con la marca Líder. Lo hace solamente en ese supermercado y no en otros canales y nunca la ha comercializado en un lugar distinto a los supermercados Líder. Ninguna empresa de fósforos puede abastecer a la principal cadena de supermercados del país con fósforos de dicha marca, dado que ésta le pertenece en la categoría relevante¹⁸, impidiendo que dicha cadena pueda usarla como marca propia con el proveedor que libremente estime conveniente.

¹⁷ Según antecedentes proporcionados por Canadá Chemicals.

¹⁸ Esta categoría corresponde a la N° 34 del registro del Departamento de Propiedad Industrial, dentro de la cual se encuentra el producto "Fósforos".

64. CCF está promoviendo que las normas de fósforos de seguridad chilenas, cuyo cumplimiento actualmente es voluntario, sean obligatorias, lo que podría dificultar aún más la entrada.
65. Además, existen incentivos por exclusividad por parte de Compañía Chilena de Fósforos, definidos con dicho nombre en los mismos acuerdos, e incentivos por metas, que de manera implícita conllevan que los canales de distribución deban comprar prácticamente la totalidad de sus fósforos con esta compañía, siendo por ende barreras estratégicas a la entrada o al crecimiento de empresas rivales.
66. Adicionalmente, han existido conductas de amedrentamiento y ejercicio abusivo de acciones judiciales y administrativas contra el proveedor de la principal empresa que amenaza a CCF, es decir, Canadá Chemicals.
67. En resumen, las actuales condiciones de entrada hacen difícil el surgimiento de competidores que tengan la calidad de productores locales y también de competencia de importadores. Sin embargo, respecto a estos últimos, son las barreras estratégicas erigidas por CCF las que limitan y restringen la competencia de los fósforos importados.

V. EL DERECHO

68. Compañía Chilena de Fósforos tiene una posición dominante en el mercado doméstico y ha abusado de esa posición con el ánimo de mantenerla, sea boicoteando a sus competidores, como ocurre con Canadá Chemicals, sea realizando prácticas exclusorias, mediante la imposición de descuentos por exclusividad e incentivos no lineales a los distribuidores minoristas.
69. Estos hechos constituyen una grave violación al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra b), pues evidentemente CCF ha tenido por objeto, y hasta ha conseguido, explotar abusivamente su poder de mercado, con el ánimo de impedir la competencia, obrando directamente e imponiendo a sus clientes cláusulas destinadas a ello.

70. No resulta imaginable acción más directamente destinada a excluir competidores que la desarrollada por CCF en relación con el proveedor checo de Canadá Chemicals, pretendiendo cortar de este modo la fuente misma de suministro del producto a su importador. Este solo hecho merece el mayor de los reproches en esta sede.
71. Pero a aquel boicot, CCF sumó su práctica ya habitual de utilizar los mecanismos destinados a proteger la propiedad industrial e intelectual con el mismo objeto excluyente, cuestionando el diseño de la marca utilizada por su competidor, Puerto Varas, y hasta su dominio *fosforospv.cl*, en ambos casos sin éxito. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha denominado este comportamiento como “litigios espurios” (*vexatious litigation*), que sin base objetiva sólida, tienen por objeto al menos retardar o amedrentar a un competidor, lo que ese H. Tribunal tuvo ocasión de sancionar en su Sentencia N° 47/2006, señalando al efecto que *“el conjunto de acciones legales por las que SPL obstruyó la habilitación de un segundo puerto para el embarque de sal en la Región de Tarapacá, tuvo como efecto evitar la potencial entrada de nuevos competidores en el mercado doméstico de la sal, particularmente de un competidor relevante -Cordillera- con capacidad para desafiar competitivamente la posición de dominio de SPL en el mercado doméstico de la sal, sea mediante la explotación de sus concesiones mineras, o bien comprando sal de otros productores;”* y *“Que, por lo tanto, las acciones y peticiones .en principio legítimas. pueden ser constitutivas de infracciones que a este Tribunal le corresponda inhibir y sancionar, cuando tengan por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la libre competencia...”*.
72. Por otro lado, este H. Tribunal, en el considerando séptimo de la Sentencia N° 30/2005 señaló: *“Que, así definido el mercado relevante, debe tenerse presente que la identificación de un producto por la vía del nombre genérico entrega claras ventajas a una empresa, si ésta logra impedir que la competencia utilice dicho nombre e implica la imposición de claras barreras a la entrada al mercado relevante las que, si bien no son infranqueables, son de suficiente entidad como para estimar que tienen por objeto y efecto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado. En el extremo, este hecho podría resultar en la expulsión de toda la competencia, apropiándose el “dueño” del nombre genérico de la totalidad del mercado. En consecuencia, forzoso es arribar a la convicción de que los*

hechos imputados a la demandada tienden a impedir el uso de una denominación genérica por la demandante, dificultando la libre competencia en el mercado del kanikama". Lo anterior resulta plenamente aplicable a este caso, puesto que –como se señaló- CCF intentó utilizar un dominio referido a un nombre genérico (*fósforos.cl*) para impedir que Canadá Chemicals inscribiera uno distinto como propio (*fósforospv.cl*).

73. Ahora bien, y como ese H. Tribunal podrá apreciar, donde alcanza todo su desarrollo la estrategia permanentemente exclusoria de CCF es con ocasión de la imposición de descuentos por exclusividad e incentivos no lineales a los distribuidores.
74. Al respecto, ha de tenerse presente que aun en el caso hipotético que CCF no impusiera estos descuentos, la ilicitud pervive, como lo ha establecido inequívocamente la jurisprudencia: *"en cualquier evento, una empresa dominante perpetra un intento de excluir un competidor no solo cuando aquella impone acuerdos exclusivos sino cuando este consiente en participar en tales acuerdos después de haber sido ofrecidos por sus clientes"*¹⁹, es más, se destaca que *"la posibilidad de terminar los contratos de lealtad o fidelidad en cualquier momento no elimina su naturaleza abusiva"*²⁰ y que *"la lealtad es un concepto exclusionario independientemente de la intención o el motivo subyacente"*.²¹
75. Ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ya se ha pronunciado respecto a los incentivos por exclusividad, en los considerandos vigésimos primero a vigésimo tercero de la Sentencia N° 26/2005, señalando al efecto: *"Que, a juicio de este Tribunal, las cláusulas de exclusividad e incentivos antes indicadas son, a la vez, fuente y medida de un ejercicio ilícito del poder de mercado que detenta CCT, toda vez que actúan como un verdadero cerrojo que impide, en los hechos, la venta de cigarrillos de otras marcas en los puntos de venta..."*, y *"Que, tal como se decidirá en la parte resolutive de*

¹⁹ *"In any event, a dominant undertaking commits an attempt to exclude a competitor not only when it imposes exclusive arrangements but also when it agrees to participate in such arrangements after having been approached by its customers"*. Corte de Primera Instancia (CFI), caso T-65/89 *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd. v Commission* [1993] ECR II-39, párrafo 56, (traducción libre).

²⁰ *"The possibility of termination of loyalty arrangements at any time does not eliminate their abusive nature"*. Corte de Primera Instancia (CFI), caso T-65/89 *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd. v Commission* [1993] ECR II-39, párrafo 56, (traducción libre).

²¹ *"Loyalty is an exclusionary concept irrespective of the underlying intention or motive"*. Corte de Primera Instancia (CFI), caso T-65/89 *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd. v Commission* [1993] ECR II-39, párrafo 59, (traducción libre).

este fallo, de todo lo anterior no puede sino derivarse la necesidad de eliminar de los contratos de CCT las cláusulas de exhibición exclusiva y las que contemplan incentivos económicos por la participación de sus productos en las ventas de cigarrillos en determinados locales, aludidas respectivamente en los considerandos Decimoctavo y Vigésimo Primero, precedentes, por constituir infracciones al artículo 3º, primer inciso, y al artículo 3º, letra b), parte final del Decreto Ley Nº 211, así como la de prevenir su uso en el futuro. Esta última prevención, por lo demás, también sería aplicable a cualquier otro competidor con poder de mercado.”

76. En relación específicamente con los incentivos no lineales, la Comisión Europea ha indicado que: *“Estos dos asuntos, Hoffmann - La Roche y Michelin establecen el principio general de que un proveedor dominante puede ofrecer descuentos que estén relacionados con la consecución de mejores resultados, por ejemplo, descuentos por grandes pedidos que permitan al proveedor fabricar grandes cantidades de productos, pero no puede ofrecer descuentos o incentivos que estimulen la fidelidad, es decir, para evitar compras de un competidor del proveedor dominante”.*²²
77. Además: *“El efecto de exclusión de estos sistemas de comisiones afecta a todos los competidores de BA [British Airways] así como a cualquier posible nuevo operador. Por lo tanto, son perjudiciales para la competencia en general y para los consumidores, en lugar de perjudicar únicamente a ciertos competidores de BA que no pueden competir con ésta por sus propios méritos.”*²³
78. Como se aprecia, las conductas de Compañía Chilena de Fósforos infringen los principios básicos y fundamentales establecidos en nuestro sistema de defensa de la libre competencia, y forman parte de una estrategia permanente destinada al tal objetivo ilícito, desarrollada por el actor dominante en un mercado altamente concentrado en su favor y con condiciones de entrada que él mismo ha contribuido a hacer desfavorables.

²² *“The Hoffmann-La Roche and Michelin cases establish a general principle that a dominant supplier can give discounts that relate to efficiencies, for example discounts for large orders that allow the supplier to produce large batches of product, but cannot give discounts or incentives to encourage loyalty, that is for avoiding purchases from a competitor of the dominant supplier”.* Comisión Europea, caso IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways) (2000/74/EC), pagina 20.

²³ *“The exclusionary effect of the commission schemes affects all of BA's competitors and any potential new entrants. They therefore harm competition in general and so consumers, rather than only harming certain competitors who cannot compete with BA on merit.”* Comisión Europea, caso IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways) (2000/74/EC), pagina 21.

POR LO TANTO,

Con el mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 5º, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 del Decreto Ley N° 211, así como en las demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO tener por deducido requerimiento en contra de Compañía Chilena de Fósforos S.A., ya individualizada, admitirlo a tramitación y, en definitiva, acogerlo en todas sus partes, declarando:

1) Que la requerida ha infringido el artículo 3º del Decreto Ley N° 211, en particular su letra b), pues abusando de su posición dominante ha boicoteado a competidores e impuesto cláusulas de exclusividad, incentivos no lineales y otros de este tipo a los distribuidores. Y,

2) Que en consecuencia, y en consideración a lo que ese H. Tribunal ha señalado en su Sentencia N° 26/2005 respecto a conductas similares, se condene a la requerida al pago de la multa máxima prevista por el legislador, o la suma que en justicia determine ese H. Tribunal.

Sírvase ese H. Tribunal acceder a lo solicitado, sin perjuicio de otras medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que estime pertinentes, y con expresa y ejemplar condena en costas.

PRIMER OTROSI: Sírvase el H. Tribunal tener presente que señalo a doña Juana Ortiz Madrid, Receptora Judicial, con domicilio en calle Bandera N° 465, Oficina 704, de esta ciudad, para los efectos de practicar la notificación del Requerimiento de autos y realizar todas aquellas diligencias en las que, durante la prosecución del proceso, sea necesaria la intervención de un ministro de fe público, sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación en cualquier momento.

SEGUNDO OTROSI: Sírvese ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo de mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia de la Secretaría de ese H. Tribunal.

Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con el domicilio ya indicado, asumo la defensa de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la Fiscalía don Cristián R. Reyes Cid, don Mario Ybar Abad y don Francisco Arriagada Piña, habilitados para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman junto a mí en señal de aceptación.



ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO