

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

RESOLUCION N° 649

Santiago, nueve de mayo de dos mil dos.

VISTOS:

1.- Se inicia el proceso por denuncia que efectuara ante la Comisión Preventiva Central Supermercados Unimarc S.A., **en adelante también Unimarc**, en la que señala que ha tomado conocimiento de diversas querellas interpuestas por Nestlé Chile S.A., **en adelante también Nestlé**, en contra de quienes resulten responsables de supuestas infracciones a la Ley de Propiedad Industrial que derivarían de ciertas similitudes que, a juicio de Nestlé, existirían entre las etiquetas de los envases de Nescafé y las de café envasado para Unimarc.

Lo anterior constituye, a juicio de la denunciante, un pretexto para impedir que Unimarc, como también otras cadenas de supermercados elaboren marcas propias de productos que compitan con Nescafé, lo que le llevaría a conservar la posición dominante que tiene en el mercado. Que esta conducta de Nestlé tiene justificación desde el punto de vista comercial ya que en el mes de noviembre de 2000, en el formato 170 gramos, las ventas de Nescafé bajaron desde 56,1% al 43,9% y las de Unimarc se elevaron desde un 0,03% al 14,6%.

Añade que, aún cuando el precio de comercialización de Nescafé es de alrededor de un 10% más caro que el de Unimarc, el margen de comercialización es muy superior, toda vez que reporta un 47,2% y aquel un 0,07% ya que el tarro de Nescafé tiene un costo de \$ 1985 y es vendido a \$ 1998 en tanto el tarro de café Unimarc tiene un costo de \$ 923 y es vendido a \$ 1749.

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

Que, además, no se ha provocado ninguna confusión al público consumidor ya que existen diferencias en las etiquetas, en los tarros, etc., además de que son expendidos en forma separada en bandejas diferentes en las góndolas; que en un inicio se unieron en un solo paquete ambos productos por una cinta amarilla los que eran vendidos a un precio conveniente.

Que así la conducta de Nestlé es un arbitrio que busca eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en el rubro de la venta de café instantáneo, vulnerando el artículo 2º, letra f), del Decreto Ley 211 y solicita la intervención de la Fiscalía Nacional Económica.

2. – La Comisión Preventiva Central a fojas 22 vta. del expediente rol N° 161-01, remitió los antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica para que investigara la materia.

3.- Nestlé, informando a la Fiscalía al tenor de la denuncia, expresó:

3.1.- Que es dueña en Chile y en más de 70 países de las marcas y etiquetas Nescafé y Milo y que Unimarc lanzó al mercado dos productos en apariencias similares, colocando ambos productos intercalados en estantes y además vendiendo el café instantáneo como un todo, uniéndolos con cinta adhesiva con un solo precio y sin que el consumidor pueda separarlos o comprarlos por separado. Que el hecho de presentar las querellas criminales ha sido solo con el propósito de velar por la protección de la Ley N° 19.039, por lo que su actuar no ha infringido el Decreto Ley N° 211 y solicita desestimar la denuncia y ordenar el archivo de los antecedentes.

3.2.- Asimismo formula denuncia ante la Fiscalía Nacional Económica en contra de Supermercados Unimarc y señala:

3.2.1.- Que Unimarc compra dos de los productos líderes en sus respectivas categorías, Nescafé y Milo,

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

3.2.2 .- Desarrolla dos etiquetas de evidente similitud con los productos comprados, pero de calidad y precio inferior;

3.2.3.- Que como dueño del supermercado y de los productos que compró puede vender estableciendo libremente el precio y la ubicación de los mismos, sin que la empresa que le vendió los productos originales pueda formular objeción alguna.

3.2.4 .- Que los ubica en la misma estantería y en forma intercalada, como un solo todo, unidos con cinta adhesiva, con un solo precio.

3.2.5.- Que los anteriores arbitrios de Unimarc se encuadran en la letra f) del artículo 2° del Decreto Ley N° 211 puesto que tienen por objeto eliminar, restringir o impedir la libre competencia, ya que además de existir imitación de los productos existe manipulación e intervención respecto del lugar donde concurren los productos para la venta, del lugar donde se ubican, de la forma en que ellos se exhiben y de la publicidad privilegiada con que se exhiben.

Solicita finalmente tener por formulada denuncia en contra de Supermercados Unimarc y efectuar requerimiento ante esta Comisión Resolutiva, a fin de que se adopten medidas tendientes a evitar los actos denunciados mediante la suspensión definitiva de la comercialización de los productos “Café” y “Chocolatado” y aplicarle las sanciones que estime pertinentes.

4.- A fs. 142 de la investigación de la Fiscalía, Rol N° 352-01, contesta la denuncia Supermercados Unimarc e indica que los supermercados tienen dos formas de exhibir los productos , ya sea en forma vertical o en forma horizontal en bandejas diferentes y ésta última modalidad ha permitido el nacimiento y éxito de las llamadas marcas propias y la exhibición en bandejas separadas permitiendo al consumidor diferenciar los productos de uno y otro fabricante, comparando los precios, y es lo que Nestlé, a su juicio, quiere evitar.

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

5.- A fs. 23 del expediente de la Comisión Preventiva Central informa la Fiscalía Nacional Económica y formula las siguientes observaciones:

5.1.- En cuanto a la denuncia de Unimarc en contra de Nestlé, señala que la presentación de querrelas como las señaladas en la denuncia no puede ser considerada per se como una conducta que atenta en contra de la libre competencia, toda vez que aquellas se fundamentaron en acciones que la Ley de Propiedad Industrial confiere al titular de una marca registrada cuando considera violado su derecho de propiedad y cuyo conocimiento y resolución están entregados a órganos jurisdiccionales, por lo que procedería desestimar la denuncia.

5.2.- En cuanto a la denuncia de Nestlé en contra de Supermercados Unimarc se encuentra acreditado que Nestlé tiene registradas en la clase 30 del clasificador internacional de Bienes y Servicios las marcas etiquetas que utiliza en la comercialización de sus productos Nescafé y Milo y que la imitación o utilización ilegítima por un tercero de una marca comercial registrada se encuentra sancionada en la Ley 19.039.

Por lo tanto, si bien los hechos denunciados podrían calificarse de competencia desleal dado que existen normas de aplicación directa e inmediata y de organismos jurisdiccionales encargados de aplicarlas, no corresponde a los organismos de defensa de la libre competencia pronunciarse sobre ellos.

6.- A fs. 30 del expediente de la Comisión Preventiva Central rola el Dictamen N° 1162, de 8 de junio de 2001, de esa Comisión, que establece:

6.1.- En cuanto a la denuncia de Unimarc en contra de Nestlé, concuerda con la opinión manifestada por la Fiscalía Nacional Económica en el sentido de que debe ser desestimada por las razones allí expresadas.

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

6.2.- En cuanto a la denuncia de Nestlé en contra de Unimarc, señala que se encuentra acreditado que ésta última ha incurrido en conductas contrarias a las normas de la libre competencia, a saber:

6.2.1.- Comercializar en el interior de sus supermercados el producto de su fabricación denominado “Café Unimarc” atado mediante cinta adhesiva al producto de la firma Nestlé de marca Nescafé, esto es, en un solo paquete y bajo un precio único, lo que constituye una forma de “venta atada”, figura que debe ser reprochada desde el punto de vista de la libre competencia en tanto implica una imposición al consumidor que se ve obligado a adquirir ambos productos y, en segundo lugar, constituye un acto de competencia desleal en la medida que Unimarc se aprovecha de la fama y prestigio que posee el producto más antiguo, con el propósito de obligar al consumidor a adquirir su propio producto, de marca desconocida por su reciente incorporación al mercado.

Que dicho proceder puede además generar confusión en el consumidor en cuanto a la procedencia del producto, conducta que se ve agravada por el hecho de que Unimarc es dueña del establecimiento donde se expenden ambos productos

6.2.2.- Exhibir dentro de sus supermercados los productos de su fabricación “Café Unimarc” y “Chocolatado Unimarc”, como asimismo los productos provenientes de un competidor en esos rubros, “Nescafé” y “Milo”, en la misma estantería, en forma intercalada, comportamiento que, junto a la similitud que se advierte entre las etiquetas de unos y otros productos, puede producir confusión en el consumidor acerca de la identidad y/o procedencia de los mismos, conducta que en consecuencia también debe ser calificada de competencia desleal.

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

Añade que las conductas antes descritas contravienen lo dispuesto en los artículos 1° y 2°, letra f), del Decreto Ley N° 211 y se configuran por el solo hecho de consumarse, razón en virtud de la cual procede que sean sancionadas no obstante haber cesado.

Solicita por consiguiente rechazar la denuncia de Unimarc en contra de Nestlé, acoger, en cambio, la denuncia de Nestlé en contra de Unimarc, y solicitar al Fiscal Nacional Económico requiera de la Comisión Resolutiva que aplique una sanción pecuniaria a la denunciada por infracción a los artículos 1° y 2°, letra f), del Decreto Ley N° 211.

7.- A fs. 7 de estos autos consta el recurso de reclamación de Unimarc que indica:

7.1.- Que Unimarc es dueña de toda la mercadería que vende y está obligada a cumplir las normas del Decreto Ley N° 211 que prohíbe cualquier arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia;

7.2.- Que no ha eliminado de las estanterías la opción de los consumidores para adquirir separadamente cualquier tipo de marca, tamaño de café o chocolatado;

7.3.- Que no ha restringido la venta de ningún tipo de café y que tampoco ha entorpecido la venta de sus propias mercaderías, y añade que tampoco ha ofrecido la promoción como una imposición al consumidor que se ve obligado a adquirir ambos productos.

Solicita se revoque el Dictamen recurrido, absolviendo a Unimarc y condenando a Nestlé.

8.- A fs. 41 esta Comisión Resolutiva se avoca al conocimiento del recurso y solicita informe a la Fiscalía Nacional Económica.

9.- A fs. 87 informa la Fiscalía Nacional Económica y formula requerimiento en contra de Supermercados Unimarc señalando:

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

9.1.- Que está acreditado que Unimarc comercializó en sus supermercados Café Unimarc con el producto de la firma Nestlé, Nescafé, uniéndolos en un solo paquete, mediante cinta adhesiva y a un precio único, lo que es declarado y reconocido por ésta en su recurso de reclamación al sostener que lo que ha pretendido al vender ambos productos, en lo que denomina “Pack Promocional”, es que el público consumidor distinga entre ambos.

9.2. Unimarc al comercializar al interior de sus supermercados el producto de su fabricación denominado café Unimarc, atado mediante cinta adhesiva al producto de la firma Nestlé, de marca Nescafé, esto es en un solo paquete y bajo un único precio ha efectuado una forma de venta atada, figura que debe ser reprochada desde el punto de vista de la libre competencia en tanto implique una imposición al consumidor que se ve obligado a adquirir ambos productos y competencia desleal en la medida que se aprovecha de la fama y prestigio que posee el producto más antiguo con el propósito de obligar al consumidor a adquirir su propio producto de marca desconocida por su reciente incorporación al mercado.

9.3.- Asimismo, exhibe dentro de sus supermercados los productos de su fabricación Café Unimarc y Chocolatado Unimarc y los provenientes de un competidor Nescafé y Milo en la misma estantería, en forma intercalada, lo que junto a la evidente similitud que se advierte entre las etiquetas de unos y otros puede producir confusión en el consumidor acerca de la identidad y/o procedencia de los mismos, lo que debe ser calificado como competencia desleal.

Las conductas arbitrarias empleadas por Unimarc encuadran en la letra f) del artículo 2° del Decreto Ley N° 211, puesto que tienen por objeto eliminar, restringir o impedir la libre competencia y solicita tener por formulado el requerimiento en contra de la empresa señalada, acogerlo en todas sus partes y que se le sancione con el máximo de la multa establecida en el artículo 17, letra a), N° 4, con costas.

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

10.- A fs. 99 evacua el traslado del requerimiento Supermercados Unimarc S.A. y señala que ha quedado demostrado que no ha incurrido en conducta alguna atentatoria de la libre competencia, sino por el contrario, con la introducción al mercado de un producto alternativo, ha ofrecido al público una nueva opción en el segmento café y que , además, el hecho de vender los productos en pack unido por cinta adhesiva implica que los consumidores se verán inducidos a comparar entre productos diferentes.

11.- A fs. 109 evacua el traslado Nestlé Chile S.A. y señala que comparte plenamente los fundamentos del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica ya que la venta atada de Nescafé y café Unimarc en un solo paquete y a un precio único fue un hecho ampliamente reconocido por Unimarc y se encuentra acreditado, además, la imitación o utilización ilegítima de marcas etiquetas, lo que constituye competencia desleal

Solicita confirmar en todas sus partes el dictamen , acoger el requerimiento en todas sus partes declarando que Unimarc ha incurrido en conductas contrarias a la competencia y se le sancione con el máximo de la multa que establece el artículo 17, letra a), N° 4, del Decreto Ley N° 211, con costas.

12. - A fs.432 esta Comisión estimó que no existían hechos sustanciales, pertinente y controvertidos y ordena traer los autos en relación.

13.- Con fecha 17 de abril de 2002 tiene lugar la vista de la causa, alegando los apoderados de las partes y quedaron los autos en estado de fallo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Comisión Preventiva Central ha objetado en su Dictamen a la empresa Unimarc el hecho de comercializar en el interior de sus supermercados el producto de su

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

fabricación denominado “Café Unimarc”, atado mediante cinta adhesiva al producto de la firma Nestlé, de marca “Nescafé”, en un solo paquete y bajo un precio único, lo que constituiría para esa Comisión una venta atada, conducta reprobable desde el punto de vista de la libre competencia en tanto implica una imposición al consumidor que se ve obligado a adquirir ambos productos.

Se le atribuye además, que dicha conducta constituiría una forma de competencia desleal en la medida que Unimarc se aprovecha de la fama y del prestigio que posee el producto más antiguo, con el propósito de obligar al consumidor a adquirir su propio producto;

SEGUNDO: Que además la Comisión Preventiva Central objeta el hecho de exhibir dentro de los supermercados de propiedad de Unimarc los productos de su fabricación “Café Unimarc” y “Chocolatado”, en forma conjunta con los productos Nestlé “Nescafé” y “Milo”, en la misma estantería y en forma intercalada, proceder que puede inducir a confusión al consumidor acerca de la identidad y/o procedencia de los mismos, conducta que califica también como constitutiva de competencia desleal;

TERCERO: Que en cuanto al primer reproche, esta Comisión estima que la venta conjunta de dos productos de café instantáneo, uno de los cuales estaba siendo lanzado al mercado, sin permitir al público consumidor poder comprar los mismos en forma separada, constituye un acto reprobable desde el punto de vista la legislación de defensa de la competencia;

Que esta decisión se funda en la existencia en el proceso de indicios suficientes para acreditar que los productos que Unimarc vendió en forma conjunta, no estaban disponibles para ser adquiridos en forma separada, como se desprende de la presentación de Nestlé de fojas 98 del expediente Rol N° 352-01 de la Fiscalía Nacional Económica, y de las

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

expresiones utilizadas en el propio recurso de reclamación, según consta a fojas 44 de estos autos;

CUARTO: Que en relación a la segunda imputación, esta Comisión estima que el accionar de Unimarc, si bien puede ser objeto de escrutinio desde el punto de vista de la defensa o protección del consumidor, la exhibición al público de productos similares, en forma intercalada, no es un actuar que se enmarque dentro una conducta de competencia desleal, sino más bien aparece como una estrategia comercial de una empresa con el fin de lanzar un nuevo producto al mercado.

Que, adicionalmente, esta Comisión Resolutiva ha tenido presente en este análisis la transacción extrajudicial que ha operado entre Unimarc y Nestlé respecto de los efectos en el ámbito marcario que estas conductas han producido;

QUINTO: Que sin desmedro de lo anterior, cabe ratificar el predicamento de la Fiscalía Nacional Económica y de la Comisión Preventiva Central y además declarar que no cabe estimar como conductas contrarias a la libre competencia las querellas criminales iniciadas por Nestlé ya que no se ha probado ni establecido que dicha compañía, en el ejercicio de las atribuciones legales de ejercer acciones penales, haya actuado abusando de su derecho o con dolo o pretendiendo afectar la libre competencia;

SEXTO: Que, sin perjuicio de lo expresado precedentemente, esta Comisión no es de opinión de aplicar una multa en el presente caso, habida consideración de que la oferta promocional cuestionada fue aplicada por un corto período de tiempo.

Y vistos además lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, letra f), 17 y 18, del Decreto Ley N° 211, y artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, esta Comisión **RESUELVE:**

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

1°.- Rechazar el recurso de reclamación interpuesto por Supermercados Unimarc S.A. en contra del Dictamen N° 1162, de fecha 8 de junio de 2001, de la Comisión Preventiva Central, el que se confirma con la modificación expresada en el considerando cuarto precedente;

2°.- Acoger el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en cuanto se declara que las conductas desarrolladas por Supermercados Unimarc S.A., en lo referente a la venta conjunta de los productos “Café Unimarc” y “Nescafé”, son contrarias al Decreto Ley N° 211, previniéndose a dicha empresa de abstenerse de incurrir en conductas semejantes en el futuro; y,

3°.- No se condena en costas a Supermercados Unimarc S.A. por no haber sido totalmente vencida.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Pérez quien fue de opinión de acoger el recurso de reclamación de Supermercados Unimarc S.A. y rechazar consecuentemente el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en atención a las siguientes consideraciones:

- 1) Que en cuanto a las conductas que le han sido reprochadas a la requerida, éstas se encuadran dentro de las políticas de comercialización de sus productos, consistiendo en consecuencia en estrategias comerciales destinadas a posicionar un nuevo producto en el mercado, que no merecen reproche desde el punto de vista de la libre competencia;
- 2) Que, a mayor abundamiento, para este disidente ha quedado demostrado en autos que si bien la venta de los productos de café instantáneo se produjo uniéndolos mediante una cinta adhesiva, no es menos cierto que al costado del denominado “Pack Promocional” se encontraban otros productos de café instantáneo, de diferentes marcas, incluida la marca

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

“Nescafé”, lo que obviamente permitió al público consumidor comprar en forma separada los productos, descartando así toda posibilidad de abuso, lo que consta de las fotografías de fojas 3 del expediente de investigación de la Fiscalía.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Comuníquese a la Sra. Presidente de la Comisión Preventiva Central.

Nº 646-01

Pronunciada por don José Luis Pérez Zañartu, Ministro de la Excma. Corte Suprema y Presidente de la Comisión; don Sergio Espejo Yaksic, Superintendente de Electricidad y Combustible; don Cristián Palma Arancibia, Director del Servicio Nacional de Aduanas; y don Alvaro Puelma Accorsi, subrogando al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Autoriza, Jaime Barahona Urzúa.