

RECURSO DE RECLAMACIÓN



H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

JAIME BARAHONA URZÚA, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S), en los autos caratulados **"Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Compañía Chilena de Tabacos S.A."**, Rol C N°196-09, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 N°1, 27 y 39 letra b) del Decreto Ley N°211 (en adelante, **DL 211**), vengo, dentro de plazo legal, en interponer Recurso de Reclamación, para ante la Excma. Corte Suprema, en contra de la Sentencia N°115/2011, de fecha 17 de noviembre de 2011, notificada a esta parte el 18 de noviembre del mismo mes y año, solicitando su enmienda, en los términos que se expresarán, de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación paso a exponer.

I. ANTECEDENTES RELEVANTES EN EL PRESENTE CASO: LA POSICIÓN DE MERCADO DE CCT Y LA SENTENCIA N°26/2005 TDLC

1. Compañía Chilena de Tabacos (en adelante, indistintamente, **CCT**) es el principal operador en la industria de la comercialización de cigarrillos en el territorio nacional¹. La mencionada empresa produce y comercializa productos de tabaco a través de sus filiales: Industrial Chiletobacos S.A. y Comercial Chiletobacos S.A., respectivamente, y hasta ahora ha mantenido una importante participación de mercado², siendo calificada dicha posición

¹ Desde 1936 a la fecha, Chiletobacos es propiedad de British American Tobacco (BAT), una de las más importantes compañías internacionales de tabaco. Actualmente BAT es dueña de un 96.7%

por parte del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, también, **TDLC**) de cuasi monopólica³.

2. Precisamente, en función de dicha posición de mercado y de las políticas que comerciales reñidas con la libre competencia que estaba aplicando al año 2005, es que CCT fue sancionada por infracción al DL 211 en el mercado relevante definido por el TDLC en la Sentencia recurrida, cual es el de la comercialización de cigarrillos en todo el territorio nacional⁴.
3. La acción legal en se fundó la aplicación de tales sanciones la ejerció en ese momento el segundo operador de la industria, International Tobacco Marketing Limitada, sociedad importadora y comercializadora de cigarrillos Philip Morris (en adelante, también, **PM**) en Chile, y que posee una cuota de mercado que a nivel nacional no supera el 1.5%⁵.
4. Cabe consignar que la citada Sentencia N°26/2005 del TDLC resolvió lo siguiente:

“Primero. Acoger la denuncia de International Tobacco Marketing Limitada, de fs. 11, por haberse acreditado la comisión, por parte de Compañía Chilena de Tabacos S.A., de conductas contrarias a la libre competencia consistentes en la imposición de barreras artificiales a la entrada de un nuevo competidor, por parte del actor dominante en el mercado, ordenándose a la denunciada cesar en dichas conductas (El destacado es nuestro);

“Segundo: Atendido lo resuelto precedentemente, y en ejercicio de las facultades de este Tribunal establecidas en el artículo 26°, letra a), del Decreto Ley N° 211, dejar sin efecto todas aquellas estipulaciones contenidas en los contratos de exclusividad aludidas en los considerandos Decimoctavo y Vigésimo Primero, debiendo abstenerse la parte de Compañía Chilena de Tabacos

³ En efecto, conforme a lo consignado por el TDLC en el Considerando Decimoquinto de la Sentencia N°115/2011, CCT, en el mercado así definido, goza de una “altísima participación de mercado”, lo cual “conjuntamente con las conductas exclusorias acreditadas en la Sentencia N°26/2005 y la significativa importancia que en esta industria tiene el posicionamiento de las marcas de CCT, puede colegirse que esta empresa tiene un poder de mercado muy significativo, que la constituye en un cuasi-monopolio, por lo que corresponde establecer en esta sentencia si las conductas imputadas a CCT constituyen un abuso de dicha posición susceptible de reproche al tenor de lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211”³.

⁴ Considerando Decimocuarto de la Sentencia N°115/2011 TDLC. El mercado relevante definido para este caso ha sido el mismo determinado en la Sentencia N°26/2005.

⁵ Existen otras participantes en la industria, como Tabacalera Nacional S.A. (TANASA), y otros importadores que, en su conjunto, mantienen una cuota de mercado que no supera el 0.5%.

S.A. de incluirlas en los contratos que celebre en el futuro (El destacado es nuestro);

"Tercero: Prevenir a la denunciada para que, en lo sucesivo, no impida ni entorpezca la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta (El destacado es nuestro); y,

"Cuarto. Aplicar a la Compañía Chilena de Tabacos S.A. una multa a beneficio fiscal ascendente a 10.000 (diez mil) Unidades Tributarias Mensuales".

5. Dicho pronunciamiento, en su Considerando Vigésimo, haciendo referencia a las cláusulas de exclusividad analizadas, dispuso lo siguiente:

"Vigésimo Segundo. 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 High Trade, los que, además, no pueden negarse a pactarlas, pues, por una parte, no les es conveniente prescindir de la venta de cigarrillos de Chiletabacos, dado que, tal como se ha acreditado, éstos son los más consumidos por el público y, por la otra, reciben incentivos económicos evidentes por aceptarlas" (El destacado es nuestro).

6. Por su parte, en su Considerando Vigésimo cuarto, el fallo aclaró los alcances de las obligaciones a las que debe someterse CCT, en relación con los puntos de venta considerados **High Trade**:

"Vigésimo Cuarto. Que también se deriva de todas las consideraciones precedentes la necesidad de prevenir a la denunciada 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" (El destacado es nuestro).

7. En relación con los puntos de venta **Low Trade** y respecto de las conductas de negativa de venta, negativa de crédito, retiro de productos y elementos de promoción, comunicación e información y entrega de incentivos pecuniarios a

condición de no exhibir ni vender productos de PM⁶, en el fallo aludido se confirmó que:

“...para tales distribuidores la venta de cigarrillos constituye un elemento relevante de sus ingresos; que la venta de cigarrillos es un factor multiplicador para la comercialización de otros productos y, por ende, un elemento que incrementa sus ingresos generales; y, por último, que el crédito otorgado por CCT a tales distribuidores es esencial para la comercialización de los cigarrillos de su marca” (Considerando Vigésimo Séptimo) y, acto seguido, dio por acreditadas dichas conductas (Considerandos Vigésimo noveno, Trigésimo y Trigésimo primero).

8. En definitiva, se consideraron tales infracciones como ***“prácticas de exclusión que no son otra cosa que barreras estratégicas a la entrada de competidores erigidas por la empresa dominante”*** (Considerando Trigésimo segundo).
9. De esta manera, a partir de lo resuelto emanaron para CCT, al menos, dos obligaciones fundamentales, una general y otra específica, a saber:
 - 9.1. No impedir ni entorpecer la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta; y⁷
 - 9.2. No convenir con los puntos de venta, ni exclusividad ni incentivos en función de su participación de ventas.
10. H. Tribunal, CCT ha debido, conforme al ***especial deber de cuidado*** a que referiremos a continuación, cumplir con extremada rigurosidad la Sentencia N°26/2005, toda vez que así lo exigía su situación de cuasi monopolio y, además, así se ha establecido en numerosa jurisprudencia emanada del propio TDLC en la que se deja patente este especial deber que debe asumir quien tenga una participación de mercado relevante. Así, por ejemplo,

⁶ Sobre esta última conducta, ese H. Tribunal señaló en el Considerando Trigésimo Primero de la Sentencia N° 26/2005, lo siguiente: *“En conclusión, esta conducta, así considerada y acreditada, no puede sino sancionarse al tenor de la norma legal ya citada”* en particular cuando, *“la condición para dicho pago consiste, como en este caso, en la exclusión de un competidor por parte del actor dominante en el mercado”*.

⁷ Considerando Vigésimo tercero Sentencia N°115/2011: *“Que, adicionalmente, en el fallo en cuestión se prohibió en general a CCT que, en lo sucesivo, impidiese o entorpeciese en los hechos, por medio alguno, la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta denominados high trade”*.

tenemos la Sentencia N° 75, de 30 de septiembre de 2008, ratificada por la Excmá. Corte Suprema, en el denominado caso ATREX-Courier. La Sentencia referida sostuvo, en su Considerando Sexagésimo Quinto, lo siguiente:

*"Que, al respecto, este Tribunal considera que si bien las Bases de Licitación contienen mecanismos de resguardo destinados a prevenir que el concesionario abuse de su posición dominante, ello en ningún caso garantiza que dichos abusos no se producirán, **ni tampoco reduce la responsabilidad que SCL pueda tener en ellos. Por el contrario, resulta aún más grave que un concesionario, sujeto a las condiciones y sanciones específicas que establecen las Bases de Licitación, igualmente actúe en contravención a la libre competencia y abuse de su posición respecto de usuarios del Aeropuerto. En ese sentido, la posición monopólica que le otorga la concesión le significa un especial deber de cuidado en sus actos, por lo que debió tener particular preocupación en atenerse a los términos del marco jurídico que rige su concesión, circunstancia que no ocurrió, tal como se ha establecido"** (El destacado es nuestro).*

11. También lo dispuesto en la Sentencia N°85, de 2 de julio de 2009, que se pronunció sobre el requerimiento de esta la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, también, **FNE**) y la demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de diversas empresas sanitarias, sosteniendo lo siguiente en su Considerando Centésimo Octogésimo noveno:

*"Las fuentes de la posición de dominio que las requeridas poseen en determinadas áreas colindantes a sus respectivos territorios operacionales surgen, precisamente, de las economías de ámbito y escala que las requeridas han podido alcanzar dentro de cada territorio concesionado, y así luego extender hacia áreas colindantes. **Tal fuente de posición de dominio, en áreas adyacentes a territorios concesionados, que constituyen un monopolio legal, impone un especial y estricto deber de cuidado a las empresas concesionarias de servicios sanitarios, en términos de velar porque sus conductas no atenten contra la libre competencia, incluso en áreas fuera del territorio concesionado**" (El destacado es nuestro).*

12. En el mismo sentido, esto es, el *especial deber de cuidado* que debe gobernar el actuar de una empresa dominante o, en este caso, una cuasi

monopólica como es CCT, ya se había pronunciado la H. Comisión Resolutiva, por medio de la Resolución N°0723, de 30 de enero de 2004, en virtud de la cual se sancionó con multa a Lan Chile S.A. y Lan Express S.A. por incumplir el Plan de Autorregulación que las obligaba. En efecto, en dicho pronunciamiento se estableció lo siguiente:

"Sexto: Que, pesa sobre las empresas objeto del presente requerimiento, la obligación de dar estricto cumplimiento al Plan de Autorregulación aprobado por la resolución 496, en actual vigencia, lo que deriva no sólo del texto expreso de la misma ya citado, sino, además, de las siguientes circunstancias y consideraciones:

*a) que **han sido las propias empresas obligadas a su cumplimiento quienes han propuesto el referido Plan**, por lo que debe presumirse que ellas han reconocido y aceptado que éste era materialmente susceptible de ser cumplido estricta, oportuna e íntegramente, **sin que pueda excusarse lo anterior por deficiencias en el diseño u operatividad del aludido plan, puesto que éstas, de existir, sólo serían imputables a las empresas requeridas.***

*b) que en esta materia **debe entenderse por estricto cumplimiento a lo que en materia civil se entiende por suma diligencia o cuidado**, la que se opone a la culpa o descuido levísimo, esto es, la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes. Es precisamente esta esmerada diligencia en el cumplimiento del Plan de Autorregulación la que resulta exigible a la empresa cuya fusión fue autorizada precisamente en atención a aquello.*

*"Séptimo: Que, del análisis de los hechos fluye que los **incumplimientos observados** al Plan de Autorregulación por parte de Lan Chile S.A. y Lan Express **son excepcionales y de menor cuantía, por lo que no cabe imputar a la gestión de estas empresas la intencionalidad positiva** de vulnerar las condiciones del referido plan, cuestión que será debidamente ponderada para determinar la sanción que se aplicará, **pero que no alcanza a excusar del todo el estricto cumplimiento exigible en la especie.***

*"Octavo: Que, ha sido alegado por las empresas requeridas que **algunos incumplimientos del Plan obedecen a fallas del mismo** que hacen materialmente imposible su cumplimiento, y que, adicionalmente, intentar corregir el plan puede derivar en una reglamentación asfixiante y operativa, por lo que solicita no aceptar la petición de la Fiscalía en orden a mejorar el referido Plan.*

"Noveno: Que, esta Comisión **debe rechazar de plano ambas argumentaciones**. En efecto, y respecto de la primera, las eventuales fallas de diseño del plan lejos de atenuar la responsabilidad de las empresas requeridas, la agravan, por cuanto ellas cuentan y han contado con los conocimientos y experiencia operativa para evaluar la pertinencia de los contenidos específicos del plan y las variables y parámetros en él utilizados siéndole enteramente imputable cualquier falla que al respecto se alegue (El destacado es nuestro)".

13. La resolución transcrita es especialmente reveladora, toda vez que asienta cuatro criterios básicos que se pueden extrapolar completamente al presente caso, esto es que: **primero**, la obligación de cumplimiento efectivo, real, serio y oportuno por parte de CCT de la Sentencia N°26/2005, era de su responsabilidad exclusiva, y cualquier deficiencia de su programa de compliance a ese respecto y, por ende, cualquier conducta anticompetitiva verificada en los hechos le es indefectiblemente atribuible o imputable; **segundo**, tratándose de una empresa con gran poder de mercado, CCT ha debido actuar con sumo deber de cuidado o diligencia, pues dicho estándar es el exigido a una empresa que goza de dicho poder, el que, por lo demás, ha sido calificado por el mismo TDLC como cuasi monopolístico; **tercero**, si bien en el caso citado la Comisión Resolutiva desliza que los incumplimientos constatados son excepcionales o de menor cuantía, por lo que no cabía imputar una intención positiva por los mismos a las empresas, señala que ello no alcanza para excusar el estricto cumplimiento exigido a las mismas, dicho estándar es el que, justamente, se ha debido exigir de CCT en el presente caso; y, **cuarto**, cualquier fallo en el cumplimiento del referido Plan de Autorregulación, y en el caso de CCT, en el cumplimiento de la Sentencia N°26/2005 y del programa de compliance que motivó, lejos de atenuar su responsabilidad, la agrava, ya que necesariamente ha debido saber por su conocimiento de mercado, atendida su exorbitante participación en el mismo, la pertinencia, oportunidad y efectividad de las medidas implementadas, de modo que cualquier deficiencia, por mínima que esta sea, le es enteramente imputable, y por tanto, objeto de sanción con multa.
14. Este *especial deber de cuidado*, como se verá, ha sido declarado como determinante por el TDLC en la Sentencia N°115/2011, materia de esta

impugnación, al momento de resolver el requerimiento y demanda en contra de CCT, en el período intermedio correspondiente a la notificación del fallo confirmatorio de la Sentencia N°26/2005 y del requerimiento de la FNE.

15. En dicho período, como se verá claramente, CCT no cumplió con la Sentencia N°26/2005, pues a pesar de estar obligada a no pactar con sus clientes cualquier tipo de contrato que importara exclusividad, celebró convenios de arriendo de espacios publicitarios que importaban, justamente, exclusividad en los hechos; actuó, como ha quedado acreditado en autos, a pesar de lo informado por la FNE con fecha 27 de junio de 2006, en los autos Rol C N° 11-04, donde se le advertía que los contratos de arriendos publicitarios que sometió a conocimiento de la FNE eran sin perjuicio de las facultades fiscalizadoras de esta institución respecto de la aplicación práctica de dichos convenios y la obligación permanente que le asistía a CCT en el mercado; CCT celebró los mencionados convenios de arriendo de espacios publicitarios y les dio determinada aplicación en los hechos, no obstante la entrada en vigencia de la Ley N°20.105, que restringió fuertemente la publicidad del tabaco, lo cual lógicamente iba a tener un efecto de barrera en el mercado y para la competencia, que CCT no podía menos que saberlo o anticiparlo, justamente, como se ha dicho, en función de su deber de especial cuidado y por haber sido sancionada por atentados contra la libre competencia previamente; y, por último, tal como lo señaló el TDLC, CCT se demoró inexcusablemente en implementar un programa “serio, creíble y efectivo”⁸, prácticamente de manera contemporánea en aplicación a la fecha de presentación del requerimiento de la FNE, lo que habla de la real voluntad de CCT de cumplir con la citada Sentencia N°26/2005.

II. EL REQUERIMIENTO DE LA FNE EN AUTOS Y LA DEMANDA DE PM

16. De acuerdo con la investigación instruida por la FNE para fiscalizar el cumplimiento de la Sentencia N° 26, fueron detectadas las siguientes conductas de CCT, las que justificaron la interposición del requerimiento en su contra:

⁸ Considerando Centésimo quincuagésimo quinto. Sentencia N°115/2011 TDLC.

- 16.1. La celebración de **contratos que incluyen cláusulas de arrendamiento de espacios publicitarios con distribuidores minoristas del segmento denominado *high trade***, compuesto por locales comerciales como restaurantes, *pubs* y bares, cuya aplicación genera en los hechos exclusividad de publicidad, exhibición, promoción e incluso venta de los productos de dicha compañía; y
 - 16.2. **Condicionar el crédito que entrega a puntos de venta *low trade***, como botillerías, almacenes de barrio y kioscos, a que no comercialicen productos de la competencia.
17. A juicio de esta Fiscalía, dichas conductas importaban, por un parte, una vulneración a lo dispuesto en el artículo 3° letra b) del DL 211 y, por otra, a las obligaciones impuestas a CCT por este Tribunal en su Sentencia N°26/2005, específicamente en el numeral tercero de la parte dispositiva de la misma, que se declarara que CCT había cometido tales infracciones y se la condenara, como ***reincidente***, a una multa de 20.000 UTA, ordenando el cese inmediato de tales conductas.
 18. A su turno, PM, en su libelo, demandó, como se ha adelantado, independientemente del requerimiento presentado por la FNE, y adicionó tres conductas distintas a las expuestas por la FNE en su requerimiento, pero complementarias y funcionales a un comportamiento excluyente sistemático por parte de CCT, a saber:
 - 18.1. En el caso del segmento *high trade*, efectuar otros pagos con el propósito de impedir la exhibición, promoción y venta de los productos de la demandante;
 - 18.2. En el caso del segmento *Low Trade*, pagar sumas de dinero a operadores de los puntos de ventas, con fin de no ofrecer los productos de la competencia o comercializarlos "bajo el mesón", esto es, a requerimiento del público y sin exhibirlos ni publicitarlos; e
 - 18.3. Impedir el uso de las cigarreras que CCT entrega en comodato para exhibición de los productos de la competencia

19. En la misma línea que la FNE, PM, en la parte petitoria de su demanda, solicitó al TDLC que declara que CCT había incurrido en incumplimiento de los numerales primero, segundo y, eventualmente, tercero de la parte resolutive de la Sentencia N°26/2005, e infringido las normas contenidas en el DL 211, junto a otras medidas tendientes a evitar exclusiones, y, en lo que interesa, se aplicara la máxima multa posible, atendido el hecho del perjuicio que tal incumplimiento y conductas le habría traído en el mercado, lo que la habría permitido congelar su participación en el mercado relevante, generándole pérdidas de aproximadamente US\$5 millones anuales durante el lapso de 5 años.

III. LA SENTENCIA N°115/2011 TDLC

20. En lo sustancial, la Sentencia recurrida resolvió lo siguiente:

20.1. Acoger la excepción de prescripción opuesta por Compañía Chilena de Tabacos S.A., a fojas 4973, declarándose en consecuencia prescritas las acciones emanadas de las conductas imputadas a dicha compañía en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica que ocurrieron antes del 24 de diciembre de 2007, y de las acciones emanadas de las conductas imputadas por Philip Morris Chile Comercializadora Limitada a la Compañía Chilena de Tabacos que ocurrieron antes del 14 de mayo de 2008, y que no estén comprendidas en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica;

20.2. Acoger el requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico, que rola a fojas 10 y siguientes, y la demanda de Philip Morris Chile Comercializadora Limitada, que consta a fojas 218 y siguientes, ambas acciones interpuestas en contra de Compañía Chilena de Tabacos S.A. sólo en cuanto se declara que la suscripción por dicha compañía de cláusulas contractuales de arrendamiento de derechos o espacios publicitarios, en su aplicación práctica, restringen y entorpecen la competencia o al menos tienden a producir tales efectos;

20.3. Imponer, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero, parte final del DL 211, las siguientes medidas a la Compañía

Chilena de Tabacos S.A., en los casos en que dicha empresa o sus relacionadas ejecuten o celebren cualquier hecho, acto o convención respecto del uso de espacios para instalar avisos publicitarios en puntos de venta del canal *high trade* y cuya aplicación implique exclusividad o produzca un resultado análogo en la realización de publicidad en el espacio legalmente disponible para ello en el local respectivo: (i) en los casos en que competidores de Compañía Chilena de Tabacos S.A. no tengan un exhibidor o cigarrera en un lugar equivalente en su visibilidad para el cliente, deberá reservar y ceder el veinte por ciento del “*facing*” de las cigarreras que entregue a cualquier título a los puntos de venta, para la exhibición efectiva de cigarrillos de su competencia, sin que pueda obstaculizarse tal exhibición por medio alguno; y, (ii) deberá abstenerse de realizar hechos, actos o convenciones destinados a impedir cualquier actividad promocional lícita;

20.4. No condenar en costas a Compañía Chilena de Tabacos S.A., por no haber sido totalmente vencida y haber tenido motivo plausible para litigar.

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N°115/2011

IV.1. CONDUCTAS EN EL *HIGH TRADE*

21. La Sentencia N°115/2011 del TDLC se estructura en dos partes, analizando, en primer lugar, las conductas que se imputan como anticompetitivas que ha ejecutado CCT en el segmento *high trade*, para luego analizar, en una segunda parte, aquellas que se habrían verificado en el *low trade*. Esta misma estructura se seguirá de aquí en adelante en el presente recurso.
22. En cuanto al *high trade*, la Sentencia N°115/2011, en su Considerando Vigésimo cuarto, sostiene que para un adecuado análisis de las conductas imputadas en este segmento se debía determinar si CCT había suscrito acuerdos con puntos de venta que importaron pactos de exclusividad en materia de publicidad, exhibición, *marketing* y degustación con posterioridad al día cinco de agosto de dos mil cinco, fecha en la que la Sentencia N° 26/2005 fue notificada a los representantes de dicha compañía y en la que,

por lo tanto y conforme lo dispone el artículo 26, inciso final del DL 211, comenzó a surtir efectos, a fin de apreciar:

- 22.1. Si concurrían los requisitos necesarios para determinar el posible incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Sentencia N° 26/2005 por parte de CCT; o,
 - 22.2. Si la suscripción de tales contratos en los hechos había impedido o entorpecido -efectiva o potencialmente- la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta del canal de distribución denominados *high trade*.
23. En lo pertinente al primer punto, el TDLC resolvió que, atendido la literalidad de tales contratos, "*prima facie*", éstos no eran atentatorios con la Sentencia N°26/2005, por haberse eliminado las cláusulas ilícitas de los contratos anteriormente cuestionados por el TDLCC y cambiadas por las que establecieron un arrendamiento de derechos publicitarios; por contener cláusulas de salida anticipada, y por no existir eventuales entregas de incentivos económicos en función de ventas. No obstante estas consideraciones, como ya se ha sostenido, dichos contratos y cláusulas comenzaron en un corto tiempo a regir en un período de fuerte restricción publicitaria y de promoción al producto tabaco, por lo que necesariamente las mismas han debido ser revisadas por CCT, atendido los efectos que esas cláusulas y dicha normativa produjeron en el mercado relevante, en cuanto a erigirse en infranqueables barreras para sus competidores, más aún teniendo a la vista el informe de la FNE en lo referido a la fiscalización "in situ" del efectivo cumplimiento de la Sentencia N°26/2005 por parte de CCT y de la aplicación real de tales contratos.
 24. En cuanto al segundo punto, y despejada la primera hipótesis, desechando el TDLC cualquier eventual incumplimiento de la Sentencia N°26/2005 por parte de CCT, la Sentencia N°115/2011 analiza, a continuación, la forma o, en otras palabras, la manera en que han sido percibidas y entendidas las cláusulas cuestionadas por los locatarios del segmento *high trade*, como asimismo los efectos de esas mismas cláusulas, a fin de determinar si, ya habiendo considerado como lícitos las cláusulas de arriendo de espacios

publicitarios, en los hechos las mismas eran entendidas como de exclusividad de venta.

25. Como se expuso, la FNE acusó a CCT haber celebrado contratos que incluían cláusulas de arrendamiento de espacios publicitarios, cuya aplicación había generado en los hechos exclusividad de publicidad, exhibición, promoción e, incluso, venta de los productos de la competencia.
26. Las cláusulas referidas se insertan en los denominados "Convenios sobre Arriendo de Derechos Publicitarios", en los que CCT arrienda para sí los derechos publicitarios para el rubro de cigarrillos, puros y tabacos que pueden ser ejercidos en los espacios que para este fin se destinen, derechos que involucran, además, la realización de actividades promocionales en los puntos de venta, cuyo control detente o pase a detentar el cliente⁹.
27. Lo primero que debe hacerse presente es la incongruencia del TDLC para llegar a la conclusión que dichas cláusulas eran lícitas, ya que ese mismo tribunal, en el Considerando Vigésimo sexto establece:

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

28. Asimismo, en el Considerando Vigésimo séptimo de la Sentencia N°115/2011 el TDLC sostiene que:

"...es frecuente que el espacio publicitario arrendado sea todo el disponible en un local determinado, o todo el destinado, en el punto de venta, a la instalación de dispensadores o cigarreras para exhibir los cigarrillos y que son utilizados comúnmente para instalar los mensajes publicitarios. Estos elementos agotan en muchas ocasiones el espacio que, como se verá más

⁹ Cláusulas de similar tenor establecen los denominados "Convenios sobre Actividades Publicitarias", al señalar "...y en consideración a la suma establecida en la cláusula siguiente, CCT adquiere para sí el derecho a desarrollar actividades publicitarias para el rubro de cigarrillos, puros y tabacos que pueden ser ejercidos en los espacios que para este fin se destine EL CLIENTE..."

*adelante, la ley vigente, luego de su modificación en el año 2005, permite destinar a la publicidad en los puntos de venta. **Entonces, lo que en los hechos se está pactando, en esos casos, es un derecho exclusivo de CCT de realizar publicidad y promoción en los locales comerciales de que se trata**.*

29. No obstante lo señalado, en los Considerandos Vigésimo octavo y Vigésimo noveno, el TDLC, recurriendo al tenor literal de las cláusulas estipuladas en los contratos de arriendo de espacios publicitarios, da por cumplida la Sentencia N°26/2005, arguyendo, primero, la ausencia en dichos convenios de prohibición de exhibición de otras marcas, segundo, el hecho que no se consideran en ellos incentivos económicos en función de ventas y, tercero, que los mismos contemplan cláusulas de salida, sin indemnización, en favor de los puntos de venta.
30. Lo anterior es una contradicción manifiesta que proviene de la ponderación errónea de la prueba por parte del TDLC, por cuanto en los hechos la supuesta benigna literalidad del contrato no es tal, dado que lo que se está pactando, en palabras de la propio TDLC, es un derecho exclusivo de CCT de realizar publicidad y promoción, precisamente un tipo de exclusividad que necesariamente ha de estar dentro de aquel conjunto de exclusividades que la Sentencia N°26/2005 prohibió. Recordemos que dicha Sentencia establecía claramente, en su Considerando Vigésimo Cuarto, que **CCT debía, en lo sucesivo, no impedir ni entorpecer en los hechos, POR MEDIO ALGUNO, la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta denominados High Trade.**
31. Las variables enunciadas -publicidad y promoción- son de las más relevantes al momento de competir en este mercado, tal como lo estableció el TDLC en el Considerando Sexagésimo sexto de la Sentencia N°115/2011:

Que, en suma, en atención a todo lo hasta este momento razonado, a juicio de este Tribunal las cláusulas de arrendamiento de derechos o de espacios publicitarios suscritas por CCT con diversos puntos de venta del canal de distribución high trade, que contractualmente o **en los hechos - por la vía de arrendar el total del espacio publicitario disponible-, le otorgan exclusividad de publicidad o promoción a CCT y que, en ocasiones, incluso implican un impedimento para la exhibición y venta de los productos de su*

*competencia, son convenciones que restringen o entorpecen la libre competencia en el mercado o, a lo menos, tienden a producir esos efectos, por lo que constituyen una infracción a lo dispuesto en el artículo 3°, letra b) del D.L. N° 211. Lo anterior, como consecuencia de: (i) las **restricciones legales a la publicidad y promoción** en la industria, impuestas pocos días después de notificada la Sentencia 26/2005; (ii) el significativo **poder de mercado de CCT**, que entrega incentivos a pagar más que eventuales competidores por espacios de publicidad en los puntos de venta, pues obtenerlos puede servir para erigir barreras artificiales a la entrada; (iii) la **errónea interpretación que de estas cláusulas** han hecho algunos comerciantes y que en ocasiones los ha llevado a aplicarlas de manera que restringen la exhibición y venta de productos de la competencia; y (iv) lo **difícil que resulta para los consumidores cambiar las preferencias adquiridas** en materia de cigarrillos, lo que aumenta los costos que para un entrante implica el intentar ganar participación de mercado, atendidas las restricciones a la que es, probablemente, una de las dimensiones de competencia más importantes en esta industria, esto es, la publicidad y promoción de los productos".*

32. Pero, a mayor abundamiento, en cuanto a los efectos de las mencionadas cláusulas, ahora el TDLC en la Sentencia incorpora en su análisis un elemento adicional, el referido a los efectos que se producen con la entrada en vigencia de la Ley N°20.105 que limitó la publicidad del tabaco. En efecto, en el Considerando Trigésimo cuarto de la Sentencia citada, se consigna que en el contexto de la fuerte limitación legal a la publicidad señalada:

**...el valor de los espacios al interior de los locales pasó a ser aún más significativo que antes de la dictación de la Ley N° 20.105, pues las empresas productoras y comercializadoras de cigarrillos no tienen ahora alternativa para dar a conocer sus productos a los consumidores y promocionarlos con el fin de ingresar al mercado o aumentar su participación en él.*

33. En esa misma dirección, en el Considerando Trigésimo sexto de la Sentencia N°115/2011 el TDLC concluye que:

...el espacio físico en los puntos de venta para realizar publicidad visual resulta esencial en este mercado, pues la publicidad es una dimensión muy relevante de competencia en la industria. En consecuencia, **dado que las restricciones legales expuestas en los razonamientos precedentes implican*

que dicho espacio sea limitado y no reproducible, CCT -empresa que, como se dijo, cuenta con un gran poder de mercado-, tiene claros incentivos para utilizar parte de las rentas que su posición de mercado le proporciona para acaparar estos espacios por motivos distintos a los meramente comerciales. En efecto, razones estratégicas pueden impulsar a la requerida a concentrar estos espacios para erigir barreras artificiales a la entrada de eventuales competidores y así mantener o incrementar su posición dominante”.

34. Por otra parte, el TDLC, en el Considerando Trigésimo octavo de su Sentencia N°115/2011, y en la misma vertiente de análisis de los efectos de las cláusulas de arriendo de espacios publicitarios, decide verificar en los hechos cómo las mismas han sido percibidas o entendidas por los puntos de venta, pues ello, en sus palabras, es un indicador importante de los efectos de esas cláusulas en la competencia en el mercado.
35. Es así que, en el Considerando Cuadragésimo primero, y analizando los medios de prueba, indicadores de tales efectos, concluye en referencia a un correo entre PM y Enjoy que:

“Este último correo electrónico da cuenta inequívoca de que las cláusulas de los contratos en cuestión eran interpretadas, por la administración de Enjoy, a lo menos, como de exclusividad publicitaria”.

36. Por su parte, en el Considerando Cuadragésimo tercero, el TDLC, revisando una declaración testimonial¹⁰, estimó que la percepción del testigo de tener un deber de exclusividad, sin que constaran cláusulas de ese tipo en el contrato que lo vinculaba con CCT o pagos, no provenía de dicho instrumento, sino de **convenciones verbales que modificaban el contenido de dicho contrato**, o de conductas materiales realizadas por los dependientes de CCT que se relacionaban con dicho testigo, manifestando solo dudas en cuanto a la fecha de verificación de tales conductas.
37. De conformidad con lo expuesto y analizado en los Considerandos previos, el TDLC concluyó en su Considerando Quincuagésimo que:

¹⁰ Declaración del Sr. Jae Nam Lee, de fojas 6362 de autos.

*"...algunos operadores de los puntos de venta del canal high trade, o al menos quienes los administran o se desempeñan en ellos, **han actuado bajo la creencia de que la suscripción de los acuerdos de arrendamiento de espacios publicitarios en análisis conllevaba la prohibición de exhibir o vender productos de la competencia de Chiletabacos**".*

38. Sin embargo, a continuación, el mismo TDLC concluye que:

*"...no existen antecedentes en el proceso que den cuenta de que esta creencia se debiera a motivos distintos de una **errónea apreciación** de los efectos de tales contratos por parte de las co-contratantes de la requerida y demandada de autos, contratos que, como se ha visto, en su tenor literal no impedían supuestamente en modo alguno la exhibición o venta de productos de la competencia de CCT".*

39. Es decir, el TDLC, reconociendo la existencia de la creencia de la exclusividad, entra a relativizarla por una supuesta errónea apreciación de los efectos de los contratos, atendido su tenor literal, y sin aquilatar adecuadamente los efectos de la normativa que vino a restringir de manera importante la publicidad en este mercado, antecedentes que paradójicamente había destacado en su análisis.
40. De hecho, el TDLC deja patente -en su Considerando Quincuagésimo primero- que un informe acompañado por la propia requerida¹¹ *"da cuenta de que **sólo 12 de 93** puntos de venta que celebraron contratos de publicidad con CCT vendían productos de su competencia en el momento en que fue elaborado el estudio respectivo, que data de julio de 2010" -incluso ya avanzado el actual proceso-*; y en el Considerando Quincuagésimo segundo, *"que existen antecedentes indicativos de las dificultades que enfrenta la competencia de CCT para ingresar a canales de distribución donde existen acuerdos que en los hechos constituyen pactos de exclusividad de publicidad o de publicidad preferente contratados por la requerida".*
41. Concordante con lo anterior, en el Considerando Quincuagésimo cuarto, el TDLC señala que PM había instalado material de exhibición o publicidad sólo

¹¹ Informe de PWC, denominado "Cumplimiento de Política de Créditos", acompañado por CCT a fojas 2243 de autos.

en 3.736 puntos de venta de un total de 60.000 a nivel nacional (es decir, en un 6,2% de este total), entre los años 2007 y 2010; en tanto que en los casos en que PM disponía de espacio para exhibición o publicidad para sus productos, y de los cuales se existe información en el expediente, su participación sobre las ventas totales de cigarrillos por local superó su participación respecto de la que tenía en el total del mercado¹². En consecuencia eran evidentes para el TDLC los efectos de estas conductas en el mercado y particularmente respecto de PM.

42. Por su parte, en el mismo sentido, en el Considerando Quincuagésimo quinto, el TDLC sostiene que:

*"...la estrategia de CCT de pagar por concepto de publicidad y promoción de sus productos en los locales comerciales que venden cigarrillos en el canal de distribución denominado high trade, **copando en los hechos, en muchos casos, el limitado espacio que para ello puede disponerse, dadas las crecientes restricciones específicas que enfrenta esta industria en materia de publicidad y la posibilidad de que los contratos involucrados sean interpretados como acuerdos de exclusividad de exhibición y venta por parte de los distribuidores minoristas, ha aumentado y aumenta...los costos de entrada y expansión de sus rivales y, por lo tanto, constituye una restricción vertical que tiene la aptitud de generar efectos exclusorios, susceptibles de ser aprovechados por CCT para mantener o incrementar en forma ilícita su elevado poder de mercado, afectando de este modo el bienestar de los consumidores**".*

43. Abona a las conclusiones precedentes, lo consignado por el TDLC en el Considerando Quincuagésimo séptimo, al hacer referencia al sentido económico que podría tener el contrato publicitario celebrado por la requerida con el distribuidor mayorista "Fruna", toda vez que esta última es una empresa de distribución mayorista que no tendría como negocio principal el atender a consumidores finales directamente, por lo que no existiría justificación para el pago de \$168.000.000 anuales desde 2005 -y

¹² "Así, por ejemplo, en las tiendas de conveniencia ligadas a Shell, entre 2006 y 2011, PM aumentó sus ventas desde un 1% a un 11,9%. En el caso de las tiendas ligadas a ESSO (hoy Petrobras), la exhibición implicó un aumento de ventas desde un 3,5% en 2008 a más de un 11% en 2010. En el caso de la cadena Terpel, la posibilidad de exhibir sus productos permitió a PM alcanzar entre 2008 y 2010 una participación superior al 8,3% de las ventas".

\$185.000.000 desde 2009- por concepto de derechos de publicidad. De esta manera, forzoso es concluir que dicho contrato y pago no tienen otro objeto sino excluir del mercado relevante a los competidores de CCT, particularmente PM, no obstante estar esta empresa obligada por un Sentencia del TDLC y de esa Excma. Corte Suprema a no incurrir en tales tipos de conductas atentatorias contra la libre competencia.

44. Pese al evidente sentido exclusorio que se puede apreciar de tal contrato, el TDLC arguye que no obran en el expediente antecedentes que permitan establecer fehacientemente si ese contrato tiene un propósito exclusorio de competidores. No obstante, nuevamente el TDLC se contradice y no considera la prueba rendida en este sentido, pues continúa:

"...aun cuando existen indicios de que podría tener efectos en tal sentido, por ejemplo, de acuerdo al tenor de las actas notariales que rolan a fojas 2363 y 2364".

45. Tales indicios son, como su nombre necesariamente lo revela, un antecedente más probatorio que ha debido tener presente el TDLC al momento de emitir su fallo¹³, y, como tal, ha debido considerarlo y pesarlo adecuadamente en dicha tarea, lo cual evidentemente no ha efectuado al no sancionar con multa a una empresa **reincidente** como es CCT.
46. Continuando con los predicamentos que asientan, más que eximen, la responsabilidad de CCT, en el Considerando Quincuagésimo octavo de la Sentencia recurrida, el TDLC afirma que:

"...la publicidad y promoción que haga esta compañía está fuertemente destinada a mantener su elevada participación de mercado. Sus competidores, en cambio, deben lograr que sus productos sean reconocidos por los consumidores y que éstos cambien sus preferencias para ganar participación de mercado".

47. A lo anterior, habrá que sumar el ya analizado efecto de la Ley N° 20.105 en este mercado, que limita la publicidad del tabaco en los puntos de venta, el

¹³ Artículo 22 DL 211: "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**".

cual no pudo menos que saberlo o preverlo CCT, más aún cuando dicha ley entró en vigencia cercanamente a la dictación de la Sentencia N°26/2005, considerando su posición cuasi monopólica de mercado, el *especial deber de cuidado* que de ello emana para CCT y el hecho de haber sido condenada por infracciones a la libre competencia, imponiéndosele obligaciones particulares y generales a ese respecto por medio de la citada Sentencia.

48. Es relevante lo sostenido por el TDLC en el Considerando Sexagésimo de la Sentencia N°115/2011, pues señala que si bien aquellas cláusulas contractuales que importen exclusividad publicitaria no deben ser consideradas en general como anticompetitivas, sino entendidas como un mecanismo más que tienen las empresas para competir, a continuación refiere claramente que:

"...en ciertos casos calificados podrían constituir restricciones verticales ilícitas si son utilizadas de manera tal que produzcan los efectos de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos. Precisamente por el hecho de que la única posibilidad que tienen en Chile las tabacaleras es la de hacer publicidad en los locales de venta a público -y con las muy importantes restricciones legales antes referidas- uno de esos casos es el de los contratos de los que se ha venido hablando".

49. En definitiva, el TDLC concluye en el Considerando Sexagésimo primero que:

*"...aun cuando no sea posible distinguir, a partir de los antecedentes que obran en el expediente, si la **no exhibición y venta de productos de la competencia de CCT en algunos puntos de venta del canal high trade es consecuencia únicamente de contratos que contienen cláusulas de arrendamiento de derechos o espacios publicitarios que pueden importar en los hechos exclusividad en la publicidad y promoción, firmados con dicha compañía con posterioridad al fallo mencionado, o si son también resabios de conductas ya sancionadas en la Sentencia 26/2005 y que todavía ocasionan una suerte de comportamiento inercial** de algunos comerciantes que mantienen la **creencia** de que están impedidos de comercializar productos que no sean de CCT o, por último, si se deben, en ocasiones, a **razones meramente***

comerciales, el hecho es que, de acuerdo con todo lo que se ha venido razonando, para preservar la competencia en el mercado se hace necesaria la adopción de las medidas que se decretarán en la parte dispositiva de esta sentencia”.

50. Tal como se puede apreciar de la redacción del citado Considerando, el TDLC reconoce claramente la no exhibición y venta de productos de la competencia, producto al menos en parte de contratos que contienen cláusulas de arriendo de espacios o derechos publicitarios, que pueden implicar en los hechos exclusividad de promoción y publicidad. No obstante, para asentar el Tribunal la exclusión de una sanción punitiva monetaria se recurre a una serie de conceptos tales como: “*resabios de conductas*”, “*creencias*” o “*comportamiento inercial*”, cuando la sana crítica, aplicando los principios de la experiencia y de la lógica, dictaba que la única conclusión posible era declarar que CCT ha incurrido en una conducta contraria a la libre competencia, prohibida expresamente por la Sentencia N°26/2005, por constituir una exclusividad que ameritaba necesariamente una sanción, lo que no ha ocurrido en la especie.
51. En efecto, CCT no podía menos que saber que cualquier política o sistema de cumplimiento o de autorregulación no iba a tener necesariamente efectos rápidos y visibles en el mercado; por el contrario, debió prever que la celebración de los contratos y cláusulas cuestionadas no hacían más que reforzar esta supuesta inercia o comportamiento inercial de CCT, lo cual revelaría, a la postre, su real voluntad de cumplimiento de la sentencia citada, todo lo cual acrecienta aún más el juicio de irreprochabilidad en contra de esta empresa, comportamiento que el TDLC ha desconsiderado sin argumentos probatorios suficientes.
52. En definitiva, la obligación de CCT no solo era de no hacer, en el sentido de no incurrir en actos o conductas contrarias al DL 211 y a la Sentencia N°25/2006, sino que también de hacer, en el sentido de efectuar actos positivos de cumplimiento de tal Sentencia, particularmente, la modificación efectiva de las cláusulas de arrendamiento de espacios publicitarios, pues en los hechos constituyen exclusividad, más aún en un escenario de restricción publicitaria, como se ha destacado.

53. En lo tocante al juicio de irreprochabilidad de CCT, el TDLC fue sumamente claro, en el Considerando Sexagésimo segundo de la Sentencia N°115/2011, en cuanto a las obligaciones a que estaba circunscrita dicha empresa, como el *especial deber de cuidado* que le imponía su calidad de cuasi monopolio, al establecer en el fallo:

*"...el especial deber de cuidado que impone a CCT en materia de competencia su calidad de cuasi monopolio, **conduce a que le sean exigibles estándares mayores** que a los otros agentes en lo concerniente a la conducta competitiva que debe observar en el mercado respectivo".*

54. Paradojalmente, el TDLC, incurriendo en un error evidente, a fin de exonerar a CCT de su responsabilidad o al menos aminorarla, en el Considerando Sexagésimo tercero califica de negligente la acción de CCT de someter a consideración de la FNE los contratos referidos a arriendo de derechos o espacios publicitarios:

"...a la hora de determinar la magnitud de la negligencia".

55. Es decir, el TDLC reconoce, sin lugar a dudas, un comportamiento negligente por parte de CCT y, a partir del considerando citado, pretende cuantificar o medir dicha negligencia para efectos de ponderar si amerita una sanción.
56. Como ha señalado reiterada jurisprudencia, ya citada¹⁴, la posición monopólica tiene un especial deber de cuidado en los actos de quien la detenta, que le exigen tener especial y estricta preocupación en atenerse al marco jurídico en términos de velar porque sus conductas no atenten contra la libre competencia, y no generar situaciones de desigualdad ilegítimas que contravengan el ordenamiento jurídico. La infracción de estos deberes de cuidado impone responsabilidad, en base al artículo 3° del DL 211.
57. Lo más paradójico de todo es que para "medir o cuantificar" la negligencia de CCT, el TDLC, en su Considerando Sexagésimo cuarto, arguye la acción de consulta del contrato de marras a la FNE por parte de CCT, cuando este

¹⁴ Sentencias N° 75/2008 y 85/2009, por ejemplo.

servicio estableció muy claramente que el pronunciamiento del informe en cuestión era:

"...sin perjuicio del carácter permanente de las obligaciones impuestas a CCT por la Sentencia, de las atribuciones de los organismos pro competencia para velar por su cumplimiento constante y de lo que la ejecución práctica de la política comercial de CCT y del aludido convenio pueda develar"¹⁵.

58. Más aún, a contrapelo de los argumentos favorables esbozados por el TDLC para aminorar la "magnitud" de la negligencia de CCT, particularmente la cita al informe de la FNE, dicho Tribunal refiere que:

*"...es preciso dejar asentado que **el beneplácito de la FNE no es idóneo por sí solo para eximirse en términos absolutos de responsabilidad en esta sede,** pues lo procedente para tal efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del D.L. N° 211, es solicitar a este Tribunal el ejercicio de la potestad consignada en el artículo 18 N° 2 del mismo cuerpo legal y obtener un pronunciamiento favorable en la materia de que se trate".*

59. Ello es concordante con lo que ha resuelto la Excma. Corte Suprema en los últimos fallos que ha conocido sobre libre competencia:

*"Que en cuanto al tema de la suspensión de los servicios que prestaba Buses Cordillera, aún cuando ello no se haya debido al accionar de la requerida, tal situación **no la exime de reproche**, por cuanto el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 sanciona al que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir esos efectos, de manera que no se necesita que se haya logrado la finalidad excluyente para que no se castigue al infractor, basta que con su conducta haya tendido a ese fin, lo que en la especie ha quedado claramente demostrado" (Considerando Noveno)¹⁶.*

"Que de otro lado, el artículo 3° del DL 211 sanciona a quien ejecuta un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal

¹⁵ Como se adelantó en párrafos precedentes, la FNE informó a requerimiento del TDLC, -en el marco de una incidencia promovida por CCT y dentro de un plazo de XXX días- el modelo de contrato de arriendo de espacios publicitarios propuesto por CCT, y si bien su aprobación correspondía al TDLC, en ejercicio de sus propias facultades, según se reconoce en el fallo recurrido, la FNE **dejó constancia que su opinión no era óbice para fiscalizar la aplicación práctica de tales contratos y las obligaciones permanentes de CCT.**

¹⁶ Causa "Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus", N° Ingreso a la Corte, 1856-2009.

actuación produzca efectos o que tienda a producirlos. Es decir, no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta con que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas mencionada en el considerando 3° en cuanto sostienen que no se produjo la infracción contemplada en el artículo antes citado porque muchos de los acuerdos de los que da cuenta el acta no produjeron efectos” (Considerando Octavo)¹⁷.

60. Siguiendo con las ya evidentes y reiteradas contradicciones del fallo, y ya en la parte conclusiva del análisis de las conductas en el *high trade*, el TDLC, al momento de ponderar las supuestas circunstancias atenuantes en favor de CCT, y citarlas resumidamente, en el considerando Sexagésimo quinto, asevera que:

“...esta diligencia fue menor de la que es exigible a CCT a juicio de este Tribunal, dada su posición en el mercado y atendida la posterior promulgación de la Ley N° 20.105. En efecto, esta normativa no solo modificó las circunstancias en que se suscribieron estos pactos, otorgándoles la aptitud de generar efectos exclusorios de potenciales competidores de esa compañía si no que, además, hizo que razonablemente fuesen previsibles para Chiletabacos las eventuales consecuencias negativas que podían tener para la competencia en el mercado”.

61. Concluyendo con el análisis de las conductas de CCT en el segmento *high trade*, que claramente, hasta ese momento, iba en el sentido de aplicar una sanción punitiva a CCT por infringir el DL 211, al ser reincidente e incumplir, por ende, una Sentencia del TLDC, la N°26/2005, confirmada de la Excm. Corte Suprema¹⁸, en el Considerando Sexagésimo sexto, el TDLC resuelve señalando que:

¹⁷ Causa “Requerimiento de la FNE contra Transporte Central Ltda. y otros”, N° Ingreso a la Corte 1746-2010.

¹⁸ Se debe considerar que lo que subyace en las sanciones aplicadas a CCT en la Sentencia N°26/2005 y en las obligaciones específicas y general impuestas a esa empresa, es la **creación y aplicación por parte de ella de barreras estratégicas a competidores, de modo tal que una análisis enfocado casi exclusivamente en la literalidad de contratos y cláusulas, obviando los efectos de las mismas, deja trunco cualquier análisis de cumplimiento de un fallo y de la consecuente infracción al DL 211.**

*“...las **cláusulas de arrendamiento de derechos o de espacios publicitarios** suscritas por CCT con diversos puntos de venta del canal de distribución high trade, **que contractualmente o en los hechos - por la vía de arrendar el total del espacio publicitario disponible-, le otorgan exclusividad de publicidad o promoción a CCT y que, en ocasiones, incluso implican un impedimento para la exhibición y venta de los productos de su competencia, son convenciones que restringen o entorpecen la libre competencia en el mercado o, a lo menos, tienden a producir esos efectos, por lo que constituyen una infracción a lo dispuesto en el artículo 3°, letra b) del D.L. N° 211.***

*“Lo anterior, como consecuencia de: (i) las **restricciones legales a la publicidad y promoción** en la industria, impuestas pocos días después de notificada la Sentencia 26/2005; (ii) el **significativo poder de mercado de CCT**, que entrega **incentivos a pagar más que eventuales competidores por espacios de publicidad** en los puntos de venta, pues obtenerlos puede servir para **erigir barreras artificiales a la entrada**; (iii) **la errónea interpretación que de estas cláusulas han hecho algunos comerciantes y que en ocasiones los ha llevado a aplicarlas de manera que restringen la exhibición y venta de productos de la competencia**; y (iv) **lo difícil que resulta para los consumidores cambiar las preferencias adquiridas en materia de cigarrillos, lo que aumenta los costos que para un entrante implica el intentar ganar participación de mercado, atendidas las restricciones a la que es, probablemente, una de las dimensiones de competencia más importantes en esta industria, esto es, la publicidad y promoción de los productos**”¹⁹.*

62. No obstante, el TDLC, a pesar de todas las consideraciones y antecedentes que ha plasmado y vertido previamente en la Sentencia recurrida, que lo deberían haber llevado indubitadamente a aplicar una multa importante a dicha empresa, introduce como predicamento, contradictoriamente, dentro del considerando precedente, una supuesta errónea interpretación de las cláusulas en comento por parte de los comerciantes; y en el Considerando Sexagésimo séptimo, incurre en lo mismo, al sostener nuevamente que la negligencia de CCT, que -como se ve se- da por sentada:

¹⁹ Así, por lo demás, lo entendió el propio TDLC en el Considerando Vigésimo tercero de la Sentencia N°115/2011 en sentido amplio: *“Que, adicionalmente, en el fallo en cuestión se prohibió en general a CCT que, en lo sucesivo, impidiese o entorpeciese en los hechos, por medio alguno, la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta denominados high trade”*.

“...no es de una entidad tal que amerite la imposición de una multa a beneficio fiscal pero si la adopción de las medidas”.

63. Es decir, Excmá. Corte, el TDLC incurre en forma reiterada en el error de intentar cuantificar, con fines exculpatorios, la entidad de la negligencia de CCT, cuando se trata de una empresa cuasi monopólica, sancionada por una Sentencia previa, con obligaciones precisas de cumplir en resguardo de la libre competencia, que ha incurrido en conductas reñidas con la legalidad por años, **sin revelar una voluntad seria y creíble, como lo sostiene el TDLC en su Sentencia N°115/2011, por cumplir con la Sentencia N°26/2005.**
64. Tanto es así lo manifestado, que en el Considerando Sexagésimo noveno de la Sentencia N°115/2011, en lo referido a los denominados **contratos de arrendamiento de espacios preferentes**, el TDLC, luego de en principio valorarlos, refiere que:

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

65. Así las cosas, no cabía otra alternativa sino la aplicación de una multa lo suficientemente disuasiva del actuar anticompetitivo de este reincidente y ponderada en función de los graves efectos en el mercado provenientes del serio incumplimiento de sus obligaciones emanadas de un fallo condenatorio.
66. Ahora bien, para la aplicación de tal medida, tanto en su pertinencia como en su magnitud, en nuestro concepto creemos que debería ser la más alta que establece nuestro ordenamiento jurídico, 20.000 UTA. Basta tener a la vista lo consignado en el Considerando Quincuagésimo cuarto de la Sentencia

recurrida, pues en él se explicita el efecto que ha tenido en ciertos puntos de ventas el hecho que PM disponga de espacio para exhibición o publicidad para sus productos. En efecto, cuando ello se ha dado, su participación sobre las ventas totales de cigarrillos por local superó su participación respecto de la que tenía en el total del mercado:

*"Así, por ejemplo, en las tiendas de conveniencia ligadas a Shell, entre 2006 y 2011, **PM aumentó sus ventas desde un 1% a un 11,9%**. En el caso de las tiendas ligadas a ESSO (hoy Petrobras), la exhibición **implicó un aumento de ventas desde un 3,5% en 2008 a más de un 11% en 2010**. En el caso de la cadena Terpel, la posibilidad de exhibir sus productos **permitió a PM alcanzar entre 2008 y 2010 una participación superior al 8,3% de las ventas...**".*

67. Por último, es evidente que quien ha debido probar convincentemente y más allá de toda duda razonable que actuó con la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y debió proceder a contradecir las declaraciones notariales y testimoniales, y el resto de los medios probatorios presentados tanto por esta FNE como por PM, con el fin de excusar su proceder respecto de las conductas anticompetitivas denunciadas y acreditadas en autos, y que se explicarían por un supuesto "comportamiento inercial" o "creencia" por parte de los afectados, era, precisamente, la requerida, CCT, atendida su calidad de cuasi monopolio, el deber de cuidado consecuente que se le impuso y la existencia de una Sentencia que lo regulaba en su actuar competitivo, como es la Sentencia N°26/2005.
68. Lo manifestado previamente no es azaroso, ya que así se ha resuelto en diversa jurisprudencia que ha condenado este tipo de actos de exclusión que han perjudicado a diversas industrias, a saber, en el caso del Requerimiento de la FNE en contra de Compañía Chilena de Fósforos (CCF), cuya Sentencia confirmatoria emanada de la Excma. Corte Suprema, en su Considerando Vigésimo primero, estableció que:

"Que no es correcto el planteamiento de la reclamante Compañía Chilena de Fósforos en orden a que se haya incurrido por la sentencia impugnada en alteración del peso de la prueba, pues la justificación de una conducta infraccional corresponde acreditarla a quien la alega. Por ello, tiene razón el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al señalar que no se han

*comprobado motivaciones de eficiencia, de economía de escala o de costo - invocadas por la demandada desde el escrito de contestación al requerimiento para estimar que tales figuras contractuales se encuentren justificadas por el ordenamiento de libre competencia. Por consiguiente, **no es efectivo que el fallo mencionado obligue al denunciado a probar la licitud de su conducta, sino que es él mismo quien por alegar una causal de justificación de una conducta en principio ilícita -por haberse así demostrado- se coloca en la posición jurídica de probar la excusa invocada**.*

IV.1. CONDUCTAS EN EL LOW TRADE

69. En este segmento del mercado relevante de comercialización de cigarrillos en el territorio nacional, la Sentencia N°115/2011 del TDLC distingue para su análisis entre las conductas constitutivas de: (i) condicionamientos de créditos -que es la única dentro del conjunto de estas conductas que ha imputado expresamente en este segmento la FNE en su requerimiento-; (ii) la de pagos con propósitos exclusorios; y, (iii) la denominada venta bajo el mesón -estás dos últimas conductas imputadas expresamente por PM en su demanda.
70. Es así que el TDLC, ya en el caso del **condicionamiento de créditos**, en vez de hacer un análisis integral del conjunto de antecedentes probatorios que obran en el proceso y que, en su globalidad, tienen la aptitud probatoria de dar por acreditada esta conducta e, incluso, las otras imputadas expresamente por PM, como parte de una política mayor o de un patrón de comportamiento anticompetitivo de facto de CCT, opta por analizar cada acta notarial en particular, a fin de establecer eventuales prescripciones asociadas a los hechos, y por ende, a los ilícitos de que dan cuenta tales instrumentos.
71. De esta forma, en la Sentencia recurrida, en el Considerando Septuagésimo séptimo, el TDLC distingue entre actas notariales que se encontrarían prescritas en cuanto a los hechos respecto de los cuales dan debido testimonio y de aquellas que no adolecerían de tal beneficio, aunque deja a salvo en el caso de aquellas conductas que declara prescritas, que las mismas actas o antecedentes servirán como:

**...antecedentes o indicios de contexto o para el establecimiento de otros hechos no cubiertos por la prescripción de las respectivas acciones...²⁰*

72. Lo referido dice relación directa con la forma como debe ponderar el TDLC la prueba rendida en estos autos seguidos en sede de libre competencia, donde se aplica la regla de la sana crítica y, particularmente, el principio de preponderancia de la prueba, y, precisamente, a ello ha debido abocarse dicho Tribunal, lo que suponía un examen de tales indicios y la conclusión de que los hechos acreditados eran suficientes para condenar. Sin embargo, sorpresivamente, ello no ha sido así.
73. En efecto, tal declaración de intenciones queda, al final, solo como eso, ya que al momento de evaluar todos los antecedentes probatorios del caso, el TDLC opta por una mirada parcial y no sistemática de las conductas de CCT y no aquilata de la debida forma el contexto general de su incumplimiento a la Sentencia N°26 ni las infracciones al DL 211 que evidencian su actuar.
74. En el desarrollo analítico de la abundante prueba de cargo de la requirente y de la demandante de autos, el TDLC cita las actas notariales y declaraciones testimoniales que, a su juicio, acreditan la conducta materia de estudio en este apartado. En su análisis, el TDLC deja a salvo la fuerza probatoria y pertinencia de tales instrumentos frente al intento de desacreditación por parte de CCT -puntualmente las actas notariales de la FNE de los años 2008 y 2009-, a través del informe del MIDE-UC²¹ presentado por ella, concluyendo en el Considerando Octogésimo tercero de la Sentencia recurrida, que las entrevistas consignadas en dicho informe:

²⁰ *"En razón de ello, los hechos de que dan cuenta no serán eventualmente sancionados por este Tribunal, pues las acciones infraccionales en esta sede que pudiesen emanar de tales hechos se encuentran prescritas, de acuerdo con lo razonado en las consideraciones décima, undécima y duodécima. Lo anterior, sin perjuicio de que los hechos de que dan cuenta los documentos indicados podrán ser considerados por este Tribunal como antecedentes o indicios de contexto para el establecimiento de otros hechos, no cubiertos por la prescripción de las respectivas acciones, y que sí serán calificados por este Tribunal. Todo ello, conforme lo prescrito en el artículo 22°, inciso segundo, del D.L. N° 211". Considerando Septuagésimo séptimo del fallo recurrido.*

²¹ Informe del Centro de Medición MIDE UC, denominado "Estudio de entrevistas y análisis de casos puntos de venta Chiletabacos" e informe MIDE UC denominado "Segundo informe metodológico estudio de entrevistas y análisis de casos de puntos de venta", acompañado por CCT a fojas 5426 de autos.

“...no son un antecedente suficiente para desvirtuar completamente lo consignado en las actas citadas”²².

75. En seguida, y no obstante lo anterior, manifestó cuestionamientos en lo relativo a la supuesta no especificación de fechas en que se habrían producido los actos positivos realizados por CCT, y dudas de si tales actos eran consecuencia de conductas ya sancionadas por la Sentencia N°26/2005 o si se provenían de nuevas conductas anticompetitivas.
76. Como se puede apreciar, nuevamente nos encontramos con una interpretación totalmente proclive a los predicamentos de absolución de la requerida que, por el contrario, dejan claramente en evidencia un comportamiento anticompetitivo de parte de CCT, más aún si se considera que las actas aportadas por la FNE fueron levantadas en presencia de un Ministro de Fe, como es un Notario Público, quien, además, concurrió a prestar declaración testimonial, en función, precisamente, de su cargo y responsabilidad, para dar cuenta de su actuación y de las conclusiones de la misma, gestión que acreditó hechos concretos y específicos que estaban siendo constatados en el momento mismo de las diligencias, por lo que toda elucubración sobre eventuales fechas pasadas o comportamientos inerciales de conductas ya sancionadas es superfluo e injustificado²³.
77. Los razonamientos anteriores se repiten para el caso de las actas acompañadas al proceso por parte de PM, introduciendo nuevamente el

²² Es del caso destacar que el TDLC, en el Considerando Septuagésimo vigésimo de la Sentencia N°115/2011, se contradice notablemente con lo expuesto en el Considerando Octogésimo tercero citado, pues, al momento de analizar las conductas denunciadas en el *low trade*, establece que: *“por su parte, las entrevistas consignadas en el informe de fojas 5426, e invocadas como defensa por Chiletabacos, constituyen un indicio que este Tribunal tendrá en cuenta al momento de determinar el mérito que otorgará a las actas notariales y declaración jurada citadas en las consideraciones centésimo séptima, centésimo décima, centésimo undécima y centésimo duodécima, pues si bien es cierto no fueron realizadas en presencia de un ministro de fe, si son un antecedente apto para contribuir a esclarecer la efectividad de las declaraciones contenidas en dichas actas...”*.

²³ Acta Notarial de 17 diciembre de 2009 de la FNE: *“Como consecuencia de lo anterior, los locatarios citados señalaron que preferían no trabajar con otras marcas distintas de las de Chiletabacos, ya que, de hacerlo, sabían que tendrían problemas con dicha empresa, pues, si al momento de ser supervisados eran habidos con productos de otras marcas, podían verse privados de su crédito para el próximo año y no se les pagaría la suma de \$300.000.- (trescientos mil pesos) que Chiletabacos se había comprometido a pagarles por vender y exhibir sus productos”*.

argumento de los supuestos cuestionamientos en cuanto a las fechas de los hechos constatados y de actos positivos de parte de CCT.

78. En este contexto, y luego de citar declaraciones de testigos que acreditan las conductas imputadas a CCT, el TDLC deja constancia de las "visitas" efectuadas por abogados de CCT a algunos puntos de venta mencionados por el testigo de cargo Andrés Furhmann²⁴ (Considerando Nonagésimo segundo de la Sentencia N°115/2011), que tuvieron por objeto desvirtuar la información aportada por dicho testigo. Esta estrategia procesal fue objetada firmemente por esta FNE en el proceso por ser manifiestamente improcedente, atendida la posición cuasi monopólica de CCT y el poder de mercado que ello significa respecto de cualquier punto de venta que no desee cooperar o alinearse con su principal proveedor, sobre todo en el transcurso de un juicio de público conocimiento, particularmente en este industria tan concentrada.
79. También resulta relevante, para el análisis crítico de la Sentencia impugnada, el hecho que el TDLC, a contar del Considerando Nonagésimo sexto, reste todo valor probatorio a las distintos informes económicos o muestrales acompañados por CCT²⁵ que pretendían restar fuerza probatoria a las actas notariales acompañadas tanto por la FNE como por PM, concluyendo en cada caso lo siguiente:

*"Considerando Nonagésimo séptimo: Que **dado que el procedimiento de autos dice relación con el presunto incumplimiento de una sentencia de este Tribunal y que, por lo tanto, lo relevante es si se acredita la comisión de conductas que, incluso consideradas individualmente, transgredirían una obligación de no hacer expresamente contenida en dicha sentencia, es indiferente si las declaraciones consignadas en actas levantadas constituyen o no una muestra representativa - desde el punto de vista estadístico- de la población constituida por los comerciantes minoristas de cigarrillos***

²⁴ Cliente distribuidor de PM para la V Región.

²⁵ Informe titulado "Cumplimiento de Políticas de Créditos"; informe denominado "Notas Técnicas Requerimiento FNE en contra de CCT" y "Encuesta de Caracterización Puntos de Venta", acompañados por CCT.

*"Centésimo segundo: Que, en primer término, cabe tener presente que el estudio mencionado analiza los resultados de una encuesta representativa del total de locales que venden cigarrillos de CCT a nivel nacional -excluyendo la XI Región-, a partir de los datos recogidos en un levantamiento de información que se realizó entre los meses de abril y mayo del año 2010, **esto es, meses después de que la causa de autos se hubiese iniciado**. Adicionalmente, debe tenerse presente que, entre otras preguntas, se consultó por "la principal razón" de no comercializar productos de la competencia de la requerida, y únicamente se formularon preguntas relacionadas con los motivos para ello cuando el encuestado contestaba que la "principal razón" correspondía a alguna de las conductas objeto del requerimiento de la FNE y demanda de PM. **Lo anterior, a juicio de este Tribunal, resta valor al estudio en comento para efectos de determinar con precisión la existencia de tales conductas en un número concreto de casos**;*

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

80. Como se verá más adelante, en lo referido a **pagos a los puntos de venta**, dentro de las incongruencias que presente el fallo, el TDLC, no reparando en el fondo de lo manifestado en los considerandos transcritos previamente, desconsidera un número importante de actas que dan total e indubitadamente cuenta de atentados claros de CCT en contra de la libre competencia, que evidencian un incumplimiento palmario de la Sentencia N°26/2005, y su condición de reincidente²⁶.
81. Posterior a los razonamiento expuestos, el TDLC, en el Considerando Centésimo noveno de la Sentencia N°115/2011, da por acreditadas las conductas que en esta sección se adjudican a CCT, declarando al efecto:

²⁶ "...puede concluirse que los únicos indicios que obran en autos acerca de la existencia de tal conducta son siete actas notariales que, por sí solas, no constituyen un antecedente probatorio suficiente para dar por acreditada la conducta...". Considerando Centésimo vigésimo quinto, Sentencia N°115/2011 TDLC.

*"...los antecedentes descritos en las consideraciones septuagésimo séptima a centésimo octava, precedentes, **en conjunto constituyen elementos de juicio suficientes que, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, permiten determinar la efectividad de la existencia, en el canal low trade, de comerciantes minoristas que temen o han temido perder el crédito o plazo de pago que les otorga CCT en el caso de que exhiban o vendan productos de la competencia**".*

82. No obstante lo anterior, a continuación, en ese mismo considerando, el **TDLC nuevamente recurre al argumento poco atendible de supuestas creencias o comportamientos inerciales** de los clientes en relación a mantener su creencia en la exclusividad y no se aboca a analizar los hechos constatados sin ambigüedades en las actas notariales acompañadas al proceso y los testimonios presentados en juicio, y establece que **no existiría mérito suficiente para en autos para dar por acreditada la conducta referida al utilizar la amenaza de restringir o eliminar el crédito como instrumento exclusorio** contrario a la libre competencia, en el periodo no cubierto por la prescripción de las acciones.
83. En lo relativo a la acusación de PM de pagos a puntos de venta del *Low Trade* para la no comercialización de productos de la competencia de CCT, la Sentencia N°115/2011 expone los antecedentes probatorios que acreditaría tales pagos, -fundamentalmente actas notariales y testimoniales- a contar del Considerando Centésimo décimo al Centésimo décimo séptimo, y nuevamente reitera el rechazo al informe de CCT como antecedente vinculante por no ser relevante el valor estadístico de las actas notariales en el contexto de una acusación como la de la especie.
84. Sin embargo, contradictoriamente, en los Considerando Centésimo Vigésimo y Centésimo Vigésimo primero, el TDLC destaca el valor de esas mismas entrevistas contenidas en el informe de CCT, aun a pesar de no contar con un Ministro de fe que las hubiera respaldado, pero esta vez para cuestionar las actas notariales acompañadas por PM al proceso, señalando que parcialmente desvirtúan las declaraciones que contienen dichas actas por lo que el mérito de estas para formar convicción se debilita. No obstante ello, el

TDLC declara expresamente al respecto, en el último de los considerandos citados en este número, que:

"Sin embargo ninguna de las entrevistas en cuestión contribuye a desvirtuar las declaraciones contenidas en las actas de fojas 16, 19, 20 y 44 del cuaderno de documentos reservados de la FNE acompañados a fojas 10 de autos".

85. Por su parte, en el Considerando Centésimo vigésimo segundo, el TDLC declara que:

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

86. Estamos hablando de actas notariales del año 2010, levantadas durante el transcurso del proceso, y respecto de las cuales el propio TDLC refiere que no hay antecedente alguno en autos que las desvirtúe. Y en el Considerando Centésimo vigésimo tercero reitera el rechazo, como antecedente de convicción, al informe de CCT tanto por su metodología, en cuanto a la formulación de preguntas de las entrevistas que se contienen en él, como por todas las prevenciones que ha plasmado a lo largo de la Sentencia en comento, referido a la independencia del valor muestral de las encuestas frente a la acreditación de conductas ilícitas contra la libre competencia por un tribunal.
87. En los Considerandos Centésimo vigésimo tercero y cuarto, el TDLC adelanta sus conclusiones referidas a la conducta de pagos imputada por PM en su libelo, en cuanto a que no existen antecedentes directos de CCT de su participación o anuencia en los pagos denunciados y por el hecho de no existir remuneraciones variables que dependan de volúmenes de ventas que incentiven ese actuar para sus trabajadores.
88. Pues bien, como ya se había adelantado, a pesar de que en numerosos considerandos el TDLC le resta valor vinculante a los informes muestrales o

estadísticos como instrumentos que puedan formar convicción para acreditar o desvirtuar infracciones, en el Considerando Centésimo vigésimo quinto, le resta valor a siete actas notariales, que conforme a lo anteriormente expuesto, por sí solas deberían haber formado suficiente convicción, en conjunto con los demás antecedentes de autos, incluyendo en ello lo analizado con respecto a las conductas en el segmento *high trade*, para la acreditación de esta conducta anticompetitiva ²⁷.

89. En definitiva, con respecto a la última conducta imputada por PM, consistente en la prohibición de uso de cigarreras de CCT y venta bajo el mesón, el TDLC -a lo largo de todo su Sentencia- señala la existencia de **supuestas creencias o fuentes de comportamientos inerciales** que llevaron a los consultados en las diligencias notariales de PM a aseverar lo que se señalan en ellas. No obstante ello, el TDLC hace presente en el Considerando Centésimo trigésimo tercero, en lo referente a fotografías aportadas por CCT y que dan cuenta del uso de sus cigarreras por parte de PM, que:

"Sin embargo debe tenerse presente al respecto que, de las 2.436 fotografías acompañadas por CCT en este proceso a fojas 1239, 1242, 1458 y 3717, alrededor de 2.100 (82% del total) fueron tomadas a partir de noviembre de 2009 en adelante, esto es, con posterioridad a la presentación del requerimiento de autos".

90. Lo expuesto quiere decir que tales medidas se idearon y aplicaron realmente condicionadas por la presentación del requerimiento de autos, y al igual que el programa de *compliance* presentado por CCT con gran elocuencia, en palabras del mismo TDLC, fueron tardías.
91. En el Considerando Centésimo trigésimo sexto, el TDLC tiene por acreditadas tales creencias, esto es, el convencimiento de los puntos de venta *low trade*

²⁷ Considerando Undécimo "...más que declarar la prescripción respecto de la acción emanada de esta última conducta, corresponde tener por no acreditada la época en que habrían ocurrido los hechos que la configurarían"; y Considerando Decimotercero: "...la declaración de prescripción de las acciones que se realizará en la parte dispositiva de la presente sentencia no obsta a que los hechos que habrían dado origen a esas acciones sean considerados y ponderados para establecer las circunstancias, estructura, características y factores del mercado en que operó la requerida y demandada de autos, a fin de enmarcar así debidamente el análisis que sí corresponde efectuar respecto de las conductas o hechos cuyas acciones no se encuentran prescritas". Sentencia N°115/2011 TDLC.

de que no podía exhibir y vender productos de la competencia de CCT por estar impedidos de ello. No obstante, al igual como se ha destacado a lo largo del presente escrito, el TDLC relativiza tales creencias por no saber si se deben a comportamientos inerciales ya sancionados u otras razones, en circunstancia de que se está en presencia de conductas constatadas en fechas que exceden en años la fecha de la notificación del fallo confirmatorio de la Sentencia N°26/2005 a CCT, por lo que cualquier comportamiento inercial en el contexto de un mercado con una empresa cuasi monopolística, como CCT, por lo demás, ya sancionada por conductas contrarias a la libre competencia, parece a todas luces inverosímil.

92. Más aún, como se ha sostenido, si era claro que pudiera haber un eventual comportamiento inercial, como sostiene el TDLC, CCT no debió haber hecho nada que implicara validar o perpetuar en el tiempo tal comportamiento inercial. En ese contexto, el haber ideado y luego aplicado de la forma que lo hizo, y de manera extendida en la industria, los contratos de arriendo de exclusividad publicitaria, en los hechos, los transformó en una fuente de exclusividad incontrarrestable.
93. El Considerando Centésimo trigésimo séptimo de la Sentencia N°115/2011, es relevante ya que se pronuncia sobre la globalidad de las conductas de CCT en ambos segmentos de distribución, esto es, en el *high trade* y el *low trade*, declarando lo siguiente:

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

ha adoptado, desde que se le notificó la Sentencia 26/2005, para revertir los efectos de sus conductas pasadas”.

94. Lo interesante de este considerando es que, a continuación el TDLC analiza las medidas que CCT ha establecido luego de que fuera condenada por la Sentencia N°26/2005 y en cumplimiento de la misma, a fin de:

“...establecer si CCT ha cumplido con todo el cuidado que cabe esperar de una compañía con su posición de dominio en el mercado en materia de vigilancia y regulación de la conducta de sus dependientes, especialmente considerando que tal posición de mercado fue adquirida mediante el posicionamiento de sus productos y marcas y a un efectivo sistema de comercialización, pero también cometiendo las conductas que fueron sancionadas en la Sentencia 26/2005”.

95. Las siguientes son las conclusiones que saca el TDLC en lo referido a este punto, luego de citar las medidas adoptadas por esa empresa en supuesto cumplimiento de la Sentencia N°26/2005 (programas de *compliance*, envío de cartas a puntos de venta, publicación en páginas web, programas de entrenamiento, etc.):

“...este organismo -que comenzó a funcionar sólo a partir del año 2009- adoptó parte importante de sus medidas después de que CCT fuese notificada del requerimiento de autos, esto es, el encargo al Centro de Microdatos que culminó con el informe entregado en autos y la encuesta hecha por el MIDE” (Considerando Centésimo cuadragésimo segundo).

“...este Tribunal observa que varias de las medidas adoptadas por CCT con el objeto de dar cumplimiento a las obligaciones emanadas de la Sentencia 26/2005 fueron implementadas en el año 2008 o después, esto es, avanzada -y en conocimiento de la compañía- la investigación Rol N° 771-2006 de la FNE que originó el requerimiento de autos (Considerando Centésimo quincuagésimo cuarto).

“Que entonces, en el período comprendido entre agosto de 2006 y el año 2008, a juicio de este Tribunal no se adoptaron todas las medidas requeridas para regular o monitorear el cumplimiento de la actuación de los dependientes de CCT y, por lo tanto, puede colegirse que dicha compañía no actuó con

toda la diligencia debida en materia de una pronta implementación de un programa de cumplimiento serio, creible y efectivo (Considerando Centésimo quincuagésimo quinto).

"Que este Tribunal considera fundamental que CCT continúe implementando las medidas de cumplimiento de la Sentencia 26/2005, que comenzó a implementar con real fuerza luego de comenzada la investigación que dio origen al proceso de autos" (Considerando Centésimo quincuagésimo séptimo).

V. ACERCA DE LA PRESUNTA PRESCRIPCIÓN DE LA CONDUCTA

96. Por último, resulta necesario hacer referencia a la defensa de prescripción acogida en el fallo en cuanto alegación procesal exculpatoria y que tiene la virtud, al ponderarse erróneamente las probanzas, de restar valor a un número determinado de actas notariales, tanto de la FNE como de PM, y referidas a conductas tanto en el *high trade* como en el *low trade*, pero con mayor énfasis en este último segmento de distribución.
97. En efecto, el TDLC haciendo nuevamente un análisis parcial, circunscrito a actas notariales particulares levantadas por la FNE y PM -que supuestamente estarían prescritas-, y soslayando la concurrencia de otras actas notariales, que no cubren conductas prescritas, y otros antecedentes probatorios complementarios, que en una visión sistemática de la conducta de CCT llevarían a concluir que ha incurrido en una práctica de levantamiento de barreras estratégicas a la entrada, ya sancionada por la Sentencia N°26/2005, ha tratado de desvirtuar dichas actas, suponiendo que las mismas dan cuenta de hechos anteriores a la data de prescripción de las acciones intentadas en estos autos, o que los hechos de que se da cuenta no son claros en cuanto a su fecha de ocurrencia y, por lo tanto, se trataría de un comportamiento inercial de conductas ya sancionadas.
98. Ya se ha hecho referencia en este recurso a actas notariales de la FNE que, en sus atestados, sin lugar a dudas, evidencian hechos que son actuales y contemporáneos al momento de la visita de la Notario que participó como

ministro de fe en tales gestiones²⁸ y que, por lo demás, compareció como testigo en estos autos, para validar su participación y metodología en tales diligencias, lo que da cuenta de no afectar prescripción alguna a los hechos objeto de tales actas, dada precisamente su redacción y fecha.

99. En efecto, en lo relativo al cómputo del plazo de prescripción, cabe destacar que el TDLC ha recurrido a una interpretación estricta en cuanto al tipo de conducta que se ha buscado sancionar, puesto que lejos de considerarla una conducta de ejecución continua, esto es, que se renueva día a día, ha considerado a las conductas que se han denunciado como de ejecución instantánea. A partir de ello, declara una supuesta prescripción de tales conductas, restado validez a los antecedentes en que se contienen las mismas, particularmente, las actas notariales mencionadas.
100. H. Tribunal, las conductas por las cuales esta Fiscalía ha requerido, se verifican día a día y solo una vez que exista constancia del cese de las mismas, recién podría entrar a analizarse el factor de prescripción; en otras palabras, la prescripción en este caso no comienza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su período consumativo.
101. Este criterio ha sido reiteradamente formulado por la jurisprudencia del TDLC y de la Excm. Corte Suprema bajo el amparo del DL 211, estableciendo categóricamente que el plazo de prescripción empieza a correr cuando se termina la **ejecución de la conducta**²⁹. De este modo, en la especie, la conducta de modo alguno se encuentra prescrita, y en ninguno de los casos planteados.

²⁸ A modo ejemplar, lo que consta en acta de fecha 19 de mayo de 2009, acompañada por la FNE: "Siendo las 10:06 hrs., del día 19 de mayo del 2009, en el local ubicado en Calle Salvador Gutiérrez N° 5.578, de la comuna de Quinta Normal, Santiago, que correspondería a doña Marianela Torres, una persona adulta del lugar, de sexo masculino, quien dijo tener la calidad de dueño del local, **manifestó que solamente vende productos de Chiletabacos y que no le interesaba trabajar con Philip Morris, a pesar de ser estos productos más baratos, porque funcionarios de Chiletabacos lo habrían amenazado con la suspensión de su crédito por \$30.000.000.- (treinta millones de pesos)**"; o la que consta en acta de fecha 19 de mayo de 2009 que consigna que: "Siendo las 10:40 hrs., del 19 de mayo del 2009, en el local ubicado en calle Antonia López de Bello N° 743, Local 286, comuna de Recoleta, Santiago, que correspondería a la Distribuidora Vigal, una persona adulta de sexo masculino, quien dijo ser el encargado del local, señaló que no podía vender productos Philip Morris como consecuencia de las amenazas de Chiletabacos de restringirle y quitarle el crédito con que funciona por \$150.000.000.- (ciento cincuenta millones de pesos). Agregó, además, que Chiletabacos le entregó todas las instalaciones para ubicar las mercaderías".

²⁹ Véase Sentencias N°55-2007, 57-2007, 60-2007, 106-2010, 109-2011, 112-2011, entre otras.

102. Pues bien, aún cuando el TDLC ha establecido indubitadamente que algunos hechos que constan en actas determinadas o declaraciones no se encuentran prescritos, ha optado por declarar que tales conductas habrían respondido a un comportamiento inercial o a una creencia, no obstante estar en presencia, como se ha dicho hasta el cansancio, de una empresa cuasi monopólica ya sancionada y, por ende, reincidente, con obligaciones que cumplir por una Sentencia de la República y en un contexto de reducción de competencia real por factores regulatorios sobrevinientes.
103. Como si lo anterior fuera poco, el TDLC agrega el siguiente criterio -del todo inexplicable- en relación con la conducta descrita por un testigo a fojas 6362 de autos:

*“(...) no existe claridad respecto de su data que, por las razones que se indicarán en la consideración cuadragésimo tercera, no puede estimarse coincidente con la de suscripción del contrato de distribución respectivo. Por lo tanto, **más que declarar la prescripción respecto de la acción emanada de esta última conducta, corresponde tener por no acreditada la época en que habrían ocurrido los hechos que la configurarían**”³⁰.*

VI. CONCLUSIONES Y PETITORIO

104. H. Tribunal, de todo lo expuesto, y acreditado en el proceso, forzoso es concluir que:
- i. CCT es una empresa ya sancionada por la Sentencia N° 26/2005 del TDLC, por haber incurrido en conductas contrarias a la libre competencia, consistentes en la imposición de barreras artificiales a la entrada, en virtud de lo cual se le previno que, en lo sucesivo, no impidiera ni entorpeciera la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta.
 - ii. No obstante lo dispuesto en el fallo aludido y en el informe de la FNE que se pronunció sobre las cláusulas contenidas en el modelo de contrato sobre

³⁰ Considerando undécimo de Sentencia N° 115/2011.

arriendo de espacios publicitarios en los puntos de venta³¹, dicha empresa, olvidándose del *especial deber de cuidado* que le atañe atendida su calidad de cuasi monopolio, incurrió en conductas que constituido barreras artificiales a la entrada de competidores en los segmentos *high trade* y *low trade*.

- iii. El programa de *compliance* enarbolado por CCT a modo de defensa y que sería reflejo de su voluntad y acción de cumplir con la Sentencia N°26/2005, en palabras el propio TDLC, fue tardío e ineficaz, y solo se activó con real fuerza una vez interpuesto el requerimiento de la FNE en su contra, lo cual habla de la instrumentalización de tal acción por parte de CCT.
- iv. La prueba rendida en autos para acreditar las conductas anticompetitivas de CCT en los segmentos del *high trade* y *low trade* ha sido abundante. Tanto es así, que en el caso del primer segmento las conductas cuestionadas se han dado por efectivamente acreditadas, pero extrañamente, aun tratándose de un procedimiento sancionatorio³², no se las ha castigado con multa, a pesar de tratarse de una *empresa reincidente* y que estaba obligada a un *especial deber de cuidado o diligencia* por su posición de mercado; y en el caso del *low trade* se ha optado por relativizar las conductas desplegadas en ese segmento, recurriendo a conceptos tales como *creencias o comportamientos inerciales*, en circunstancias de estar en presencia de una empresa con las características y con las obligaciones que ya se han indicado.
- v. De esta manera, el TDLC ha exigido un estándar de prueba altísimo para acreditar las conductas anticompetitivas desplegadas por CCT, en circunstancias que la sana crítica dicta evaluar las probanzas aportadas en el juicio de una manera integral y no parcializada, y exigir a CCT, atendido su poder de mercado, la sanción previa aplicada a ella y el deber de cuidado que la condiciona, probar su debida diligencia y que las conductas detectadas no correspondían a una manifestación aislada o independiente de la voluntad de dicha empresa, lo que no ha ocurrido.

³¹ En que se señaló que la opinión favorable al mismo era sin perjuicio de la aplicación práctica de esos mismos contratos y las obligaciones generales establecidas en la Sentencia N°26/2005.

³² Considerando Décimo tercero de Sentencia N°28/2005 TDLC: "...sin perjuicio de no haber sido solicitada en el requerimiento ninguna sanción, siendo este un procedimiento sancionatorio y habiéndose configurado una conducta anticompetitiva, este Tribunal hará uso de la atribución que le entrega el artículo 26° del Decreto Ley N° 211, aplicando a los infractores la multa a beneficio fiscal que se indicará más adelante".

- vi. A mayor abundamiento, la declaración de prescripción de alguna de las conductas denunciadas no es procedente, dado que se está en presencia de conductas o comportamientos *de ejecución permanente*, que se renuevan día a día, y, como tales, no pueden afectarles prescripción alguna hasta que dichas conductas cesen, criterio que está, por lo demás, en consonancia con abundante jurisprudencia sobre la materia que se ha citado.
- vii. Conforme a todo lo señalado, es que no cabía otra alternativa que CCT fuera sancionada con una multa ejemplar por su pertinaz y reincidente comportamiento anticompetitivo en el mercado en que opera³³.

Por todo lo expresado, es que esta Fiscalía solicita se enmiende conforme a derecho la Sentencia N°115/2011, en los términos indicados.

POR TANTO, en virtud de lo expuesto, de los antecedentes de autos y de lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18 N°1, 27 y 39 letra b) del Decreto Ley N° 211, y demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO: Tener por interpuesto, dentro de plazo, para ante la Excm. Corte Suprema, el presente Recurso de Reclamación, ordenando elevar los autos ante ese Tribunal Superior con el fin de que enmiende conforme a derecho la Sentencia N°115/2011, y se sancione a CCT con la multa solicitada por la FNE en su requerimiento, por haber incumplido dicha empresa con las obligaciones que le imponía la Sentencia N°26/2005, infringiendo el DL 211, al haber celebrado contratos que incluyen cláusulas de arrendamiento de espacios publicitarios con distribuidores minoristas del segmento denominado *high trade*, cuya aplicación genera, en los hechos, exclusividad de publicidad, exhibición, promoción e, incluso, venta de los productos de dicha compañía; y por condicionar el crédito que entrega a puntos de venta *low trade* a que no comercialicen productos de la competencia, todo con costas.

³³ Considerando Septuagésimo séptimo de Sentencia N°97/2010 TDLC, en caso caratulado Voissnet con Compañía de Telecomunicaciones de Chile: "(...) TCH **no sólo es reincidente porque ha infringido nuevamente las normas de defensa de la libre competencia** previstas en el DL N° 211, sino que, **además, es contumaz, porque ha vuelto a incurrir en conductas que excluyen y levantan barreras de entrada** respecto de (...) los mismos afectados por su primitiva infracción",