

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 12 / 2004.

Santiago, veinte de diciembre de dos mil cuatro.

VISTOS:

1.- La posición de la parte demandante:

-Los Hechos:

A fs. 57 de autos rola demanda de **Nestlé Chile S.A.**, en adelante también Nestlé o la demandante, en la que consigna que a partir de Mayo de 2004, aproximadamente, la empresa **Masterfoods Chile Ltda.**, filial de la compañía estadounidense Mars, en adelante también Masterfoods o la demandada, introdujo en la rotulación de las etiquetas de su producto, comida para perros, marca “Pedigree”, una leyenda acompañada de un dibujo de un nugget, que declara que dicho producto contiene nuggets o croquetas “Ricos en Carne Fresca”. Sin embargo, en realidad, se trata de un alimento completo para perros adultos consistente en pellets o croquetas extruidas compuesto por los siguientes ingredientes según rótulo de su envase: maíz, harina de subproductos de pollo, harina de carne y hueso vacuno, hidrolizado proteico de pollo, trigo, arroz, grasa animal, gluten de maíz, aceite vegetal, menudencias vacunas y porcinas, minerales (cloruro de potasio, óxido de zinc, sulfato de cobre, yodato de calcio, cloruro de sodio), colorantes (caramelo, dióxido de titanio, óxido de hierro marrón, óxido de hierro rojo), vitaminas (A, B1, B2, B12, D, E, Niacina, Ácido Pantoténico, Biotina, Ácido Fólico, Colina) y Antioxidantes (BHA/BHT).

Este tipo de afirmación, sostiene el demandante, no es realizada por ninguna de las empresas competidoras de la demandada a pesar de que todas, como “Pedigree”, fabrican su alimento para perros con carne que es fresca en su origen y que, una vez procesada, se convierte en parte del producto extruido (esto es, convertido en un alimento mezclado, seco, moldeado y cortado) que se vende, sin hacer creer a los consumidores que estos productos contienen actualmente, al momento de su venta, carne fresca.

Que la conducta objeto de la demanda ha sido denunciada ante los siguientes organismos:

- a) Instituto Nacional de Normalización
- b) Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONAR)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- c) Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC).
- d) Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) y,
- e) Servicio de Salud Metropolitano del Ambiente (SESMA).

A todos ellos Nestlé les ha pedido que fiscalicen la conducta de la demandada, tomen las medidas pertinentes y/o adopten las respectivas sanciones en los ámbitos de sus distintas competencias.

A fs 339 y siguientes, en su última presentación en autos, Nestlé asevera que, de acuerdo con estudios de AC Nielsen, que no acompaña, Masterfoods participó para el último año móvil (UAM) a septiembre de 2004 con 26,2% de participación en valor en el mercado de **alimentos para mascotas** y con un 27,1% de participación en valor para el último período agosto-septiembre, en comparación con Nestlé que sólo participó con un 24% de participación en valor para el último año móvil a septiembre de 2004 y con un 23% de participación en valor para el último periodo agosto-septiembre de 2004.

Que esto demostraría que Masterfoods detenta una "posición dominante" en la categoría de alimentos para mascotas. Que lo mismo puede afirmarse en lo referente al segmento de **alimentos secos para perros**, toda vez que, según Nestlé, la demandada con una sola marca, "Pedigree", logra capturar un 25 % de participación de mercado, el primer lugar en participación, por encima del segundo competidor que pertenece a la empresa Nutripro que detenta un 11,8% de participación en este mercado.

Que, por su parte, todas las marcas de alimentos secos para perros de Nestlé totalizan para el período UAM en volumen un 13,6% del mercado y la marca Pedigree sola totaliza un 14,1%, siempre aludiendo a un estudio de AC Nielsen no acompañado en autos.

Por otra parte, señala Nestlé que sólo existen bajas barreras de entrada en el segmento económico de alimento seco para perros de categoría inferior, que son productos de escaso valor y de pobre calidad. Sin embargo, sostiene, si se analiza el segmento de alimentos secos para perros en las categorías *Super Premium* y *Premium* -a la que, afirma, pertenece Pedigree y Dog Chow de Nestlé- y *Mainstream*, dada la alta exigencia en la calidad técnica de su elaboración e ingredientes, las barreras de entrada del mercado son bastante altas, lo que se demuestra con el hecho de que en los últimos diez años no han ingresado marcas nuevas en este segmento.

Alude además la demandante a un estudio elaborado por la empresa internacional de investigación de mercado IPSOS Chile, copia del cual no acompaña, que establece que la marca Pedigree es la mas recordada por el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

público encuestado en su categoría, lo que, a juicio de Nestlé, sería un indicativo de que Masterfoods detenta una posición dominante en este mercado.

También la demandada expresa que, de acuerdo con Reporte Bimensual de la empresa de investigación AC Nielsen - retail Index, realizado en todo Chile y que no acompaña en autos, Pedigree ha ganado ilegítimamente 2,5% de participación de mercado en valor, comparando el período agosto-septiembre de 2003 con el mismo período de 2004, lo que equivale a \$130.685.880, en detrimento de la competencia.

Manifiesta la demandante, por último, que la publicidad cuestionada en autos es comparativa porque alude a que el nuevo producto Pedigree es "rico en carne fresca", característica que los competidores, evidentemente, no poseen.

- El Derecho:

Nestlé solicitó a este Tribunal que aplique a la demandada la sanción máxima que establece la Ley porque considera que rotular y publicitar el producto "Pedigree" como se ha descrito es una práctica predatoria o de competencia desleal, realizada con el único objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Este atentado en contra de la Libre Competencia está previsto en el artículo tercero, letra c) ,del DL 211.

2.- Los elementos probatorios e ilustrativos aportados por la demandante:

a) Tres unidades del Producto Alimenticio para Perros Adultos Marca Pedigree adquiridos en distintos supermercados, que mencionan en su rotulación "Nuggets ricos en carne Fresca" (se acompañan boletas de compraventa), a fs 57.

b) Ocho unidades de productos alimenticios para perros, similares a los comercializados por la demandada, de distintas marcas y adquiridos en diversos supermercados (se acompañan las respectivas boletas de compraventa), a fs. 57.

c) Las denuncias realizadas a los distintos organismos públicos citados *supra*, a fs. 57.

d) Norma Chilena sobre Alimentos Completos para Perros y Gatos NCH 2.546 del Instituto Nacional de Normalización (INN) que, en su parte

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pertinente, establece que la rotulación de los envases de estos productos no deben presentar palabras, ilustraciones u otras representaciones gráficas que puedan inducir a equívocos, engaños o falsedades, o que de alguna forma sean susceptibles de crear una impresión errónea respecto a la naturaleza, composición y uso del producto, a fs. 57.

e) Código Chileno de Ética Publicitaria, del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONAR), que prohíbe los avisos que conduzcan a confusiones erróneas, a fs 57.

f) Copias del Análisis de los Productos Pedigree, materia de la demanda, realizados por el Laboratorio de Alimentos y Análisis Químico DICTUC S.A. de la Pontificia Universidad Católica de Chile y por la Facultad de Ciencias Veterinarias de la Universidad de Chile. En ambos análisis se determinaron los componentes de las muestras de alimento Pedigree, entre los que no figura carne fresca, a fs. 57.

g) Un CD que contiene un comercial del producto en cuestión que se ha exhibido en televisión y una fotografía digital de publicidad en vía pública en los que se menciona que el producto Pedigree es “Rico en Carne Fresca”, a fs. 57.

h) Un video en formato CD y VHS sobre “Testimonial de consumidores de engaño y competencia desleal” causado por rotulación y publicidad de producto Pedigree y un video complementario sobre encuestas realizadas en supermercados de Santiago a consumidores que adquieren el producto “Pedigree” creyendo que éste contiene “Carne Fresca”, a fs. 106 y 111.

i) Resolución de CONAR de Brasil de 12 de Agosto de 2004, recaída sobre una denuncia similar, que ordena eliminar una afirmación análoga a la que es materia de autos del producto Pedigree, comercializado por Masterfoods Brasil Alimentos Ltda., a fs. 106.

j) Dictamen Ético del Directorio del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, CONAR Chile, de 18 de Octubre de 2002, contraria a MARS, antes Effem Chile y hoy Masterfoods Chile Ltda. recaída en un caso anterior que versó sobre otro producto de la demandada, “WHISKAS” (alimento para gatos), en el que se ordena a la empresa mencionada no difundir la publicidad cuyo lema es “8 de cada 10 gatos prefieren Whiskas”, afirmación que no fue comprobada debidamente. Esta orden no fue acatada por la demandada Mastefoods, según lo expresa en autos la demandante a fs. 106.

k) Copia de entrevista publicada en el diario “La Segunda” en la que el Gerente de Marketing de la empresa demandada declara textualmente que:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“Nuestro Producto es elaborado con carne fresca, lo que no implica que ésta aparezca en el producto terminado”, a fs. 106.

l) Fotografías de envases del producto Pedigree comercializado en los Estados Unidos de América en las que no aparece un rótulo que sea similar o transmita una idea análoga al que es objeto de la demanda de autos, a fs.143.

m) Copia del Dictamen Ético de CONAR Chile, favorable a Nestlé, recaído sobre una denuncia sobre los mismos hechos que motivan la demanda de autos y que acoge el reclamo de la demandante respecto del producto “Nuevo Pedigree” por estar en conflicto con la ética publicitaria, de acuerdo con lo preceptuado en el código respectivo. En razón de lo anterior el consejo declara que la publicidad cuestionada no debiera ser utilizada nuevamente. Este dictamen es, a juicio de la demandante, un antecedente que permite configurar uno de los elementos necesarios para acreditar los “actos de competencia desleal”, a fs. 162.

n) Copia de una resolución del "Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial de Perú" (INDECOP) que admitió a trámite una denuncia de Nestlé Perú y una solicitud de aplicar medidas cautelares en contra de Masterfoods Perú, por comercializar Pedigree con la afirmación en sus envases "nuggets ricos en carne fresca a fs. 241.

o) A fs. 306, la demandante acompañó copia de la Resolución Definitiva del Tribunal de Ética Publicitaria de CONAR Chile, de fecha 19 de Octubre de 2004, que confirma, resolviendo la apelación presentada por Masterfoods, la decisión del Directorio de ese organismo que acoge, con fecha 14 de septiembre de 2004, el reclamo de Nestlé respecto de la publicidad que es materia de estos autos, estableciendo que la demandada no debiera utilizarla nuevamente y que se acompañó a fs 162 del expediente.

p) Copia de Resolución de CONARP (Consejo de Autorregulación Publicitaria) de la República Argentina, en la que se acoge la reclamación de Nestlé Argentina en contra de Masterfoods Argentina, resolviendo que se discontinúe la exhibición y el uso en envases y publicidad de Pedigree de la frase "ricos en carne fresca", a fs. 306.

q) Dos envases de Pedigree para cachorros que en su cara principal rotulan tener "nuevo Nuggets con leche", omitiendo la palabra fresca, lo que, a juicio de Nestlé, es una muestra de un cambio de actitud de la demandada, a fs. 323.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

r) Informe de AC Nielsen que acredita que la participación del producto Pedigree en los distintos bimestres del año 2004 se ha incrementado, tanto en volumen como en valor, coincidiendo con la publicidad objetada del producto, lo que acreditaría, según Nestlé, el perjuicio efectivo que se le ha ocasionado, a fs. 323.

s) Copias de fotografías tomadas el 3 de noviembre de 2004 a letreros publicitarios de Pedigree, situados en la vía pública, que acreditan, en opinión de la demandante, que Masterfoods continuaba a esa fecha realizando la publicidad cuestionada en autos a fs. 323.

t) Copia de informe de participación de mercado del producto Pedigree durante los bimestres de 2004, elaborado por la empresa AC Nielsen y del resumen de un levantamiento de pauta de publicidad en televisión, elaborado por Mega Time S.A. (Universal/McCann), del producto Pedigree durante el período 1º de abril de 2004 a 31 de octubre del mismo año, en los diferentes canales de televisión del país, en el que consta la rotación de la publicidad en la que se utiliza la frase cuestionada en autos. Ambos documentos fueron acompañados a fs. 324.

3.- La posición de la parte demandada:

El día primero de octubre de 2002, Masterfoods contestó, a fs.209 y siguientes, la demanda de autos, solicitando sea rechazada con expresa condenación en costas y que este Tribunal declare que la publicidad contenida en los envases de Pedigree es lícita y no atenta contra la libre competencia. Lo anterior, habida cuenta de lo siguiente:

Que preliminarmente, según la demandada, debe considerarse que Nestlé no ha esgrimido argumentos contundentes relativos al Derecho de la Libre Competencia, toda vez que su demanda sólo pretende dirigir la atención del Tribunal hacia materias que están conociendo otros organismos y que no son de su competencia. Además, la demandante pretende que se sancione a Masterfoods en diversas sedes por los mismos hechos, lo que es contrario al principio "*non bis in idem*".

Seguidamente, hace ver que las partes de autos son empresas que compiten fuertemente, tanto en Chile como en el extranjero, en distintos productos, entre los que se cuenta la comida para perros. Esta competencia hace necesario realizar campañas publicitarias de alcance internacional que sean asertivas y sugerentes y a las que no ha de darse un sentido literal.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En apoyo de sus argumentos cita el Dictamen 1235 del año 2003 de la Comisión Preventiva Central que considera que el público sabe discriminar y es consciente de que la mayor parte de las veces la propaganda no corresponde en sentido estricto a la absoluta realidad.

Que, según la demandada, el propósito de la acción de Nestlé queda en evidencia al constatar que se enmarca en una práctica histórica y utilizada por Nestlé en varios países, consistente en denunciar o demandar a Masterfoods ante distintos organismos regulatorios y jurisdiccionales con el objeto de detener a su competidor o para ganar tiempo para equiparar sus innovaciones. Especialmente pretende, según la demandada, introducir su producto "Beneful"

Que también utiliza estos recursos para promocionarse indirectamente creando una imagen negativa de esta empresa de cara a la opinión pública, erosionando, de esta forma, la confianza de los consumidores en ella.

Masterfoods cita el caso Whiskas, ya mencionado, como ejemplo de lo afirmado. También, sostiene, la interposición de varias denuncias simultáneas por los mismos hechos, ante diversos organismos públicos, demuestra este aserto.

Que, en definitiva, todas estas acciones pretenden lograr o mantener una posición dominante de mercado constituyendo, al decir de la demandada, verdaderas "barreras a la entrada".

En otro orden de cosas, Masterfoods señala que, en el caso de autos, no concurre ninguno de los supuestos legales contenidos en el artículo Tercero letra C) del DL 211.

Así, la demandada sostiene que:

a) Masterfoods no detenta una posición de dominio en el mercado relevante y no es posible que con la conducta cuestionada en autos, la alcance.

La posición de mercado de Masterfoods en el de la comida para perros alcanza entre un 14,5% y un 16,3%, frente a un 14,5% que representa la propia Nestlé, todo ello en un mercado fuertemente competitivo donde existe un competidor que alcanza el 43,5% del mismo, en el que existen numerosas alternativas de marca y producto y donde no hay barreras de entrada.

b) La conducta de la demandada, supuestamente desleal, no es idónea para producir los efectos que exige la norma legal hipotéticamente infringida. Para comprobar este aserto, se acompaña un cuadro que muestra la evolución de las ventas de Pedigree antes, durante y después de la campaña cuestionada por Nestlé, que revela un crecimiento sostenido que no depende o no está

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

determinado por la campaña publicitaria en análisis. Lo anterior constata, a juicio de Masterfoods, que la campaña publicitaria en cuestión no ha sido un instrumento que altere la realidad del mercado relevante.

Por otra parte, en opinión de la demandada, si los consumidores se hubiesen sentido engañados por Masterfoods, no habrían continuado comprando Pedigree.

c) La publicidad materia de autos no es una práctica desleal porque no es idónea para producir en los consumidores engaño, toda vez que la expresión cuestionada no debe entenderse en forma literal. Además, no produce una falsa apreciación en los consumidores, ya que sólo revela que los *nuggets* contenidos en el envase de Pedigree efectivamente fueron elaborados con carne fresca, siendo público y notorio que se trata, en realidad, de un alimento seco que no contiene trozos de este elemento.

Luego, cita la demandada el caso de siete productos que aluden en sus publicidades a que contienen productos frescos, lo que considera una práctica publicitaria lícita y habitual. Entre los productos citados se cuentan tres de Nestlé: galletas de las que su fabricante dice que contienen leche líquida y fresca, hojuelas de maíz de las que dice que están endulzadas con miel de abeja y cereales envasados que, según su publicidad, contienen leche en polvo y trigo.

d) Nestlé carece, para la demandada, de titularidad ética para accionar en esta materia en contra de Masterfoods, toda vez que usa las mismas expresiones y técnicas publicitarias que cuestiona en uno de los alimentos para perros que comercializa en Brasil, producto que publicita sosteniendo que contiene "pedazos blandos de carne de primera".

Lo anterior es, para Masterfoods, una clara vulneración a la "Teoría de los Actos Propios"

e) Los *nuggets* de Pedigree, efectivamente han sido elaborados con carne fresca, como reconoció expresamente la demandante. Como prueba de este aserto, se acompañan copias de facturas por compra de carne efectuadas por la planta de Masterfoods Argentina, debidamente legalizadas, que dan cuenta de la adquisición por parte de esa empresa de ciento cincuenta y ocho millones de kilos de productos cárnicos frescos.

Por otro lado, la expresión "Ricos en Carne Fresca" alude a que el alimento ha sido elaborado, en alguna proporción, con elementos cárnicos frescos que, de esta forma, enriquecen el producto.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por último, señala la demandada, la Ley de Defensa de la Libre Competencia y la Ley de Protección de los Consumidores cautelan bienes jurídicos diversos e independientes, que no han de confundirse.

4.- Los elementos probatorios e ilustrativos aportados por la demandada:

- a) Envase de producto "Cerelac", de Nestlé, en el que indica que el producto contiene leche, a fs. 209.
- b) Envase de galletas "Vitalife", de Nestlé, que indica que el producto contiene leche, a fs. 209.
- c) Envase de Shampoo "Herbal Essences", de Procter and Gamble, que indica que contiene romero, jazmín y flor de naranjo en agua pura de montaña, a fs. 209.
- d) Envase de Spaghetti, de Luchetti, que dice que contiene huevos frescos, a fs. 209.
- e) Envase de detergente o suavizante "Soft", de Unilever, que dice contener Pétalos de Violetas y Ylang Ylang a fs. 209
- f) Envase de cereal "Gold", de Nestlé, que indica que el producto esta endulzado con miel de abeja, a fs. 209.
- g) Gráfico que da cuenta de la evolución de ventas de Pedigree antes, durante y después de la campaña cuestionada por Nestlé, a fs. 209.
- h) Envase del producto "Beneful" elaborado por Purina, filial de Nestlé, que contiene una frase en portugués que, traducida al español, significa "pedazos blandos de carne fresca" acompañada de una foto de trozos de carne roja fresca, a fs. 209.
- i) Facturas por compras de carne efectuadas por la planta de Masterfoods Argentina, a fs. 209.
- j) Set de publicaciones en medios de comunicación, en las que Nestlé ha señalado que la demandada ha sido denunciada por competencia desleal y publicidad engañosa de su producto Pedigree, a fs. 209.
- k) Informe sobre la participación de Masterfoods en el mercado de comida para perros a fs. 209.
- l) Copia del dictamen pendiente de apelación, pronunciado por el Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONAR), de fecha 5 de octubre de 2004, que acoge la reclamación deducida por Masterfoods con motivo de la publicidad que Nestlé ha efectuado de su producto CAT CHOW (alimento

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para gatos), en la que se afirma que es la comida para gatos más vendida en Chile, lo que no se acreditó debidamente, a fs. 256. Se consigna por este Tribunal que Nestlé afirmó en autos que, si se circunscribe esta afirmación al mercado de alimentos secos para gatos, ella es efectiva, lo que acredita con la copia de un informe de AC Nielsen y lo que hizo presente a CONAR luego de su dictamen.

5.- El informe de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) de 4 de agosto de 2004:

El informe de la Fiscalía Nacional Económica rola a fs. 274 y siguientes y consigna:

Respecto del mercado de alimentos para perros en Chile, la FNE entrega los siguientes porcentajes de mercado de las más de cien empresas que participan en él:

Empresa	% de Mercado
Nestlé Purina	21
Masterfoods	19
Champion	18
Master Dog	18
Resto	24

Agrega que no se aprecian grandes barreras a la entrada en este mercado.

Respecto a la conducta que se imputa al demandado, expresa lo que sigue:

a) Que para que una publicidad dé lugar a una competencia desleal, ésta debe ser falsa, engañosa y además comparativa. Este último elemento, es decir la confrontación falsa y engañosa de las características o cualidades de un producto con los de sus competidores, se encuentra ausente en la publicidad cuestionada en autos. En efecto, la publicidad engañosa por sí sola no configura la conducta de "competencia desleal" prevista en el artículo 3° letra c) del DL 211, se requiere además que sea comparativa respecto de iguales productos ofrecidos por la competencia y carente de veracidad, objetividad y suficiente justificación.

b) Que por lo anterior, no parece razonable afirmar que la conducta en la que habría incurrido la demandada sea parte de una estrategia de competencia desleal destinada a alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado de comida preparada para perros.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.- Con fecha primero de diciembre de 2004, tuvo lugar la vista de la causa, alegando los abogados de las partes y quedando la misma en estado de fallo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

Primero.- Que según ha quedado consignado en lo expositivo de este fallo, la demandante Nestlé Chile S.A. imputa a Masterfoods Chile Ltda. la realización de una práctica de competencia desleal, con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Dicha práctica, consistente en rotular, y publicitar, su producto alimento para perros marca Pedigree con una leyenda que expresa que dicho alimento es rico en carne fresca, lo que no sería efectivo. Lo anterior, constituiría un engaño que perjudicaría a los consumidores y, en especial, a sus competidores, infringiendo con ello el D.L. N° 211, de 1973, en especial el artículo tercero letra c).

Segundo.- Que, de acuerdo con estos mismos antecedentes, Masterfoods Chile Alimentos Limitada solicita el rechazo de la demanda pidiendo que este Tribunal declare que la publicidad contenida en los envases de alimentos para perros Pedigree elaborado por ella, es lícita y no atenta contra las normas de defensa de la libre competencia.

Tercero.- Que en primer término es oportuno señalar que el artículo tercero, letra c), del D.L. 211 dice, en lo pertinente textualmente “Se considerarán entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: c) Las prácticas predatorias o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

Cuarto.- Que, en la especie, por consiguiente, para configurar la infracción denunciada deben establecerse dos condiciones copulativas: primero, que se hayan realizado actos de competencia desleal y, segundo, que ellos tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Quinto.- Que los aspectos éticos de la publicidad o aquellos que afecten los derechos del consumidor no corresponde analizarlos ni juzgarlos en esta sede de acuerdo con el principio de la especificidad de las competencias.

Sexto.- Que, en cuanto a la jurisprudencia sentada en esta materia, es útil transcribir algunos conceptos de la Resolución N° 415, de 24 de mayo de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1994, de la H. Comisión Resolutiva, recaída en la denuncia de Compañía CIC S.A. en contra de Colchones Rosen S.A.I.C. En el considerando segundo de la mencionada resolución se indica: “Que la publicidad cumple una función informativa e incentiva la competencia, captando las preferencias del consumidor a través de estrategias de persuasión basadas en elementos objetivos y relevantes asociados al comportamiento y necesidades de aquél”. Mas explícitas son las consideraciones del Dictamen N° 1.238, de 6 de enero de 2003, de la Comisión Preventiva Central, dictado en una causa en la que también Nestlé Chile S.A. formuló denuncia en contra de Effem Chile Ltda. por una materia muy similar a la de estos autos, relativa a alimento para gatos. Allí se expresa: “en materia de propaganda ya no se está en presencia de un público incauto, dispuesto a asimilar y creer cualquier cosa o aseveración, más aún si la propaganda de que se trata está destinada a consumidores de un nivel económico superior, o cuando se enfrentan productos de la misma especie, puesto que en este caso, en general se intenta resaltar los mismos atributos en unos u otros”.

Séptimo.- Que, a juicio de este Tribunal, una propaganda es contraria a la libre competencia cuando es engañosa -sea o no comparativa- y resulta idónea para alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Ahora bien, si se observa la práctica publicitaria, se puede concluir que en ésta los avisadores se dan algunas licencias, por lo que su contenido usualmente no se toma en forma literal. Por ello, es razonable suponer que el consumidor -el propietario del perro en la especie- entiende que un producto deshidratado no contiene carne fresca y, por lo tanto, difícilmente puede afirmarse que tal consumidor ha sido inducido a error por la publicidad. Aún en el hipotético caso de que creyera que el producto contiene carne fresca, en la primera compra se daría cuenta de que ello no es efectivo, por lo que el engaño, de haber existido, no tendría efectos permanentes y, más aun, probablemente sería contraproducente a los intereses del avisador. A juicio de este Tribunal una condición necesaria para que la publicidad sea engañosa es que las afirmaciones que en ella se realicen sean, por un lado, plausibles y, por el otro, de difícil verificación por parte del consumidor.

Octavo.- Que por las consideraciones anteriores, este Tribunal estima que en el caso sub-lite no se está en presencia de una publicidad engañosa que sea idónea para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

Noveno.- Que, a mayor abundamiento, cabe definir el mercado relevante en el cual se plantea la litis, de modo de analizar la presencia del segundo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

elemento exigido por el artículo 3, letra c), del D.L. 211, esto es, que los actos denunciados hayan sido realizados con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Décimo.- Que de acuerdo con los antecedentes allegados al proceso, el mercado relevante sería el de alimentos secos para perros. Sin embargo, no se acompañaron en autos antecedentes que permitan dar por acreditadas las participaciones que las partes y otras empresas tienen en dicho mercado, ni antecedentes que demuestren que la demandada haya podido adquirir, mantener o incrementar una posición dominante en el mismo, como consecuencia de, o durante el período en que se ha emitido, la campaña publicitaria objeto de la demanda.

Por último, la afirmación que se formuló en estrados y en una presentación escrita realizada fuera de la etapa procesal de discusión, en cuanto a segmentar el mercado de alimentos secos para perros, en el de productos económicos o “mainstream” y el de productos *premium* o *superpremium*, no fue sustentada en antecedente alguno que permita a este Tribunal aceptar dicha argumentación.

Y TENIENDO PRESENTE, además de lo prescrito en la disposición citada, lo dispuesto en el artículo 17, letra K, del D.L. 211, se **RESUELVE**:

Que se rechaza la demanda interpuesta por Nestlé Chile S.A.

Notifíquese y transcríbese a la Fiscalía Nacional Económica. Archívese en su oportunidad.

Rol C N° 47 - 04.

Pronunciada por los Ministros señores Jara (Presidente), Sra. Butelmann, Sr. Menchaca, Sr. Serra y Sra. Palumbo. Autoriza, Jaime Barahona Urzúa, Secretario Abogado.