

Santiago, cinco de Enero de mil novecientos ochenta y ocho.

V I S T O S:

1.- La Compañía Chilena de Tabacos S.A., en adelante CHI-LETABACOS S.A., ha ocurrido ante esta Comisión denunciando a Fábrica de Cigarrillos S.A., en adelante FACIL S.A., de haber infringido las normas que protegen la libre competencia, al realizar una campaña de publicidad de tipo comparativo que favorece el cigarrillo "Galaxy Ultra Lights", que ella produce, en perjuicio o descrédito del cigarrillo "Advance", producido por CHILETABACOS, por lo que solicita que esta Comisión, en uso de sus facultades, se avoque al conocimiento del asunto.

La publicidad comparativa realizada por FACIL S.A. es reprochada por la denunciante por las siguientes razones:

1.- CHILETABACOS fabrica los cigarrillos "Advance", cuya marca está inscrita a su nombre en el Registro de Marcas del Ministerio de Economía, marca que está siendo usada en la referida campaña publicitaria sin autorización de su dueña.

2.- La propaganda realizada en favor del cigarrillo "Galaxy" no es veraz ni objetiva en lo que se refiere al cigarrillo "Advance", estando destinada no sólo a desacreditar un producto de la competencia sino que, además, a la empresa fabricante del mismo.

3.- La referida campaña publicitaria fue rechazada por el Consejo Nacional de Televisión, el que de acuerdo con sus facultades acordó disponer el retiro de los avisos publicitarios, por vulnerar las normas contenidas en el artículo 8° de las Instrucciones sobre Publicidad Televisiva, que exige que la publicidad comparativa debe ser justa.

4.- Tanto la H. Comisión Preventiva Central como la Fiscalía Nacional Económica han estimado que la publicidad comparativa no atenta contra las normas de la libre competencia siempre que reúna requisitos de veracidad y objetividad, en forma tal que evite confusiones en el consumidor, derivadas de la ponderación de cualidades de los productos que no salten a la vista o sean difícilmente demostrables.

5.- Para poder establecer los índices reales de nicotina y alquitrán que contiene una determinada marca de cigarrillos se requiere un análisis de los mismos en períodos largos de tiempo, usualmente seis meses de producción, por cuanto, en caso contrario la muestra no será consistente.

6.- Los índices de los cigarrillos "Advance" han sido analizados, según el aviso publicitario, en el mes de Agosto de 1986 y no corresponden a los que ha indicado CHILETABACOS S.A., los que aparecen tarjados y reemplazados por otros absolutamente arbitrarios, superiores y según análisis efectuados en el extranjero, sin supervisión del Instituto de Salud Pública de nuestro país.

7.- De acuerdo con lo resuelto por el Ministerio de Salud, por Resolución N° 18, de 24 de Octubre de 1983, los índices que ha determinado CHILETABACOS S.A. para el cigarrillo "Advance" se ajustan a la realidad y son determinados según el método oficial de la Federal Trade Commission de Estados Unidos de Norteamérica, "F.T.C.", reconocido por dicho Ministerio.

Adicionalmente a su petición principal, CHILETABACOS S.A. solicita, como medida precautoria, se disponga que los fabricantes de los cigarrillos "Galaxy" no puedan continuar realizando la publicidad comparativa en cuestión, aludiendo a índices de nicotina o alquitrán del cigarrillo "Advance" que no hayan sido debidamente acreditados por organismos técnicos nacionales, mientras esta Comisión no se pronuncie si en definitiva tal publicidad es contraria a las normas sobre libre competencia.

Junto con su presentación, CHILETABACOS S.A. acompañó los siguientes avisos publicitarios:

a) El aparecido en el diario "El Mercurio" el día 22 de Junio de 1987, según el cual el cigarrillo "Advance"

contiene 8.0 mg. de alquitrán y 0.7 mg. de nicotina, en tanto que el cigarrillo "Galaxy Ultra Lighths" tiene 6.0 mg. de alquitrán y 0.5 mg. de nicotina, advirtiéndole que los índices se han determinado por el Sistema FTC (US Federal Trade Commission) que es utilizado oficialmente en Estados Unidos y sirve de base para las mediciones internacionales.

b) Los publicados en el diario "El Mercurio" los días 10 y 14 de Octubre de 1987 y en el diario "La Tercera de la Hora" de este último día 14, con arreglo a los cuales el cigarrillo "Galaxy" mantiene los índices de alquitrán y nicotina ya señalados, en tanto que el cigarrillo "Advance" aparece con 11.0 mg. de alquitrán y 0.9 mg. de nicotina y tarjados los índices anteriores de 8.0 mg. y 0.7 mg., respectivamente. Se advierte en los avisos que las cifras señaladas corresponden a estudios realizados en Agosto de 1986, bajo la supervisión directa de uno de los más conocidos laboratorios de análisis científicos, del Nationwide Consumer Testing Institute Inc. Hoboken, "N.C.T.I.", estado de Nueva Jersey, U.S.A. y que los índices publicados para "Advance" de 8.0 mg. de alquitrán y 0.7 mg. de nicotina fueron tomados de las publicaciones de la CHILETABACOS S.A.

En escrito posterior, CHILETABACOS S.A. analiza la jurisprudencia de los organismos antimonopolios en materia de publicidad comparativa, las opiniones de algunos profesores sobre esta misma materia, las Instrucciones sobre Publicidad Televisiva emanadas del Consejo Nacional de Televisión, algunas disposiciones del Código de Etica Publicitaria aprobado por la Asociación Nacional de Avisadores y la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad, para concluir que las cifras señaladas por FACIL S.A. como índices de nicotina y alquitrán para los cigarrillos "Advance" no corresponden a la realidad y que lo que se pretende con esta publicidad es denigrar tanto a esa marca de cigarrillos como a su fabricante.

2.- En respuesta al informe que sobre la denuncia de CHILETABACOS S.A. le fuera solicitado, el señor Fiscal Nacional Económico alude a diversos dictámenes que la H. Comisión Preventiva Central ha emitido en relación con la publicidad comparativa, y a los requisitos o condiciones que deben cumplirse para que ella sea aceptada.

A juicio del señor Fiscal; para poder pronunciarse sobre la legalidad o licitud de la publicidad comparativa hecha por FACIL S.A. es previo precisar los hechos y las circunstancias en que se ha desarrollado, estimando, en todo caso, que los productos comparados deben ser sometidos al análisis de un mismo organismo, independiente de los interesados.

En cuanto a la medida precautoria, la Fiscalía es de opinión que es más justo disponer la suspensión de la referida campaña publicitaria, hasta que sus autores justifiquen fehacientemente la veracidad de sus asertos.

Evacuado el mencionado informe, se tuvo por interpuesta la denuncia de CHILETABACOS S.A. y se dio traslado a FACIL S.A. por el término de 15 días hábiles. En relación con la medida precautoria se dio lugar a ella, ordenándose al representante legal de la denunciada de abstenerse, en su publicidad de los cigarrillos, de tarjar, enmendar o alterar los índices de nicotina y alquitrán de los cigarrillos "Advance" señalados con anterioridad por CHILETABACOS S.A., en tanto no se acredite, con respaldo oficial de organismos nacionales competentes, índices o cifras diferentes.

3.- En respuesta al traslado que le fuera concedido, FACIL S.A. expresa:

1.- FACIL S.A. produce cuatro marcas de cigarrillos con licencia Philip Morris Inc., entre las cuales se encuentra el cigarrillo "Galaxy", que en su especie "ultralight" representa bajos índices de nicotina y alquitrán y satisface, así, las exigencias actuales de los fumadores.

2.- Para penetrar en el mercado con este nuevo producto-cuyo mayor competidor es el cigarrillo marca "Advance" de CHILETABACOS S.A.- fue necesario elaborar una campaña publicitaria en relación con los índices de nicotina y alquitrán de ambos cigarrillos, desde que aquellos índices constituyen su principal y esencial característica.

3.- Con el objeto señalado, FACIL S.A. solicitó a United States Testing Company Inc. que hiciera un análisis para determinar los índices de nicotina y alquitrán de una completa variedad

de marcas de cigarrillos, incluyendo el "Advance" y el "Galaxy ultralight".

4.- Es importante destacar que United States Testing Company Inc. es una compañía filial o miembro del conglomerado "S.G.S." -Société Générale de Surveillance- y, a su vez, es también dueña de la sociedad denominada Nationwide Consumer Testing Inst. Inc. (N.C.T.I.). Dicho conglomerado tiene su casa matriz en Suiza y mantiene filiales en prácticamente todos los países del mundo, dedicándose a la supervisión y control de calidad. La sociedad "N.C.T.I." posee laboratorios de análisis científico y realiza trabajos de supervisión de exámenes y pruebas.

5.- Para llevar a efecto el test de nicotina y alquitrán solicitados a United States Testing Company Inc. la filial chilena de "S.G.S." tomó un muestreo de cigarrillos de distintas marcas y en variadas localidades de Santiago el 18 de Agosto de 1986. Estas muestras fueron enviadas a "N.C.T.I." incluyéndose en ellas el "Galaxy" y el "Advance".

6.- Las pruebas se realizaron en conformidad con el sistema sugerido por la Federal Trade Commission, que entre otros organismos estatales de EE.UU. también es cliente de United States Testing Company Inc., sirviendo para implementar los análisis y exámenes el laboratorio de Philip Morris Inc., ubicado en Richmond. La "N.C.T.I." supervisó las pruebas, la medición de los índices de alquitrán y nicotina y la aplicación del sistema "F.T.C" como consta del informe y declaración jurada del gerente de la División de Servicios Químicos de dicha sociedad que se acompaña.

7.- En Chile solamente existe un laboratorio capaz de hacer análisis y pruebas sobre índices de alquitrán y nicotina, el que posee la única máquina de fumar y que pertenece a CHILE-TABACOS S.A., fabricante del cigarrillo "Advance" y competidora también única de FACIL S.A. Por esta razón no hay un laboratorio independiente en Chile que hubiere podido realizar el muestreo y examen requeridos por FACIL S.A.

8.- El sistema de análisis utilizado en el examen de las muestras de cigarrillos enviadas desde Santiago es el recomendado por la Federal Trade Commission, reconocido en Chile por el

Instituto de Salud Pública, sin que jamás se haya requerido o se requiera de un muestreo de productos durante seis meses, como se sostiene equivocadamente de contrario, sin que tampoco sea ésta una exigencia que imponga la Federal Trade Commission.

9.- Para mantener el anonimato de las marcas que eran objeto del análisis, las muestras fueron codificadas, lo que denota que no pudo existir ningún factor de animosidad en las pruebas y sus resultados.

10.- En consecuencia, en Agosto de 1986, de acuerdo con los análisis efectuados por la "N.C.T.I." y conforme al sistema "F.T.C", los cigarrillos "Advance" tenían un índice de alquitrán de 11.0 mg. y un índice de nicotina de 0.9 mg., en tanto que los "Galaxy" Ultralight referían índices de 6.0 mg. para alquitrán y 0.5 mg. para nicotina, y en consideración a estos índices se programó la mencionada campaña de publicidad comparativa, estando a cargo de ella la compañía de publicidad Leo Burnett, dando origen a los avisos de que conoce esa Comisión.

11.- La publicidad realizada por FACIL S.A. para su cigarrillo "Galaxy" es veraz, objetiva y no contraviene las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973, siendo ella un reflejo puro de la competencia leal que entrega al consumidor elementos objetivos para manifestar sus preferencias, sin que se tienda a desacreditar o a denigrar al cigarrillo "Advance" o a su fabricante.

12.- Al destacarse que "Este cigarrillo (el Advance) de bajos índices ya no es tan bajo" sólo hay referencia a que en Agosto de 1986 los índices de alquitrán y nicotina eran superiores a los publicitados por la fabricante en el año 1984, sin que pueda, bajo ningún respecto o circunstancia, deducirse que los índices de 8.0 mg. y 0.7 mg., no hayan sido verdaderos en aquella época.

13.- En la publicidad comparativa la objetividad se traduce en prescindir de valoraciones subjetivas o de juicios de valor en torno a los productos que son objeto de la comparación, por lo que para evitar confusión en el consumidor, como destaca el profesor señor Sergio Gaete Rojas, es aconsejable que cuando exista duda sobre la objetividad de la publicidad ésta sea acompañada del algún tipo de encuesta que oriente al consumidor.

14.- En la especie la publicidad de "Galaxy" es enteramente objetiva, ya que no hay ningún juicio de valor emitido en torno al cigarrillo "Advance", la comparación se hace sobre la base de datos veraces, independientes de toda valoración y la publicidad advierte e informa al consumidor sobre el origen y las circunstancias de los datos que sirven para su comparación.

15.- Salvados los reparos que habían motivado la suspensión de la publicidad televisiva: falta de indicación de la procedencia de los cigarrillos y carencia de una información oficial de los estudios y análisis realizados, la publicidad comparativa volvió a salir al aire en las pantallas de televisión, sin objeción alguna ni de CHILETABACOS S.A. ni del Consejo Nacional de Televisión y fue sólo en cumplimiento de lo resuelto por esta Comisión que FACIL S.A. ordenó el retiro de dicha publicidad televisiva.

16.- Conclusiones: los índices de nicotina y alquitrán para los cigarrillos "Advance" y "Galaxy" son verdaderos y corresponden a la realidad; las pruebas y análisis fueron efectuadas de acuerdo con el sistema "F.T.C."; la publicidad comparativa entre dichos cigarrillos es legítima, veraz, objetiva y no engañosa, no es atentatoria a la libre competencia y no contraviene las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973, por lo que se solicita rechazar la pretensión de CHILETABACOS S.A., como igualmente dejar sin efecto la medida precautoria que afecta a la publicidad comparativa de FACIL S.A.

4.- En relación con el escrito de contestación de FACIL S.A., CHILETABACOS S.A. hizo las siguientes observaciones:

1.- El análisis de los cigarrillos no fue efectuado por United States Testing Company Inc. ni en los laboratorios de "N.C.T.I.", sino que en los propios laboratorios de Philip Morris International, donde los cigarrillos fueron abiertos, inventariados y acondicionados y luego, con excepción del "Galaxy" de Philip Morris, codificados. De consiguiente, la muestra carece de todo rigor científico comparativo, al discriminar entre los cigarrillos "Galaxy" y el resto de las marcas analizadas, sin que el análisis haya respetado los requisitos mínimos que exige la objetividad al realizarse en los laboratorios de la empresa productora de los cigarrillos "Galaxy".

2.- Para realizar muestras válidas para el consumidor de los índices de nicotina y alquitrán de los cigarrillos, la Federal Trade Commission considera muestras tomadas al azar en períodos de cuatro meses y en diferentes lugares geográficos del país. En consecuencia, aun cuando los cigarrillos no hubieren sido previamente acondicionados en los laboratorios de Philip Morris International, el método empleado, en cuanto considera cigarrillos adquiridos en un solo lugar: área metropolitana, y en un solo día: 18 de Agosto de 1986, no es representativo ni válido para efectuar comparaciones entre algunos productos que se mantuvieron en el anonimato y otros -los cigarrillos "Galaxy" de Philip Morris- que fueron excluidos de él.

3.- El hecho de que el Instituto de Salud Pública carezca de máquinas de fumar no impide que su personal autorizado pueda utilizar en sus análisis, si lo estimase conveniente, las máquinas de fumar de CHILETABACOS S.A., sin perjuicio de que dicho Instituto tiene en su poder las normas "F.T.C.", las que puede emplear para sus investigaciones.

4.- La publicidad comparativa que no sigue un procedimiento similar para las partes y que no proporciona todos los antecedentes favorables o desfavorables para un mismo producto es engañosa "per se" y, como tal, contraria en sí misma a la libre competencia garantizada por el Decreto Ley N° 211, de 1973.

5.- Por su parte y en escrito posterior, FACIL S.A. hizo las siguientes precisiones:

1.- El hecho de que los análisis hayan sido efectuados en los laboratorios de Philip Morris Inc. no le restan, por esa circunstancia, objetividad a los resultados obtenidos, ya que las pruebas se hicieron anónimamente, bajo la supervisión y control de un representante autorizado de "N.C.T.I." y en conformidad con el sistema "F.T.C.", no siendo Philip Morris la empresa productora del cigarrillo "Galaxy", sino sólo la dueña de la marca, pues la producción en Chile corresponde a FACIL S.A. bajo licencia de Philip Morris.

2.- Si eventualmente los exámenes aludidos no hubiesen respetado los requisitos mínimos que exige la objetividad al realizarse en la empresa productora de los cigarrillos, como se

sostiene de contrario, cabe preguntarse qué objetividad mínima pueden tener -entonces- los índices de alquitrán y nicotina asignados al cigarrillo "Advance" si los análisis se llevaron a efecto en el propio laboratorio de su productor, CHILETABACOS S.A., bajo la supervisión y control de su propio personal, pues el Instituto de Salud Pública solamente concluyó que el sistema utilizado era el "F.T.C.", pero no certificó -ni pudo hacerlo- el procedimiento, el muestreo, ni menos aún los resultados obtenidos.

3.- El acondicionamiento de los cigarrillos, a que alude CHILETABACOS S.A., importa que ellos deben dejarse en estado apto para el análisis, pero no -como induce de contrario- aptos para manipular los resultados.

4.- La denunciante jamás ha acompañado documento o prueba alguna con que se acredite que es requisito de las pruebas "F.T.C." el período de tiempo de 3, 4 o 6 meses de muestreo. La publicación agregada por el actor a los autos sólo destaca que en ese muestreo y para ese examen se consideró el tiempo señalado, recogiendo muestras entre Octubre de 1983 y Enero de 1984; pero ello dista mucho de constituirse -por ese motivo- en un requisito perentorio e ineludible del sistema de análisis "F.T.C."

6.- Recibiendo la causa a prueba, la Comisión fijó como hecho sustancial, pertinente y controvertido el siguiente: cantidad de nicotina y alquitrán que tienen los cigarrillos marcas "Advance" y "Galaxy", debiendo referirse las mediciones, en cuanto sea posible, a las producciones de ambas marcas correspondientes a Agosto de 1986.

Por imposibilidad de que el Ministro de Salud pudiera realizar las mediciones referidas, las partes acordaron solicitar un peritaje y designar perito al señor Decano de la Facultad de Ciencias Químicas y Farmacéuticas de la Universidad de Chile, el cual debía ceñirse a las normas "F.T.C." y a los puntos convenidos por ellas mismas.

Terminado el peritaje, el correspondiente informe de ja constancia de lo siguiente:

1.- Para cumplir con la condición ideal de trabajar con muestras recolectadas en el mercado nacional y que correspondieran al período de fabricación Agosto a Diciembre de 1986 se procedió a realizar una encuesta, diseñada sobre bases estadísticas, para verificar la existencia de cigarrillos "Advance" y "Galaxy" fabricados en ese período, escogiéndose para ello la Región Metropolitana, Gran Santiago, y la ciudad de Temuco. El resultado fue negativo, ya que a la fecha de la encuesta -última semana de Marzo de 1987, en Temuco y 20 de Abril, en Sántiago- no existían cigarrillos marca "Advance" cuya fabricación fuera anterior al 1° de Enero de 1987, estando disponibles los cigarrillos "Galaxy" sólo en un número limitado de locales sin que estuviera claramente definida su fecha de fabricación, por lo que no existió la posibilidad de realizar el peritaje sobre muestras, recolectadas por el perito, que cumplieran con el requisito ideal de época de fabricación.

2.- Para realizar el peritaje se procedió a aplicar las normas de muestreo "F.T.C." sobre la base de una sectorización representativa y estadísticamente válida de las ciudades de Temuco y Santiago, regiones geográficas de condiciones ambientales diferentes. En diversos locales de venta directa al público, elegidos al azar dentro de estos sectores, se adquirieron dos cajetillas de cada marca: "Advance" y "Galaxy S.L."

3.- El muestreo en Temuco se realizó durante las segunda y tercera semanas de Abril, estando todos los cigarrillos de esta muestra fabricados durante el primer trimestre de 1987. El muestreo en Santiago se realizó durante la tercera semana de Agosto, correspondiendo sus cigarrillos a los fabricados durante el segundo trimestre de 1987.

4.- Conclusiones del peritaje:

a) Sobre la base de la desviación standard de los resultados analíticos se concluye que los cigarrillos marca "Galaxy" presentan una mayor variedad de los contenidos de nicotina y alquitrán que los cigarrillos marca "Advance".

b) Los contenidos de nicotina y alquitrán son menores en los cigarrillos marca "Galaxy S.L." que en los de marca "Advance S.L.", siendo esto válido en todas las circunstancias de muestreo consideradas en el peritaje.

c) Los contenidos de nicotina y alquitrán de los cigarrillos "Advance S.L." no son fundamentalmente diferentes en las muestras tomadas en Temuco (primer trimestre) o en Santiago (segundo trimestre).

d) Los contenidos de nicotina y alquitrán de los cigarrillos "Galaxy S.L." muestreados en Temuco (primer trimestre) son levemente superiores a los muestreados en Santiago (segundo trimestre).

CONSIDERANDO:

PRIMERO : El examen de los antecedentes acumulados en este proceso posibilita a esta Comisión emitir un pronunciamiento sobre la publicidad comparativa en general, en términos de precisar si ella es aceptable o no o en qué condiciones podría serlo y, en caso afirmativo, si la publicidad comparativa realizada por FACIL S.A. en relación con los cigarrillos "Galaxy", que ella produce y los de la marca "Advance", que elabora CHILETABACOS S.A., se ajusta a las condiciones en que dicha publicidad pueda ser aceptada.

SEGUNDO : En concepto de esta Comisión la publicidad comparativa es útil para la libre competencia, pues propicia una mayor transparencia del mercado y es beneficiosa para el consumidor en cuanto le informa sobre las cualidades de determinados productos.

Dicha publicidad facilita la entrada de un producto nuevo en un mercado donde existe un monopolio u oligopolio establecido, que comercializa productos similares con un prestigio ya ganado.

La publicidad comparativa es admisible siempre que cumpla las siguientes condiciones:

1.- Que sea veraz, objetiva, verificable, no engañosa y no tenga solo la finalidad de desacreditar al competidor;

2.- Que los productos que se comparan sean de los que normalmente se encuentran en el mercado;

3.- Que los análisis que sirven de base a la comparación hayan sido efectuados para todos los productos en iguales condiciones.

TERCERO : Los requisitos de veracidad y de objetividad de la publicidad comparativa, han sido precisados por el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago, don Sergio Gaete Rojas, en un estudio intitulado "Aspectos Legales de la Publicidad Comparativa", publicado en el Boletín de Investigaciones, año X, N° 50, Diciembre de 1981, de dicha Facultad, en los términos siguientes:

a) La publicidad debe ser veraz. Por consiguiente, no podrá el anunciador, sin incurrir en responsabilidad, ponderar sus productos y exaltar las bondades de los mismos en relación con los de un competidor determinado, respecto del cual se establece la comparación, más allá de las cualidades que efectivamente tienen esos productos, sin perjuicio de las alabanzas inocuas que puedan quedar comprendidas dentro de un "dolo bueno". Del mismo modo, no podrá el anunciante atribuir a los productos del competidor respecto de quien se establece la comparación, deficiencias que ellos no presentan o tienen ni negarles atributos con que ellos son poderados y que efectivamente tienen.

b) La publicidad debe ser objetiva. Esta exigencia resulta necesaria para evitar la confusión que podría producirse en el consumidor, derivada de aspectos de la ponderación de los productos que no salten a la vista o que sean difícilmente demostrables. Cuando exista duda sobre la objetividad en la apreciación de una determinada cualidad o atributo de un producto, en relación con los de un competidor, la publicidad debe ser acompañada de algún tipo de encuesta que oriente al consumi

dor sobre la respuesta del público a los atributos en cuestión, impidiendo así cualquier confusión que pueda perjudicar al competidor más allá de las necesarias consecuencias de la publicidad veraz y objetiva.

CUARTO : Aceptado, por las razones ya dadas, que la publicidad comparativa es útil para la libre competencia, conveniente para un competidor o una marca nuevos que pretenden incorporarse a un mercado monopolístico o cuasi monopólico y beneficiosa para el consumidor, que se entera de las qualidades de los productos que se confrontan permitiéndole una meyor elección, siempre que dicha publicidad cumpla con las condiciones que permitan situarla dentro de una competencia leal, corresponde examinar la forma en que se ha hecho la publicidad comparativa por FACIL S.A. para resolver si ella se ha atendido o no a tales condiciones.

QUINTO : Para emitir un pronunciamiento sobre la referida publicidad hecha por la sociedad denunciada es importante detenerse a considerar la naturaleza de los productos objeto de la comparación. Desde este punto de vista, es forzoso dejar constancia que los cigarrillos conforman un producto difícil de caracterizar en cuanto a las cualidades que ellos tienen, pues presentan condiciones de gran variabilidad en la composición de sus elementos, en términos tales que resultan diferentes no sólo entre cigarrillos de diversas cajetillas sino incluso entre los de una misma cajetilla, sin perjuicio, además, de la influencia que en tales características tienen el tiempo de elaboración y las condiciones ambientales del lugar geográfico en que se vendan o consuman.

SEXTO : La dificultad precedentemente anotada resta seguridad a los elementos o cualidades de los cigarrillos que son objeto de la comparación, sin perjuicio de que, al confrontar la cantidad de nicotina y de alquitrán que ellos puedan tener, se estén dando, de buena fe y con apoyo en exámenes o análisis efectuados por instituciones conocidas y dedicadas a efectuar esos exámenes o análisis, cantidades que sean verdaderas en un momento y en un lugar determinados y en relación con la muestra tomada al efecto, todo lo cual permite concluir que

si bien, respecto de estos productos, la publicidad comparativa es también aceptable, ella debería advertir sobre la relatividad de la confrontación, atendida la variabilidad que presentan sus elementos o características, u omitirla en lo tocante a los de mayor grado de variación.

SEPTIMO : Lo manifestado hasta aquí supone que la comparación de los productos, en este caso los cigarrillos, se haga simplemente cotejando unos y otros desde el punto de vista de las características que presentan, esto es, de la cantidad de nicotina y de alquitrán que tiene cada uno de ellos. Cosa distinta es que el anunciante de la publicidad entre a enmendar o a tarjar, como ha hecho FACIL S.A., las cantidades de nicotina y alquitrán de los cigarrillos "Advance", anunciadas por CHILETABACOS S.A., pues, por las razones antedichas, en general, no resulta posible hacer afirmaciones categóricas sobre ese particular y en especial, porque si la comparación no puede ser sino relativa, si no se explica esta circunstancia, tal conducta puede estimarse denigratoria o dañina para el producto comparado y para la empresa que lo fabrica, incurriendo, en consecuencia, dicha publicidad en el descrédito del competidor.

OCTAVO : Dicho de otro modo, la publicidad comparativa tiene por finalidad destacar las bondades de un determinado producto, pero el éxito en la comparación no puede alcanzarse afirmando características del producto del competidor que no puedan demostrarse con una prueba irrefutable, lo que en el caso de los cigarrillos, por lo ya manifestado, no es posible. En el mejor de los casos, una publicidad tal no puede aceptarse como un medio de competencia.

NOVENO : El peritaje decretado en estos autos ha venido a confirmar las apreciaciones precedentes en cuanto a la dificultad para verificar los componentes de nicotina y de alquitrán que presentan o pueden presentar dos marcas de cigarrillos, en la especie "Advance" y "Galaxy", debido a la variabilidad intrínseca de esos productos, en la que también influyen la época de su fabricación o de consumo y el lugar geográfico en que se tomen las muestras respectivas para su medición.

En el caso sub lite se agrega el hecho de que el peritaje no pudo considerar el período dentro del cual las partes habían acordado que debían tomarse las muestras en el mercado nacional, sino uno posterior.

El peritaje también ha servido para demostrar, a juicio de esta Comisión, que, en términos generales, no es vez la publicidad que hizo FACIL S.A. en el segundo período de sus avisos, esto es, cuando tarjó las cantidades de alquitrán y nicotina que CHILETABACOS S.A. indicaba según sus propias mediciones, pues esas cantidades son de gran variabilidad, lo que hace que ya sea aventurado señalar índices precisos de nicotina, alquitrán u otros componentes de los cigarrillos.

DECIMO : Las razones señaladas en los considerandos precedentes hacen inoficioso acceder a la ampliación del peritaje solicitada por FACIL S.A.

Y VISTO :

Lo dispuesto por los artículos 1°, 2°, letra f), 17 y 18 del Decreto Ley N° 211, de 1973.

SE DECLARA :

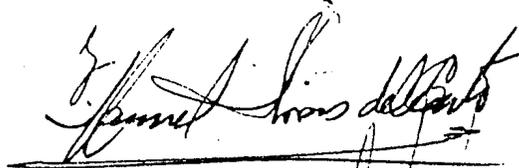
I.- Que la publicidad efectuada por FACIL S.A., en cuanto procedió a tarjar los índices de nicotina y alquitrán de los cigarrillos marca "Advance" producidos por CHILETABACOS S.A., señalados por ésta, reemplazándolos por otros que no son comprobables en forma fehaciente, atenta contra la libre competencia, por lo que FACIL S.A. debe abstenerse de efectuarla en el futuro, y

II.- Los honorarios del perito que informó en estos autos deberán ser pagados por la denunciada, FACIL S.A. condenándose, así, sólo al pago de estas costas.

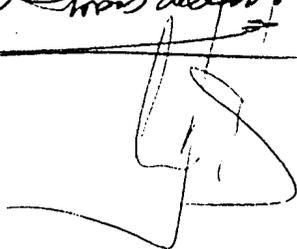
Notifíquese la presente resolución al señor Fiscal Nacional Económico y a los apoderados de las socieda

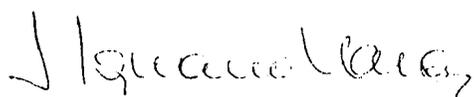
dades CHILETABACOS S.A. y FACIL S.A.

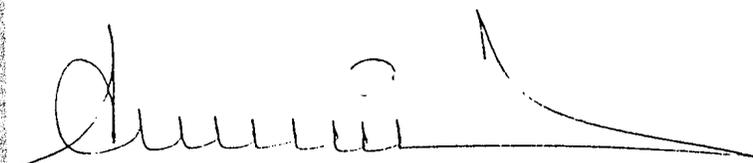
Rol N° 283-87.











Pronunciada por los señores: Víctor Manuel Rivas del Canto, Ministro de la Excmá Corte Suprema y Presidente de la Comisión; Alvaro Vial Gaete, Director Nacional del Instituto Nacional de Estadísticas; Gabriel Larroulet Ganderats, Tesorero General de la República; Arnaldo Gorziglia Balbi, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile y Juan Ignacio Varas Castellón, Decano de la Facultad de Economía de la Universidad Católica de Chile.

ELIANA CARRASCO CARRASCO
Secretaria Abogado de la H. Comisión.