

**C.P.C. N° 1162**

**ANT:** Denuncia de Supermercados Unimarc S.A. en contra de Nestlé Chile S.A. Rol N° 352-01 FNE.

**MAT:** Dictamen de la Comisión.

**SANTIAGO, 08 JUN 2001**

1.- Con fecha 8 de febrero de 2001, don Aldo Duque S., abogado, en representación de SUPERMERCADOS UNIMARC S.A., en adelante UNIMARC, ambos con domicilio en Avda. Pdte. Eduardo Frei M. N° 1380, Renca, Santiago, ha formulado denuncia en contra de NESTLÉ CHILE S.A., en adelante NESTLÉ, representada por don Mario Yon O., gerente de la División de Alimentos y Bebidas, ambos domiciliados para estos efectos en calle Roger de Flor N° 2800, Las Condes, Santiago, por infracción a la letra f) del artículo 2° del Decreto Ley N° 211, de 1973, fundado en los siguientes antecedentes:

1.1. La presentación, por parte de NESTLÉ, de diversas querellas por supuestas infracciones a la Ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial, derivadas de las similitudes que existirían entre la etiqueta de los envases del producto NESCAFÉ, elaborado por dicha empresa, y la del café soluble envasado para UNIMARC, que se comercializa con dicho nombre, acciones cuyo verdadero objetivo sería impedir que tanto UNIMARC como otras cadenas de supermercados creen marcas propias para distinguir productos que compitan con NESCAFÉ, haciendo peligrar la posición dominante que éste tiene en el mercado como resultado de varios años sin la existencia de competidores en su rubro y no por la excelencia del producto.

Agrega que ambos productos son expendidos por UNIMARC separados, en lineales y bandejas diferentes en sus góndolas, lo que evita todo error. Asimismo, señala que CAFÉ UNIMARC lleva una cinta roja con la leyenda: "Haga el distinguo, esta es nuestra marca propia UNIMARC - el mejor y más barato". Hace presente que, en un comienzo, se vendían en un solo paquete una unidad de CAFÉ UNIMARC y una de NESCAFÉ, unidas por una cinta amarilla, a un precio muy conveniente, a fin de que los consumidores constataran la mejor calidad del producto de UNIMARC.

1.2. El principal competidor de NESTLÉ en la comercialización del café instantáneo es la firma CORPORA S.A., que elabora el café Monterrey y que, a su vez, es dueña de la cadena D&S (poseedora de los establecimientos Almac, Ekono y Líder), principal competidora de UNIMARC en el rubro supermercados, circunstancia que impide a este último obtener condiciones favorables de parte de aquélla, lo cual, junto a la posición monopólica de NESTLÉ, no le deja otra alternativa que elaborar el producto bajo una marca propia, para poder competir en el mercado y favorecer así a sus clientes.

1.3. Por su parte NESTLÉ, a sabiendas de que no puede negarle la venta a UNIMARC, le ha advertido de la eventual suspensión de las líneas de financiamiento y entrega de NESCAFÉ y de otros productos suyos, condicionando, de esta forma, el comercio normal entre ambas empresas, vigente por décadas, al sometimiento de UNIMARC a sus designios.

1.4. El comportamiento desarrollado por NESTLÉ no es más que un arbitrio que sólo busca eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en el rubro del café instantáneo, lo que vulnera lo establecido en la letra f) del artículo 2° del D.L. N° 211, de 1973. Por lo tanto, solicita se ejerzan las acciones tendientes a facilitar la comercialización de CAFÉ UNIMARC y evitar que, a través de una acción judicial sin mayor fundamento, se atente contra la libre competencia que debe regir el mercado.

2.- NESTLÉ, al tenor de la denuncia, informó a fs. 98 de autos, y junto con formular sus descargos, interpuso, a su vez, denuncia en contra de UNIMARC, en los siguientes términos:

2.1. Señala que Societé des Produits Nestlé S.A. es dueña en más de 70 países, incluido Chile, de las marcas-etiquetas y propiedades visuales de "NESCAFÉ" y de "MILO", que constituyen dos de los productos más exitosos en su tipo en cuanto a imagen, poder de recordación en los consumidores, propiedades visuales y volumen de venta, y se comercializan con las clásicas etiquetas que describe.

2.1.1. UNIMARC, aprovechándose de la fama y notoriedad de los referidos productos, lanzó al mercado dos productos de apariencias similares (CAFÉ UNIMARC y CHOCOLATADO UNIMARC), en que copia las propiedades visuales y las marcas-etiquetas registradas de propiedad de NESTLÉ, con el agravante de que los comercializa intercalándolos en las estanterías y/o los vende como un todo, unidos ambos productos con cinta adhesiva, bajo un solo precio (es el caso del CAFÉ UNIMARC que es vendido junto al NESCAFÉ), impidiendo que el consumidor pueda adquirirlos por separado.

2.1.2. Dado que estas conductas son constitutivas de delitos y que existen normas especiales que regulan esta materia, como son la Ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial, y el Código Penal, NESTLÉ interpuso las acciones penales correspondientes. Sólo después de que NESTLÉ dedujera las querellas en su contra, UNIMARC ha solicitado, con fecha 6 de febrero de 2001, ante el Departamento de Propiedad Industrial, los registros de las etiquetas para café y para el producto "chocolatado" en la clase 30, ambas bajo la denominación "UNIMARC".

2.1.3. En el mercado del café soluble existen diversos competidores como Cruzeiro, Colcafé, Mas, Montserrat, Cinco Continentes, Morumbi y Branco, entre otros, que garantizan su transparencia y cuyas etiquetas poseen elementos suficientemente diferenciadores, por lo que no inducen a error o engaño al consumidor. La advertencia que hace UNIMARC en su producto sobre la necesidad de efectuar un distingo, se justifica en el propio dolo con que actúa y tiene por objeto salvar su responsabilidad ante NESTLÉ y los consumidores.

2.1.4. NESTLÉ vende sus productos a UNIMARC, al igual que a sus otros clientes, sobre la base de condiciones objetivas y con descuento máximo

por consideraciones de volumen, pero es legítimo que pueda suspender la venta en caso de no pago de deudas vencidas, que fue lo que ocurrió con UNIMARC, a mediados de enero pasado, ocasión en que se le suspendió la venta por un día, situación que luego fue resuelta mediante un acuerdo de pago.

2.1.5. Al deducir las querellas en contra de UNIMARC, por delitos tipificados en la Ley N° 19.039 y en los artículos 467 y 473 del Código Penal, NESTLÉ ha hecho uso del derecho que le asiste de defender su propiedad industrial. Por otra parte, la misma Constitución Política de la República, en su artículo 19, Nos. 24 y 25, garantiza la protección de la propiedad industrial y para NESTLÉ el resguardo de sus marcas constituye uno de los pilares más importantes en el desarrollo de sus actividades comerciales.

2.1.6. Por su parte, el artículo 5° del Decreto Ley N° 211, de 1973, reconoce expresamente que la propiedad industrial debe ser respetada y que goza del amparo que le confiere la ley.

Existe una estrecha relación entre el régimen legal que protege a las marcas comerciales y las normas sobre una competencia verdaderamente leal, la cual requiere de signos distintivos perfectamente caracterizados para que cumplan su función identificadora, de modo que el consumidor no incurra en confusión, error o asociación falsa de productos. Por ello, las exigencias en el ámbito de la competencia son mayores que en el estrictamente marcario, siendo importante la existencia de una clara distinción sobre la procedencia del producto, ya que ello puede significar el obtener legítima o ilegítimamente la preferencia de los consumidores.

Al defender las propiedades visuales que amparan sus productos, NESTLÉ en modo alguno incurre en abuso de posición dominante, ya que no posee el dominio del mercado, toda vez que tiene competidores en todos los rubros (particularmente, en el café y las bebidas achocolatadas), no participa en concertos de precio y no impone a nadie condiciones comerciales ni obligaciones reñidas con la competencia.

En consecuencia, NESTLÉ no infringe norma alguna del D.L. N° 211, de 1973, por lo que solicita se desestime la denuncia, ordenando su posterior archivo.

2.2. A continuación, en el mismo escrito, NESTLÉ reconviene y formula denuncia en contra de UNIMARC, ya individualizado, por infracción a los artículos 1° y 2°, letra f), del D.L. N° 211, de 1973, por fabricar y envasar, en concomitancia con el elaborador de sus productos, un café y un saborizante para la leche con etiquetas iguales a las marcas-etiquetas NESCAFÉ y MILO, respectivamente.

Señala que UNIMARC, el denunciado, vende los productos objetados conjuntamente con los productos de NESTLÉ, siendo colocados todos en la misma estantería y en forma intercalada y que, incluso, ha lanzado una campaña promocional en que ambos productos se venden juntos, unidos por una cinta adhesiva, bajo un solo precio, para inducir a los consumidores a pensar que el CAFÉ UNIMARC tiene idéntico origen que el NESCAFÉ.

En mérito de lo expuesto, solicita se acoja la denuncia en contra de UNIMARC y se formule requerimiento ante la H. Comisión Resolutiva en orden a que se adopten las medidas tendientes a evitar los actos denunciados, disponiendo la suspensión definitiva de la comercialización de los productos Café y Chocolatado de UNIMARC, aplicando las sanciones

que la ley contempla y autorizando el ejercicio de la acción penal por los delitos contemplados en las normas citadas.

3.- A fs. 142, UNIMARC, en relación con la denuncia de NESTLÉ y específicamente respecto del cargo de abuso de posición dominante referido a que su giro de supermercado le permitiría ubicar los productos a su arbitrio, con el propósito de inducir a confusión entre aquellos de "marca propia" y sus competidores de otras marcas, incluidas las de NESTLÉ, señala que, aun si dichas acusaciones fueran ciertas, lo que niega, no atentarian en contra de la libre competencia, sino que constituyen actos legítimos por parte de cualquier comerciante, especialmente cuando, como es el caso, se tiende a favorecer al público consumidor, ofreciéndole productos de igual o mejor calidad y a menores precios.

De igual forma, niega que UNIMARC exhiba en forma desordenada y alternada en una misma bandeja productos NESTLÉ y productos UNIMARC genéricos de marca propia, ya que ello perjudicaría su política destinada a facilitar al público su decisión de compra y sólo beneficiaría a NESTLÉ, al impedir que el cliente aprecie la gran diferencia de precio (más de 23%) que favorece a la marca propia de los productos UNIMARC.

El razonamiento de NESTLÉ se sustentaría si existiera un supuesto básico en toda situación de monopolio, como es la posición dominante, de la que UNIMARC evidentemente carece, dada la existencia de otras cadenas de supermercados, nacionales e internacionales, tanto o más grandes que UNIMARC, lo que hace que en este rubro se dé una situación de evidente libertad competitiva y de ahí los escasos márgenes de utilidad que obtienen los diversos actores que intervienen en él.

En consecuencia, a su juicio, su representada no ha incurrido en conducta monopólica alguna, por lo que la denuncia debe ser desechada.

4.- A fs. 170, NESTLÉ acompaña fotocopia de un acuerdo extrajudicial suscrito entre dicha empresa y UNIMARC, con fecha 20 de abril pasado, en virtud del cual este último reconoce el dominio exclusivo y excluyente que tiene Societé des Produits Nestlé S.A., quien actúa en Chile por medio de su licenciataria Nestlé Chile S.A., sobre las marcas y etiquetas de NESCAFE y MILO, inscritas a su nombre, y se reconoce el derecho de UNIMARC a desarrollar marcas propias para los productos que se expenden en sus locales, respetando las marcas- etiquetas de propiedad de NESTLÉ.

Asimismo, UNIMARC, sin reconocer plausibilidad a las cinco querellas interpuestas en su contra por NESTLÉ y con el solo fin de poner término al conflicto marcario suscitado entre ambas empresas, propone efectuar cambios en las etiquetas de sus productos CHOCOLATADO UNIMARC y CAFÉ UNIMARC, en la forma que en el referido acuerdo se indica. Además; se obliga a suspender la comercialización de los productos ya envasados con sus actuales etiquetas, dentro de un plazo máximo de noventa días a contar de la fecha del acuerdo.

NESTLÉ hace presente que este acuerdo no constituye aún un desistimiento de las acciones, el cual queda supeditado a su cumplimiento.

5.- Mediante oficio Ord. N° 451, de 24 de mayo de 2001, el señor Fiscal Nacional Económico informó sobre la materia.

6.- Esta Comisión, luego de analizados todos los antecedentes que conforman este expediente, viene en formular las siguientes consideraciones:

6.1. Respecto de la denuncia de UNIMARC en contra de NESTLÉ, esta Comisión concuerda con la opinión manifestada por el señor Fiscal Nacional Económico en el sentido de que ella debe ser desestimada por cuanto, como ya se ha resuelto en situaciones similares a la de autos, la presentación por parte de NESTLÉ de querrelas criminales en contra de UNIMARC, basadas en supuestas infracciones a la Ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial, no puede ser considerada "per se" como una conducta atentatoria de la libre competencia ya que constituye una facultad que dicha Ley confiere al titular de una marca registrada cuando estima violado su derecho de propiedad y cuyo conocimiento y resolución corresponde a otros órganos jurisdiccionales.

6.2. En cuanto a la denuncia formulada por NESTLÉ en contra de UNIMARC, a juicio de esta Comisión se encuentra debidamente acreditado en autos que esta última ha incurrido en conductas contrarias a las normas sobre libre competencia contenidas en el D.L. N° 211, de 1973, a saber:

6.2.1. Comercializar en el interior de sus supermercados el producto de su fabricación, denominado "CAFÉ UNIMARC", atado mediante cinta adhesiva al producto de la firma NESTLÉ, de marca "NESCAFÉ", esto es, en un solo paquete y bajo un único precio. Esta conducta constituye una forma de "venta atada", figura que debe ser reprochada desde el punto de vista de la libre competencia en tanto implica, en primer lugar, una imposición al consumidor que se ve obligado a adquirir ambos productos y, en segundo lugar, constituye competencia desleal, en la medida que se aprovecha de la fama y prestigio que posee el producto más antiguo (NESCAFÉ), con el propósito de obligar al consumidor a adquirir su propio producto, de marca desconocida por su reciente incorporación al mercado. Dicho proceder puede además generar confusión en el consumidor en cuanto a la procedencia del producto. El comportamiento analizado se ve agravado por el hecho de que UNIMARC es la dueña del establecimiento comercial donde se expenden ambos productos.

La conducta indicada ha sido reconocida expresamente por UNIMARC; al efecto la empresa señaló que aquélla tenía por objeto que sus clientes consumieran el CAFÉ UNIMARC, que "pudieran hacer las diferencias con "NESCAFÉ" y que los consumidores constataran la mejor calidad de nuestro producto y lo siguieran consumiendo en lo sucesivo".

6.2.2. Exhibir dentro de sus supermercados los productos de su fabricación "CAFÉ UNIMARC" y "CHOCOLATADO UNIMARC", y los productos provenientes de un competidor en esos rubros, "NESCAFÉ" y "MILO", en la misma estantería, en forma intercalada. Este proceder, junto a la evidente similitud que se advierte entre las etiquetas de unos y otros productos, puede producir confusión en el consumidor acerca de la identidad y/o procedencia de los mismos, conducta que, por las mismas

razones expuestas en el numeral anterior, debe ser calificada como competencia desleal.

6.2.3. Las conductas antes descritas contravienen lo dispuesto en los artículos 1° y 2°, letra f), del D.L. N° 211, de 1973, y se configuran por el solo hecho de consumarse, razón en virtud de la cual procede que sean sancionadas no obstante haber cesado.

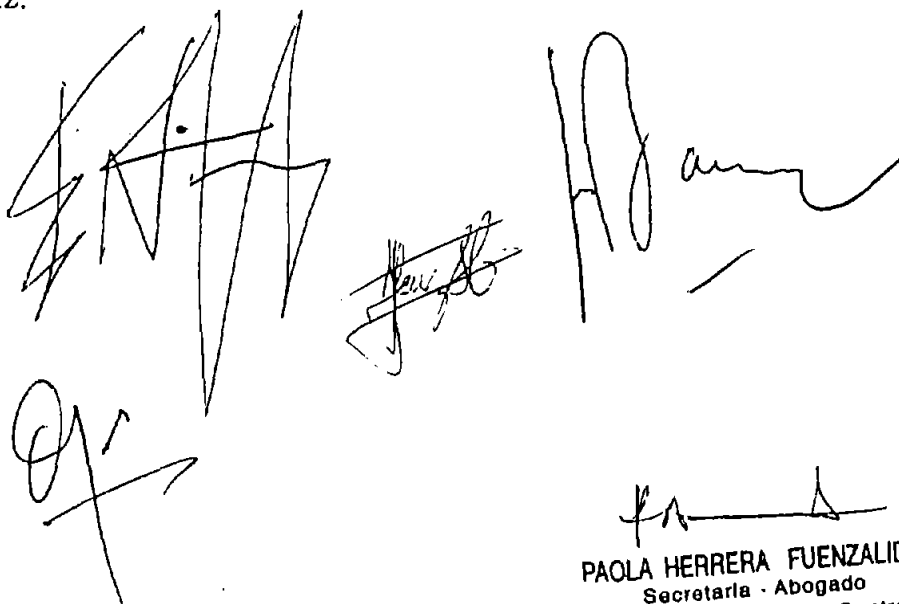
6.2.4. En atención a lo antes expuesto, documentos acompañados por las partes y normas legales citadas, esta Comisión acuerda:

A.- Rechazar la denuncia de SUPERMERCADOS UNIMARC S. A. en contra de NESTLÉ S.A.

B.- Acoger la denuncia de NESTLÉ S.A. en contra de SUPERMERCADOS UNIMARC S.A. en los términos señalados precedentemente y solicitar al señor Fiscal Nacional Económico requiera de la H. Comisión Resolutiva que aplique una sanción pecuniaria a la denunciada por infracción a los artículos 1° y 2°, letra f), del D.L. N° 211, de 1973.

Notifíquese al señor Fiscal Nacional Económico y a las empresas SUPERMERCADOS UNIMARC S.A. y NESTLÉ S.A.

El presente dictamen fue acordado en la sesión de 1° de junio de 2001, de esta Comisión Preventiva Central, por la unanimidad de sus miembros presentes, señores Enrique Vergara Vial, Presidente Subrogante, Claudio Juárez Muñoz, José Yáñez Henríquez y Juan Manuel Baraona Sainz.



PAOLA HERRERA FUENZALIDA  
Secretaría - Abogado  
Comisión Preventiva Central