

CPC. N° 1272 /

ANT.: Denuncias de Comercial Chile Trading Company Ltda. y Perfumes y Cosméticos Rojas y Silva Ltda. en contra de ASIMCO, Laboratorio Arbeau Ltda. y otros.

Roles Nos. 477-02, 483-02 y 490-02 FNE.

MAT.: Dictamen de la Comisión.

Santiago, -3 NOV 2003

1.- Ante esta Comisión se han presentado las siguientes denuncias, que han sido acumuladas y analizadas a través de una sola investigación por la Fiscalía Nacional Económica, lo que ha dado origen a un informe común para todas, tales son:

a).- Denuncia de fecha 24 de octubre de 2002, de "Comercial Chile Trading Company Limitada", en adelante Chile Trading, en contra de Laboratorio Arbeau Ltda. y de su representante legal, doña Olga Cecilia Renard (Rol N° 477-02 FNE).

b).- Denuncia de fecha 8 de noviembre de 2002, de "Perfumes y Cosméticos Rojas y Silva Limitada", en adelante Rojas y Silva, en contra de: Asociación de Importadores de Perfumes y Cosméticos A.G. (ASIMCO); don Mario Moure Rojas, presidente de ASIMCO, y doña Olga Cecilia Renard (Rol N° 483-02 FNE y N° 218-02 CPC).

c).- Denuncia de fecha 4 de diciembre de 2002, de Chile Trading, en contra de ASIMCO y de sus asociadas: Laboratorio Arbeau Ltda.; Distribuidora Puig Chile Limitada; Sociedad Moure y Cía.; COSPER, Cosmética y Perfumería S.A.; F.G.M. Arome et Beauté S.A., Estée Lauder Companies y L'Oreal Chile S.A. (Rol N° 490-02 FNE y N° 220-02 CPC).

2.- Chile Trading manifiesta que, desde abril de 2002, importa desde Estados Unidos de Norteamérica fragancias originales de las marcas "BENETTON" y "CALVIN KLEIN", producidas en Italia y en Estados Unidos, respectivamente, donde son adquiridos a mayoristas autorizados y que, desde su inicio, provee con ellas a D&S S.A., para los supermercados Líder, Ekono y Almac.

Rojas y Silva, por su parte, señala que importa fragancias de marcas afamadas desde Europa y Estados Unidos, desde hace más de veinte años.

Ambas empresas afirman que cumplen con todos los requisitos legales y reglamentarios referentes a la importación y control de calidad de los productos, lo que acreditan con los documentos que acompañan.

3.- Lo denunciado ante esta Comisión, es lo siguiente:

a) Presiones a clientes de Chile Trading, específicamente a D&S, ejercidas por la representante de Laboratorio Arbeau, denigrando sus productos, lo que habría significado un importante descenso en las ventas netas de Chile Trading a la distribuidora mencionada.

b) Carta enviada a D&S, vía fax, con fecha 4 de septiembre de 2002, por una oficina de abogados estadounidense, representante de la empresa norteamericana ABC USA Inc. (licenciataria de Benetton Group S. P. A. respecto de la fabricación y distribución de cosméticos marca "BENETTON" en las Américas), en que acusa a D&S de haber infringido los derechos marcarios de la referida empresa, al comercializar productos "BENETTON" comprados a Chile Trading, y la conmina a suspender dicha comercialización, bajo amenaza de ejercer acciones judiciales en su contra (fs. 29 a 33 expediente Rol N° 477-02 FNE). Tal amenaza habría obligado a Chile Trading a suscribir un compromiso con D&S, por el cual asumía las eventuales consecuencias de cualquier gestión de

Laboratorio Arbeau tendiente a impedir u obstaculizar la comercialización de sus productos (fs. 34 Rol N° 477-02 FNE).

c) Requerimiento de doña Cecilia Renard al Instituto de Salud Pública, en adelante I.S.P., en agosto de 2002, de efectuar análisis químicos de los perfumes que comercializa Chile Trading, en comparación con los que vende Laboratorio Arbeau, cuyo resultado habría indicado que no existía diferencia entre ambos (fs. 278 a 282 Rol N° 483-02 FNE).

d) Querrela criminal entablada por ASIMCO, en representación de Laboratorio Arbeau, ante el 11° Juzgado del Crimen de Santiago, en contra de quienes resulten responsables, por presuntos delitos de hurto de fórmulas y violación de secretos (fundada en la autorización obtenida por Chile Trading, de parte del I.S.P. para comercializar productos marcas BENETTON y CALVIN KLEIN, que comercializa Laboratorio Arbeau, sin que los propietarios de estas marcas le hayan dado a conocer las correspondientes fórmulas), la que, según la respectiva denunciante, carecería de todo fundamento.

e) Desarrollo de una onerosa y agresiva campaña difamatoria, de parte de ASIMCO y de sus empresas miembros, a través de la prensa, tendiente a crear conciencia de que en el mercado nacional de venta de perfumes y cosméticos existirían entes que comercian productos de origen ilícito y otros, en forma adulterada e ilegal, entre los que se encontrarían las denunciadas y algunas empresas distribuidoras, como D&S, atribuyéndose las denunciadas ser las únicas que actúan legalmente y cuyos productos son legítimos.

f) Lanzamiento, en noviembre de 2002, por parte de ASIMCO, de una profusa campaña, a través de distintos medios de comunicación, destinada, según ella, a terminar con el comercio de perfumes alterados, contaminados, adulterados o falsificados, mediante la creación y utilización del denominado "SELLO HOLOGRAFICO ASIMCO-PRODUCTO ORIGINAL", en adelante el SELLO, declarando que, a partir de ese momento, los perfumes cuyas marcas mencionan "están certificados", porque sus envases tienen el SELLO ASIMCO.

Según los denunciantes Rojas y Silva, las acciones mencionadas en las letras e) y f) precedentes, estarían dañando seriamente su gestión comercial. Por vía de ejemplo, acompaña copia de nota enviada por Comercial Maicao Ltda., en que deja sin efecto una adquisición de sus productos (fs.14 Rol N° 483-02 FNE).

4.- Expresan las denunciadas que el mercado de los perfumes importados "de marca", durante años habría estado dominado, de forma absoluta y excluyente, por las empresas asociadas a ASIMCO, quienes operarían mediante contratos de representación. Sin embargo, en los últimos años habrían ingresado a dicho mercado empresas como las denunciadas, que importan directamente los mismos productos, legítimos u originales; inicialmente, compitiendo sólo en mercados minoristas, y luego, en multitiendas y supermercados.

5.- Las denunciadas afirman que solicitaron su incorporación a ASIMCO, para así poder disponer del SELLO, petición que, en el caso de Chile Trading, reiteró en tres oportunidades (la última de fecha 13 de noviembre de 2002); todas las cuales fueron rechazadas, dando como única razón "el grado de avance que la campaña registraba a la fecha".

6.- Estiman que al negar ASIMCO el acceso al SELLO a otros importadores, tan legítimos como sus empresas miembros, se estaría dando a aquél un uso ilegítimo, constitutivo de competencia desleal, ya que ante la opinión pública los no asociados aparecerían como importadores de productos falsificados. Sustentan su apreciación en los Dictámenes Nos. 886 y 1144, de esta Comisión, que establecen que nadie puede arrogarse la exclusividad de venta de determinados productos, aunque tenga la representación oficial de los fabricantes y haya registrado a su nombre la marca respectiva.

7.- A juicio de las denunciadas, los hechos mencionados y la existencia misma del SELLO, constituyen una maniobra destinada a excluir del mercado a los competidores que no son parte de ASIMCO contraviniendo con ello los artículos 1°

y 2º, letra f), del Decreto Ley N° 211, por lo que solicitan se requiera de la H. Comisión Resolutiva ordenar la disolución de Laboratorios Arbeau y de ASIMCO, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3º del citado Decreto Ley. En subsidio, solicitan se adopten las medidas necesarias para poner fin a las actuaciones antes descritas, por parte de los denunciados, en especial la utilización del SELLO ASIMCO, y que se les aplique, solidariamente, una multa equivalente al monto máximo contemplado en el N° 4 de la letra a) del artículo 17 de dicho texto legal. Por último, piden se ordene al señor Fiscal Nacional Económico que ejerza la acción penal, por el delito previsto en el artículo 1º del mismo, en contra de los señores Mario Moure Rojas, Juan Luis Moure Rojas, Francis Carpentier Mysior y Olga Cecilia Renard Solar, representantes de ASIMCO, Moure y Cia. S.A., Distribuidora Puig Chile Limitada y Laboratorio Arbeau, respectivamente, y de todo aquel que resulte responsable por estos hechos.

8.- En sus descargos, los denunciados señalaron, en síntesis:

8.1. Niegan que doña Olga Renard haya ejercido presiones sobre los clientes de Chile Trading, específicamente sobre D&S. Sólo se habría limitado a señalar a esta empresa que los productos que expende Laboratorio Arbeau, como distribuidor de la marca BENETTON, han sido adquiridos de su productor, quien certifica el origen y calidad de cada una de las partidas exportadas a Chile; sugiriéndole, además, exigir a sus proveedores dicha certificación. Lo anterior, debido a la nota que le envió el vicepresidente de A.B.C. U.S.A., cuya copia acompaña (fs. 81 Rol 483-02 FNE), indica que era imposible detectar la procedencia de las muestras de los perfumes que menciona, comercializados en el supermercado Lider y procedentes de Chile Trading.

8.2. En cuanto a la carta mencionada en la letra b) del punto 3 precedente, en su envío no habría cabido intervención a doña Cecilia Renard y en ella sólo se instaría a D&S a abstenerse de asociar los supermercados Lider, en su publicidad, con las marcas, los logos y el nombre de BENETTON.

8.3. En cuanto al cotejo de fórmulas solicitado por Laboratorio Arbeau al I.S.P., así como a la querrela interpuesta ante el 11º Juzgado del Crimen, en contra de Chile Trading, por los delitos de "hurto de fórmulas" y "violación de secretos", tipificados en los artículos 432 y 247 del C. Penal, respectivamente, se basarían en que para inscribir a dicha empresa en el I.S.P., como importador de los productos BENETTON, ésta debió acompañar la fórmula de aquéllos (artículo 74 del D.S. N° 1876, de 1995, del Ministerio de Salud), en circunstancias que ella había sido entregada a Laboratorio Arbeau, bajo estricta reserva. Dicha acción provocaría daño a este Laboratorio, representante en Chile de esas marcas, "que se ven desplazados por un tercero que lucra con la venta de productos sin tener obligación alguna que cumplir para con los productores de las marcas BENETTON y CALVIN KLEIN". Acompañan certificado expedido por ABC USA Inc., de fecha 13.11.02, que señala que Laboratorio Arbeau es la única firma que tiene derecho a distribuir la línea de perfumes Benetton dentro de todo el territorio chileno y que las fórmulas entregadas a él son las únicas verídicas y, por lo tanto, su uso es confidencial y solamente serán aplicadas para presentarlas ante las autoridades del I.S.P. por dicho Laboratorio (fs. 133 expediente rol N° 483-02 FNE). La querrela en cuestión, continúa la informante, luego fue ampliada al delito de "estafa", tipificado en el artículo 467 del C. Penal, e incluyó también a Rojas y Silva, por comercializar productos alterados (definidos por el artículo 9º del D.S. N° 1876, ya citado), lo que también estaría sancionado por el artículo 96 del Código Sanitario, que transcribe. Dicha conducta constaría de los siguientes documentos que acompañan: a) Carta de fecha 21.08.02, del Vicepresidente de ABC USA Inc., mencionada en el párrafo 4.1. precedente; b) Actas y Certificaciones Notariales que acreditarían que productos adquiridos en los establecimientos que en ellas se individualizan, provenientes de Rojas y Silva, presentarían sus envoltorios, etiquetas y envases manipulados, y los códigos puestos por el productor habrían sido borrados (fs. 198 a 235 expediente Rol N° 483-02 FNE); c) Dos frascos de EAU DE TOILETTE PACO RABANNE POUR HOMME (acompañados por doña Cecilia Renard), uno de los cuales habría sido alterado impidiendo leer la serie y

número de lote de fabricación y cuyo código de barras aparecería cubierto y sin indicación alguna sobre el nombre y domicilio del importador y número de registro en el I.S.P., lo que impediría establecer la procedencia del producto, si éste ha sido o no fabricado por el propietario de la marca y si tiene la vigencia que le otorga la autoridad sanitaria o el fabricante extranjero.

8.4. Respecto de la presunta campaña difamatoria, niegan que algún miembro de ASIMCO haya difamado o acusado a las denunciantes de comercializar material adulterado y agregan que lo denunciado es la comercialización de material alterado, sin imputarle este hecho a persona alguna y que solo una de sus asociadas, doña Cecilia Renard, se habría referido en declaración formulada al diario El Mercurio, de fecha 16 de octubre de 2002, a "material alterado" y no a "material adulterado" y las menciones a las denunciantes habrían sido hechas en su condición de importadores "no oficiales" y no de importadores "ilegales".

Las referencias a material alterado, habrían sido hechas en razón de los antecedentes mencionados en los puntos 8.1. y 8.3. precedentes.

9.- En relación con el SELLO HOLOGRAFICO, las denunciadas señalaron:

a) La creación, publicidad y utilización del SELLO no es un acto arbitrario sino que su objeto es terminar con los productos falsificados o alterados, y su uso no impide la libre competencia en el mercado en cuestión, el cual sería uno de los más competitivos del orbe.

b) El SELLO nada dice sobre la calidad de los productos en los que está adherido, ni de la de aquellos en los que no se encuentra; solo contiene la frase "producto original", que es lo único que puede certificar. En cuanto a la información entregada con relación a él, no se refiere directa ni indirectamente a determinados importadores; solo señala " desde hoy los perfumes de las siguientes marcas están certificados".

c) Sellos similares son utilizados en los videos distribuidos por BLOCKBUSTER, en los discos que distribuye MICROSOFT, e incluso en los vinos, y estarían destinados a proteger al consumidor, permitiéndole distinguir fácilmente un producto original. También utilizarían sellos con esas características otros importadores de perfumes, que menciona.

d) Para tener acceso a su SELLO, ASIMCO exige a sus miembros los certificados del fabricante extranjero, que garanticen el origen y la calidad de los productos, referidos expresamente a las partidas internadas.

Respecto del rechazo del ingreso de las denunciantes a ASIMCO, así como de acceder al SELLO, se fundamentaría en las mismas razones mencionadas en el párrafo 8.3.

e) En Chile, los odorizantes no son objeto de registro ni de control sanitarios y la función del ISP referente a ellos es sólo la de inscribir los establecimientos en un Rol como fabricantes o importadores de esos productos, lo que no garantiza al consumidor la calidad ni el origen de ellos, sino que sólo identifica al importador para hacer efectivas las responsabilidades civiles y penales, en su caso.

Con fecha 27 de agosto de 2003, ASIMCO acompañó copia del fallo de la Excm. Corte Suprema, que rechazó el recurso de protección interpuesto por Gallery Import S.A., empresa del rubro importación y comercialización de perfumes y cosméticos, en contra de la referida Asociación, en relación con el SELLO HOLOGRAFICO ASIMCO-PRODUCTO ORIGINAL.

10.- Mercado relevante.

El mercado relevante, en esta investigación, es el de los perfumes importados de marcas afamadas, que se comercializan en Chile, el que abarca un gran número de marcas procedentes de diversos países.

En dicho mercado, las empresas miembros de ASIMCO, representan al 92,4% de las marcas consideradas de lujo (página web de ASIMCO que rola a fs. 49 expediente Rol N° 490-02 FNE), tales como: Benetton, Boss, Bvulgari, Cacharel, Calvin Klein, Carolina Herrera, Cartier, Chanel, Elizabeth Arden, Estée Lauder, Giorgio Armani, Givenchy, Gucci, Goy Laroche., Lancome, Naomi Campbell, Nina Ricci, Oscar De La Renta, Paco Rabanne, Paloma Picasso, Puig, Ralph Lauren, Tommy Hilfiger, Yves Saint Laurent, etc.

El resto del mercado estaría integrado por otras empresas importadoras de perfumes, entre las que se encuentran las denunciadas.

11.- Analizados los antecedentes, y de acuerdo a lo informado por la Fiscalía Nacional Económica, debe señalarse, en primer lugar que las denunciadas han acreditado que cumplen con las exigencias legales y reglamentarias establecidas para la importación, distribución y comercialización en el país de productos cosméticos y odorizantes, esto es, inscripción en el I.S.P. como establecimiento importador de productos de higiene personal y de bodega de almacenamiento, certificación de internación de los Servicios de Salud respectivos, ingreso de los productos a través del Servicio Nacional de Aduana, etc. (fs. 3 a 28 expediente Rol N° 477-02 FNE y fs. 13 y 29 a 65 expediente Rol N° 483-02 FNE).

12.- En estas circunstancias, y como corolario de lo anterior, resulta necesario declarar que las denunciadas ejercen, en este sentido, una actividad legítima, a lo que debe agregarse, que los productos que expenden, en su contenido, corresponden a las marcas que representan, por lo que, hasta ahora, ninguno de los juicios de reproche que se ha efectuado por los denunciados ha sido comprobado.

13.- Ahora, si bien, salvo la que se dirá, individualmente analizadas, las conductas denunciadas en sí mismas no constituyen infracción a las normas del decreto Ley N° 211; sin embargo, la suma de ellas y la profusión con que se han difundido, sí dan motivo para iniciar una acción de requerimiento en contra de los que las han proferido o ejecutado, pues revela una intención cierta de desplazar del mercado a competidores, sobre la base de públicamente poner en duda la autenticidad de los productos que ellos comercializan.

14.- Es cierto que en nuestro país, es público y notorio la existencia de un comercio informal, bastante extendido, que lucra con la venta de perfumes de marca falsificados, pero no es menos cierto que, atendida esa misma informalidad (comercio callejero o en lugares no especializados en el rubro de que se trata), sumado al bajo precio de los productos, tal comercio no logra sorprender al consumidor, salvo tal vez, a los muy poco avezados o muy incautos. Además, las conductas denunciadas reflejan, más que una preocupación de las empresas asociadas a ASIMCO por combatir el comercio ilegal, la intención de contener la competencia proveniente de otros importadores de productos auténticos. Por de pronto, esta Comisión en ningún caso pone en duda la validez de campañas publicitarias orientadas a combatir el comercio de productos falsificados, pero ello no debe ser excusa para afectar el ingreso y la permanencia de competidores legítimos.

15.- En efecto, respecto de las denunciadas no existen antecedentes que permita presumir siquiera que estén involucrados en esta actividad ilegal o a ella pueda asociarse. Por el contrario, los hechos demuestran que sus productos son originales. Así las cosas, se debe concordar en que su actividad ha sido amenazada, al poner en duda ante el público en general y ante determinados distribuidores en particular, la autenticidad de las marcas que expenden, lo que se ha hecho mediante una campaña publicitaria que ha tenido la virtud de crear esta duda, en tanto se ha postulado en ella que sólo los productos que llevan el Sello distintivo de ASIMCO cuentan con la certificación de autenticidad, y, al impedirles acceder al mismo, justificados en razones que, en tanto han sido contradictorias en sus fundamentos, solo han logrado hacer presumir a esta Comisión que lo que se ha querido es simplemente desplazarlas de un mercado en que las denunciadas son dominantes, calificación que surge de la participación de 92,4% de los perfumes de marca que los propios denunciados señalan tener, pudiendo presumirse que su intención es conservar esa posición, mediante la implementación de la campaña cuestionada. Un antecedente que tuvo en consideración esta Comisión para objetar dicha campaña es el Dictamen N°1135, de fecha 25 de agosto de 2000.

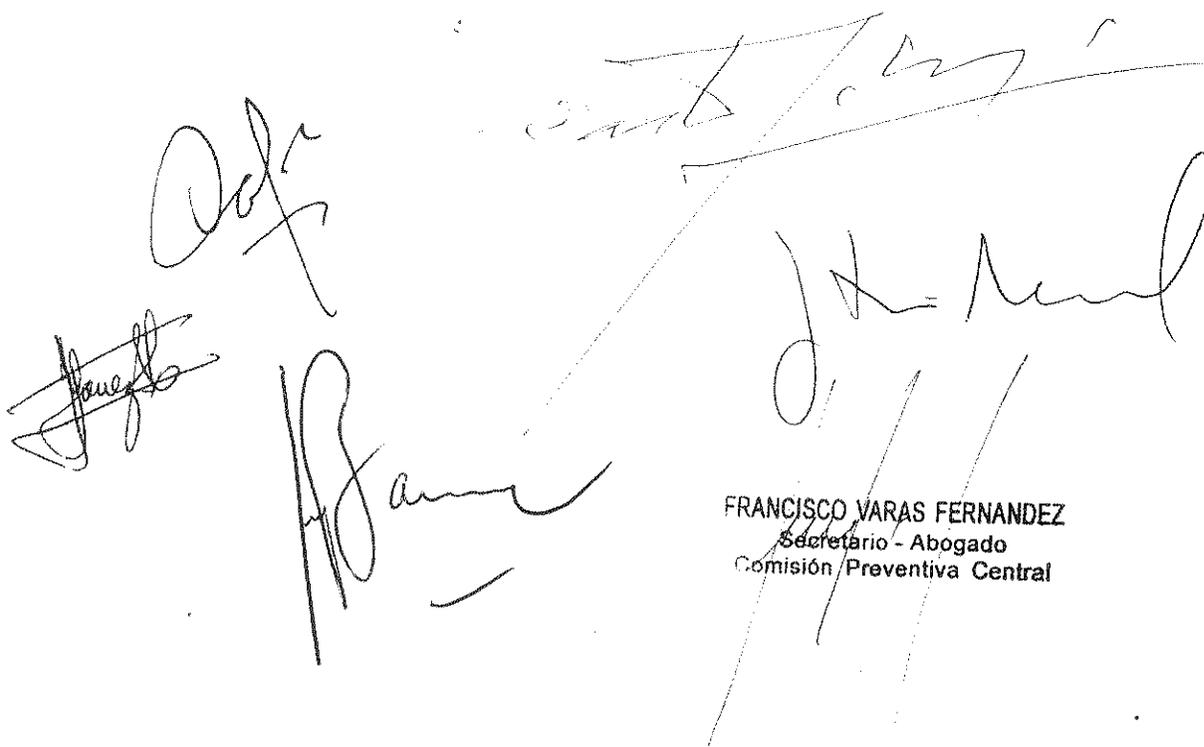
16.- Si a lo anterior sumamos conductas específicas, como la de Laboratorio Arbeau, en que su representante, doña Cecilia Renard, aparece declarando en la edición del 16 de octubre de 2002 de El Mercurio, que de mayor gravedad que la venta callejera de fragancias de baja calidad, le parece la competencia de "material adulterado" de "importadores ilegales", mencionando en forma expresa como tales a las denunciadas y que dicha "irregularidad se completaría al ser distribuido por una serie de tiendas medianas y pequeñas y supermercados", la conducta denigratoria se hace manifiesta, aun cuando haya sostenido en esta causa que sus referencias habrían sido a "material alterado" y no "adulterado" y que sus menciones a las denunciadas fueron hechas en su condición de importadores "no oficiales" y no de "ilegales".

17.- Finalmente, refuerza esta conclusión, la circunstancia que para continuar con su comercio, las denunciadas han debido asumir un aumento en las exigencias que le han impuesto sus clientes distribuidores, como ha sido la circunstancia de justificarse ante ellos y adquirir compromisos en orden a satisfacer eventuales responsabilidades lo que ha tornado más gravosa su actividad, que si bien pueden no considerar mayores costos, dificultan por cierto la distribución de sus productos y han sido consecuencia directa de las conductas particulares y generales que se ha reprochado a los denunciados y que se han expuesto precedentemente.

En consecuencia, esta Comisión acoge la denuncia de Comercial Chile Trading Company Ltda. y de Perfumes y Cosméticos Rojas y Silva Ltda. y previene a las denunciadas para que cesen en su campaña, en cuanto ella tiene como efecto el desplazamiento de competidores legítimos, por parte un grupo de empresas que, actuando en conjunto a través una asociación gremial, ostentan una posición dominante en el mercado.

Igualmente, se solicita al Fiscal Nacional Económico que, sobre la base de los antecedentes de la investigación, y lo analizado en este dictamen, formule requerimiento en contra de las denunciadas ante la H. Comisión Resolutiva, a fin que este organismo aplique las sanciones a que haya lugar.

El presente dictamen fue acordado en la sesión del día 24 de octubre de dos mil tres, por la unanimidad de sus miembros, señores José Tomás Morel, Presidente (S), Claudio Juárez Muñoz, Juan Manuel Baraona Sainz, José Yáñez Henríquez y Carlos Castro Zoloaga.



FRANCISCO VARAS FERNANDEZ
Secretario - Abogado
Comisión Preventiva Central