

RESOLUCIÓN N° 475

Santiago, doce de Noviembre de mil novecientos noventa y seis.

V I S T O S:

1.- A fs. 1, don Andrés Sunnah Maaiah, en representación de The Open Market S.A., domiciliados en calle Buenos Aires N° 378, Recoleta, denuncia a doña Emperatriz Berrios Rodríguez, comerciante, domiciliada en Vitacura N° 6798, por los hechos que se resumen a continuación.

2.- The Open Market S.A. celebró un contrato exclusivo con la Sociedad Canadiense Interwood Marketing (Canadá) Limited para el marketing, venta y distribución de determinados productos para Chile, entre los cuales se encuentran Wok Flat, Easy Stripper, Duzzit Handy Hanger, Walk Master II, Double Burner, Ab Isolator y Pet Mitt, entre otros.

Se trata de productos de excelente calidad, publicitados en profusas campañas de televisión, especialmente en el sistema de cable, apoyo básico de su estrategia de comercialización, acompañado de un sistema de pedidos de los productos por vía telefónica, con entrega a domicilio, todo lo cual ha contribuido a una rápida expansión comercial de los mismos.

Denuncia que, aproximadamente, en Agosto de 1995, un comerciante que se denomina genéricamente "Aduana", con locales comerciales en Av. Vitacura N°s 6764 y 6798, que opera bajo el nombre de doña Emperatriz Berrios Rodríguez, empezó a promocionar descaradamente a través de "El Mercurio", mediante una publicidad comparativa, no veraz y engañosa, un conjunto de productos similares a los de The Open Market, pero de marcas absolutamente diversas y de calidad inferior a la del denunciante, haciéndolos aparecer como que se trata de los mismos productos de la televisión, en alusión directa a los de Interwood.

Acompaña varios ejemplares del diario "El Mercurio" donde se puede apreciar que los avisos publicitarios pretenden inequívocamente inducir a engaño en frases como: "muchísimo más

barato que en la televisión", y "más barato que en la televisión", reiterando que se trata de una publicidad absolutamente falsa, equívoca y que tiende a confundir al consumidor, porque no se trata de los mismos bienes, ni son de la misma calidad ni de la misma marca.

Afirma que los organismos de la libre competencia, aceptan la publicidad comparativa siempre que reúna los requisitos de veracidad y objetividad, para así evitar confusiones en la elección del consumidor. En caso contrario, es atentatoria contra las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973.

Cita jurisprudencia tanto de esta Comisión como de la Comisión Preventiva Central como asimismo la opinión de un autor para reafirmar su posición en el sentido de que los órganos creados para defender la libre competencia, deben velar para que el mercado opere en condiciones de plena transparencia, que garanticen que todos los agentes económicos puedan acceder a él, en todas sus etapas, en igualdad de condiciones y que la falta de objetividad, transparencia o veracidad de la publicidad constituye un atentado a la libre competencia.

Añade otros alcances acerca de los tipos de publicidad comparativa en la competencia y cita el Código Chileno de Ética Publicitaria, aprobado por la Asociación Nacional de Avisadores ONDA (A.G.) y por la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad (ACHAP).

Apoyándose en los autores, califica la conducta de la denunciada como un ejemplo de competencia desleal, por haberse hecho un aprovechamiento y uso tendenciosos de una publicidad legítima, provocando un grave perjuicio comercial y económico.

Solicita, en definitiva, acoger la denuncia a fin de que se ponga término inmediato a los contratos o convenios de publicidad objetados; se aplique a los responsables una multa o beneficio fiscal y se disponga el ejercicio de la acción penal, con costas.

Acompaña diferentes documentos e instrumentos en apoyo de su denuncia.

2.- A fs. 21, doña Emperatriz Berríos Rodríguez, factor de comercio, domiciliada en Vitacura N° 6798, evacua el traslado que se le confirió por la Comisión.

Asevera que son falsos los hechos expuestos por el denunciante, quien pretende restringir, eliminar y entorpecer la libre competencia.

Dice que desde más de once años desarrolla actividades comerciales del rubro distribución y comercialización. Actualmente comercializa más de 30.000 artículos importados, la mayoría de los cuales los adquiere a través de proveedores de Iquique, de donde vienen rotulados y empacados, tal como ella los comercializa.

Las campañas de publicidad las hace desde hace más de ocho años, por medio de avisos destacados en El Mercurio, lo que demuestra con la documentación que acompaña en un otrosí, cuyas expresiones han sido usadas con anterioridad al acuerdo entre The Open Market e Interwood.

Objeta los términos de la denuncia, porque, al revés de lo que afirma la parte denunciante, su publicidad ha sido veraz, objetiva, no inductiva a error ni engañosa, ya que sus productos son de calidad, su característica principal -el precio- es objetiva y su comparación indirecta de ser más baratos que en televisión es también objetivamente cierta.

Añade que el bien jurídico protegido por el Decreto Ley N° 211, de 1973 es la libertad económica, y la libre competencia es una forma de asegurar a todas las personas con igualdad de derechos a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público económico o a la seguridad nacional.

Cita jurisprudencia para reafirmar que la publicidad comparativa es útil para la libre competencia cuando cumple con las características enunciadas de ser veraz, objetiva, verificable, no engañosa y que no tenga solo por finalidad desacreditar el competidor, calidad que tiene la propaganda hecha por la denunciada.

Pide que, en definitiva, se declare que la denuncia es inadmisibile o improcedente; que su publicidad es legitima; que no procede imponer multa alguna, por lo que debe rechazarse lo solicitado, con costas.

Acompaña documentos para comprobar sus argumentos.

3.- A fs. 44, la parte denunciante formula observaciones y acompaña documentos.

Expresa que la denunciada utiliza de mala fe un logo idéntico al utilizado por la denunciante, induciendo al público a creer que se trata de los mismos productos; agregando, además, que son muchísimo más baratos.

4.- A fs. 47, la Comisión se abocó al conocimiento de este asunto.

5.- A fs. 49, la denunciante objeta los documentos acompañados por la contraria, por ser meros instrumentos privados, no constar su autenticidad ni emanar del objetante.

6.- A fs. 54, la Comisión, ante reiteración fundada de la denunciante, accede a una medida precautoria, entendiéndose que la prohibición decretada se refiere en forma precisa y concreta al uso del logo "As seen on TV".

7.- A fs. 56, la denunciante acompaña original de una página del diario "El Mercurio".

8.- A fs. 57 se recibe la causa a prueba por el término legal, fijándose los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.

9.- A fs. 65 declara la testigo de la denunciada doña María Eugenia Martínez Peñaloza. Es tachada por las causales de los N°s 6 y 7 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

A fs. 121, 123 y 125, respectivamente, declaran los testigos señores Marcia Elisa Espinoza Pérez, Nabih Chahud Gazaly y Gilberto Vergara Rubio, también por la parte denunciada.

10.- A fs. 70 la parte denunciada reitera objeción de documentos; a fs. 85 acompaña diversos documentos, con citación; y a fs. 117 acompaña varios productos y acompaña más documentos.

11.- A fs. 131 corre absolución de posiciones de doña Emperatriz Berríos Rodríguez, denunciada, quien contesta el pliego de posiciones que rola a fs. 129.

12.- A fs. 135, el denunciante impugna y objeta la totalidad de la documentación acompañada por la parte denunciada con fecha 20 de mayo pasado, por ser tales documentos meros instrumentos privados, que no emanan de su parte y no consta su autenticidad ni la veracidad de su contenido.

13.- A fs. 140, la denunciada acompaña caja original del producto "Power Trimmer", comercializado por ella, similar al comercializado por el denunciante, denominado "Ab Isolator" donde consta que las fotografías que se publicaron en "El Mercurio" el 1º de Noviembre de 1995, son sacadas de la misma caja donde viene el producto publicitado y no una copia de la caja del producto similar que comercializa la denunciante.

La parte denunciante objeta los documentos por haberse acompañado después de vencido el probatorio y, en subsidio, por ser meros instrumentos privados, no constar su autenticidad ni emanar de su parte, impugnando también la diligencia, porque la procedencia de determinadas fotografías no puede ser justificada con una caja.

14.- A fs. 155 corre diligencia de absolución de posiciones del denunciante, don Andrés Mario Sunnah Maaiah, quien contesta las preguntas que aparecen en el pliego de fs. 153.

15.- Con fecha 3 de Septiembre del presente año se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados de las partes, quedando la causa en acuerdo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LAS TACHAS:

1.- Que la tacha opuesta por la parte denunciante en contra de la testigo doña María Eugenia Martínez Peñaloza, a fs. 65, por las causales 6ª y 7ª del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, se desestimará ya que los hechos en que se funda no se encuentran acreditados, existiendo al respecto los dichos de la propia testigo ante las preguntas que se le formularon, de los cuales no se desprende inhabilidad alguna.

2.- Que en cuanto a las objeciones de documentos, tratándose de objeciones formuladas por las partes relativas al valor probatorio de los mismos, no corresponde emitir un pronunciamiento específico sobre ellos, sino que valorarlos en conciencia, según lo establece el art. 18, letra K del Decreto Ley N° 211, de 1973.

En cuanto a la extemporaneidad de los agregados después del vencimiento del probatorio, alegada a fs. 145, tampoco se dará lugar a esta objeción, tanto en mérito de lo ya expuesto como en lo que dispone el art. 18 letra F. del mismo cuerpo legal, en cuanto admite como medios de prueba no solamente los indicados en el art. 341 del Código de Procedimiento Civil, sino que además todo indicio o antecedente que, en concepto de la Comisión, sean idóneos para establecer los hechos pertinentes.

A mayor abundamiento, es conveniente señalar que los instrumentos pueden acompañarse en primera instancia hasta antes de la citación para oír sentencia y, en segunda, hasta antes de la vista de la causa, habiéndose acompañado los objetados antes de su vista.

EN CUANTO AL FONDO:

Que esta Comisión, apreciando la prueba en conciencia, considera comprobado que en la publicidad comercial de la parte denunciada se comparan sus productos con los comercializados por la denunciante, los que no son los mismos, pero sí similares, y que se han expendido a un precio menor. También esta acreditado que el logo utilizado en la publicidad por doña Emperatriz Berríos denominado "As Seen on T.V." identifica los productos que vende The Open Market, si bien no se encuentra registrado como

marca. También está comprobado que la publicidad comparativa entre los productos de la denunciante y de la denunciada no ha sido plenamente veraz ni objetiva, y se ha efectuado con respecto a productos que se comercializan en similares condiciones, ya que sus características y usos cumplen iguales objetivos, de modo que ha podido inducir a engaño, error o confusión a los consumidores. No aparece comprobado que la conducta de la denunciada haya tenido por finalidad desacreditar los productos de la competencia, sino que más bien su propósito ha sido asimilar sus productos ofrecidos a los del denunciante.

Estas conclusiones fluyen de lo expuesto por las propias partes, especialmente en las respuestas contenidas en las respectivas diligencias de absolución de posiciones de fs. 131 y 155, y de las declaraciones de los testigos de la denunciada, señores María Eugenia Martínez (fs. 65) quien expresa que ambos productos, en apariencia, son los mismos, los vé iguales, tanto en televisión como en la publicidad; Marcia Elisa Espinoza (fs. 121), quien dice que los productos de "Aduana", publicitados en El Mercurio le son útiles, a un precio conveniente, y que en la televisión ha visto ofrecidos productos que cumplen la misma finalidad; Nabih Chaud (fs. 123), quien, en forma escueta, dice que los productos ofrecidos en avisos de El Mercurio eran de un precio inferior a otros y a los de la televisión; y, por último, Gilberto Arnoldo Vergara (fs. 125) quien también afirma brevemente que los productos de comercial "Aduana" eran de menor precio que los de la televisión.

4.- Que la prueba documental como asimismo las especies acompañadas a los autos con el fin de comparar los productos del denunciante con los que comercializa la parte denunciada, reafirman la conclusión anterior, ya que se ha efectuado con respecto a productos que tienen semejantes características y usos, con iguales objetivos.

Debe tenerse presente que la denunciada ha manifestado que, con respecto a la publicidad que hace con el logo de la denunciante, se ha limitado a hacerla tal como le llegan los productos de sus proveedores.

Sin embargo, omite reconocer que al sobredimensionar el referido logo, como se puede constatar en diversos avisos

publicitarios, induce a confusión al usuario, ya que éste tenderá a creer que los productos son los mismos.

5.- Que lo anteriormente expresado permite a esta Comisión sostener que la publicidad efectuada por doña Emperatriz Berríos no reúne las exigencias de transparencia para una sana competencia, por lo que la denunciada deberá modificarla con el fin de no generar confusiones en los consumidores.

6.- Que las circunstancias alegadas por la denunciada en cuanto a que ella publicita sus productos tal como los recibe, unidos al hecho de que la denunciante no tiene registrado el logo que usa, llevan al tribunal a no aplicar pena de multa, sino sólo a formular un apercibimiento para que la denunciada modifique su conducta en los términos que se le reprochan en el considerando precedente.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 2º, letra f), 17º y 18º del Decreto Ley N° 211, de 1973, se declara:

1.- Que no ha lugar a las tachas opuestas por la denunciante en contra de la testigo doña María Eugenia Martínez Peñaloza, a fs. 65.

2.- Que la denunciada ha infringido las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973, mediante la publicidad que hace de sus productos, en los términos expresados en los considerando 4, 5 y 6 de este fallo;

3.- Que atendido lo expuesto en dichos considerandos, se previene a la denunciada que debe abstenerse de efectuar su publicidad en los términos reprochados precedentemente.

Notifíquese a las partes y transcribábase al Fiscal Nacional Económico.

Rol N° 501-95

The bottom of the page features several handwritten signatures and stamps. A large, stylized signature is written across the middle. To its right, there is another signature that appears to be 'S. R. H. L.'. Below these, there are some faint, illegible markings and what looks like a date '10/11/73'.

Pronunciada por los señores Enrique Zurita Camps, Minis
tro de la Excma. Corte Suprema y Presidente de la Comisión; Artu-
ro Yrarrázaval Covarrubias, subrogando al señor Decano de la Fa-
cultad de Derecho de la Universidad de Los Andes y Guillermo Patti
llo Alvarez, subrogando al señor Decano de la Facultad de Adminis-
tración y Economía de la Universidad de Santiago.

GASTON MECKLENBURG VASQUEZ
Secretario Abogado de la H.
Comisión Resolutiva