

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 19º Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-4867-2020
CARATULADO : SOC RENDIC HERMANOS
S.A./ADMINISTRADORA DE SUPERMERCADOS HIPERLIDER LTDA.

Santiago, veintinueve de Junio de dos mil veintidós

VISTOS:

Con fecha 13 de marzo del 2020 comparece don Felipe Bulnes Serrano y Enrique Urrutia Pérez, abogados, ambos domiciliados en calle Magdalena 140, Piso 12, comuna de Las Condes, en representación convencional de SMU S.A. y Rendic Hermanos S.A. y deducen demanda de actos de competencia desleal en procedimiento sumario en contra de Walmart Chile S.A., sociedad del giro de supermercados, representada por don Gonzalo Gebara Lasuen y en contra de Administradora de Supermercados Híper Limitada, sociedad del giro de supermercados, representada también por don Gonzalo Gebara Lasuen, licenciado en administración y don Manuel Oyaneder Herranz, ingeniero comercial, todos domiciliados en Avenida Presidente Eduardo Frei Montalva N° 8301, comuna de Quilicura.

Inicia su demanda explicando que la misma, tiene por objeto, lo siguiente:

(a) Declarar que la difusión y exhibición de la campaña publicitaria “Total + Bajo” de las demandadas, implementada entre el día 24 de septiembre de 2019 y 14 de octubre de 2019, constituye un acto de competencia desleal de conformidad con lo dispuesto en el Artículo Tercero y/o Artículo Cuarto Letra b) y/o Artículo Cuarto Letra e), todos de la Ley 20.169 que regula la Competencia Desleal;

(b) Declarar que la difusión y exhibición de la frase “# 1 Elegido como el supermercado más económico” en la campaña publicitaria “Total + Bajo”, implementada entre el día 24 de septiembre de 2019 y 14 de octubre de 2019, constituye un acto de competencia desleal de conformidad con lo dispuesto en el Artículo Tercero y/o Artículo Cuarto Letra b) y/o Artículo Cuarto Letra e), todos de la Ley 20.169 que regula la Competencia Desleal;

(c) Ordenar a las demandadas cesar en toda exhibición y/o difusión, por cualquier medio, de la campaña publicitaria “Total + Bajo”, implementada entre el día 24 de septiembre de 2019 y 14 de octubre de 2019, así como la eliminación de todo contenido relativo a la misma en cualquier medio de difusión, y prohibir a las demandadas emitirla nuevamente;

(d) Ordenar a las demandadas cesar en toda exhibición y/o difusión, por cualquier medio, de la frase “# 1 Elegido como el supermercado más económico”, así como la eliminación de todo contenido relativo a la misma en cualquier medio de difusión, y prohibir a las demandadas emplearla nuevamente;

(e) Reconocer el derecho de las demandantes a demandar en un juicio posterior los perjuicios derivados de los actos de competencia desleal antes referidos, conforme la reserva hecha por esta parte de conformidad a lo dispuesto en los Artículos Quinto y Noveno de la Ley 20.169 que regula la Competencia Desleal y;



Foja: 1

(f) Ordenar a las demandadas publicar, a su costa, la sentencia condenatoria que se dicte en estos autos, o un extracto de ella, o una rectificación, en los diarios El Mercurio y La Tercera, o en la forma y periódicos que el tribunal determine.

Señala en consideraciones preliminares respecto de la demanda, que sus representadas se han visto en la necesidad de deducirla debido a la conducta manifiestamente desleal e ilegítima en que han incurrido Walmart Chile S.A. y Administradora de Supermercados Híper Limitada (en adelante y en conjunto “Supermercados Líder”) con ocasión de la campaña publicitaria denominada “Total + Bajo”. A través de la referida campaña publicitaria las demandadas han sostenido -con amplia difusión en diferentes medios de comunicación masiva-, que un ejercicio de comparación de boletas entre diferentes supermercados realizado el día 24 de septiembre de 2019, habría permitido comprobar que comprar en Supermercados Líder (versus las demás cadenas de supermercados de nuestro país) arroja el total más bajo.

Con el objeto de dotar de credibilidad a sus afirmaciones las demandadas contrataron para su campaña al periodista señor Emilio Sutherland, conocido por ser conductor del programa “En su propia Trampa”, espacio televisivo cuyo sello -como es sabido- es dejar en evidencia o desenmascarar a sujetos que se dedican a engañar o embaucar a los clientes o consumidores. Así las cosas, con una boleta en cada mano -la de Supermercados Líder y la de otro supermercado- el señor Sutherland afirma en el spot publicitario de Supermercados Líder frases como las siguientes:

“(…) compramos todo lo del mes y con boleta en mano comparé y comprobé que el total más bajo está en Líder”

“(…) prefiriendo productos marca propia de Líder el total es aún más bajo, compruébalo en el total de tu boleta”.

Y en función de lo anterior, declara ante los consumidores precios totales de compra cuyos montos serían un 32% inferior en el caso de Supermercados Líder.

Pues bien, la publicidad desarrollada por Supermercados Líder corresponde a lo que se denomina publicidad comparativa, la que puede conceptualizarse como “toda aquella comunicación que reclame superioridad o ventajas de un producto, servicio, marca o industria, respecto de un competidor, directo o indirecto, mediante el recurso de comparar, de manera explícita o implícita, sus características, atributos o beneficios” (Artículo 14 del Código Chileno de Ética Publicitaria).

En relación a la publicidad comparativa, señala que se encuentra permitida en nuestra legislación. Lo anterior, puesto que se estima que puede otorgar un beneficio a los consumidores al aumentar la información disponible, facilitando con ello el proceso de elección al momento de escoger un producto, servicio o establecimiento. Sin perjuicio de lo anterior, y atendidos los efectos negativos que la publicidad comparativa puede generar en los competidores, su uso como herramienta publicitaria exige necesariamente un alto estándar de rigurosidad, no permitiéndose que presente inconsistencias, exageraciones y/o generalizaciones, que suelen estar presente en otros tipos de publicidad. De esta manera, toda comparación que se efectúe debe necesariamente ser veraz, objetiva y demostrable y, en consecuencia, las comparaciones de precios que se realicen deben necesariamente ser comprobables y los productos o servicios cuyos precios se comparan deben tener características similares.

Considerando lo anterior, nuestro ordenamiento sanciona la publicidad comparativa cuando ésta se sustenta en antecedentes que no sean verídicos ni demostrables. En este sentido, el Artículo 4° Letra e) de la Ley N° 20.169, que regula la Competencia Desleal (en adelante la “LCD”), establece expresamente como un acto de competencia desleal: “[t]oda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.”

Afirma que en la especie nos encontramos con que la publicidad comparativa efectuada por Supermercados Líder a través de su campaña “Total + Bajo”, adolece de una serie de defectos que contravienen la legislación aplicable y que determinan que las demandadas han incurrido en actos de competencia desleal que deben ser sancionados.



Foja: 1

En efecto, señala que entre los defectos detectados en la campaña publicitaria de Supermercados Líder se encuentran: (1) que las boletas que se muestran en el spot publicitario no figuran entre aquellas protocolizadas y puestas a disposición del público para efectos de poder proceder a la comprobación o verificación de lo afirmado; (2) que al revisar las boletas sí protocolizadas por las demandadas, se constata que las boletas comparadas no incluyen los mismos productos; (3) adicionalmente se constata que las boletas comparadas tienen productos de igual marca pero no comparables por diferir en el formato de los mismos; (4) que sin perjuicio de los defectos antes expuestos, la diferencias de los montos de las boletas totales en ningún caso corresponden a aquellas publicitadas; (5) que las boletas no son comparables tampoco puesto que tratándose de otros supermercados -Líder entre ellos- se consideran productos en promoción, lo que no ocurre en el caso de su representada; (6) que los productos que componen las boletas han sido arbitrariamente seleccionados; (7) que se realiza una campaña a nivel nacional, pese a que las comparaciones efectuadas únicamente se refieren a locales ubicados en la comuna de Las Condes, etc. En definitiva, los defectos descritos someramente en el numeral anterior determinan que Supermercados Líder, el principal actor nacional en el ámbito de los supermercados, ha incurrido flagrantemente en una conducta de competencia desleal, que ha causado perjuicios a sus representadas.

Relacionado a lo anterior, señala que en el mes de noviembre de 2019 el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria de Chile (“CONAR”) acogió un reclamo interpuesto por SMU S.A. en contra de Walmart Chile S.A. por la campaña publicitaria en comento. En concreto, resolvió que la campaña se encontraba en conflicto con la ética publicitaria, debido a que se trataba de un absoluto publicitario acotado a aspectos objetivos (el precio) y a una publicidad del tipo comparativa, en que la comparación efectuada por la demandada no era comprobable ni cumplía con el estándar de rigurosidad exigible a este tipo de publicidad. Ello, pues la comparación realizada no se encontraba debidamente respaldada y los productos comparados habían sido escogidos con un grado de discrecionalidad importante, que le restaba objetividad a la muestra.

Explica ciertos antecedentes de contexto, indicando que Walmart Chile S.A. corresponde al mayor actor en la industria de supermercados en Chile, desarrollando una estrategia multiformato que ofrece alternativas a distintos segmentos de clientes, a lo largo de todo el territorio nacional. Dentro de sus formatos de supermercados cuenta con distintas cadenas comerciales en nuestro país, tales como Supermercados Líder, “Express” de Líder y “Súper Bodega aCuenta”. A su turno, Administradora de Supermercados Híper Limitada es parte del grupo empresarial de Walmart Chile S.A. Por su parte, Rendic Hermanos S.A. es parte del grupo empresarial SMU S.A. (en adelante y en conjunto “Supermercados Unimarc”), que también es un destacado actor en la industria, siendo la principal cadena del grupo los supermercados “Unimarc”, único supermercado de Chile presente en sus 16 regiones, con 290 tiendas ubicadas en más de 160 comunas.

El grupo SMU S.A. es el tercer actor de *retail* supermercadista en Chile, siendo hoy la compañía chilena con mayor cobertura geográfica del país, al contar con 505 tiendas y 8 centros de distribución en las principales ciudades del territorio nacional. Entre las otras cadenas que opera SMU S.A. se encuentran “Supermercado Mayorista 10”, “Alví” y “OK Market”.

Respecto de la campaña “Total + Bajo” de Supermercados Líder, explica que con fecha 24 de septiembre de 2019, Supermercados Líder inició una campaña publicitaria denominada “Total + Bajo”, la que fue difundida profusamente por diversos medios de comunicación (televisión, radio, letreros en vía pública y en salas de ventas, prensa escrita, redes sociales, página web, entre otros). A través de esta campaña estructurada sobre una base de publicidad comparativa, Supermercados Líder buscaba transmitir que el monto total a pagar por una compra efectuada en sus establecimientos, era notoriamente inferior a si la misma compra era efectuada en supermercados de la competencia. Lo anterior, según fue publicitado, a través de la “comparación” y “comprobación” efectuada por el periodista señor Emilio Sutherland, popularmente conocido como “Tío Emilio” por su participación como conductor del programa de Canal 13 “En su propia Trampa”.



Foja: 1

Afirma que el hecho que Supermercados Líder haya decidido emplear al periodista Emilio Sutherland como rostro de su campaña publicitaria tiene una especial connotación, atendido que el programa de televisión por él conducido gira en torno a “desenmascarar” a personas que abusan o se aprovechaban de clientes o consumidores. La circunstancia antes descrita naturalmente tiende a instalar la idea o sensación que existiría una especie de trampa en los precios cobrados por otros supermercados distintos de Supermercados Líder. Presenta algunas de las imágenes de la referida campaña.

De acuerdo a la información de la campaña “Total + Bajo”, obtenida desde la página web www.lider.cl, la duración de la misma se extendió desde el 24 de septiembre de 2019 hasta el 14 de octubre del año 2019; y la comparación de precios en que se basa se habría realizado el día 24 de septiembre de 2019, entre las 8:00 y las 20:00 horas, en Supermercados Líder, Jumbo, Santa Isabel, Tottus y Unimarc ubicados en la comuna de Las Condes. Asimismo, se señala que se habrían protocolizado en la Notaría de don Iván Torrealba Acevedo las boletas que dieron origen a la comparación, documentos que se encontrarían disponibles para descargar y revisar. Relacionado a lo anterior, debe señalarse que esta parte ha podido constatar que con posterioridad al mes de octubre de 2019 las demandadas han continuado publicitando masivamente “Total + Bajo” y “# 1 Elegido como Supermercado más Económico”.

En cuanto a la publicidad comparativa, señala que la campaña publicitaria desarrollada por Supermercados Líder constituye lo que se denomina “publicidad comparativa”, la cual, según se anticipó, puede ser conceptualizada como: “toda aquella comunicación que reclame superioridad o ventajas de un producto, servicio, marca o industria, respecto de un competidor, directo o indirecto, mediante el recurso de comparar, de manera explícita o implícita, sus características, atributos o beneficios.” La publicidad comparativa se encuentra permitida en nuestro país, no obstante la eventual afectación reputacional que puede significar para el competidor objeto de la comparación. Lo anterior, puesto que conceptualmente se considera que beneficia a los consumidores al aumentar la información disponible, facilitando con ello el proceso de comparación que cada consumidor realiza al escoger un producto, servicio o establecimiento.

Ahora bien, atendidos los efectos que la publicidad comparativa puede generar en los consumidores, su empleo exige necesariamente un alto estándar de rigurosidad, debiendo ser veraz y demostrable, y sin que con ocasión de ella pueda incurrirse en inconsistencias, exageraciones y/o generalizaciones. Considerando lo anterior, este tipo de publicidad no será lícita cuando se sustente en antecedentes que no sean verídicos ni demostrables. En este sentido el Artículo 4º Letra e) de la LCD, establece expresamente como un acto de competencia desleal:

“Artículo 4º.- En particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes: (...)

e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.”

En línea con lo anterior, y a efectos de simplemente ilustrar la rigurosidad de los cánones que debe caracterizar a la publicidad comparativa, a continuación transcribe ciertas disposiciones del Código Chileno de Ética Publicitaria que se refieren a ella y que no son más que elaboraciones obvias en cuanto a las naturales restricciones que por consideraciones de buena fe deben observarse al hacer este tipo de publicidad: Artículo 14, incisos 5 al 8:

“La publicidad comparativa debe apoyarse en antecedentes objetivos que puedan ser comprobados fehacientemente y no debe utilizar recursos como la exageración, la dramatización u otras licencias publicitarias permitidas a las declaraciones genéricas no acotadas, en desmedro de la competencia.

Las afirmaciones o alegaciones de tono excluyente y los absolutos publicitarios que tengan carácter comparativo requieren ser comprobados por constituir asertos respecto de una característica del bien o servicio que lo hacen superior, en términos absolutos, a sus competidores.



Foja: 1

La publicidad comparativa será aceptada siempre que respete los siguientes principios y límites:

A. Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad.

B. Que compare de modo veraz, objetivo y demostrable una o más características de los bienes, servicios o marcas comparadas, entre las que podrá incluirse el precio.

C. Que no dé lugar a confusión entre el anunciante y un competidor, o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.

D. Que no constituya competencia desleal, denigración o menosprecio de la imagen o la marca de otra empresa o industria.”

Artículo 15, incisos 1 y 2:

“Dado que los precios pueden tener una gran variabilidad en corto tiempo, la publicidad asociada a precios no debe dar la impresión de que éstos constituyen una ventaja constante o permanente de la marca que la realiza, a menos que ello sea demostrable. Las comparaciones de precio deberán ser comprobables y los productos o servicios cuyos precios se comparan deberán tener características similares.”

De esta manera, será lícita aquella publicidad que efectúa comparaciones en la medida que sea realizada con estándares de rigurosidad tales que logre su propósito de informar realmente al consumidor y éste pueda verificar la información; y será ilícita o desleal la publicidad comparativa cuando dicho propósito no se logra.

Así las cosas, la difusión de una comparación que no sea correcta, que induzca a error al consumidor o que no sea veraz ni demostrable, constituirá evidentemente un acto de competencia desleal. En este sentido, será veraz aquella publicidad que no induzca a error al consumidor, y será demostrable, si ésta es susceptible de ser verificada mediante métodos objetivos, considerando el análisis que realizaría un consumidor razonable.

Consignado lo anterior, procede a explicar la falta de rigurosidad con que fue diseñada la campaña publicitaria de Supermercados Líder denominada “Total + Bajo”, y cómo la comparación que en ella se efectúa no es veraz ni demostrable, e induce a error al consumidor respecto de los precios, de una manera tal que evidentemente configura un acto de competencia desleal.

En forma previa a detallar los defectos en que incurre la referida campaña, consigna que al revisar la información de la campaña publicitaria “Total + Bajo” en la página web de www.lider.cl y, en particular, el documento que figura adjunto en el link correspondiente y en el que supuestamente se encontrarían las boletas que son el fundamento de la referida campaña, ha podido constatar con estupor que no existe ninguna boleta cuyo monto coincida con aquellas a que se alude en la publicidad.

En efecto, al inicio de la campaña de publicidad el documento que sustentaba la información publicada correspondía a 17 boletas de compras realizadas en supermercados Unimarc, Líder, Tottus, Jumbo y Santa Isabel, todas efectuadas en la comuna de Las Condes el día 24 de septiembre de 2019, las que contenían agregadas a mano el nombre del supermercado y una breve leyenda “explicativa” (“Canasta INE”, “INE”, “Canasta Fin de Mes”, “FDM”) Al poco tiempo de haberse iniciado la campaña publicitaria, Supermercados Líder modificó en su página web esta información de sustento de la referida campaña; de manera que la información que recibieron los primeros consumidores que revisaron la página web fue diferente de la que recibieron quienes ingresaron después.

La información de respaldo que en segunda instancia procedió a poner a disposición Supermercados Líder en su página web corresponde a la protocolización de 18 boletas de compras, una de las cuales era completamente nueva. De ellas, 17 boletas son las inicialmente proporcionadas como respaldo pero se agregó una boleta adicional de una compra efectuada en Supermercados Líder el 24 de septiembre de 2019. A su turno, respecto de las 17 boletas que sí coincidían con las proporcionadas originalmente, se eliminó de ellas las notas a mano “explicativas” con que se presentaron en primera instancia.



Foja: 1

En concreto, efectuado este agregado de una boleta y las modificaciones a las restantes, los documentos que quedaron como sustento la mayoría de los días de la campaña, y que aún se encuentran disponibles en la página web, son las siguientes boletas de fecha 24 de septiembre de 2019:

6 boletas de compras efectuadas en el supermercado Líder (Administradora de Supermercados Híper Limitada) ubicado en Camino El Alba N° 11865, Las Condes, con los siguientes montos totales: \$136.980, \$150.460, \$97.320, \$100.790, \$91.420 y \$73.160;

2 boletas de compras efectuadas en Rendic Hermanos S.A., que corresponden al supermercado Unimarc ubicado en Av. Manquehue Norte N° 457, Las Condes, con los siguientes montos totales \$172.024 y \$132.597;

4 boletas de compras efectuadas en Hipermercados Tottus S.A., ubicado en Avenida Padre Hurtado Sur 875, Las Condes, con los siguientes montos totales: \$4.650, \$151.928, \$11.290 y \$105.670;

3 boletas de compras efectuadas en Cencosud Retail S.A., que corresponden al supermercado Santa Isabel ubicado en Avenida Apoquindo N° 7200, Las Condes, con los siguientes montos totales: \$152.891, \$113.360 y \$4.990;

1 boleta de compra efectuada en Cencosud Retail S.A., que corresponde al supermercado Santa Isabel ubicado en Avenida Las Condes N° 12203, Las Condes, con el siguiente monto total: \$2.490; y

2 boletas de compras efectuadas en Cencosud Retail S.A., que corresponden al supermercado Jumbo ubicado en Avenida Francisco Bilbao N° 8750, Las Condes, con los siguientes montos totales: \$166.717 y \$113.878.

A partir de las notas manuscritas que se contenían en las boletas inicialmente publicadas por Supermercados Líder, su parte ha podido inferir que el ejercicio que se habría pretendido efectuar consistiría en haber comparado 2 tipos o “universos” de compras distintas. Estos dos grupos de compras o productos habrían sido calificados por Supermercados Líder de la siguiente manera: “Canasta INE” o “INE”; y “Canasta Fin de Mes” o “FDM”.

Señala que resulta del todo improbable que un espectador o consumidor razonable dedique la cantidad de tiempo que su parte ha debido emplear con el objeto de lograr entender el ejercicio de comparación de las boletas proporcionadas por las demandadas. Esta circunstancia deja desde ya en evidencia lo defectuosa de la campaña publicitaria “Total + Bajo” de Supermercados Líder.

Adicionalmente, llama la atención que uno de los grupos haya sido denominado por Supermercados Líder como “Canasta INE” o “INE”, sigla que aparentemente haría alusión al Instituto Nacional de Estadísticas (el “INE”), organismo público encargado de elaborar una canasta de productos para calcular mensualmente el Índice de Precios del Consumidor (canasta que es representativa del gasto de una familia promedio y sus hábitos de consumo).

Lo anterior, toda vez que la canasta “explicada” por Supermercados Líder con la sigla INE contiene sólo algunos de los productos que se venden en los supermercados y más importante todavía, está lejos de corresponder a la canasta elaborada por el INE. De ahí que la denominación de “Canasta INE” resulta inductiva a error en el consumidor, quien naturalmente pensará que se trata, en realidad, de la canasta con que dicho organismo calcula la variación de la inflación, y no de la simple selección de algunos productos efectuada a su mera voluntad o arbitrio por Supermercados Líder.

Habiendo explicado la dificultad con que su parte se encontró al intentar verificar la veracidad de los hechos difundidos en la campaña publicitaria de Supermercados Líder y los denodados esfuerzos en que debió incurrir para intentar analizarla, se encarga ahora de describir los diferentes vicios o defectos de la referida campaña publicitaria que fueron descubiertos por su parte, y que determinan que está en presencia de un acto de competencia desleal.

El primer grave defecto que presenta la campaña publicitaria de Supermercados Líder, se refiere a que las boletas que habrían sido comparadas, y que se muestran expresamente siendo sostenidas por el señor Emilio Sutherland en las imágenes de la



Foja: 1
publicidad, no se encuentran a disposición del público, tornándose imposible su comprobación.

Repite la imagen del Sr. Sutherland sosteniendo dos boletas y explica que las boletas comparadas en la publicidad exhibida, una de Supermercados Líder por \$90.280 y otra de “OTRO SUPER” por \$134.049, y respecto de las cuales se destaca expresamente en ella -con color amarillo- que corresponderían a “PRECIOS REALES TOMADOS EL 24 DE SEPTIEMBRE DE 2019”, no existen dentro de las boletas protocolizadas y puestas a disposición del público. Es decir, no forman parte de los antecedentes de respaldo proporcionados por Supermercados Líder en su página web en la primera instancia ni tampoco de aquellos proporcionados después. Simplemente, se trata de supuestas boletas y en todo caso, de ser reales, distintas a las aportadas como antecedentes de verificación de la campaña.

Con el objeto de ilustrar lo que se señala y facilitar su comprobación, se inserta un cuadro que resume el monto de cada una de las boletas protocolizadas por las demandadas, separadas según el supermercado emisor, y en las cuales se aprecia con claridad que ninguna boleta coincide con los montos publicitados en la campaña de Supermercados Líder (\$90.280 para Supermercado Líder y \$134.049 para “OTRO SUPER”):

Supermercado	Boleta 1	Boleta 2	Boleta 3	Boleta 4	Boleta 5	Boleta 6
Unimarc	172.024	132.597				
Lider	136.980	150.460	97.320	100.790	91.420	73.160
Tottus	4.650	151.928	11.290	105.670		
Santa Isabel	152.891	2.490	113.360	4.990		
Jumbo	166.717	113.878				

Señala que la inexistencia de las referidas boletas fue reconocida por Walmart Chile S.A. en su contestación al previamente mencionado reclamo presentado por SMU S.A. ante el CONAR, causa Rol N° 1125/19. En aquella oportunidad señaló: “[s]i bien no existen boletas que, específicamente, indiquen los guarismos indicados;(…)”

Así las cosas, el caso es que no resulta posible comprobar la veracidad de lo afirmado en la campaña en comento, (ya que los antecedentes proporcionados para tal comprobación no coinciden con lo afirmado); lo cual es un elemento esencial y un requisito legalmente exigido al efectuar una campaña publicitaria como la realizada por Supermercados Líder, lo que evidencia la grave infracción en que incurrió la contraria.

Continua explica que las compras en Supermercados Líder no son comparables con las efectuadas en los otros supermercados -entre ellos Supermercados Unimarc- porque no se refieren a los mismos productos.

En concreto, en la boleta correspondiente a la compra denominada “Canasta INE”, en Supermercados Líder se compraron 60 diferentes productos en 12 canastas que en la que debiese ser la misma compra efectuada en los supermercados Unimarc y Jumbo, se compraron 61 diferentes productos, habiéndose incluido en estas últimas una bandeja de huevos de 12 unidades (que no aparece en la boleta referida de Supermercados Líder) en igual sentido, la bandeja de 12 huevos tampoco figura en las compras efectuadas en los supermercados Santa Isabel y Jumbo.

Inserta una imagen en la que se compara en la parte correspondiente a las boletas de la compra denominada “Canasta INE” en los supermercados Unimarc, Jumbo y Líder, en la cual se aprecia claramente que la bandeja de huevos se encuentra sólo en las dos primeras compras y no en la de Supermercados Líder.

UNIMARC

JUMBO

LIDER

7801965402617 VIENESAS DE \$ 2.290
7801907010306 VIENESA T SJ \$ 2.290
7801930003115 PATE DE TERN \$ 390
7802900001162 QUESO GAUDA \$ 1.890
7802920460208 QUESO CREMA \$ 950
7808737700025 SALMON FLTE \$ 5.990
2093190000002 V ASIENTO \$ 8.982
x 1.285 KG
7801220431109 VERDURA CHOC \$ 1.450
7802900001308 LECHE ENTERA \$ 820
7802810012029 ACEIT VEG BE \$ 1.550
7802615006551 ARROZ MIR \$ 1.150
7803110108160 POROTO TORTO \$ 2.550
7803110108238 LENTEJAS 5MM \$ 2.100
7802575002235 ESPIRAL 49 C \$ 690
7802575353047 SALSA POMAR \$ 340



A este respecto, Walmart Chile S.A. en su contestación al reclamo interpuesto por SMU S.A. ante el CONAR, en lugar de reconocer el evidente defecto en la comparación efectuada, señaló que comparó los huevos comprados en Supermercado Unimarc con otros “absolutamente equivalentes en calidad”, lo cual debe señalarse no es efectivo. Aquí no se está reclamando que la calidad de los productos comparados fuese diferente sino que algo más básico todavía: que en una boleta, la de sus competidores, las demandadas incluyeron un producto (bandeja de 12 huevos) que no fue incorporado en las suyas propias. En consecuencia, las compras efectuadas en los diversos supermercados no son comparables entre sí debido a que algunas de ellas aparecen recargadas con productos adicionales, lo cual es un grave defecto del cual adolece la campaña publicitaria efectuada por Supermercados Líder, que busca ilustrar sobre los supuestos precios totales de una misma compra pero efectuada en cadenas distintas.

Cita lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”) en una causa similar a la de estos autos -en contra de Supermercados Líder- en que se resolvió lo siguiente: “Que, sin perjuicio de lo anterior, es posible constatar defectos en cuatro de las seis comparaciones publicitarias realizadas por Líder Valdivia agregadas a estos autos, ya que en ellas se observa que las boletas de Único están recargadas con más productos que las de Líder Valdivia. (Considerando Trigésimo Octavo, Sentencia N° 103/2010 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 8 de septiembre de 2010.)

Adicionalmente a los defectos antes consignados, señala además que no son comparables las compras efectuadas en los otros supermercados con las de Supermercados Líder, toda vez que comprenden productos que presentan características relevantes disímiles en cuanto a formato, tamaño o presentación.

La forma certera de comparar productos es a través de su Código de Barra. Cada formato de producto de una determinada marca que se vende en un supermercado tiene asociado un código de barra único que lo identifica en todos los supermercados, el cual en la mayoría de los productos viene incluido en su envase y es determinado por su fabricante. Así las cosas, un producto de una determinada marca y de determinado formato (por ejemplo, detergente Ariel 2 Lts.) tendrá el mismo código de barra aunque sea vendido en supermercados diferentes. Pues bien, al analizar los códigos de barra en las boletas de cada supermercado se aprecia que en el caso de la “Canasta INE” 15 de los 60 productos que la componen no tienen un mismo código de barra o código “universal”, y en el caso de la “Canasta Fin de Mes” 3 de los 17 productos que la componen tampoco lo poseen, por lo que todos estos productos no pueden ser comparados debidamente entre sí, ya que no es posible conocer si son de la misma calidad o tipo.



Foja: 1

En el sentido antes expuesto, por ejemplo, resulta ilustrativo de la falta de rigor de la campaña el caso del papel higiénico marca Elite. En la compra denominada “Canasta INE” en Supermercados Líder, Unimarc, Santa Isabel y Jumbo se incluye un paquete de 4 unidades, en cambio, en Tottus se adquiere un paquete de 8 unidades. Y en la compra “Canasta Fin de Mes” en Supermercados Líder, Unimarc, Santa Isabel y Jumbo se compran 3 paquetes de 4 unidades cada uno, y en Tottus se compran 2 paquetes de 8 unidades cada uno.

A su turno, en la “Canasta INE” se incluye un trozo de carne de vacuno del corte “asiento” cuyo precio se encuentra determinado generalmente por su país de origen, categoría y tipo de envasado, toda información que no es posible extraer de las boletas, las que sólo entregan información de su precio por kilogramo, el cual presenta grandes variaciones entre los distintos supermercados: \$ 5.690 en Unimarc, \$ 6.990 en Supermercados Líder y \$ 8.289 en Jumbo. También en dicha canasta se incluyen dos empanadas de pino, cuyo precio unitario en Jumbo es de \$ 3.580 y en Supermercados Líder alcanza los \$ 1.580.

Agrega también que las boletas protocolizadas dan cuenta que una gran cantidad de los productos escogidos por Supermercados Líder se encontraban puntualmente en promoción en sus salas ese día, y en cambio en el caso de Unimarc ninguno de los productos comprados registró precios promocionales. En efecto, en las boletas protocolizadas de Supermercados Líder se registra el monto del descuento aplicado a cada producto, lo que evidencia que varios de los productos seleccionados tenían un precio promocional. Además, por ejemplo, en el caso del producto detergente líquido marca Ariel, en Supermercados Líder se compra un pack promocional de 3 unidades, que equivale a un solo producto, y en Jumbo, Santa Isabel, Tottus y Unimarc se compran tres unidades por separado que equivalen a tres productos.

Consignado lo anterior, señala que el TDLC ha señalado como criterio que una comparación no es objetiva al incluir productos cuyo precio considere ofertas o promociones. Al respecto, ha resuelto lo siguiente: “Que, además, en general, la comparación tampoco es objetiva porque la mayoría de los productos adquiridos en Líder Valdivia corresponden a ofertas de tipo promocional -con una vigencia que de acuerdo con el informe de fojas 1185 no superaría los 31 días en el 90% de los casos- mientras que los de Único corresponden a productos adquiridos individualmente y sin promociones. Por ello, la publicidad en cuestión además resulta engañosa, en cuanto pretende dar un alcance general y permanente a la comparación por medio de asertos publicitarios como “otra pequeña ayuda, Líder” y “el total de tu boleta más bajo”.

Sin perjuicio de haberse referido previamente a la no existencia de las boletas que se exhiben en la publicidad y, asimismo a una serie de defectos que impiden comparar adecuadamente las boletas de las compras efectuadas en Supermercados Líder con los demás supermercados, señala además que no son efectivas las magnitudes de las diferencias en el monto total de las compras publicitadas por Supermercados Líder. En efecto, y según se adelantó, en la campaña publicitaria “Total + Bajo” se muestra al señor Sutherland sosteniendo una boleta de Supermercados Líder por la cantidad de \$ 90.280.- y una de “OTRO SUPER” por un monto de \$ 134.049.-, dando cuenta así de la circunstancia que Supermercados Líder sería un 32% más barato que el “otro Súper”.

Pues bien, al comparar los montos totales de las boletas de respaldo que sí fueron protocolizadas por Supermercados Líder, según las canastas de productos a la que son asociadas cada una de ellas, se encuentra con que – a pesar de todos los defectos de la comparación - en ningún caso las diferencias entre Supermercados Líder y otros supermercados alcanzan las magnitudes difundidas por las demandadas. Así las cosas, en la compra “Canasta INE” las diferencias entre las boletas fluctúan entre un 3,9% y un 12,5%; y en la “Canasta Fin de Mes” las diferencias fluctúan entre un 11,5% y 24%. Y lo anterior, reitera, pese a todos los defectos y distorsiones descritas en las letras precedentes que hacen incomparables las referidas boletas.

La relevancia de la magnitud en la diferencia de precios publicitada por Supermercados Líder y su impacto en el público es un antecedente que fue especialmente considerado por el CONAR en el Dictamen Ético a que hemos hecho referencia, señalando al efecto que se infringe la ética publicitaria al no encontrarse



Foja: 1

debidamente respaldada o al no basarse en una correcta comparación de productos. En efecto, señala al respecto el referido pronunciamiento: “Que, al mostrarse en la publicidad cifras precisas de las boletas comparadas, con una diferencia significativa entre ambas, sin que se tenga certeza de si los productos incluidos en la compra son o no asimilables, se infringe en opinión de este Consejo lo dispuesto en los artículos 8º, 14º, 15º y 16º del CCHEP, todos los cuales exigen que los atributos objetivos declarados en una publicidad, en este caso el precio, debe ser debidamente respaldado para ajustarse a las exigencias éticas en materia publicitaria. Al haberse incluido en ciertas piezas los montos finales de cada compra, el valor o guarismo asociado a cada producto no será un tema menor, pues lo más probable es que la decisión de consumo del consumidor sea tomando en consideración la diferencia entre el total de las cuentas de uno y otro supermercado, lo que se verá alterado si la comparación por producto no está hecha correctamente.” (Dictamen Ético pronunciado por el CONAR en la causa Rol N° 1125/19, de fecha 15 de noviembre de 2019, página 43.)

Consigna que por el mismo defecto descrito, consistente en publicitar porcentajes de ahorro que no son efectivos, Supermercados Líder fue sancionado en el pasado (2010) por el TDLC por conducta de competencia desleal: “Que, en la especie, los defectos de la publicidad comparativa descritos en el Cuadro 3 anterior permiten establecer que ésta no es veraz, sino derechamente falsa, por cuanto no es efectivo que sean “exactamente los mismos productos” comparados en uno y otro supermercado, ni que para esas canastas de productos existan los porcentajes de ahorro que Líder Valdivia destaca en su publicidad y que, como se señaló, en algunos de los casos analizados difieren en forma relevante de los porcentajes de ahorro efectivos;” (Considerando Cuadragésimo Segundo, Sentencia N° 103/2010 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 8 de septiembre de 2010.)

Explica que algunas de las boletas de compras efectuadas en Supermercados Líder inducen a error porque -a diferencia de las de los otros supermercados- contienen productos de marcas propias. En el caso de las compras efectuadas en Supermercados Líder se protocolizaron 2 boletas diferentes para cada grupo o canasta de productos creados discrecionalmente por ella (“Canasta INE” y “Canasta Fin de Mes”). Una de aquellas boletas corresponde a una compra que considera productos de marcas propias de Supermercados Líder –pañales, papel higiénico, aceite, arroz, entre otros-, los que generalmente son más económicos que los de marcas tradicionales, por lo que el total de esta boleta es menor que aquella otra boleta de Supermercados Líder que contiene sólo productos de marcas tradicionales (entre un 3,4% y un 9%).

Sin embargo, en las compras efectuadas en los otros supermercados las demandadas no hicieron dicho ejercicio, y al revisar el detalle de los productos adquiridos en ellas no se observa que se hayan comprado productos de marcas propias de dichos supermercados, que usualmente son de menor precio que los tradicionales.

Esta circunstancia evidentemente que induce a error a terceros puesto que fácilmente pueden equivocarse y comparar la boleta que contiene productos de marcas propias de Supermercados Líder con las boletas de otros supermercados que contienen solo productos tradicionales de mayor precio, lo cual evidentemente ocasiona una diferencia mayor en el total de las boletas comparadas, que favorece a Supermercados Líder. Así las cosas, las mayores diferencias que percibirían los consumidores no serían reales, puesto que se trataría de productos que no son comparables entre sí, pues no necesariamente son similares en sus atributos (calidad, confiabilidad, etc.) y no son asimilables al reemplazo que naturalmente haría un consumidor al no encontrar un producto de su marca de preferencia en la sala de venta.

En este mismo sentido se pronunció el CONAR al resolver el ya mencionado reclamo interpuesto por SMU S.A., señalando al respecto que: “(...) hay boletas de Líder en las cuales se incluyen productos de marca propia con lo cual se relativiza la comparación pues no se hace lo propio con las marcas propias de la competencia.” (Dictamen Ético pronunciado por el CONAR en la causa Rol N° 1125/19, de fecha 15 de noviembre de 2019, página 43.)

Ratificando el vicio o defecto que se analiza, esto es, la improcedencia de pretender establecer una comparación respecto de dos productos que no presentan los



Foja: 1

mismos atributos, a continuación transcribe lo resuelto por el TDLC en la Sentencia N° 103/2010 que señaló lo siguiente: “De esta forma, las boletas de Único aparecen “recargadas” con productos adicionales o de mayor calidad que las de Líder Valdivia (por ejemplo, vino reserva versus varietal), siendo falsa la aseveración publicitaria de Líder Valdivia incluida en esa publicidad comparativa que señala “son exactamente los mismos productos comprados el (...)” (Considerando Trigésimo Octavo, Sentencia N° 103/2010 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 8 de septiembre de 2010.)

Señala que el defecto descrito en modo alguno puede soslayarse por la frase empleada por las demandadas, referida a que prefiriendo productos de marca propia de Supermercados Líder el total es aún más bajo. Lo anterior, puesto que en tal caso la publicidad comparativa de la demandada debió necesariamente poner a disposición del público las correspondientes boletas con productos de marcas propias de los otros supermercados. Y lo anterior, sin considerar lo ya señalado en cuanto a la dificultad de comparar las diferentes boletas protocolizadas sin prevenciones de ningún tipo en esta materia.

Afirma que contrariamente a lo publicitado Supermercados Líder sí incrementó precios de sus productos durante el período de vigencia de la campaña “Total + Bajo”. Supermercados Líder publicitó su campaña “Total + Bajo” señalando que los precios serían válidos en sus locales desde el 24 de septiembre y hasta el 14 de octubre de 2019. Sin embargo, se ha podido constatar que las demandadas no dieron cumplimiento a lo comprometido, puesto que durante la vigencia del período por ellas definido y publicitado, procedieron a incrementar el precio en al menos tres de los productos incluidos en las boletas por ellas protocolizadas. En concreto:

1.- En la boleta protocolizada por Supermercados Líder N° 001422805092 de fecha 24/09/2019, correspondiente al local de la demandada ubicado en Camino el Alba N° 11.865, consta que: El producto “PANAL P. CHOI” (Código de Barra 0400006230829) tenía un valor de \$ 13.990. Sin embargo, de acuerdo a la compra efectuada por esta parte en el mismo establecimiento con fecha 7/10/2019, boleta N° 001251405627, el producto “PANAL P. CHOI” (Código de Barra 0400006230829) tenía un valor superior en \$ 1.000, alcanzando los \$ 14.990.

2.- En la boleta protocolizada por Supermercados Líder N° 001422805093 de fecha 24/09/2019, correspondiente al local de la demandada ubicado en Camino el Alba N° 11.865, consta que: El producto “Vienesas De” (Código de Barra 7801965402617) tenía un valor de \$ 2.290. Sin embargo, de acuerdo a la compra efectuada por esta parte en el mismo establecimiento con fecha 7/10/2019, boleta N° 001251405626, el producto “Vienesas De” (Código de Barra 7801965402617) tenía un valor de \$ 2.350.

3.- El producto “Azúcar Iansa” (Código de Barra 7801505231912) tenía un valor de promoción de \$ 690. Sin embargo, de acuerdo a la compra efectuada por esta parte en el mismo establecimiento con fecha 7/10/2019, boleta N° 001251405626, el producto “Azúcar Iansa” (Código de Barra 7801505231912) tenía un valor de \$ 740.

Lo antes expuesto deja en evidencia lo reprochable de la conducta de la contraria, al publicitar en su campaña “Total + Bajo” productos a un determinado precio, y luego durante la vigencia de la misma proceder a su incremento. Nótese que en este aspecto la publicidad comparativa de Supermercados Líder también configura una conducta desleal, puesto que transmitió a los consumidores que los precios por ella publicitados permanecerían vigentes durante un determinado período -invitándolos con ello a preferir sus establecimientos por sobre la competencia-, y sin embargo en la práctica ello no fue cumplido.

Asevera que Supermercados Líder seleccionó discrecionalmente una pequeña muestra de productos dentro del amplio universo disponible, y a partir de ello extrajo y publicitó conclusiones generales y absolutas. Como si todo lo expuesto en las letras precedentes no fuese suficiente, se debe considerar un elemento de gran importancia consistente en que la selección de los productos para la comparación efectuada por Supermercados Líder fue absolutamente discrecional.



Foja: 1

En efecto, las demandadas escogieron los productos, día y lugares específicos para efectos de efectuar la comparación que expone en su campaña publicitaria. Y es tan evidente la arbitrariedad de dicha circunstancia, que cualquier cadena de supermercados podría, por ejemplo, seleccionar algunos de los productos de la muestra de Supermercados Líder u otros, y obtener un precio total por ellos sustancialmente más bajo que en Supermercados Líder.

De hecho, el día 9 de octubre de 2019 nuestras representadas hicieron el ejercicio de comprar ciertos productos en Líder y Unimarc –seleccionados a nuestra discreción– en los mismos locales de la comuna de Las Condes que la demandada efectuó su campaña. Y el caso es que al comparar aquellas boletas es posible concluir que el total de la compra efectuada en Supermercados Unimarc fue un 16,8% más bajo que el de Supermercados Líder. Se adjunta en un otrosí de esta presentación copia de las boletas respectivas. Naturalmente que nuestras representadas no pretenderían de ninguna manera lanzar una campaña de publicidad comparativa a partir de tal ejercicio.

Precisamente por lo anterior es que en otros casos el TDLC ha cuestionado esta forma de proceder resolviendo lo siguiente: “Lo anterior, sin considerar que, además, quien escoge qué productos incluir en la publicidad comparativa es precisamente el que la hace, lo que le permitiría seleccionar, para efectuar la comparación, precisamente los productos en que la diferencia de precios sea mayor, por lo que la referida propaganda tampoco permitiría demostrar que los precios en promedio son más bajos en un supermercado que en el otro;” (Considerando Cuadragésimo Tercero, Sentencia N° 103/2010 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 8 de septiembre de 2010.)

Lo antes expuesto deja en evidencia, además, lo cuestionable de la metodología empleada por Supermercados Líder, consistente en considerar canastas de productos cuya comparación naturalmente presentará mayores complejidades que analizar productos de forma individual. Y por lo anterior es que cuesta explicarse que Supermercados Líder, teniendo pleno conocimiento que en el mercado existen maneras más idóneas de efectuar comparaciones de precios –como por ejemplo comparar sólo productos que tienen códigos de barra “universales”–, haya decidido implementar su campaña publicitaria en los términos que lo hizo.

En efecto, en el procedimiento seguido ante el CONAR, Rol: 1125-2019, Supermercados Líder expuso que el criterio para la selección de los productos utilizados en la comparación, fue de aquellos productos de la canasta INE que se comercializan en supermercados, y dentro de aquellos los más vendidos de la categoría correspondiente en Líder, lo cual evidencia la discrecionalidad o arbitrariedad en su selección, situación que fue reconocida por el CONAR en su Dictamen, señalando al respecto lo siguiente: “Adicionalmente, el hecho que los productos elegidos para hacer la comparación hayan sido los de la canasta INE más vendidos en Líder y no todos los que componen la canasta, en opinión de este Consejo implica un grado de discrecionalidad importante para afirmar que aquél tiene el total más bajo, pues resta objetividad a la muestra.” (Dictamen ético CONAR, Op. cit.)

Todo lo antes expuesto da cuenta de la arbitrariedad de la metodología escogida por Supermercados Líder para efectuar su comparación, dejando en evidencia que la misma no puede ser utilizada para realizar un ejercicio de publicidad comparativa - cuyo rasgo de rigurosidad no puede ser obviado- sin incurrir en un acto de competencia desleal evidente.

Prosigue explicando la improcedencia de la conclusión en términos generales y absolutos planteada en la campaña publicitaria de Supermercados Líder, relativa a que por las compras en dichos establecimientos el cliente pagará el total más bajo. Un hecho que no deja de sorprender es que la conclusión que Supermercados Líder presenta de forma general a través de su campaña publicitaria, esto es, que comprar en sus establecimientos aseguraría un total más bajo en el precio a pagar por la compra, se contradice además con información difundida por la propia demandada.

Y es que Supermercados Líder está consciente de la existencia de supermercados más económicos, alguno de los cuales se encontrarían, según ella misma, incluso dentro de su propio ámbito corporativo. En efecto, las demandadas publicitan que



Foja: 1

“SuperBodega aCuenta” -cadena de la cual Walmart Chile S.A. es dueña- corresponde a un supermercado con precios más bajos que Supermercado Líder.

Lo anterior es señalado expresamente en la página web de Walmart Chile, en donde respecto de la cadena de supermercados SuperBodega aCuenta se afirma: “Supermercado que satisface las necesidades de compra de los segmentos socioeconómicos de menores ingresos, desarrollando una propuesta de valor que se basa en ofrecer a los clientes los precios más baratos de Chile. Su foco es la venta de productos de alimentación, de apariencia simple y austera y con gran presencia de marcas propias.” (<https://www.walmartchile.cl/contenidos/nosotros/nuestronegocio>)

En otras palabras, Supermercados Líder difunde copiosamente a través de los medios una comparación en relación a los precios de sus productos que ni siquiera sería efectiva respecto de comercios asociados a ella misma. Y lo anterior sin perjuicio de la existencia de otros supermercados que cumplen con tal atributo.

Afirma que la campaña no es clara en transmitir que la comparación efectuada se encuentra circunscrita a la comuna de Las Condes, permitiendo generar la impresión que reviste un carácter nacional. Dentro de la serie de defectos analizados en el presente Capítulo se encuentra el que la campaña publicitaria de Supermercados Líder fue promocionada a nivel nacional, en circunstancias que los datos en que ella se pretendió sustentar únicamente consideraron un número acotado de supermercados ubicados sólo en la comuna de Las Condes.

En efecto, tal como se desprende de la información sobre la campaña “Total + Bajo” que Supermercados Líder ha puesto a disposición del público a través de su sitio web, la comparación de precios habría sido realizada en “los Supermercados Líder, Jumbo, Santa Isabel, Tottus y Unimarc, ubicados en la comuna de Las Condes (...)”, es decir, exclusivamente en la referida comuna.

En el sentido indicado, el CONAR al resolver el reclamo interpuesto por SMU S.A. por la campaña publicitaria en comento, Rol: 1125-2019, reprochó a Supermercados Líder por no advertir al público con la claridad necesaria que la comparación efectuada se refería exclusivamente a solo 1 de las 346 comunas del país, consignando además expresamente que la simple cita aclaratoria efectuada por las demandadas en la “letra chica” era insuficiente atendida la relevancia de la materia. Al respecto señala: “Que, sin perjuicio de lo anterior, aún cuando los valores totales hubieran estado debidamente respaldados, en lo que se refiere a la utilización de los precios totales obtenidos en la compra realizada en locales de una sola comuna del país para hacer una publicidad de carácter masivo y con alcance nacional, se estima que ello es un hecho de la máxima relevancia que debe ser advertido al público de manera clara, no bastando su inclusión en una cita aclaratoria en forma de letra chica. Además, si bien los precios de Líder pueden ser los mismos en todo el país, ello no necesariamente será así para el caso de los demás supermercados con los que se compara, con lo cual la afirmación publicitaria no será necesariamente extrapolable y constituirá una pretensión exagerada en los términos establecidos por el artículo 8° del CCHEP.” (Dictamen Ético CONAR, Op. cit.)

Finalmente en esta materia, debe señalarse que los establecimientos de la comuna de Las Condes seleccionados por Supermercados Líder, atendidas las características particulares de dicho territorio, no resultan representativos para efectos de pretender desarrollar una campaña masiva de alcance nacional.

Respecto del defecto relativo a la improcedente utilización de la frase “# 1 elegido como el supermercado más económico”, presenta en primer lugar, una imagen de la referida campaña en la que se observa en color amarillo frase publicitada por Supermercados Líder:



Pues bien, la aseveración incluida en la campaña publicitaria de Supermercados Líder, en el sentido de haber sido supuestamente escogido como el supermercado más económico, impone necesariamente que pueda comprobarse su veracidad. Lo anterior, ya sea siendo utilizada en la campaña “Total + Bajo” o en cualquier otra iniciativa publicitaria, atendido el evidente carácter comparativo que supone proclamar haber sido escogido como la alternativa más económica, de entre una serie de proveedores, para un grupo de consumidores. Y el caso es que de los antecedentes disponibles aparece que la referida afirmación de Supermercados Líder no se basa en antecedentes objetivos y acreditables, sino que simplemente en una encuesta o estudio de percepciones que no permite formular tal aserto.

En efecto, a partir de la escasa información proporcionada por la contraria sobre el particular, se obtiene que la frase analizada se sustentaría en un estudio de percepciones realizado por GfK Chile en el año 2019, el cual no se encuentra a disposición de los consumidores. En este sentido, al revisar la información publicada en la página web www.lider.cl fue posible encontrar lo siguiente: “(...) ** Líder, elegido en Chile como el supermercado más económico” de acuerdo a las percepciones de los consumidores chilenos recogidas en el Estudio Tracking Imagen y Precios realizado por GfK Chile en 2019, en base a 2.350 encuestas presenciales mensuales en 17 ciudades de todo Chile.” (Información página web www.Lider.cl. Campaña Total + Bajo.)

Consignado lo anterior, señala que la frase publicitaria “# 1 elegido como el supermercado más económico” no es clara y sin lugar a dudas puede conducir a conclusiones erróneas. Resulta del todo cuestionable que se publicite que Supermercados Líder habría sido “elegido” como el supermercado más económico, sirviéndose para tales efectos de un estudio basado en meras “percepciones” de los entrevistados, esto es, en una “(...) sensación interior que resulta de una impresión material hecha en nuestros sentidos”. Sobre el particular, considérese que campañas publicitarias como la que ha motivado la presente demanda -con todos los defectos en ella analizados- tienen por efecto precisamente ir construyendo percepciones en los consumidores. Y todo lo anterior, además, resulta aún más grave en el contexto de una campaña centrada en que supuestamente se habría realizado una comparación objetiva de boletas de diferentes supermercados -cuestión que según ha visto no fue así-, generándose así la impresión o percepción que la frase en cuestión sería el resultado de un ejercicio también supuestamente verificable u objetivo.

Lo que se señala fue debidamente analizado por el CONAR en la denuncia formulada por nuestra representada, dictaminando dicho organismo lo siguiente: “Que, tratándose de las piezas que incluyen la afirmación “Nº1 Elegido como el supermercado más económico”, al estar unida a otros elementos que dan a entender que Líder tiene el total más bajo respecto de otros supermercados según comprobaciones objetivas realizadas, estima este Consejo que el más probable efecto en el público será entender que esta calificación de Nº 1 obedece a la misma lógica, es decir, a datos objetivos y acreditables, y no a la percepción del público en base a un estudio de esa clase, y por tanto su decisión de compra estará influida por ello. En dicho sentido, no es suficiente la cita aclaratoria que señala “en base a estudio tracking imagen y precios de GfK Adimark Chile en 2018” pues ella no agrega antecedentes para pensar algo distinto a lo ya señalado, y debe concluirse que la afirmación es confusa y puede conducir al público a conclusiones erróneas.” (Dictamen Ético CONAR, O. Cit.)

Adicionalmente, señala que la información proporcionada por Supermercados Líder a los consumidores en esta materia resulta absolutamente insuficiente, pues no permite resolver interrogantes esenciales relativas a la representatividad del referido estudio de GfK Chile del año 2019, tales como los lugares en qué se efectuó (por



Foja: 1

ejemplo, en la calle o en los locales de Supermercados Líder), el tipo de preguntas que se realizó a los consumidores (cerradas o abiertas), las alternativas que se les entregó a los entrevistados (todos o algunos supermercados), etc. En consecuencia, a partir de la información proporcionada por las demandadas a los consumidores no resulta posible a éstos y al público en general comprobar el alcance de sus afirmaciones, infringiendo con ello las normas de competencia desleal.

La circunstancia de presentarse ante los consumidores y el público en general como haber sido elegido el supermercado más económico, constituye un absoluto publicitario que implica una comparación respecto de los demás supermercados y, en consecuencia, los antecedentes en que se funda tal afirmación debieron ser puestos a disposición de los consumidores a efectos de comprobar su veracidad.

Relacionado a lo anterior, la necesidad de información adicional a la proporcionada por Supermercados Líder a efectos de analizar la comprobabilidad de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, motivó que en su momento el Servicio Nacional del Consumidor solicitase a Supermercados Líder, en más de una oportunidad, que le proporcionase tales antecedentes, desconociendo su parte si tal información fue finalmente entregada a la autoridad.

En definitiva, todo lo expuesto en el presente Capítulo determina que el empleo de la referida frase publicitaria por parte de Supermercados Líder constituye un acto de competencia desleal que afecta a nuestras representadas en cuanto competidor que día a día disputa las preferencias de los consumidores.

Respecto de los precedentes jurisdiccionales y éticos de sociedades relacionadas a las demandadas relativos a publicidad comparativa, explica que en el mes enero del año 2008 Comercial Arauco Limitada, propietaria de Supermercados Único de Valdivia, dedujo demanda ante el TDLC en contra de Distribución y Servicio D&S S.A. (empresa relacionada a Supermercados Líder), por la realización de actos de competencia desleal con ocasión de una campaña publicitaria realizada en la ciudad de Valdivia, consistente en comparar boletas de Supermercado Líder de Valdivia y Supermercado Único. La demandante denunció que la referida campaña publicitaria era engañosa y difundía información que no era veraz, objetiva ni demostrable. Algunas de las afirmaciones que incluía la campaña de Supermercados Líder eran las siguientes: “Son exactamente los mismos productos comprados el (...) -mismo día-”, “El Total de tu Boleta Más Bajo” y “Otra pequeña ayuda Líder”. Pues bien, el caso es que el TDLC decidió acoger la demanda y condenar a Distribución y Servicio D&S S.A. al pago de una multa. La Excma. Corte Suprema rechazó los recursos de reclamación interpuestos en contra de la sentencia del TDLC.

Destaca que los razonamientos que tuvo el TDLC para acoger la demanda resultan plenamente aplicables en la especie, puesto que los defectos en que se incurrió en aquella oportunidad son similares a los que hoy reclaman sus representadas. Para efectos de ilustrar lo que se señala, a continuación transcribimos algunos párrafos de la referida sentencia:

“Además, en uno de estos cuatro casos, se comparan diferentes productos pues los números de los códigos de barra (o GTIN) no coinciden en ambas boletas. De esta forma, las boletas de Único aparecen “recargadas” con productos adicionales o de mayor calidad que las de Líder Valdivia (por ejemplo, vino reserva versus vino varietal), (...)” (Considerando Trigésimo Octavo Sentencia N° 103/2010 del TDLC.)

“Que, además, en general, la comparación tampoco es objetiva porque la mayoría de los productos adquiridos en Líder Valdivia corresponden a ofertas de tipo promocional -con una vigencia que de acuerdo con el informe de fojas 1185 no superaría los 31 días en el 90% de los casos mientras que los de Único corresponden a productos adquiridos individualmente y sin promociones. Por ello, la publicidad en cuestión además resulta engañosa, en cuanto pretende dar un alcance general y permanente a la comparación por medio de asertos publicitarios como “otra pequeña ayuda, Líder” y “el total de tu boleta más bajo”. Lo anterior, sin considerar que, además, quien escoge qué productos incluir en la publicidad comparativa es precisamente el que la hace, lo que le permitiría seleccionar, para efectuar la comparación, precisamente los productos en que la diferencia de precios sea mayor, por lo que la referida propaganda



Foja: 1

tampoco permitiría demostrar que los precios en promedio son más bajos en un supermercado que en el otro;" (Considerando Cuadragésimo Tercero Sentencia N° 103/2010 del TDLC.)

"Que, por último, este Tribunal considera que es extremadamente difícil para el consumidor medio comprobar la veracidad de la publicidad en cuestión, principalmente porque para ello se requiere de tiempo significativo. En efecto, aún cuando, en general, los productos que figuran en ambas boletas aparecen en un orden similar, no aparecen con el mismo nombre, nomenclatura o descripción, lo cual obliga a acudir a los números de los códigos de barra o GTIN. Además, cuando se incluye más de una unidad del mismo producto, las líneas de ambas boletas dejan de coincidir al figurar, por ejemplo, en una de ellas dos veces el producto con el precio individual, y en la otra una única vez dos unidades del producto con un solo precio. Ello se complica aún más tratándose de productos en promoción, porque los precios individuales de un producto incluido en ambas boletas deben ser ajustados por la vía de restar al precio el correspondiente descuento aplicado en la caja. Por todo lo anterior, este Tribunal considera que verificar este tipo de publicidad resulta extremadamente costoso para el consumidor medio, esto es, para un consumidor razonablemente informado, atento y perspicaz. En efecto, las dificultades mencionadas exigen una cantidad de tiempo y dedicación de la que raramente se dispone y que, en todo caso, para el consumidor medio no es razonable realizar;" (Considerando Cuadragésimo Cuarto Sentencia N° 103/2010 del TDLC.)

Relacionado a lo anterior, y a efectos de no extenderse en la materia, señala que, sociedades relacionadas a las demandadas, han sido sancionadas en otras ocasiones por el Consejo Nacional de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR), por publicidad que presenta similitudes con los defectos alegados en estos autos. En este sentido se encuentran por ejemplo las causas rol: 789/10, 761/09, 743/08 y 569/03.


Afirma que la campaña publicitaria "Total + Bajo" ha ocasionado perjuicios a sus representadas, puesto que ha desviado clientela de Supermercados Unimarc y menoscabado su imagen al difundir -a través de una publicidad comparativa plagada de defectos y que fue confeccionada sin elementos que permitan su comprobación-, la idea que Supermercados Unimarc sería sustancialmente más caro que Supermercados Líder (diferencias que podrían llegar hasta un 32%). A efectos de ilustrar la magnitud y profundidad de la campaña publicitaria en comento, debe señalarse que en ella se habrían invertido elevadas sumas de dinero y se estima que habría alcanzado a un elevado porcentaje de la audiencia, atendida su alta presencia en TV abierta, prensa, radio, vía pública y redes sociales. Sin lugar a dudas que ha contribuido a la notoriedad de la campaña "Total + Bajo", y en consecuencia al daño que esta ha ocasionado y seguirá causando a nuestras representadas, la circunstancia de haber utilizado la imagen del periodista Sr. Emilio Sutherland, quien es percibido por la población como una persona confiable y que desenmascara engaños.

El impacto del empleo del Sr. Emilio Sutherland en la referida campaña, como un antecedente empleado por las demandadas para dotar de mayor credibilidad a la comparación efectuada, es un hecho reconocido por el CONAR en su Dictamen Ético pronunciado en la causa Rol: 1125-2019, al señalar lo siguiente: "A este respecto, la aparición del periodista Sr. Emilio Sutherland en las piezas publicitarias, identificado como una persona creíble y defensor de los chilenos según el estudio de credibilidad acompañado por la reclamante, afirmando que comparó y comprobó las diferencias de precio entre los supermercados, refuerza el mensaje en cuanto a que la comparación está debidamente respaldada, y será percibido por el público como un antecedente que le da certezas a este respecto." (Dictamen Ético CONAR, O. Cit.)

Señala que considera que el daño a sus representadas ha sido además mayor que el ocasionado a otras cadenas de supermercados, toda vez que en la alusión que en las imágenes de la publicidad se hace a "OTRO SUPER" se utiliza el color rojo, el cual es asociado directamente a Supermercados Unimarc. E incluso más, en la información de sustento contenida en algunas de las piezas publicitarias emitidas por televisión, específicamente en el texto legal que pretenden explicar las circunstancias fácticas de la publicidad expuesta, se hace referencia expresa y directa a que la comparación de precios es efectuada entre Supermercados Líder y Unimarc. A modo meramente ejemplar, a continuación se presentan imágenes de una de las piezas publicitarias



Foja: 1
emitidas (agrandando el texto de la misma en la parte baja y subrayando en amarillo la parte correspondiente):



Lider

2x\$1.060

PASTAS TRADICIONALES 400 G
PRECIO NORMAL \$690 C/U

Precios válidos en Lider, Express de Lider y Lider.cl desde el 24 de septiembre a 14 de octubre de 2019. Máximo de 10 unidades de cada producto por boleto. Excluye otras promociones vigentes y compras con factura. *Total + Bajo: Según comparación de precios realizada el día 24 de septiembre de 2019, entre las 08:00 y 20:00 horas, en los Supermercados Lider y Unimarc ubicados en la comuna de Las Condes (ver detalle de locales en Servicio al Cliente y www.lider.cl). Las diferencias de precios corresponden y son válidas para la fecha, hora y lugar indicados en las boletas de compras protocolizadas en la Notaría de don Iván Torrealba Acevedo y disponibles en Servicio al Cliente de cada local. Lider no puede garantizar que estas diferencias permanezcan en el tiempo; los precios en los Supermercados podrían variar. **Lider, elegido en Chile como el supermercado más económico de acuerdo a las percepciones de los consumidores chilenos recogidas en el Estudio Tracking Imagen y Precios realizado por GfK Chile en 2019, en base a 2.350 encuestas presenciales mensuales en 17 ciudades de todo Chile.

Asevera que resulta evidente que una campaña de publicidad supuestamente comparativa, de alta notoriedad y alcance, de referencias explícitas e implícitas a este competidor, y que emplea una figura reconocida por desenmascarar a sujetos tramposos, que engañan a los clientes, tiene aparejada la aptitud y efecto de perjudicar a esta parte con la pérdida de clientela y los consecuentes perjuicios económicos que de ella se derivan.

Sin perjuicio de todo lo anterior, y atendido que la proximidad en el tiempo de la emisión de la campaña y frase que se cuestionan impiden poder cuantificar con exactitud los daños producidos y aquellos que se siguen generando, su parte se reserva el derecho a reclamar la indemnización de todo y cualquier perjuicio derivado de los hechos objeto de la presente demanda en un juicio posterior, derecho que se encuentra expresamente reglamentado y conferido en los Artículos Quinto y Noveno de la LCD.

En cuanto al derecho, explica que el Artículo Tercero de la LCD dispone que: “[e]n general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”.

En este sentido, la falta de rigurosidad, de diligencia y errores deliberados de Supermercados Líder en la comparación objeto de su campaña publicitaria “Total + Bajo”, constituyen sin lugar a dudas una conducta contraria a la buena fe, a las buenas costumbres y un medio ilegítimo -al no ser posible su verificación e inducir a error al consumidor- cuyo objetivo claro es desviar clientela desde Supermercados Unimarc y otros supermercados a Supermercados Líder. De esta manera, se configuran a su respecto todos los supuestos exigidos por el Artículo Tercero de la LCD para calificarla como un acto de competencia desleal.

Adicionalmente, la LCD enumera en su Artículo Cuarto, de manera referencial y no taxativa, una serie de conductas que “se considerarán actos de competencia desleal”, teniendo particular relevancia para esta demanda las descritas en las letras b) y e) de dicha norma, que califica de actos de competencia desleal las siguientes:



Foja: 1

“b) El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos. (...)

e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.”

Pues bien, considerando los diferentes defectos de que adolece la campaña publicitaria “Total + Bajo” y la frase “# 1 Elegido como el supermercado más económico”, los que fueron expuestos en los Capítulos III y IV de esta demanda, no existe lugar a dudas que Supermercados Líder ha difundido hechos y/o aseveraciones que son incorrectas o incluso derechamente falsos, que han inducido a error al consumidor respecto del precio de los productos que ofrecen las demandadas, conducta que es expresamente sancionada por la Letra b) del Artículo Cuarto de la LCD.

Asimismo, la comparación que se realiza en la referida campaña publicitaria evidentemente se funda en antecedentes que no son veraces ni demostrables, por el simple hecho de no existir las boletas que se publicitan y/o por no ser comparables los productos y boletas protocolizadas, configurándose la conducta descrita en la Letra e) del Artículo Cuarto de la LCD. Lo anterior, sin perjuicio que cada uno de los defectos expuestos en los Capítulos previos por sí mismos permiten calificar de competencia desleal el actuar de Supermercados Líder con ocasión de la campaña “Total + Bajo”.

De igual forma, el empleo de la frase “# 1 Elegido como el supermercado más económico” sin sustentarse en datos objetivos y acreditables y, en cualquier caso, sin poner a disposición de los consumidores y el público en general los antecedentes a partir de los cuales se permitiría publicitarla (a efectos de poder ser analizados), constituye un evidente acto de competencia desleal. Relacionado a lo anterior, resulta ilustrativo lo resuelto por nuestros tribunales de justicia sobre el particular al resolver:

“TERCERO: Que el artículo 3 de la ley 20.269 define de modo general como acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado, en tanto que el artículo 4 consigna algunas hipótesis a sancionar por ese concepto, cuya letra e) “Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley”.

CUARTO: Que del juego de ambas normas se colige que son supuestos de la conducta típica, que se trate de un acto, contrario a la buena fe o buenas costumbres, que use medios ilegítimos y que tenga por objeto desviar clientela, y en el caso de la publicidad, además, se sanciona la comparativa siempre que se funde en antecedentes que carezcan de veracidad ni demostrables, de donde se sigue que no toda la publicidad de ese tipo se estima desleal.” (Sentencia definitiva del 17 de Juzgado Civil de Santiago, autos Rol: 23.423-2007, 30 de junio de 2010. Confirmada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago -salvo costas- y Excma. Corte Suprema.)

En consecuencia, afirma que en la especie resulta evidente que la conducta desplegada por Supermercados Líder en su campaña publicitaria “Total + Bajo” se encuentra enmarcada tanto dentro de la definición general del concepto de competencia desleal del Artículo Tercero de la LCD, como de las descripciones típicas de las letras b) y e) del mismo cuerpo legal. Y es que no se puede pretender que los defectos, errores e interesadas discrecionalidades en que ha incurrido Supermercados Líder, y que le permiten artificioosamente afirmar a través de su campaña publicitaria que el total de la compra en dicho establecimiento arroja siempre el total más bajo, no hayan sido concebidos o realizados con otra finalidad que la de desviar clientela desde sus competidores en su favor.

En este sentido, mal podría argumentarse que la publicidad comparativa desarrollada por las demandadas cumple con requisitos mínimos de rigurosidad que



Foja: 1

permitan considerarla leal, así como tampoco puede sostenerse que ella habría sido llevada a cabo sin el interés de captar la clientela de sus competidores.

Relacionado con lo anterior, debe señalarse que la LCD dispone expresamente que un competidor tiene legitimidad activa para reclamar la aplicación de dicho cuerpo legal, al indicar en su Artículo Primero que la misma: “tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal”. Además, la LCD en el inciso primero de su Artículo Sexto dispone que “[c]ualquiera que resulte directa y personalmente amenazado o perjudicado en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal podrá ejercer las acciones señaladas en las letras a) a d) del artículo anterior.”

Por otra parte, hace presente que las medidas que se solicita adoptar en esta presentación se encuentran debidamente previstas en la LCD, más concretamente en su Artículo Quinto Letras a), b) y c), el cual dispone que en contra de los actos de competencia desleal es posible ejercer, de manera conjunta o separada, las siguientes acciones: “a) acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica; b) acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste; c) acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo; (...)”.

Por último, hace presente que en virtud de lo dispuesto en los Artículos Quinto y Noveno de LCD, se reserva el derecho a demandar los perjuicios derivados de la conducta de las demandadas que se reclama en autos en otro juicio diverso.

Por todo ello, solicita tener por interpuesta demanda en juicio sumario por acto de competencia desleal en contra de Walmart Chile S.A. y Administradora de Supermercados Híper Limitada, admitirla a tramitación, y en definitiva:

(a) Declarar que la difusión y exhibición de la campaña publicitaria “Total + Bajo” de las demandadas, implementada entre el día 24 de septiembre de 2019 y 14 de octubre de 2019, constituye un acto de competencia desleal de conformidad con lo dispuesto en el Artículo Tercero y/o Artículo Cuarto Letra b) y/o Artículo Cuarto Letra e), todos de la Ley 20.169 que regula la Competencia Desleal;

(b) Declarar que la difusión y exhibición de la frase “# 1 Elegido como el supermercado más económico” en la campaña publicitaria “Total + Bajo”, implementada entre el día 24 de septiembre de 2019 y 14 de octubre de 2019, constituye un acto de competencia desleal de conformidad con lo dispuesto en el Artículo Tercero y/o Artículo Cuarto Letra b) y/o Artículo Cuarto Letra e), todos de la Ley 20.169 que regula la Competencia Desleal;

(c) Ordenar a las demandadas cesar en toda exhibición y/o difusión, por cualquier medio, de la campaña publicitaria “Total + Bajo”, implementada entre el día 24 de septiembre de 2019 y 14 de octubre de 2019, así como la eliminación de todo contenido relativo a la misma en cualquier medio de difusión, y prohibir a las demandadas emitirla nuevamente;

(d) Ordenar a las demandadas cesar en toda exhibición y/o difusión, por cualquier medio, de la frase “# 1 Elegido como el supermercado más económico”, así como la eliminación de todo contenido relativo a la misma en cualquier medio de difusión, y prohibir a las demandadas emplearla nuevamente;

(e) Reconocer el derecho de las demandantes a demandar en un juicio posterior los perjuicios derivados de los actos de competencia desleal antes referidos, conforme la reserva hecha por esta parte de conformidad a lo dispuesto en los Artículos Quinto y Noveno de la Ley 20.169 que regula la Competencia Desleal;

(f) Ordenar a las demandadas publicar, a su costa, la sentencia condenatoria que se dicte en estos autos, o un extracto de ella, o una rectificación, en los diarios El Mercurio y La Tercera, o en la forma y periódicos que se determine; y

(g) Condenar a las demandadas al pago de las costas de la presente causa.

Con fecha 18 de agosto del 2020, consta la notificación hecha en la forma prevista en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, a las demandas de autos, actas que rolan a folios 24, 25 y 26.



Foja: 1

Con fecha 15 de septiembre del 2020 se llevó a cabo la audiencia de contestación y conciliación, con la asistencia de todas las partes demandantes y demandadas.

Que las partes demandantes ratifican la demanda, y solicitan que ella sea acogida en todas sus partes, con costas.

Que las partes demandadas contestan el libelo mediante minuta escrita que se encuentra agregada a la carpeta electrónica con fecha 14 de septiembre de 2020, folio 45.

Inician su contestación, haciendo un resumen de la demanda.

Afirma que no ha existido nada ilícito en las conductas y comportamientos de sus representadas en el acotado período que las demandantes identifican como parte del supuesto acto de competencia desleal, esto es, entre el 24 de septiembre de 2019 y 14 de octubre de 2019, fecha en la cual se llevó a cabo la Campaña Total + Bajo que se invoca como ilícita, ni en cualquier otro lapso que sea relevante para resolver el presente conflicto.

Afirma que lo que la demanda de autos pretende dibujar como una conducta supuestamente desleal no es tal y se aparta de la realidad de los hechos y del objetivo que sus representadas siempre han tenido en mente al desarrollar su actividad económica, esto es, a través de la oferta de precios convenientes para los consumidores, disputar la clientela a sus competidores de un modo leal.

Señala que una de sus representadas, Walmart Chile S.A. (“Walmart”), es una empresa cuyos orígenes se encuentran hace más de 100 años, con la fundación de la empresa importadora y distribuidora mayorista Gratenau y Cía., en el año 1893. Fue la primera empresa en inaugurar un supermercado en Latinoamérica, bajo la marca Almac, en 1957. En el año 1985, comenzó a operar como Distribución y Servicio D&S S.A. (“D&S”), en calidad de distribuidora y proveedora de servicios a los supermercados.

Explica que desde siempre el foco de Walmart y de Administradora de Supermercados Hiperlíder Limitada (“Administradora Híper Líder”) ha estado -tal como se ha publicitado en la Campaña Total + Bajo y en la frase que las demandantes imputan como desleales- en ofrecer a los clientes una propuesta de valor centrada en precios bajos.

Así, ya en 1984, la antecesora de Walmart había inaugurado el primer formato de “supermercado económico” en Chile, bajo la marca Ekono. Luego, en 1996, se introdujo el concepto de “megamercado económico”, bajo la marca Líder, inédito en el país. Posteriormente, empezando el milenio (año 2000, precisamente) se tomó la decisión de inaugurar el formato de Líder Vecino, para capitalizar la oferta de valor de sus representadas en distintas comunas que no eran capaces de albergar megamercados de grandes superficies. Tras ello, en 2007, se incorpora un formato adicional, de almacén de descuento, bajo la marca SuperBodega aCuenta. En esa misma línea, finalmente, en 2013 se inauguró el primer local Central Mayorista, formato dirigido especialmente a ofrecer precios bajos a pequeños comerciantes, hoteles, restaurantes y casinos.

Ese esfuerzo permanente por dar a sus clientes la mejor oferta de valor centrada en precios bajos, con un adecuado surtido en góndolas, se fue traduciendo también en el cada vez más intenso desarrollo que sus representadas fueron dando a sus marcas propias, que se destacaron desde un inicio por ofrecer precios convenientes para productos de buena calidad, tanto si se les compara con productos que se venden en los mismos supermercados de sus representadas (como precisamente fue el objeto de comparación que se hizo en la Campaña Total + Bajo), como si se les compara con marcas propias de otros competidores, situación esta última que no fue objeto de comparación, pese al errado entender de las demandantes.

Esta iniciativa, la de las marcas propias, que se implementó desde 2007, buscó aumentar la variedad de alternativas en las categorías en que ellas estuvieran presentes, a través de productos formulados específicamente para atender necesidades que no estaban siendo cubiertas por otras marcas en el mercado, a precios fuertemente competitivos que recogieran las sensibilidades de precios de los consumidores. Esta lógica que tuvo la compañía D&S desde sus orígenes, fue recogida por Walmart, firma que adquirió una participación mayoritaria y comenzó un proceso de integración con D&S en 2009, con



Foja: 1

la misión de cumplir el objetivo que ambas compañías habían perseguido históricamente: ayudar a las personas a ahorrar dinero para que puedan vivir mejor.

Así, la principal actividad comercial de Walmart consiste en la operación de supermercados con la estrategia multiformatos a la que se hizo referencia supra, los que permiten satisfacer de manera adecuada las diversas necesidades de variados segmentos de clientes a lo largo de todo el territorio nacional, sistemáticamente velando porque accedan a precios bajos en combinación con una buena calidad de productos y adecuada variedad en góndolas.

Refleja ello el afán de sus representadas no sólo de imprimir la mayor competencia posible en los mercados de los que participa, sino que, adicionalmente, vender productos al menor precio posible, sin por ello dejar de obtener utilidades lícitas en un mercado que es altamente competitivo.

Asevera que el objetivo de sus representadas a la hora de difundir y exhibir la Campaña Total + Bajo y de utilizar la frase publicitaria que se cuestiona no ha sido otro que publicitar e informar a los clientes, de un modo que está permitido por el ordenamiento jurídico, una realidad que no sólo emana de los propios dichos de los ejecutivos de sus representadas encargados de estudiar los precios que se ofertan al público, sino además de estudios encargados a prestigiosas consultoras externas e independientes.

Lo anterior ocurre en un escenario altamente competitivo y que, hasta el momento de ser notificados de la presente demanda, estimaba de una rudeza que no sólo es tolerada por el ordenamiento jurídico y en especial por la LCD, sino que era tolerada por los demás competidores. Está hablando de un mercado, el de los supermercados, donde los principales actores se desenvuelven en un hábitat publicitario conocido, realizando campañas publicitarias que tienen por objeto disputarles clientela a sus competidores, con técnicas que no por ser duras pueden ser calificadas de desleales.

Por ello, habiendo observado una serie de campañas de las propias demandantes fue grande la sorpresa de sus representadas al momento de ser emplazadas en el presente juicio, toda vez que existe una profunda convicción, que espera demostrar en el presente litigio, en orden a que se cumplieron los más altos estándares publicitarios y que, si en algo hubo fallas, ello ya fue objeto de representación por parte del organismo ético y de adhesión voluntaria que regula la publicidad en Chile, esto es, el H. Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (“CONAR” o “H. Consejo”).

Dice que esta sorpresa no fue menor porque, como expondrá al finalizar la presente contestación, han sido las propias demandantes quienes han utilizado publicidades que no pueden sino calificarse de comparativas, agregando a tal calificativo otros que sí podrían estimarse como constitutivos de ilícitos éticos y legales, al ridiculizar y menoscabar la marca de sus representadas con signos, colores y exageraciones que demuestran que tanto SMU como Rendic Hermanos han utilizado una vara de autoevaluación diversa cuando juzgan su propia publicidad respecto a aquella vara utilizada para juzgar la publicidad de Walmart y de Administradora Híper Líder.

Dicho lo anterior, su defensa se desarrolla de acuerdo con la estructura que sigue, la que adelantó a modo de resumen ejecutivo de esta presentación.

En el Segundo Capítulo, se referirán detalladamente a la publicidad efectuada por Walmart y Administradora Híper Líder, centrándose en exponer cómo es que la misma cumple con la legislación y estándares publicitarios, sin que pueda estimarse una publicidad comparativa ilícita, al haberse ajustado a la Ley N°19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (“Ley del Consumidor” o “LPC”), a los criterios que ha levantado el Servicio Nacional del Consumidor (“SERNAC”) y a aquellas directrices que se encuentran en el Código Chileno de Ética Publicitaria (“CCEP”). Para todo lo anterior, expondrán cómo es que sus representadas, conscientes del valor de la publicidad para los consumidores, han adecuado su actuar publicitario a los más altos estándares de la industria, considerando no sólo los dictámenes éticos del CONAR sino también las circulares del SERNAC y los precedentes judiciales que han pronunciado al respecto.



Foja: 1

Revisarán en qué consistió y cómo se construyó la Campaña Total + Bajo, respecto de la cual adelantaron desde ya dos circunstancias que resultan relevantes en relación a la entidad de la supuesta infracción y a la oportunidad de las acciones deducidas por las Demandantes: (a) la Campaña Total + Bajo tuvo una extensión temporal que no excedió de un mes y, (b) al momento de la interposición y notificación de la Demanda, no se encontraba vigente, toda vez que terminó de exhibirse y difundirse el 14 de octubre de 2019, tal como por lo demás, lo reconocen judicial y espontáneamente las demandantes.

Expondrán de manera detallada cómo es que resulta totalmente apartado de la realidad afirmar que la publicidad adolece de los defectos que las Demandantes indican en su libelo, advirtiendo desde ya que se pretende utilizar un dictamen ético del CONAR con alcances ajenos a lo que resulta propio y oportuno de discutir y resolver en un juicio como el que les convoca.

Verá cómo es que existió una metodología veraz y demostrable al momento de construir la Campaña Total + Bajo, explicando cómo es que cada una de las supuestas falencias de la publicidad contenidas en el capítulo III de la Demanda se apartan de la realidad y no pueden ser objetos de una sanción a la luz de la LCD.

Luego, expondrán el sustento de la frase publicitaria “#1 Elegido como el supermercado más económico”, sin que pueda admitirse como improcedente su utilización, ni menos que puedan permitirse como ciertas las imputaciones que al respecto efectúan las demandantes, toda vez que la misma es el resultado de un riguroso estudio realizado por una prestigiosa consultora externa e independiente a sus representadas.

Con todo, expondrán cómo es que la publicidad efectuada por sus representadas tanto en la Campaña Total + Bajo como en la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, en tanto publicidad comparativa, resulta beneficiosa para los consumidores y estimula la competencia.

Luego, en el Tercer Capítulo de la presente contestación se expondrán las fundadas razones jurídicas que permiten concluir que sus representadas no incurrieron en acto de competencia desleal alguno tanto al difundir y exhibir la Campaña Total + Bajo, como al realizar lo propio con la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, analizadas desde el punto de vista del artículo 3º y de los literales b) y e) del artículo 4º, todos de la LCD, sin que sea posible adecuar las conductas a ninguna de las mencionadas disposiciones.

Verán como cuestiones preliminares que (i) las sociedades Demandantes, tal como está incoada la Demanda, carecen de legitimación activa para deducir las acciones que ésta contiene; y, (ii) la LCD, a diferencia de aquello que se establece en el CCHEP, exige un grado de intensidad relevante en la ilegitimidad de la conducta y ello no podría ser de otro modo porque no puede confundirse la competencia desleal con la competencia ruda o fuerte.

Analizarán cómo es que en el caso concreto no se cumplen los requisitos que legal, jurisprudencial y doctrinariamente se requieren para configurar las conductas típicas que se indican en el artículo 4º de la LCD. Para ello, siguiendo las imputaciones que hacen las Demandantes, expondrá por qué no concurre el ilícito específico del literal e) del artículo 4º de la LCD, tanto en lo que se refiere a la Campaña Total + Bajo como en lo que se refiere a la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, existiendo no sólo veracidad, sino que demostrabilidad en ambas publicidades.

Luego, verán cómo tampoco concurren los supuestos de hecho para estimar configurada la hipótesis específica del artículo 4º letra b) de la LCD, tanto en lo que se refiere a la Campaña Total + Bajo como en lo relativo a la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, no habiéndose utilizado signos ni habiéndose difundido hechos o aseveraciones incorrectos o falsos que induzcan al error que la LCD pretende evitar.

Finalizará el mencionado capítulo III, analizando la falta de concurrencia de los requisitos necesarios para configurar la hipótesis general del artículo 3º de la LCD, toda vez que al difundir y exhibir tanto la campaña como la frase que se reprochan ilícitas



Foja: 1

por las Demandantes, (i) no se incurrió en un actuar que sea contrario a las buenas costumbres ni a la buena fe que debe regir en las relaciones mercantiles; (ii) en ningún caso han concurrido medios ilegítimos en el obrar de sus representadas; (iii) tampoco ha estado presente un actuar negligente, ni menos doloso de parte de Walmart ni de parte de Administradora Híper Líder; y, (iv) en ningún caso las acciones publicitarias se dirigieron ni persiguieron desviar ilegítimamente clientela hacia los locales Líder.

Para finalizar, en el Cuarto Capítulo se concluirán acerca de la improcedencia y de las limitaciones de las acciones contenidas en la demanda de autos, razones que resumen los argumentos de esta parte para que la misma sea rechazada.

Analizarán la improcedencia de cada una de las señaladas acciones, no sin dejar de mencionar cuál, en la respetuosa opinión de su parte, fue el objetivo que pareció existir detrás del libelo que dio origen al presente litigio, considerando como elemento de contexto las mismas publicidades que han exhibido y publicitado las propias actoras, comparando y ridiculizando a los supermercados, marcas y signos de sus representadas, desconociendo por decir lo menos, el hábitat publicitario en que se desenvuelven las campañas de competidores, sin dejar de llamar la atención acerca del diverso estándar de celo para juzgar sus propias publicidades a la hora de calificar e imputar ilícitos supuestamente cometidos por sus representadas.

Inicia el capítulo segundo de su contestación, expresando que la publicidad efectuada por Walmart y Administradora Híper Líder cumple con la legislación y estándares publicitarios.

Entre el 24 de septiembre y el 14 de octubre, ambos del año 2019, sus representadas exhibieron y difundieron en distintos medios una campaña publicitaria de carácter comparativa, la Campaña Total + Bajo, la cual tuvo como objetivo dar cuenta, en beneficio de los consumidores, acerca de la conveniencia de preferir los productos comercializados en los supermercados Líder, respecto de aquellos ofertados en los supermercados de la competencia. Esto, en atención a que conforme un estudio de precios efectuados por sus representadas sobre una muestra representativa de productos -el que se efectuó con altos estándares procedimentales y según los lineamientos y principios recomendados por nuestro ordenamiento jurídico-, fue posible aseverar que aquellos eran efectivamente más económicos que los ofertados por la competencia.

En dicho período y hasta el día de hoy se sigue utilizando la expresión publicitaria “#1 Elegido como el supermercado más económico”, la cual fue formulada luego de un exhaustivo estudio que se viene realizando desde hace varios años por una prestigiosa empresa consultora externa, a la que se referirán en lo sucesivo.

Tal como expuso supra, en opinión de las demandantes, y en breve síntesis, la Campaña Total + Bajo sería ilícita, pues no estaría sustentada en información veraz, objetiva y demostrable, lo que constituiría -conforme su errado raciocinio- un acto de competencia desleal, desde el punto de vista de la cláusula general contenida en el artículo 3° y/o de los ilícitos particulares que se contienen en los literales b) y e) del artículo 4°, todos de la LCD. En la misma situación se encontraría la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, utilizada por sus representadas, pues, a juicio de los demandantes, tampoco estaría amparada en antecedentes objetivos y acreditables, imputando también a su respecto la configuración de las hipótesis legales antes referidas.

Asevera que como quedará demostrado, las imputaciones realizadas por las demandantes son gravemente incorrectas y se encuentran severamente sesgadas. Sus representadas y así los hechos y las pruebas lo demostrarán, actuaron en todo momento con la más genuina convicción de haber realizado una publicidad comparativa que cumple con todos los estándares y requisitos que establece el ordenamiento jurídico, ya sea en términos de recomendaciones de carácter ético, fijadas en CCHEP; en cuanto a la normativa de protección al consumidor, conforme lo dispuesto en la Ley del Consumidor; y, principalmente, en lo que resulta de mayor relevancia para el presente juicio, acorde a lo que dispone el estándar y la regulación que obliga a competir lealmente.

Teniendo presente lo señalado, en lo consecutivo se dará cuenta de que la publicidad comparativa (i) vista en abstracto, es lícita, siendo beneficiosa para los consumidores y la competencia; y, (ii) que, analizada en el caso concreto de la Campaña



Foja: 1

Total + Bajo y de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, éstas se ajustan al ordenamiento jurídico.

Primero: La publicidad comparativa no sólo es lícita, sino también estimula la competencia y beneficia a los consumidores. Asienta en primer lugar que, tal como lo reconocieron correctamente las demandantes en su libelo, la publicidad comparativa es lícita, tanto en nuestro país como en el extranjero, siendo ésta considerada, además, como un mecanismo razonable para estimular la competencia y beneficiar con ello a los consumidores.

En efecto, “la publicidad comparativa contribuye a demostrar objetivamente las ventajas de los distintos productos comparables y a estimular la competencia entre los proveedores de bienes y servicios en beneficio del consumidor” (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada el 19 de abril de 2017, en la causa “De Landsheer Emmanuel SA contra Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne y Veuve Clicquot Ponsardin S.A.”), siendo una manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener.

Es más, tan necesaria se ha vuelto la publicidad comparativa como una herramienta que confiere beneficios a los consumidores, que organismos internacionales, como el Parlamento y el Consejo Europeo, introdujeron expresamente en su legislación este tipo de publicidad, considerando que: “(...) Dada la posibilidad y la necesidad de que los consumidores obtengan el máximo beneficio del mercado interior, y que la publicidad es un medio muy importante para abrir, en toda la Comunidad, salidas reales a todos los bienes y servicios, las disposiciones esenciales que determinan la forma y el contenido de la publicidad comparativa deben ser las mismas y las condiciones de utilización de la publicidad comparativa en los Estados miembros deben armonizarse; que, si se cumplen estas condiciones, ello contribuirá a demostrar objetivamente las ventajas de los distintos productos comparables; que la publicidad comparativa también puede estimular la competencia entre los proveedores de bienes y servicios en beneficio del consumidor (...)” (Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa. Diario Oficial N° L 290 de 23/10/1997).

Por su parte, en Latinoamérica, el organismo de fomento de la competencia de Perú (INDECOPI) ha señalado expresamente que la publicidad comparativa, cuando se difunde cumpliendo con los principios que rigen la publicidad comercial, proporciona mayor información al consumidor y fomenta la competencia. (Ricardo Paredes M., Límites a la Publicidad Comparativa y Jurisprudencia Antimonopolios en Chile, p. 6.)

En segundo lugar, en nuestro país ha sido el CONAR el que se ha preocupado de aclarar que “la publicidad comparativa está plenamente permitida”, precisando que “en Chile la Publicidad Comparativa es plenamente aceptable y válida, tanto así que los artículos 10, 11 y 12 del Código Chileno de Ética Publicitaria [actualmente artículos 14 y 15 del cuerpo normativo citado] la regula expresamente” (Nota de prensa CONAR: “La Publicidad comparativa está plenamente permitida”)

En efecto, el CONAR, sobre la base de las normas contenidas en el CCHEP, ha señalado que “la publicidad comparativa de precios está plenamente permitida, en la medida que ofrezca al público antecedentes que lo ayuden a tomar decisiones de compra mejor informadas” (Pronunciamiento del CONAR dictado en la causa Rol N°569/03). En este sentido, el H. Consejo ha sido claro en señalar que la publicidad comparativa no representa una conducta desleal en el marco de la sana competencia, “muy por el contrario, es un instrumento de la competencia leal entre los diversos productos y servicios que, a través de una adecuada información, permite a los consumidores formarse una opinión fundada” (Compendio de “Jurisprudencia del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria -CONAR- Año 2009”).

Así las cosas, es evidente y parece no ser un hecho discutido que la publicidad comparativa es una herramienta lícita que resulta, por lo demás, beneficiosa para el mercado y para los consumidores. Por lo mismo, es que resulta reprochable que las demandantes, a través de su libelo, pretendan que se declare que la publicidad comparativa de la Campaña Total + Bajo y de la frase cuestionada es atentatoria de la



Foja: 1

leal competencia, cuando éstas han cumplido con todos los requisitos que exige el ordenamiento jurídico nacional. En dicho sentido, su parte considera que acceder a la pretensión de las Demandantes constituye un gran riesgo, pues -junto con dar una señal errónea al mercado- se estaría privando a los consumidores a acceder a una herramienta que les resulta completamente beneficiosa al momento de tomar decisiones relacionadas con la adquisición de bienes y servicios.

En segunda lugar, afirma que la publicidad comparativa efectuada por sus representadas se ajusta tanto a la Ley del Consumidor y a los criterios del SERNAC, como a lo dispuesto en el CCHEP. Primero, el artículo 1° N°4 de la LPC define publicidad en términos amplios como “la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato. Son condiciones objetivas aquellas señaladas en el artículo 28.” Luego, la Ley del Consumidor contiene disposiciones (especialmente, en el Párrafo 1° de su Título III, sobre “Información y Publicidad”) que establecen obligaciones e infracciones teniendo como objetivo cautelar que la información entregada a los consumidores sea veraz y no inductiva a error o engaño. Como anticipó, en su presentación quedará demostrado que la publicidad efectuada por sus representadas es veraz y no ha inducido a error o engaño.

Por consiguiente, la publicidad en comento se ajusta a todos los criterios exigidos por el SERNAC y particularmente a los lineamientos contenidos en la Resolución Exenta N°187 de 21 de marzo de 2019, que Aprueba Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales¹⁴ (“Circular sobre Publicidad”). En efecto, tanto la Campaña Total + Bajo como la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico” se ajustan a los principios de legalidad, de veracidad y de respeto a la competencia fijados en la Circular sobre Publicidad, adecuándose, de manera particular al “principio de comprobabilidad”, de acuerdo con el cual “se debe estar en condiciones de poder comprobar las afirmaciones publicitarias realizadas en una determinada campaña, por ejemplo, uso de absolutos publicitarios, publicidades comparativas, publicidades basadas en precios, entre otras”.

Adicionalmente, la Circular sobre Publicidad agrega que “quienes realicen publicidad deben estar en condiciones de comprobar las afirmaciones acotables y susceptibles de ser medidas o cuantificadas que la publicidad contenga, siendo esto especialmente sensible en materia de ‘absolutos publicitarios’, ‘publicidad comparativa’ y ‘publicidad basada en precios’”¹⁹. Pues bien, y como se expondrá en esta presentación, la Campaña Total + Bajo y la frase publicitaria cuestionada cumplen con todos los principios antes expuestos, no siendo efectivo los defectos que las demandantes intentan construir en su escrito de demanda.

Por último, le asiste la convicción de que la publicidad de sus representadas también se ajusta a las recomendaciones contenidas en el CCHEP que de manera expresa tratan la publicidad mencionada. Es así como el inciso 1° del artículo 14 del CCHEP señala que: “(...) se considera publicidad comparativa toda aquella comunicación que reclame superioridad o ventajas de un producto, servicio, marca o industria, respecto de un competidor, directo o indirecto, mediante el recurso de comparar, de manera explícita o implícita, sus características, atributos o beneficios. También se entenderá por publicidad comparativa aquella que explícitamente identifica a la competencia, o la que sugiere el nombre, envase, presentación, atributo, hecho o elemento que se relacione con una o más marcas o empresas de la competencia, o una industria en particular”.

Asimismo, el inciso 4° y siguientes del artículo 14 del CCHEP precisa cuáles son los requisitos y límites que debe cumplir la publicidad comparativa para no ser objeto de reproche del CONAR, indicando: “La publicidad comparativa debe apoyarse en antecedentes objetivos que puedan ser comprobados fehacientemente y no debe utilizar recursos como la exageración, la dramatización u otras licencias publicitarias permitidas a las declaraciones genéricas no acotadas, en desmedro de la competencia.



Foja: 1

Las afirmaciones o alegaciones de tono excluyente y los absolutos publicitarios que tengan carácter comparativo requieren ser comprobados por constituir asertos respecto de una característica del bien o servicio que lo hacen superior, en términos absolutos, a sus competidores.

La publicidad comparativa será aceptada siempre que respete los siguientes principios y límites: A. Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad. B. Que compare de modo veraz, objetivo y demostrable una o más características de los bienes, servicios o marcas comparadas, entre las que podrá incluirse el precio. C. Que no dé lugar a confusión entre el anunciante y un competidor, o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor. D. Que no constituya competencia desleal, denigración o menosprecio de la imagen o la marca de otra empresa o industria. (...)."

Por su parte, el artículo 15 del CCHEP regula específicamente un subtipo de publicidad comparativa: la comparación de precios en bienes y servicios de distintos competidores, circunstancia de gran relevancia para el presente caso, al disponer:

"Dado que los precios pueden tener una gran variabilidad en corto tiempo, la publicidad asociada a precios no debe dar la impresión de que éstos constituyen una ventaja constante o permanente de la marca que la realiza, a menos que ello sea demostrable.

Las comparaciones de precio deberán ser comprobables y los productos o servicios cuyos precios se comparan deberán tener características similares.

La comparación de precios no podrá realizarse cuando se trate de rebajas en productos con desperfectos, de segunda o reacondicionados, ni de mercancías descontinuadas o de caducidad próxima, a menos que estas circunstancias se indiquen con claridad.

La publicidad que compare precios debe indicar de forma clara y visible la fecha en que los precios fueron comparados, agregando la advertencia que, a la fecha de su publicación, los precios que se comparan pueden haber variado.

En la comparación de precios de una misma marca, producto o servicio (del tipo "antes/ahora"), el precio mayor debe ser el precio realmente ofrecido y vigente por un tiempo considerable antes del ahorro o rebaja anunciado".

Así las cosas, para que una publicidad comparativa no sea objeto de representación por el CONAR, conforme lo indicado en el CCHEP, ésta deberá realizarse, al menos, de manera veraz y apoyada en antecedentes objetivos y demostrables. Como veremos, todos estos elementos concurren en las piezas publicitarias que conforman la Campaña Total + Bajo y en la frase publicitaria "#1 Elegido como el supermercado más económico".

Menciona en este punto, no obstante que se tratará detenidamente infra, que los lineamientos del CCHEP tienen como "principal objetivo (...) autorregular las comunicaciones publicitarias y de marketing desde la perspectiva ética" ("Objetivos y Alcance del Código", CCHEP), siendo "una disposición deontológica derivada de la voluntad privada del sector publicitario, como expresión de responsabilidad social, cuya finalidad es servir como instrumento de autorregulación de la publicidad y las comunicaciones comerciales, estableciendo normas y estándares éticos que debieran ser observados por todos los actores de la industria".

En dicho sentido, las recomendaciones establecidas en el CCHEP de ninguna forma corresponden a una normativa de carácter legal ni menos contienen un mandato que en el caso de ser infringido genere, como consecuencia directa e ineludible, un ilícito de competencia desleal, como parecieran pretenderlo las demandantes.

Prosigue indicando que Walmart y Administradora Híper Líder, conscientes del valor de la publicidad para los consumidores, han venido adecuando su actuar a los más altos estándares publicitarios, considerando los dictámenes éticos del CONAR y los precedentes judiciales.

Considerando lo dispuesto en el acápite anterior, y particularmente teniendo presente la relevancia que tiene la publicidad para los consumidores y la competencia,



Foja: 1

sus representadas han recogido siempre los pronunciamientos y recomendaciones del CONAR y de la jurisprudencia en general. Por lo mismo, les asiste el pleno convencimiento de que la cuestionada publicidad de sus representadas respeta y cumple con todos los principios asentados respecto a cómo deben elaborarse las piezas publicitarias en general, y las piezas de publicidad comparativa en particular.

Sus representadas no desconocen que, en el pasado, algunas de sus piezas publicitarias han sido objeto de reproche ético por el CONAR. No obstante, considerando que el mercado en que interactúan las demandantes y sus representadas es uno de carácter dinámico y que requiere de un volumen considerable de publicidad para cautivar e informar a los consumidores, les parece que estos casos son aislados y de ellos no puede derivarse que sus representadas tengan un patrón de conducta contrario a la ética publicitaria, como pretenden atribuírselo las demandantes.

Es más, es justamente el H. Consejo el que ha señalado en ocasiones previas que la publicidad comparativa de D&S (antecesora de Walmart) no está en conflicto con la ética publicitaria: “en efecto, tal publicidad es objetiva, veraz y comprobable, ya que en ella se indican los productos comparados, su precio en cada supermercado y la fecha y la hora en la que fueron adquiridos a tales precios, todo lo cual permite a los consumidores tener la información que permite a los consumidores tener la información necesaria para acotar los alcances de la pieza publicitaria (...)” (Pronunciamiento del CONAR dictado el 21 de diciembre de 2002, en la causa Rol N°552.). A decir verdad, ninguna de estas circunstancias destacadas por el CONAR está ausente en la Campaña Total + Bajo ni en la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”.

En este orden de cosas, para sus representadas es importante dejar sentado que, si bien en el pasado algunas de sus piezas publicitarias han sido objeto de reproche, lo cual no desconocen, no es menos cierto que aquellas corresponden a casos aislados de simples errores en su elaboración, los cuales han sido subsanados con la premura necesaria y nunca mediando mala fe ni un ánimo de engañar al público consumidor.

En efecto, si se revisa algunos de los casos en que anteriormente el CONAR ha reprochado a sus representadas un error en sus piezas publicitarias, es posible concluir que éstos no corresponden a un problema metodológico, sino únicamente a una equivocación aislada, sin que puedan extenderse efectos como los que pretenden las demandantes.

Así, por ejemplo, en el dictamen de 7 de agosto de 2009 (causa Rol N° 761), el H. Consejo le representó a D&S (antecesora legal de Walmart) que en materia de publicidad comparativa debía incluir la fecha en que se realizaban las compras y que aquello debía ser certificado por un ministro de fe. Pues bien, dicha formulación fue considerada por Walmart, incorporándose, además, en sus protocolos de generación de piezas publicitarias, lo que ocasionó que el CONAR, luego del año 2009, no haya vuelto a reprochar aquel punto a sus representadas. En efecto, en la publicidad comparativa objeto de esta litis, como aquellas que se han realizado con posterioridad al año 2009, se incluye debidamente la fecha en que se realizan las compras, certificándose tal hecho por un ministro de fe.

Atendido lo expuesto, su parte da cuenta y así lo acreditará, que cada uno de los reproches formulados en el pasado por el CONAR a sus representadas han significado una oportunidad para reforzar y ajustar sus protocolos de generación de piezas publicitarias, los que incluyen, además, una revisión detallada y actualizada de los precedentes judiciales y de los criterios asentados por el SERNAC en materia de publicidad.

Por otro lado, hacen presente que el cuestionamiento formulado por el CONAR en contra de sus representadas, al que las demandantes hacen referencia a lo largo de su libelo y que fue el resultado de un reclamo interpuesto por la propia SMU -por los mismos hechos objeto de la Demanda- (en causa Rol N°1.125/19 del CONAR), responde a una particular percepción del H. Consejo, que no se condice con lo que esta parte estima es la correcta interpretación de las recomendaciones del CCHEP con respecto a la publicidad comparativa y a los principios que en el pasado ha fijado en sus pronunciamientos sobre la materia.



Foja: 1

Asimismo, son categóricos en señalar que dicho reproche ético, como cualquier otro formulado por el CONAR, no pueden ser considerados en modo alguno como un antecedente directo e ineludible de eventuales atentados a la leal competencia, sin que pueda extrapolarse sin acomodo lo que ha dicho el H. Consejo para utilizarlo como una especie de título ejecutivo en un juicio regido por la LCD, como parecieran pretenderlo las demandantes.

Prosigue refiriéndose a la Campaña Total + Bajo y cómo se construyó la publicidad. Acotada extensión de la campaña e inclusión de rostros públicos. No es efectivo que la publicidad adolezca de los defectos que las demandantes intentan construir.

Como fue adelantado supra, la publicidad comparativa no sólo es una práctica permitida en nuestra legislación, sino también un elemento de promoción y fomento de la competencia dentro del mercado, traducándose en un beneficio relevante para los consumidores. Así ha sido entendido en nuestro país, que ha ido recogiendo la experiencia comparada que muestra una sustitución progresiva de las prohibiciones para efectuar este tipo de publicidad por condiciones o requisitos destinados a cautelar la veracidad de la información presentada a los consumidores.

En este contexto, la Campaña Total + Bajo fue exhibida entre el 24 de septiembre y el 14 de octubre de 2019, esto es, tuvo una extensión que no superó las tres semanas, sin que actualmente se esté difundiendo ni exhibiendo.

El objetivo de la Campaña Total + Bajo fue motivar a los consumidores a adquirir productos en los supermercados Líder, sobre la base de antecedentes veraces y demostrables que permitían a sus representadas afirmar que los precios de una serie representativa de productos eran más bajos que los de la competencia, de acuerdo con la metodología que se explicará a continuación.

En primer lugar, la base de la Campaña Total + Bajo estuvo dada por información que tiene a la vista el Instituto Nacional de Estadísticas (“INE”) para la determinación del Índice de Precios al Consumidor (“IPC”). Este indicador permite medir “la variación de los precios de una canasta de bienes y servicios representativa del consumo de los hogares, dando cuenta del desarrollo económico, tecnológico, social y cultural del país, a través de los cambios en los hábitos de consumo capturados mediante la evolución de aquella canasta” (Manual Metodológico del Índice de Precios al Consumidor (IPC) base anual 2018, p. 5.)

La utilización de los productos considerados por el INE para establecer el IPC tuvo por objeto dotar a la Campaña Total + Bajo de elementos que permitieran expresar adecuadamente las pautas de consumo de los clientes que concurren a los supermercados, desde el punto de vista de un organismo técnico, independiente y objetivo. (A este respecto, el INE señala: “El IPC se construye asegurando representatividad y comparabilidad temporal, con la finalidad de resguardar la precisión con que el índice, mes a mes, da cuenta de la evolución del nivel de precios promedio de la economía. Además, se agregan otras dos características propias de los IPC: se publica la variación del mes anterior dentro de los ocho primeros días del mes siguiente y no está sujeto a revisión.

La representatividad se logra con una selección de la canasta de bienes y servicios, denominados productos en términos del IPC, que refleja los patrones de consumo de los hogares. Para esto último, es muy relevante que la importancia relativa de cada producto seleccionado en la canasta del IPC responda a las tendencias de consumo de los hogares del país. Cuanto más precisa sea la selección de estos productos, más representativo será el índice.

Con respecto a la comparabilidad temporal, esta requiere que los componentes que definen el IPC (productos y ponderaciones) permanezcan estables en el tiempo. De esta forma, la medición de la evolución de los precios puede realizarse respecto a un período base en el tiempo. Es decir, a partir de un mes o año determinado, es posible cuantificar el cambio promedio en la variación de precios de ciertos ítems o grupos de estos”. Manual, p. 9.)



Foja: 1

Con todo, debe tenerse presente que no todos los productos o servicios que componen la canasta del IPC corresponden a aquellos que los consumidores razonablemente esperarían adquirir o contratar en los supermercados. En efecto, si se analizan las distintas divisiones que permiten calcular el IPC, se podrá advertir que muchas de ellas corresponden a productos o servicios de muy distinta naturaleza:

Tabla N°1:
Ponderaciones de las divisiones que forman el IPC base 2018=100

División	Ponderación canasta IPC 2018=100 (%)
1. Alimentos y bebidas no alcohólicas	19,30131
2. Bebidas alcohólicas y tabaco	4,77767
3. Vestuario y calzado	3,50596
4. Vivienda y servicios básicos	14,82720
5. Equipamiento y mantención del hogar	6,52285
6. Salud	7,76778
7. Transporte	13,12148
8. Comunicaciones	5,45488
11. Restaurantes y hoteles	6,38347
12. Bienes y servicios diversos	5,15260

El cuadro anterior refleja todas las divisiones del Apéndice 5: “Canasta IPC Base Anual 2018=100” (Manual, pp. 97-117, O. Cit.) Sin embargo, la muestra utilizada por sus representadas se construyó tomando en consideración los productos de aquellas divisiones que corresponden a bienes que un consumidor razonablemente esperaría adquirir en un supermercado, porque existen divisiones que no guardan relación alguna con tales establecimientos.

De ahí que sea infundada la denuncia de que la “canasta INE” resultaría “inductiva a error en el consumidor, quien naturalmente pensará que se trata, en realidad, de la canasta con que dicho organismo calcula la variación de la inflación, y no de la simple selección de algunos productos efectuada a su mera voluntad o arbitrio.”

Como se puede ver en el cuadro anterior, sería imposible que la muestra hubiera contenido la totalidad de los productos utilizados por el INE para el cálculo del IPC, sencillamente porque los supermercados no los comercializan ni prestan todos los referidos servicios que sirven para construir dichos parámetros.

Ahora bien, para el diseño de la muestra de la Campaña Total + Bajo, sus representadas tomaron en consideración específicamente los productos contenidos en la “canasta básica de alimentos” (“CBA”). LA CBA es publicada por el Ministerio de Desarrollo Social sobre la base de la información aportada por el propio INE y se utiliza para la determinación de las líneas de pobreza, conteniendo 71 categorías de productos.

En segundo lugar, de estas 71 categorías de productos, sus representadas consideraron al menos 51 productos (A saber: arroz, pan corriente sin envasar (hallulla y marraqueta), espiral (fideos), galleta dulce, galleta no dulce, prepizza familiar, harina de trigo, avena, asiento, pechuga de pollo, salchicha y vienesa de ave, salchicha y vienesa tradicional, paté, choritos frescos o refrigerados en su concha, surtido de mariscos en conserva, leche líquida entera, leche en polvo entera instantánea, yogurt, queso gouda, queso crema, huevo de gallina, aceite vegetal combinado o puro, plátano, manzana, poroto, lenteja, lechuga, zapallo, limón, palta, tomate, zanahoria, cebolla, choclo congelado, papa, azúcar, chocolate, helado familiar, salsa de tomate, sucedáneo de café, agua mineral, bebida gaseosa tradicional, bebida energizante, refresco isotónico, néctar líquido, refresco en polvo, té (dos tipos), pollo asado y empanada de horno.), siendo excluidos de la muestra aquellos productos que sus representadas no comercializan en todos o alguno de sus supermercados y que, en consecuencia, no habrían sido representativos de sus niveles de precios (Por ejemplo, promoción de comida rápida, colación o menú del día o almuerzo ejecutivo, pan aliado (jamón queso), plato de fondo



Foja: 1

para almuerzo, “completos”, entre otros.). En su lugar, fueron agregadas otras categorías de productos que son recurrentes en las compras mensuales de sus clientes.

Hace presente que estos productos agregados, aun cuando no están dentro del listado de la CBA, sí se encuentran en alguna de las divisiones consideradas por el INE para la determinación de la canasta IPC.

Finalmente, para evitar cualquier cuestionamiento a la elección del producto específico de la muestra, se tomó la decisión de escoger aquel producto que era el más vendido en Líder dentro de la respectiva categoría. Así, por ejemplo, para la categoría “arroz”, se eligió el producto “Arroz Miraflores 1 Kilo, grado 1, largo ancho”; para la categoría “fideos”, se eligió el producto “Fideo Espiral Carozzi, 400 gramos”; para la categoría “azúcar”, se eligió el producto “Azúcar Iansa, 1 kilo”; y así sucesivamente.

Lo mismo se aplicó en el caso de aquellas categorías que, teniendo el mismo nombre, comprendían más de una especie de distinto tipo; por ejemplo, para la especie “porotos” de la categoría “legumbres”, se eligió el producto “Poroto Tórtola, Banquete, 1 kilo”; y para la especie “lentejas” de la misma categoría, se eligió el producto “Lentejas 5 mm, Banquete, 1 kilo”. Y así sucesivamente.

Como resultado de esta metodología se obtuvo una muestra lo suficientemente representativa que concilia, por una parte, las categorías aportadas por el INE para la confección de la CBA y, por otra parte, la demanda concreta de los consumidores al interior de los supermercados Líder, que permitió asignar un producto en particular a cada una de tales categorías. Esto permite desvirtuar las alegaciones de arbitrariedad en la elección de los productos cuyos precios fueron comparados. No existe tal arbitrariedad si se consideran, por un lado, los productos del INE y, por el otro, los de mayor demanda, dado que se trata de un criterio no sólo veraz sino demostrable respecto a la falta de incidencia de la sola voluntad de sus representadas, y en que no se observa cómo ni por qué la selección podría a priori beneficiar a sus representadas en una publicidad comparativa de precios, en desmedro de los demás supermercados.

Distinto habría sido el caso si en la elección de los productos de la muestra el criterio hubiera sido el precio (por ejemplo, el producto más económico comercializado por Líder dentro de la respectiva categoría), lo que desde luego no ocurrió.

En cuanto a la realización de las mediciones de precios, medidas de homologación y piezas publicitarias, explica que las mediciones de precios fueron realizadas mediante compras efectuadas en los supermercados Líder, Jumbo, Tottus, Santa Isabel y Unimarc el 24 de septiembre de 2019. Los productos fueron comprados primero en Líder y después en los locales de sus competidores, con el objeto de evitar cualquier cuestionamiento derivado de que se hubieran podido ajustar los precios de Líder de acuerdo con los que arrojaran las compras en los otros supermercados, si el orden de compra hubiese sido inverso.

Una vez que se realizaron las compras, todas las boletas fueron protocolizadas en la Notaría de don Iván Torrealba Acevedo, para luego ser cargadas en el sitio web www.lider.cl, donde estuvieron disponibles durante toda la vigencia de la Campaña Total + Bajo.

Ahora bien, para corregir las distorsiones que hubiera ocasionado la comparación de productos de peso o unidades variables (por ejemplo, alimentos vendidos a granel), sus representadas llevaron a cabo un proceso de homologación, proceso de gran relevancia para evitar sesgos que hicieran de la comparación un proceso carente de veracidad y demostrabilidad, conforme lo exige el artículo 4º letra e) de la LCD.

Este proceso consistió en expresar en la misma unidad de medida productos de peso o unidades variables, para luego comparar cada precio de acuerdo con la unidad de medida de homologación. Por ejemplo, en el caso de la especie “tomate granel” de la categoría “verduras”, en Líder se compró 1,09 kilo por un precio de venta al público de \$1.406 (\$1.290 por kilo), y en Unimarc se compró 1,082 kg del mismo producto por un precio de \$1.504 (\$1.390 por kilo). Así, el precio “homologado” de las boletas (esto es, convertido a la unidad de medida kilo) fue de \$1.290 en el caso de Líder y de \$1.390 en el caso de Unimarc.



Foja: 1

Del mismo modo, en el caso del producto “Pañal Natural Care G92, Huggies” de la categoría “pañales”, en Líder el producto se compró por un precio total de \$16.990 (como tenía 92 pañales, cada unidad costó \$184,673), y el producto de Unimarc se compró por un precio de \$22.990 (como tenía 74 pañales, cada unidad costó \$310,675). Así, el precio “homologado” de las boletas (esto es, convertido en las 92 unidades del primer producto) fue de \$16.990 en el caso de Líder y de \$28.582 en el caso de Unimarc (el producto de multiplicar \$310,675 por 92). En este caso, el objetivo de la homologación era dar cuenta del precio del producto de la competencia considerando que tuviera el mismo número de unidades contenidas en el producto de Líder.

Es del caso señalar que el criterio de homologación aplicado a ciertos productos es concordante con las exigencias que contempla el artículo 32 inciso 1° de la LPC para los efectos de la entrega de información básica comercial: “La información básica comercial de los servicios y de los productos de fabricación nacional o de procedencia extranjera, así como su identificación, instructivos de uso y garantías, y la difusión que de ellos se haga, deberán efectuarse en idioma castellano, en términos comprensibles y legibles en moneda de curso legal, y conforme al sistema general de pesos y medidas aplicables en el país, sin perjuicio de que el proveedor o anunciante pueda incluir, adicionalmente, esos mismos datos en otro idioma, unidad monetaria o de medida”.

De esta manera, el proceso de homologación tendió a uniformar la entrega de información sobre la base del sistema general de pesos y medidas aplicables en el país, especialmente a propósito de aquellos productos vendidos a granel. En efecto, como se sabe, mediante la ley s/n de 29 de enero de 1848, Chile adoptó el sistema métrico decimal, el cual estableció como unidades únicas y obligatorias, entre otras, el kilogramo como unidad de peso y el litro como unidad de volumen.

Adicionalmente, estos criterios son recogidos en el Decreto N° 229 de 25 de noviembre de 2002, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que “Aprueba Reglamento sobre Información del Precio Unitario de los Productos”. De acuerdo con el artículo 4° letra d) de este cuerpo reglamentario, el “precio por unidad de medida” corresponde al “precio final del producto, incluidos los impuestos correspondientes, por un kilogramo, un litro o un metro del producto o por cada unidad del mismo”. De esta manera, la homologación tendió a facilitar la comparación en el caso de productos comprados a granel, al uniformar las muestras tomadas en los distintos supermercados de acuerdo con un criterio de medición objetivo, conocido por los consumidores y aceptado en nuestro ordenamiento.

Señala una circunstancia que estiman de suma relevancia y que las demandantes por omisión u olvido no incluyeron en su descripción contenida en el libelo. El proceso de homologación al que han venido haciendo referencia se utilizó en ambos sentidos, esto es, tanto “a favor” como “en contra” de sus representadas, con el objeto de disponer de información transparente, veraz y demostrable al momento de realizar las piezas publicitarias. Así, por ejemplo, el corte de vacuno denominado “asiento” resultó más económico en Unimarc que en Líder: sus precios en las boletas de compra son \$5.963 y \$8.982, respectivamente, y en términos homologados por unidad de peso (1 kilo), sus precios son \$5.690 y \$6.990, respectivamente.

Dicho lo anterior, advierte que en todas las piezas publicitarias desarrolladas para promover la Campaña Total + Bajo se informó que las compras fueron realizadas el 24 de septiembre de 2019 y que los consumidores podían tener acceso a más información en el sitio web www.lider.cl y en los locales comerciales. Asimismo, la frase legal genérica de la Campaña Total + Bajo era clara en establecer su plazo de duración y sus demás elementos relevantes.

En efecto, esta frase indicaba lo siguiente: “Precios válidos en Líder, Express de Líder y Líder.cl desde el 24 de septiembre y 14 de octubre 2019, ambas fechas inclusive. Máximo de 10 unidades de cada producto por boleta. Excluye otras promociones vigentes y compras con factura. *Total + Bajo: Según comparación de precios realizada el día 24 de septiembre de 2019 entre las 8:00 y las 20:00 horas en los Supermercados Líder, Jumbo, Santa Isabel, Tottus y Unimarc, ubicados en la comuna de Las Condes (ver detalle en Servicio al Cliente y www.lider.cl). Las diferencias de precios corresponden y son válidas para la fecha, hora y lugar indicados en las boletas de



Foja: 1

compras protocolizadas en la Notaría de don Iván Torrealba Acevedo y disponibles en Servicio al Cliente de cada local. Líder no puede garantizar que estas diferencias permanezcan en el tiempo; los precios en los Supermercados podrían variar”.

De acuerdo con el artículo 9 inciso 1° del CCHEP, “La publicidad puede hacer uso de citas aclaratorias, o de aquellas contenidas en asteriscos u otros símbolos equivalentes, para entregar información adicional sobre una palabra o concepto, pero no para alterar, contradecir o modificar substancialmente el mensaje principal o el llamado de un aviso”. En este caso, la frase legal se utilizó precisamente con el objeto de entregar información adicional sobre la Campaña Total + Bajo, y en ningún caso para alterar, contradecir o modificar el mensaje principal.

Adicionalmente, la frase legal cumplió con todos los requisitos que desarrolla el SERNAC a propósito del uso de la “letra chica o pequeña” (Circular sobre Publicidad, páginas 26 a 28):

- (i) En cuanto a los requisitos de fondo: la frase legal no se utilizó para contradecir el mensaje principal de la Campaña Total + Bajo, sino para informar de aquellos antecedentes que debían estar contenidos en la publicidad en cumplimiento del deber de suministrar la información básica comercial (En este caso, el tiempo o plazo de la Campaña Total + Bajo, de acuerdo con el artículo 35 inciso 1° de la Ley del Consumidor) y del principio de autosuficiencia del soporte publicitario (“Al respecto, los soportes publicitarios deben bastarse a sí mismos, ello significa que cada uno de los mensajes publicitarios deben ser suficientes en cuanto a su contenido, de tal manera que ellos no carezcan de la información que por ley están obligados los proveedores a proporcionar a los consumidores, frente a una promoción u oferta, o cuando en una publicidad se hace uso de información básica comercial. Lo anterior es sin perjuicio del cumplimiento del principio de disponibilidad y acceso de la información, en virtud del cual, un proveedor puede disponer de canales accesorios de información, que complementen el soporte principal, los cuales deben señalarse de manera destacada en el avisaje, ser gratuitos y accesibles para los consumidores, a fin de informarse oportunamente sobre las características de un bien o servicio”. Circular sobre Publicidad, pp. 11-12.)
- (ii) En cuanto a los requisitos de forma: la frase legal también cumplió con los criterios de uso vertical, contraste, tiempo de exhibición (en el caso de las piezas televisivas) y tamaño que recomienda seguir el SERNAC (Circular sobre Publicidad, pp. 27-28.)

En particular, con respecto a la pieza publicitaria exhibida en televisión a la que se refiere la demanda (páginas 17 y siguientes) y en que se puede ver a don Emilio Sutherland sosteniendo dos boletas de compras, no es efectivo que no existan antecedentes de respaldo de los precios allí indicados. Muy por el contrario, las boletas que sostiene el señor Sutherland en esa pieza corresponden a los valores de la boleta N°1130059445 (Unimarc: total de \$132.597) y la boleta N°1422805091 (Líder: total de \$100.787), ambos ajustados según el criterio de homologación explicado precedentemente, lo que arrojó los valores de \$134.049 y \$90.280, respectivamente, que fueron los exhibidos en la publicidad.

Teniendo presente lo anterior, no puede sino afirmar que la Campaña Total + Bajo fue diseñada e implementada siguiendo criterios veraces y demostrables, conforme lo exige el artículo 4° letra e) de la LCD, exponiéndose además todas las aclaraciones exigibles de la publicidad a fin de evitar cualquier error de parte de los consumidores.

En cuanto a la incorporación del señor Sutherland en la publicidad llevada a cabo para promover la Campaña Total + Bajo, la elección de las figuras o rostros por parte de sus representadas se rige por estándares que son comunes en la industria, y nunca con el objetivo de denigrar o dañar el buen nombre de los competidores.

Efectivamente, el señor Sutherland es conocido por ser el conductor del programa de investigación periodística de Canal 13 denominado “En su propia trampa” y ha desarrollado atributos de credibilidad y confianza relevantes, de acuerdo con un estudio



Foja: 1

que las propias demandantes citan. Estos atributos desde luego fueron valorados por nuestras representadas al momento de escoger a su persona para el desarrollo de la Campaña Total + Bajo, de cuyo mensaje estamos total y fundadamente convencidos.

Sin perjuicio de ello, no es en calidad de “Tío Emilio”, como indica la demanda, que el señor Sutherland protagonizó las piezas publicitarias de la Campaña Total + Bajo, sino como persona natural. En ninguna de las piezas en que participó ese profesional se alude, directa o indirectamente, al mote “Tío Emilio”, a su participación en el programa televisivo “En su propia trampa” o a su fama como persona que “desenmascara” a quienes abusan o se aprovechan de otros con la acusatoria frase “Te pillamos po’ compadre”.

Por el contrario, la inclusión de esa persona era consistente con la metodología empleada para efectuar la comparación de los productos (lo que se refleja en el llamado “comparé y comprobé”), con el objeto de expresar la veracidad y credibilidad de ese proceso. En consecuencia, estimamos que es ir demasiado lejos pretender que con la participación del señor Sutherland nuestras representadas habrían buscado “instalar la idea o sensación que existiría una especie de trampa en los precios cobrados por otros supermercados distintos de Supermercados Líder.”

Lo anterior, máxime teniendo en cuenta que las demandantes, en el último tiempo, han desplegado una actividad publicitaria sumamente agresiva y muy directamente dirigida en contra de sus representadas.

En efecto, a comienzos de 2019, en el marco de la “Operación 990” de Unimarc, la demandante emitió una pieza televisiva dirigida a atacar la campaña “1.000 productos a \$1.000” de Líder, valiéndose de un personaje de peluca rubia, vestido con camisa azul, que dice “no te lo pierdas, ya comenzó ¡1.000 productos a...!””, momento en el cual el cocinero televisivo Ignacio Román (Unimarc) le dispara hasta hacerlo disminuir de tamaño, y aparece el actor Jorge Zabaleta (Unimarc) diciendo “a sólo 990, nuestra misión es que tú ahorres de verdad”. Enseguida, el comunicador Francisco “Pancho” Saavedra (Unimarc) agrega: “En Unimarc hay más de 1000 productos a menos de 1000 pesos”

En otra pieza televisiva, también vinculada a la “Operación \$990”, la locución comienza señalando: “Porque a ti no te vienen con cuentos y sabes cuánto ahorras con las promociones de Unimarc”, contexto en el que aparece una boleta que dice “otro súper” con el color que identifica a Líder, que es tarjada con una cruz roja, con el objeto de dar a entender que Líder “les iría con cuentos” a los consumidores. Enseguida, el cocinero televisivo Ignacio Román (Unimarc) afirma: “aprovecha más de 1000 productos a menos de mil pesos”.

Desde luego, su representada en ningún caso está cuestionando la inclusión en estas piezas de personajes reconocidos y que gozan de gran popularidad, como el comunicador y conductor de televisión Francisco “Pancho” Saavedra. La contratación de ese rostro, en la lógica de las demandantes, implicaría asumir que como él protagoniza y conduce un programa en el cual recorre Chile, hasta sus rincones más extremos, ello implicaría afirmar que las publicidades de los supermercados Unimarc son las mismas y tienen las mismas condiciones en todo Chile. Lógicamente resulta absurda tal extrapolación propuesta por las demandantes y no se condice con la práctica internacional publicitaria que cuenta con la contratación de figuras públicas para las campañas.

Con independencia de los rostros que formen parte de las campañas de sus representadas y de las que han exhibido las Demandantes, no pueden dejar de reiterar que campañas como las efectuadas por el supermercado Unimarc sí que se encuentran reñidas con la ética publicitaria, porque su objetivo no es otro que denigrar, ridiculizar o menospreciar a la competencia (El artículo 4° incisos 1° y 2° del CCHEP dispone: “El avisador será respetuoso respecto de la imagen, las marcas y los productos o servicios de un competidor. La denigración de un competidor constituye no sólo una falta al honor profesional del avisador sino que conduce también a un debilitamiento de la confianza que el público dispensa a la publicidad. En tal sentido, las comunicaciones no deben menoscabar ni denigrar directamente ni implícitamente a ninguna marca, producto o servicio, ya sea poniéndolo en ridículo, menospreciándolo, denigrándolo o de cualquier



Foja: 1

forma”), vulnerando asimismo el principio del respeto a la competencia en los términos promovidos por el SERNAC (Circular sobre Publicidad, O. Cit., p. 11). En cambio, nada de esto ocurrió en las piezas publicitarias desarrolladas por sus representadas para promover la Campaña Total + Bajo.

Dicho de otro modo, tal como expondrán al finalizar la contestación, fue grande la sorpresa de sus representadas cuando fueron notificadas de la demanda de autos, toda vez que llamó la atención la hipersensibilidad de las demandantes en lo que a publicidad comparativa se refiere, cuando ellas han sido no sólo las más agresivas en sus comerciales, sino las únicas que han aludido forma directa a la competencia y, específicamente, a Líder.

Asevera que no es efectivo que la publicidad de sus representadas adolezca de los defectos que las demandantes imputan.

En relación con la supuesta falta de concordancia entre las boletas que se publicitan y aquellas protocolizadas, como fue indicado anteriormente, las boletas que sirvieron de base para esa pieza publicitaria sí existen y son las ya indicadas (boletas N°1130059445 de Unimarc y N°1422805091 de Líder), las que sí aparecen mencionadas en el cuadro que contiene la demanda (página 19).

La única particularidad de las boletas exhibidas en la pieza publicitaria aludida es que ellas se encontraban ajustadas de acuerdo con el criterio de homologación explicado más arriba; es decir, lo que se exhibió en la publicidad fue el resultado final obtenido después de aplicar ese criterio de homologación. Esa es la razón de que los montos de las boletas que aparecen en la pieza publicitaria no encuentran un correlato en el registro del Notario (puesto que sólo se protocolizaron las boletas de las compras efectivamente realizadas, sin ajustes de ningún tipo, tal como se informó en el texto legal referido supra).

Si bien este ejercicio de homologación no fue explicado expresamente en la pieza publicitaria, ello en ningún caso implica que las boletas exhibidas en ella no sean susceptibles de comprobación, ni mucho menos tuvo por objeto entregar información falsa o intentar generar confusión de manera deliberada. Muy por el contrario, si las piezas publicitarias hubieran hecho alusión directamente a las boletas efectivamente protocolizadas, sin criterio de homologación alguno por unidad de medida, otros competidores podrían haber alegado que la comparación no era precisa o, incluso, que era engañosa.

Hacen presente que las piezas publicitarias sí exhibieron las boletas protocolizadas, cuando fue innecesario ajustar los precios de venta de acuerdo con un criterio de homologación. Ello ocurrió, por ejemplo, en el caso de las boletas utilizadas para la comparación interna que sus representadas hicieron respecto de boletas con productor de marcas propias versus boletas sin productos de marcas propias, a lo que se referirán infra.

Respecto a la supuesta diferencia de productos entre las boletas que se encuentran protocolizadas, la demanda plantea que la Campaña Total + Bajo habría comparado boletas que incluían productos diferentes. Para tal efecto, se refiere específicamente a las compras correspondientes a la “Canasta INE”, que en el caso de Líder no habría incorporado una bandeja de 12 huevos que sí estuvo en las compras realizadas en los supermercados Unimarc y Jumbo.

A este respecto, hacen presente que la bandeja de huevos efectivamente no aparece en la boleta de Líder (de hecho, es el único de los 61 productos de esa muestra que no aparece en una de las tres boletas mencionadas), pero ello se debió a la circunstancia de que ese producto no estaba disponible en el supermercado Líder al momento de efectuar la compra. Por esta razón, este producto no fue sumado en las boletas homologadas que fueron utilizadas en la publicidad, de lo que se dejó constancia en el archivo Excel donde consta ese ajuste, por lo que sus representadas no obtuvieron ninguna ventaja indebida de esta situación, como pretende instalar la demanda. Haber hecho lo contrario, esto es, haber sumado y recargado la boleta de los competidores con más productos sí hubiese sido contrario a la leal competencia.



Foja: 1

En consecuencia, no es efectivo que las boletas de los competidores de sus representadas se encontrarían sobrecargas de productos adicionales que harían imposible su comparación, como sostiene la Demanda.

En relación con la diferencia de formatos que las demandantes estiman existente entre las boletas, la demanda afirma que las boletas resultantes de las compras realizadas el 24 de septiembre de 2019 no serían comparables, debido a que “comprenden productos que presentan características relevantes disímiles en cuanto a formato, tamaño o presentación”. La Demanda sugiere que la única forma “certera” de comparar sería mediante el código de barra de cada producto de cada marca y formato.

Más arriba explicaron cuál fue la metodología empleada por sus representadas para la determinación de los productos que fueron objeto de la muestra. Sólo añadirán que no existe en nuestro ordenamiento ninguna exigencia a que la publicidad comparativa se sujete a las condiciones que indica la demanda. Muy por el contrario, el artículo 14° del CCHEP permite la publicidad comparativa de “bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad”, y el artículo 15° del mismo cuerpo ético señala que “las comparaciones de precio deberán ser comprobables y los productos o servicios cuyos precios se comparan deberán tener características similares”. De seguir la tesis que postula la demanda, sería imposible que esas normas recibieran aplicación, puesto que los competidores sólo tendrían permitido realizar publicidad comparativa respecto de productos idénticos entre sí, esto es, en la lógica de las demandantes, sólo se podrían comparar productos que tienen el mismo código de barra, excluyéndose, por ejemplo, toda la venta de productos ofertados a granel o por peso.

En cuanto a las diferencias de formato entre dos productos particulares que menciona la Demanda respecto de la “Canasta INE” (papel higiénico marca Elite y trozo de carne de vacuno del corte “asiento”), se remiten a lo ya explicado supra a propósito de la homologación, que fue llevada a cabo precisamente para que diferencias de unidad o peso como las indicadas no distorsionaran la información comunicada en la publicidad de la Campaña Total + Bajo. En cualquier caso, con respecto al papel higiénico de esa marca, la propia demanda afirma que los productos comparados de Unimarc y Líder sí tenían el mismo formato tanto para la “Canasta INE” como para la “Canasta FDM”, por lo que la imputación realizada carece de asidero y no pudo generar perjuicio alguno a las demandantes, ni menos confusión en los consumidores.

Con respecto al corte de carne, tal como señalaron supra, el “asiento” era más económico en Unimarc que en Líder (en las boletas de la compra: \$5.963 y \$8.982, respectivamente; y en términos homologados por peso (1 kilo): \$5.690 y \$6.990, respectivamente), lo que demuestra que las comparaciones se realizaron de manera leal para con la competencia y fueron ajustadas a la realidad, sin ambages cuando el resultado era “desfavorable” para sus representadas.

Sobre la supuesta inexistencia en la diferencia de los montos totales publicitados, la demanda plantea que “no son efectivas las magnitudes de las diferencias en el monto total de las compras publicitadas por Supermercados Líder”. Y, en seguida, se refiere nuevamente a la pieza televisiva en la cual el señor Emilio Sutherland sostiene dos boletas por \$90.280 y \$134.049, y expresa que el CONAR tuvo en especial consideración esta circunstancia al momento de estimar que sus representadas habían cometido una falta a la ética publicitaria.

Al respecto, reiteran que la aseveración contenida en la pieza publicitaria es efectiva a la luz de la metodología de homologación por unidades o peso explicada precedentemente, y que sí existen las boletas para respaldar los porcentajes de ahorro a que ella hace referencia.

Sobre la inclusión de productos en promoción en la comparación, la demanda señala que las compras efectuadas el 24 de septiembre de 2019 no serían comparables debido a que habrían abarcado productos de Líder que se encontraban en promoción, pero no productos de Unimarc que también lo estaban: “en el caso de Unimarc ninguno de los productos comprados registró precios promocionales”. Al respecto, señalan que en todos los supermercados la medición recogió los precios que tenían los productos el día de la compra, tal como se indicó en la frase legal que acompañó a las piezas publicitarias



Foja: 1

que se refirieron a la Campaña Total + Bajo: “Según comparación de precios realizada el día 24 de septiembre de 2019 entre las 8:00 y las 20:00 horas (...)”, “Las diferencias de precios corresponden y son válidas para la fecha, hora y lugar indicados en las boletas de compras (...)”.

En consecuencia, si cualquiera de los supermercados (incluidos Unimarc y Líder) tenía alguno de los productos objeto de la muestra en promoción, en la boleta de la compra debió quedar registrado el precio cobrado en la caja, salvo que para acceder a la promoción hubiera sido necesario cumplir algún requisito o suministrar algún antecedente adicional.

En relación con este punto, hacen presente que, de acuerdo con antecedentes públicos y conocidos, los supermercados Unimarc cuentan con un programa de fidelización denominado “Club Ahorro”, que permite acceder a ciertos descuentos siempre y cuando el cliente entregue un dato personal (específicamente, su rol único tributario) al momento de pasar por la caja.

En otros supermercados (como Líder) esta exigencia no existe, porque las ofertas son universales y resultan aplicables a todos sus clientes. Sin perjuicio de lo indicado, informan que sólo doce productos de Líder se encontraban en promoción de forma particular el 24 de septiembre de 2019.

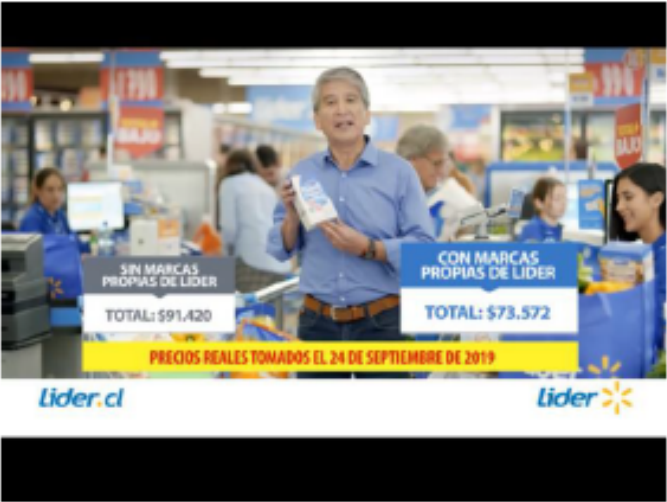
Respecto a la supuesta selección arbitraria de productos y la inclusión de marcas propias en la comparación, la demanda afirma que otro elemento que atentaría en contra de la posibilidad de comparar las boletas objeto de la Campaña Total + Bajo sería que las compras realizadas en Líder habrían contenido productos de marcas propias, a diferencia de las compras en los supermercados de la competencia, que sólo habrían considerado productos de marcas tradicionales, aseverándose que: “Esta circunstancia evidentemente que induce a error a terceros puesto que fácilmente pueden equivocarse y comparar la boleta que contiene productos de marcas propias de Supermercados Líder con boletas de otros supermercados que contienen solo productos tradicionales de mayor precio, lo cual evidentemente ocasiona una diferencia mayor en el total de las coletas comparadas, que favorece a Supermercados Líder”

En este punto, la demanda confunde gravemente dos comparaciones: una que sí se realizó y que en nada podría afectar ni a SMU ni a Rendic Hermanos, con otra que no se realizó y que pareciera ser la que indican las demandantes.

La comparación que sí se efectuó, constando ello en las boletas protocolizadas, es una comparación interna entre dos compras realizadas en locales de sus representadas, oponiéndose una boleta que no incluía marcas propias versus otra boleta que incluía marcas propias: boleta N° 1422805089, por un total de \$91.420, y boleta N° 1422805090, por un total de \$73.160, respectivamente.

Dicho de otro modo, en ningún caso se comparó un universo que contenía marcas propias de Líder con un universo comprado en supermercados de la competencia con marcas tradicionales. En ello pareciera radicar una de las tantas incomprensibles confusiones de las demandantes.

Es precisamente por esta razón que el llamado particular que fue hecho en ciertas piezas publicitarias de la Campaña Total + Bajo refería a que, prefiriendo marcas propias de Líder, el total podía ser “aún más bajo”, como se aprecia en la captura de pantalla siguiente, en que a ambos lados del señor Emilio Sutherland se indican los precios totales de las boletas -ambas de Líder- con las cuales se efectuó esta comparación interna.



En definitiva, en ningún caso las comparaciones se hicieron incluyendo marcas propias de Líder versus marcas tradicionales de otros supermercados, por lo que la imputación formulada por las Demandantes carece de toda base.

Respecto al alcance comunal de la muestra versus el alcance nacional de la Campaña Total + Bajo, la demanda considera que la Campaña Total + Bajo no fue clara en cuanto a que la comparación fue realizada en supermercados que sólo se encontraban dentro de la comuna de Las Condes, por lo que permitió generar la impresión de que la misma habría tenido un carácter nacional.

Al respecto, indica que la elección de los supermercados de la comuna de Las Condes obedeció al gran tamaño y productos disponibles que tienen estos establecimientos, lo que permitía realizar la comparación de una manera veraz y demostrable, disminuyendo el riesgo de que uno o más locales no tuvieran disponibles uno o más de los productos que fueron parte de la muestra.

Otras comunas de su país no necesariamente cumplen con estos requisitos de espacio, o bien tienen locales sin los surtidos requeridos, lo que habría limitado el universo de productos objeto de la comparación y la habría expuesto a sesgos.

En definitiva, la elección de la comuna de Las Condes se hizo precisamente para garantizar la efectividad de la comparación. Inexplicablemente, sin embargo, la demanda considera que “las características particulares de dicho territorio, no resultan representativos para efectos de pretender desarrollar una campaña masiva”, sin dar razón de sus dichos.

Por último, reiteran que el texto legal empleado en todas las piezas publicitarias fue muy claro en indicar que la comparación era válida para el día, hora y locales indicados: “en los Supermercados Líder, Jumbo, Santa Isabel, Tottus y Unimarc, ubicados en la comuna de Las Condes”, “Las diferencias de precios corresponden y son válidas para la fecha, hora y lugar indicados en las boletas de compras protocolizadas (...)”.

Respecto a las supuestas imputaciones de no cumplir los precios publicitados, la Demanda afirma también que sus representadas habrían señalado que “los precios serían válidos en sus locales desde el 24 de septiembre y hasta el 14 de octubre de 2019”; a pesar de lo cual “se ha podido constatar que las demandadas no dieron cumplimiento a lo comprometido, puesto que durante la vigencia del periodo por ellas definido y publicitado, procedieron a incrementar el precio en al menos tres de los productos incluidos en las boletas por ellas protocolizadas”

En primer lugar, es necesario distinguir la vigencia de la Campaña Total + Bajo como campaña publicitaria de la vigencia de los precios particulares de los productos que fueron parte de la toma de precios el 24 de septiembre de 2019. En este sentido, no es efectivo que su representada se haya obligado a mantener inalterados los precios particulares de estos productos. Muy por el contrario, la frase legal que acompañó a las piezas publicitarias señalaba de forma expresa: “Las diferencias de precios corresponden y son válidas para la fecha, hora y lugar indicados en las boletas de compras protocolizadas (...). Líder no puede garantizar que estas diferencias permanezcan en el tiempo; los precios en los Supermercados podrían variar”.

Esto es consistente con lo indicado en el artículo 15 incisos 1° y 4° del CCHEP, de acuerdo con los cuales: “Dado que los precios pueden tener una gran variabilidad en corto tiempo, la publicidad asociada a precios no debe dar la impresión de que éstos constituyen una ventaja constante o permanente de la marca que la realiza, a menos que ello sea demostrable. (...) La publicidad que compare precios debe indicar de forma clara y visible la fecha en que los precios fueron comparados, agregando la advertencia que, a la fecha de su publicación, los precios que se comparan pueden haber variado”.

Dicho lo anterior, se refieren a los productos que menciona la Demanda: (i) pañal Parent's Choice: este producto no fue parte de la comparación con Unimarc, porque se trata de un producto de marca propia de Líder que sirvió de base para la comparación interna de su representada, a la que nos referimos supra; (ii) “Vienesas De” y (iii) Azúcar



Foja: 1

Iansa: estos productos efectivamente sufrieron una variación, de acuerdo con el texto legal que indicaba que los precios y las diferencias de precios eran válidos para el 24 de septiembre de 2019 y que no se podía garantizar que no sufrirían variaciones en el futuro.

Sin embargo, en ningún caso se intentó engañar a los clientes ni al público objetivo de la Campaña Total + Bajo. La regla general que siguen sus representadas, y que se aplica en las promociones que se comunican en medios masivos, es que se utilice el mismo precio promocionado en todo el país y que éste se mantenga durante toda la vigencia de la promoción, sin perjuicio de informar en el texto legal respectivo que la variabilidad en el precio es posible.

Respecto de la frase publicitaria “#1 Elegido como el supermercado más económico” y su construcción, las demandantes señalan que la difusión y exhibición de la frase publicitaria “#1 Elegido como el supermercado más económico” sería, por sí sola, constitutiva de otro acto de competencia desleal, encontrando su supuesto sustento en los artículos 3° y/o 4° literales b) y e) de la LCD.

En lo sucesivo, expondrán que lo señalado por las demandantes no tiene asidero, pues la frase publicitaria en ningún caso permite configurar un reproche desde la ética publicitaria o desde la regulación contenida en la LCD, ya sea que ésta se analice en el contexto de la Campaña Total + Bajo o de manera aislada.

Para lo anterior, darán cuenta que (i) la frase publicitaria se sustenta en antecedentes veraces y demostrables, además de ser objetivos. En efecto, es el resultado de una encuesta realizada mensualmente a más de 2.300 consumidores por una prestigiosa empresa consultora internacional. Además, (ii) la base de esta frase publicitaria es debidamente informada a los consumidores, con lo cual no se produce la inducción a error ni a engaño que las demandantes imputan.

La frase publicitaria se sustenta en antecedentes veraces y demostrables, siendo el resultado de una encuesta que se enmarca en un riguroso estudio realizado por años por una prestigiosa consultora externa e independiente de sus representadas.

La frase publicitaria “#1 Elegido como el supermercado más económico” corresponde a la conclusión de una encuesta realizada en el marco de un estudio titulado “Estudio Tracking Imagen y Precios” realizado por Growth from Knowledge, Adimark (“GFK”), consultora de reconocido prestigio tanto a nivel nacional como internacional (en adelante, la “Encuesta” y el “Estudio”, respectivamente).

En primer lugar, hacen presente que GFK es una empresa con de más de 85 años de experiencia, líder a nivel mundial en el procesamiento y análisis de datos, cuya presencia se extiende a más de 60 países. Sus principales pilares de trabajo son la confianza, la imparcialidad y la experiencia adquirida en los mercados en que se desenvuelve. Se trata, sin lugar a duda, de una consultora independiente, seria y de reconocido prestigio. Valga indicar desde ya que, estando su marca y reputación en juego, difícilmente habría permitido que su nombre fuera utilizado en una campaña masiva, como la que nos ocupa, sin preocuparse de validar de manera estricta y rigurosa los resultados informados a sus representadas.

A este respecto, señala que ha sido el propio CONAR quien ha reconocido la validez de los resultados obtenidos por esta empresa consultora en sus estudios dirigidos a sustentar afirmaciones en publicidad. Así fue como en la causa Rol N°1.040, el H. Consejo señaló que la expresión “Huggies la marca de pañales más recomendada por las madres chilenas” no correspondía a publicidad engañosa, puesto que se sustentaba en un estudio cuantitativo realizado por GFK a un universo de 442 personas.

En segundo lugar, atendida la vasta experiencia que GFK tiene en el mercado y la rigurosidad con la que trabajan, sus representadas le encargaron, hace más de cuatro años, la realización del Estudio, que permite medir la percepción que tienen los consumidores respecto a la imagen y los precios ofertados por los distintos supermercados.

Para estos efectos, el Estudio incluye entre otros, un tracking mensual de encuestas (más de 2.300 por mes), realizadas de forma presencial en distintos hogares de nuestro país. Durante el 2019, la muestra total de encuestas realizadas ascendió a la



Foja: 1

suma aproximada de 28.200, las cuales se efectuaron en más de 20 ciudades de Chile (Los consumidores encuestados presencialmente habitan las ciudades de Santiago, Arica, Iquique, La Serena, La Ligua, Ovalle, Viña del Mar, Valparaíso, Rancagua, Talca, Concepción, Chillán, Temuco, Padres de las Casas, Valdivia, Osorno, Puerto Montt, Puerto Varas, Talcahuano, Villarrica y San Fernando.), teniendo como grupo objetivo hombres y mujeres entre 18 y 70 años, decisores de compras de supermercado, quienes adquieren productos para abastecer únicamente el hogar. Asimismo, los grupos socioeconómicos que se consideraron en la muestra fueron los clasificados en los grupos C1, C2, C3 y D.

Acompañan a su presentación copia del documento titulado “Metodología Tracking Imagen y Precios Walmart 2019” que da cuenta de (i) el perfil de los entrevistados; (ii) el mecanismo de recolección de información; y, (iii) la muestra mensual. En particular, en la Encuesta que les ocupa, y cuyo resultado corresponde a la frase publicitaria “#1 Elegido como el supermercado más económico”, se consultó a los consumidores entrevistados lo siguiente:

“¿Cuál considera Ud. que es el supermercado más económico de su zona?”

Como se ve, la pregunta es clara, precisa, y su respuesta no da lugar a distintas interpretaciones. Son los propios consumidores lo que señalan cuál es, según su percepción, el supermercado más económico.

De todos los supermercados mencionados, es Líder el que ocupa el primer lugar (consultados más de 2.300 consumidores mensualmente ellos eligen a Líder como el supermercado más económico).

Y por lo mismo, se puede concluir, sin ningún tipo de ambages, que Líder resulta “elegido como el más económico” (el “Nº1”). En definitiva, la frase publicitaria no es más que la conclusión de la Encuesta, por lo que mal podría sostenerse que en su utilización puede haber algún tipo de falta a la veracidad o inducción a engaño.

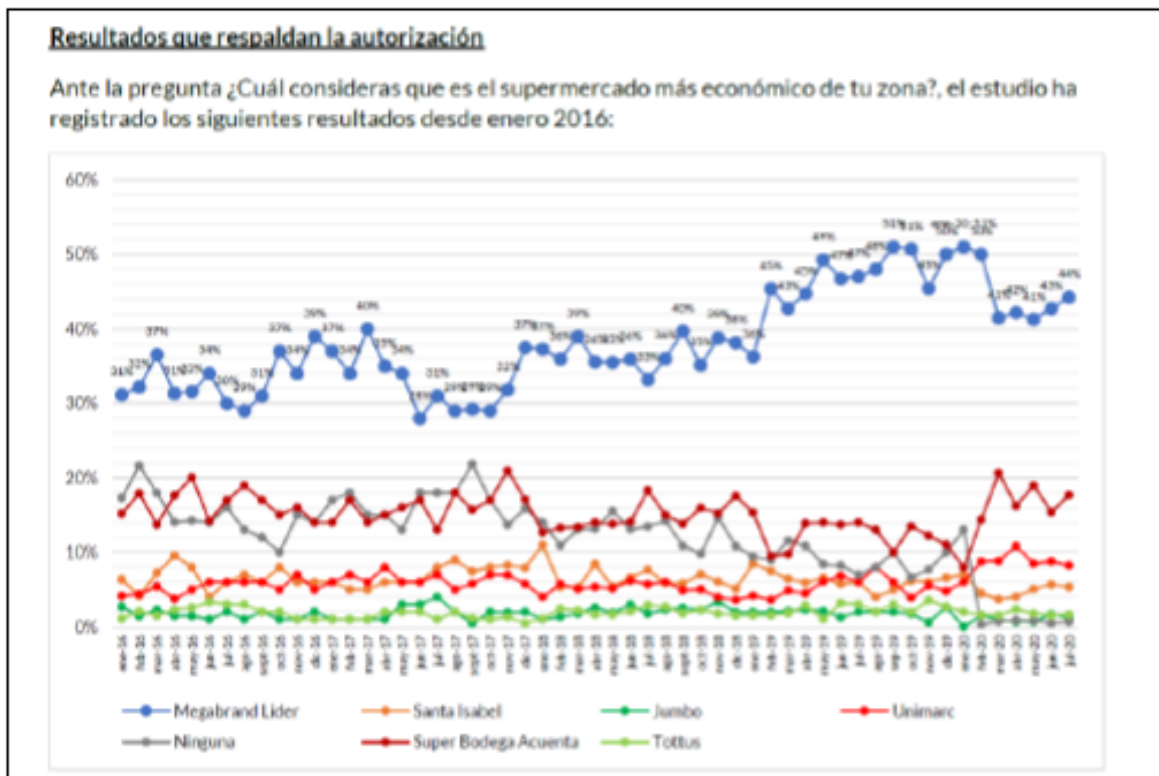
Así, desde enero de 2016 y hasta la fecha, la respuesta sigue siendo, con mucha holgura, la misma. Por lo mismo, la frase publicitaria ha sido utilizada por sus representadas en distintas piezas de publicidad y no sólo en la Campaña Total + Bajo que, como indicaron, tuvo una vigencia muy acotada. En cualquier caso, ya sea en esa campaña, o en otras piezas publicitarias de Líder, la frase en cuestión ha estado siempre debidamente sustentada en el resultado de la Encuesta que se enmarca en el Estudio de GFK.

Los resultados de la Encuesta, que -como se indicó- se realiza desde el año 2016, se observan claramente en el gráfico siguiente.



Imagen N°2

Resultados que respaldan el uso de la frase “Nº1 Elegido como el supermercado más económico”



Fuente: GFK⁵⁹.

Tal como se aprecia, desde el año 2016 (fecha en la que comenzó a realizarse el Estudio), Líder ha sido y sigue siendo el supermercado más económico según la percepción de los consumidores entrevistados (siendo en algunos meses esa percepción mayor al 50% del número de encuestas realizadas), lo que es acreditado por GFK. Por último, cabe mencionar que la respuesta a dicha pregunta no se encuentra inducida de forma alguna por el entrevistador, debiendo ser la respuesta del consumidor abierta y de mención espontánea.

De este modo S.S., el uso por parte de sus representadas de la frase publicitaria “#1 Elegido como el Supermercado más económico”, tanto en la Campaña Total + Bajo como en otras piezas publicitarias, no resulta ser incorrecta ni falsa, así como tampoco podría estimarse que no se basa en un antecedente veraz y demostrable.

Tal como han expuesto, se sustenta en una encuesta que considera un universo de consumidores más que representativo (2.350 mensualmente y casi 30.000 al año) y que además tiene alcance nacional.

Por otro lado, y como se verá en detalle el siguiente acápite, sus representadas informan que la frase publicitaria es el resultado de un estudio de percepciones de consumidores. Justamente por ello es por lo que la frase utiliza el verbo “elegir” (“elegido”) previo a señalar “como el supermercado más económico” (“#1 Elegido como el supermercado más económico”), dando cuenta de manera irrestricta que la aseveración corresponde a la percepción de los consumidores entrevistados.

Por último, dando cuenta de los resultados de la Encuesta, GfK envía a sus representadas una carta en la que señala:

“GfK Chile autoriza a Líder a utilizar el claim: ‘#1 Elegido como el supermercado más económico’ en las comunicaciones y acciones de marketing de 2019 bajo el disclaimer: ‘De acuerdo a las percepciones de los consumidores chilenos recogidas en el Estudio Tracking Imagen y Precios realizado por GfK entre enero de 2016 y abril de 2019, en base a 2.350 encuestas presenciales mensuales en 17 ciudades de todo



Foja: 1
Chile”. Se le entrega esta carta a Walmart Chile para usarla con los fines antes señalados”

Esta comunicación que, como exponen infra está disponible para los consumidores en la página web de Líder, da cuenta tanto de la veracidad de la frase (no es una invención de Líder, es el resultado de la encuesta), como de todos los antecedentes que la avalan (i) corresponde a las percepciones de consumidores chilenos; (ii) sobre la base de 2.350 encuestas presenciales mensuales y casi 30.000 anuales; (iii) en 17 ciudades de todo Chile.

Esto es de suma importancia, puesto que las demandantes dan a entender que sus representadas han intentado confundir al público al presentar la frase en análisis como un absoluto publicitario carente de justificación. Lo que no puede estar más alejado de la realidad, toda vez que: (i) se ha demostrado que la utilización de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico” se enmarca en un estudio serio, justificado y previo realizado por GFK; y, (ii) su parte nunca omitió en las piezas publicitarias que la frase era el resultado de un análisis sustentado en las percepciones de los consumidores.

Así, por más que las demandantes lo cuestionen o se irriten, supermercados Líder es percibido como el más económico por los consumidores, lo que es el resultado del esfuerzo y el trabajo de años para mantener precios competitivos y bajos en el mercado, circunstancia que ha sido recogida incluso en medios que no tienen ningún tipo de vínculo societario con sus representadas, quien carece, a diferencia de los controladores de SMU, de medios de prensa para difundir publicidades o noticias determinadas.

Finalmente, hacen presente que el hecho de que la frase publicitaria esté sustentada en percepciones de los consumidores no es razón suficiente para restarle validez. Como se indicó, dichas percepciones fueron debidamente analizadas por GFK mediante una metodología que cumple con los más altos estándares procedimentales.

Asevera que los consumidores han sido informados en todo momento sobre la base de la frase publicitaria “#1 Elegido como el supermercado más económico”. Como han indicado, la frase publicitaria en análisis es producto del resultado de la Encuesta realizada en el marco del Estudio, el que es realizado mensualmente por GFK a lo largo de todo Chile. Dicha circunstancia fue debida y oportunamente informada por sus representadas a todos sus consumidores: (i) en cada una de las piezas publicitarias en la que esta expresión se ha utilizado (ya sea si fueron parte de la Campaña Total + Bajo o en otras campañas), tanto en el mensaje principal, como en su cita aclaratoria; y también (ii) en la página web de Líder.

En primer lugar, en cada una de las piezas publicitarias, inmediatamente a continuación de la frase “N°1 Elegido como el supermercado más económico”, se indica, de manera destacada, en letras mayúsculas, que aquella es producto de un estudio realizado por GFK entre enero de 2016 y agosto de 2019: “N° 1 ELEGIDO COMO EL SUPERMERCADO MÁS ECONÓMICO. EN BASE A ESTUDIO DE IMAGEN Y PRECIOS DE GFK ADIMARK CHILE ENTRE ENERO DE 2016 Y AGOSTO DE 2019”. De esta manera, la frase publicitaria y su sustento conforman un solo mensaje publicitario, no dando espacio ni margen para confusión alguna.


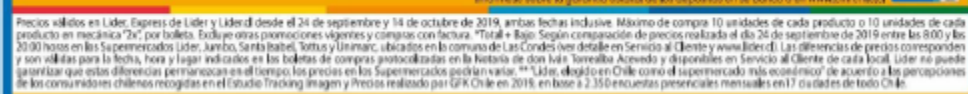
Asimismo, y como si lo anterior no fuera suficiente, en cada una de las piezas publicitarias en la que se utiliza la frase publicitaria se incorpora una cita aclaratoria que da cuenta de que es producto de un estudio de imagen y precios de GFK, que midió las percepciones de los consumidores chilenos. En el caso de los comerciales de televisión, dicha cita aclaratoria aparece no en una, sino que en dos oportunidades distintas.

En la tabla siguiente copian algunas de las imágenes del comercial de televisión de la Campaña Total + Bajo en el que se incluye a la frase señalada. Se observa claramente que, como indican luego de la frase publicitaria se indica de manera destacada cuál es su base, y que, además, ello se informa con mayor detalle en una cita aclaratoria.

Texto cita aclaratoria: “*“Líder, elegido en Chile como el supermercado más económico” de acuerdo a las percepciones de los consumidores chilenos recogidas en el Estudio Tracking Imagen y Precios realizados por GFK Chile”.

Cita aclaratoria incorporada en pieza publicitaria

Comercial de televisión correspondiente a la Campaña Total + Bajo en donde se publicita, en específico como vetado categoría al vacío:


Texto cita aclaratoria: “*”“Líder, elegido en Chile como el supermercado más económico” de acuerdo a las percepciones de los consumidores chilenos recogidas en el Estudio Tracking Imagen y Precios realizados por GfK Chile en 2019, en base a 2.350 encuestas presenciales mensuales en 17 ciudades de todo Chile”.
Cita aclaratoria incorporada en pieza publicitaria
Pieza publicitaria incorporada en diario La Tercera el 28 de septiembre de 2019, correspondiente a la Campaña Total + Bajo ⁶⁵ :

Texto cita aclaratoria: “*”“Líder, elegido en Chile como el supermercado más económico” de acuerdo a las percepciones de los consumidores chilenos recogidas en el Estudio Tracking Imagen y Precios realizados por GfK Chile en 2019, en base a 2.350 encuestas presenciales mensuales en 17 ciudades de todo Chile”.

Como queda en evidencia, en las piezas publicitarias cuyas imágenes reproducimos, sus representadas no tan sólo informaron debidamente en las citas



Foja: 1

aclaratorias que la frase publicitaria “#1 Elegido como el supermercado más económico” es el resultado de un estudio efectuado por GFK, sino que también dieron cuenta que éste corresponde a uno que mide las percepciones de los consumidores y que su metodología se basa en encuestas presenciales realizadas de manera mensual en distintas ciudades a lo largo de todo Chile.

Este punto no es menor, pues las demandantes sostienen que esta información era desconocida por los consumidores, sin hacerse cargo de lo dispuesto en las citas aclaratorias de las piezas publicitarias utilizadas cada vez que se usó la mencionada frase y, como se verá más adelante, de lo informado por nuestras representadas en su sitio web.

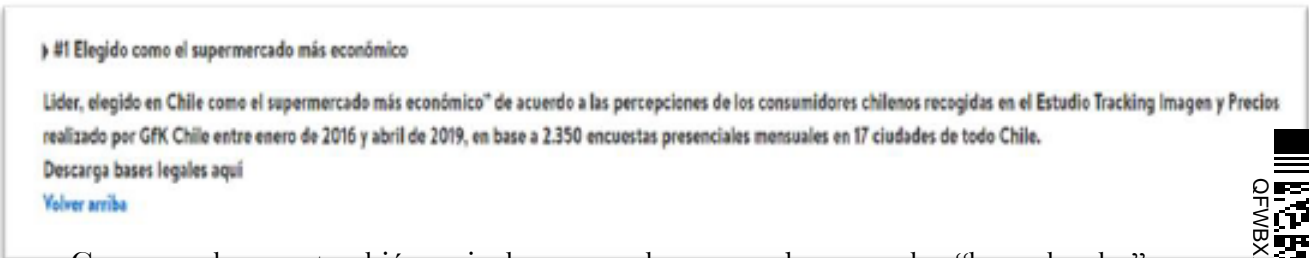
Respecto a las citas aclaratorias, el CCHEP establece en su artículo 9° que:
“La publicidad puede hacer uso de citas aclaratorias, o de aquellas contenidas en asteriscos u otros símbolos equivalentes, para entregar información adicional sobre una palabra o concepto, pero no para alterar, contradecir o modificar substancialmente el mensaje principal o el llamado de un aviso.

(...) Los textos en letra chica, sólo pueden ser usados para entregar información adicional sobre una palabra o concepto, o para informar sobre materias que por su extensión o importancia relativa no merecen destacarse con igual énfasis que los llamados y textos principales. Aun así, los textos en letra chica deben tener un tamaño y una disposición tales que permitan su fácil lectura y comprensión (...)”.

Es decir, conforme lo dispuesto en el artículo extractado, las citas aclaratorias tienen como objetivo entregar información adicional sobre una palabra o concepto que por su extensión no es posible destacarse en el llamado o texto principal, lo que justamente ocurrió en el caso de autos. En dicho sentido, la jurisprudencia ha considerado (Ver (i) Considerandos 6° y 7° de la Sentencia de 28 de septiembre de 2016, pronunciada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol N°1.164-2006; y, (ii) Considerandos 3° a 6° de la Sentencia de 21 de febrero de 2017, pronunciada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol N°1.930-2006.), y así también lo ha establecido el SERNAC (“Se entiende por “letra chica”, aquella que se incluye en una pieza publicitaria para entregar información adicional sobre la materia, producto o servicio publicitado, sin incluir características relevantes del producto o servicio que deban ser expuestas en el mensaje principal. En este sentido, su objetivo debería ser informar sobre materias que por su extensión o importancia relativa no merecen destacarse con igual énfasis que los llamados y textos principales”. Circular sobre Publicidad, pp. 26-28.), que las citas aclaratorias son parte integrante de la pieza publicitaria, no pudiéndose analizar esta última como una parte separada o ajena a lo expuesto en la referida cita aclaratoria.

Luego, es claro que siempre se informó que la frase publicitaria “#1 Elegido como el supermercado más económico” era el resultado de un estudio externo realizado desde el año 2016 y que, para el caso del año 2019, su metodología comprendió la realización de encuestas presenciales efectuadas a más de 2.300 consumidores en 17 ciudades de todo el país. Esta información se contenía tanto en el mensaje principal como en las citas aclaratorias de cada una de las piezas publicitarias de la frase antes señalada.

En segundo lugar, y no conforme con lo anterior, esta información también se incluyó en la página web de sus representadas, en la sección información legal



Como se observa, también se incluye un enlace para descargar las “bases legales”. Al hacer click en este enlace se puede acceder a la comunicación de GFK a la que han referido previamente, en la que en que se deja constancia que se autoriza a Líder para

Foja: 1

usar la expresión “#1 Elegido como el supermercado más económico” en las comunicaciones y acciones de marketing de 2019, bajo el disclaimer (o cita aclaratoria) “De acuerdo a las percepciones de los consumidores chilenos recogidas en el Estudio Tracking Imagen y Precios realizados por GFK Chile entre enero de 2016 y abril de 2019, en base a 2.350 encuestas presenciales mensuales en 17 ciudades de todo Chile”

Así las cosas, la aseveración realizada por las demandantes respecto a que los consumidores no habrían tenido conocimiento del fundamento que permitía sustentar la frase publicitaria “#1 Elegido como el supermercado más económico”, no es efectiva, puesto que en todo momento se informó que aquella era el producto de un Estudio realizado por GFK.

Por último, insisten en que, ya sea que se considere en el marco de la Campaña Total + Bajo o de manera independiente, la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico” se ajusta a la normativa. Considerando que las bases de esta frase no sólo se informan a continuación de la misma y de manera destacada, sino que también en la cita aclaratoria, les parece que no es posible sostener que los consumidores habrían entendido que, en el contexto de la Campaña Total + Bajo, la frase se funda en datos objetivos distintos de aquellos que se destacan, esto es “EN BASE A ESTUDIO DE IMAGEN Y PRECIOS DE GFK ADIMARK CHILE ENTRE ENERO DE 2016 Y AGOSTO DE 2019”.

En suma, ninguna de las acusaciones de las demandantes tiene asidero: la frase publicitaria tiene una base sólida, objetiva y demostrable y esta base fue debida y oportunamente informada a los consumidores.

Afirma que el fallo del CONAR no permite concluir, sin acomodo, que se produce un atentado a la leal competencia.

El 11 de octubre de 2019, SMU interpuso un reclamo ante el CONAR en contra de Walmart (en la referida causa ROL 1.125/19), en el que sostuvo que la Campaña Total + Bajo desplegada por Walmart habría envuelto una serie de contravenciones a las normas éticas contenidas en el CCHEP. El 15 de noviembre de 2019, el CONAR emitió su dictamen ético (“Dictamen”), por medio del cual estimó que la Campaña Total + Bajo habría estado en conflicto con los artículos 8°, 14°, 15° y 16° del CCHEP.

Señala que el proceso seguido ante el CONAR nada tuvo que ver con la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, por lo que sólo se limitarán a analizar el alcance del Dictamen en lo referido a la Campaña Total + Bajo.

Considerando que la Campaña Total + Bajo estaba planificada para ser desarrollada entre el 24 de septiembre y el 14 de octubre de 2019, y que el Dictamen fue emitido con posterioridad a esta última fecha, sus representadas tomaron la determinación de no ejercer sus derechos de reconsideración y de apelación, establecidos en los artículos 25 y 26 del “Reglamento de funciones y procedimientos de CONAR” (“Reglamento”), respectivamente.

En efecto, sin perjuicio de no compartir las aseveraciones formuladas por el CONAR en esa oportunidad, sus representadas estimaron que un eventual recurso en contra de sus recomendaciones habría carecido de objeto y oportunidad, por no encontrarse ya en vigor la Campaña Total + Bajo que dio lugar a ese procedimiento ético, circunstancia que se mantiene hasta nuestros días.

En esta oportunidad, sin embargo, se ven obligados a referirse al Dictamen, en atención a las conclusiones que las demandantes pretenden desprender de él, a la usanza de un ejecutante que con un título ejecutivo pretende aplicar expeditamente normas de apremio, sin detenerse en que el alcance de los dictámenes emanados del CONAR no sólo tienen una naturaleza diversa a la que se ventila en estos autos, sino que además buscan, en el marco de un proceso e institucionalidad de adhesión voluntaria, reprimir conductas que no se avienen con la ética publicitaria, mas no erigirse en un pre o antejuicio de competencia desleal.

En primer lugar, es sumamente relevante enfatizar la naturaleza jurídica del dictamen ético, pues en ningún caso debe confundirse con la de una resolución judicial, ni mucho menos con la de una sentencia definitiva. En efecto, de acuerdo con los artículos 1° y 2° letras a) y b) de los “Estatutos de la corporación de derecho privado



Foja: 1

CONAR” (“Estatutos”), el CONAR es una corporación de derecho privado entre cuyas funciones está velar por el cumplimiento de los principios y normas contenidos en el CCHEP, así como resolver aquellas denuncias de infracciones a dicho instrumento. Por su parte, el CCHEP se define como “el instrumento de autorregulación derivado de la voluntad privada del sector publicitario, que establece un conjunto de normas deontológicas y estándares éticos que debieran ser observados por todos los actores de la industria” (CCHEP, prólogo a la sexta edición.)

Adicionalmente, el Reglamento define “dictamen ético” en los términos siguientes: “El Dictamen Ético consiste en el acuerdo o recomendación del CONAR, como organismo especializado, independiente y probo, respecto a si determinada pieza o conjunto de piezas están conformes a la ética publicitaria, según ésta se define en el Código Chileno de Ética Publicitaria. El Dictamen Ético será emitido por el CONAR luego de apreciados, de conformidad con el Código y el procedimiento de este Reglamento, los antecedentes que conformen el caso de que se trate” (Artículo 13° inciso 1° del Reglamento.)

En consecuencia, ni el CONAR es un órgano que ejerza jurisdicción (no está facultado para emitir “resoluciones judiciales” en los términos del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil) (De acuerdo con el artículo 76 de la Constitución Política de la República, “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Y, en términos casi idénticos, en el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales dispone: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley”), ni las normas del CCHEP tienen rango legal o institucional alguno, más allá de la fuerza vinculante que la ley reconozca a los estatutos de las corporaciones de derecho privado (De acuerdo con las disposiciones contenidas en el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, titulado “De las personas jurídicas”).

Dicho lo anterior, corresponde analizar ahora el fondo del Dictamen, exclusivamente desde el punto de vista de las normas éticas que la Campaña Total + Bajo supuestamente contravino.

En primer lugar, y sin perjuicio de su parte resolutive, el CONAR rechazó la solicitud de SMU de ordenar a su representada la suspensión preventiva de la Campaña Total + Bajo durante la tramitación de ese procedimiento ético, teniendo presente para ello que Walmart no había efectuado ninguna acción publicitaria de aquellas que autorizan a adoptar este tipo de medidas (Artículo 21 inciso 1° del Reglamento: “Suspensión Preventiva de Publicidad. Actuando de oficio o a petición de parte, el Directorio podrá, como medida preventiva, disponer la suspensión de la exhibición de una pieza o campaña publicitaria, mientras se resuelva la controversia sometida a su consideración, cuando la difusión de la publicidad que se impugna pueda causar un grave perjuicio al público o a la actividad publicitaria”): “C.4. Que, como primera cuestión previa, respecto de la petición de la reclamante de ordenar la suspensión preventiva de la publicidad reclamada mientras se resuelva la controversia sometida a consideración, se deja constancia de lo ya resuelto al presentarse el reclamo en el sentido que el Consejo estima que los avisos cuestionados no son de aquellos que puedan causar un grave perjuicio al público o a la actividad publicitaria, por lo que no se accede a lo solicitado”.

En la respetuosa opinión de su parte, este primer antecedente debe ser tenido especialmente presente al momento de conocer de las acciones promovidas por las demandantes, porque deja en claro que, incluso a la luz de las normas sobre ética publicitaria, el CONAR estima que la Campaña Total + Bajo en ningún caso causó un “grave perjuicio” al público o a la actividad publicitaria.

Como desarrollarán infra, si de un incumplimiento incluso “grave” de esta normativa ética no se puede derivar responsabilidad civil extracontractual, como la que se persigue en la LCD, menos podría nacer tal responsabilidad de un incumplimiento que no reviste esa gravedad.

En segundo lugar, las recomendaciones de fondo contenidas en el Dictamen no dan cuenta de ninguna de las imputaciones que realizan las Demandantes a la Campaña



Foja: 1

Total + Bajo (capítulo III de la Demanda, referido al supuesto cúmulo de graves defectos de la Campaña Total + Bajo). Para mayor claridad y transparencia, a continuación, reproducen los considerandos 10°, 11° y 12° del Dictamen, y enseguida se refieren a ellos:

“C. 10 Que, al revisar los antecedentes presentados, particularmente las boletas protocolizadas por Líder, no es posible para este Consejo llegar a la conclusión de que la comparación esté debidamente [respaldada]. En efecto, el monto total que aparece en algunos avisos no coincide con el valor de ninguna de las boletas protocolizadas como para hacer una revisión exhaustiva de los productos y sus valores; hay boletas de Líder en las cuales se incluyen productos de marca propia con lo cual se relativiza la comparación pues no se hace lo propio con las marcas propias de la competencia; y la descripción de los productos incluidos en las boletas, sea por contener abreviaturas o estar incompleta la descripción del producto, sin haberse acompañado al menos una minuta explicativa con la comparación clara y completa de los productos incluidos en las boletas y sus valores, impiden aseverar que los productos comparados son asimilables o no para los efectos de la comparación de sus precios.

Adicionalmente, el hecho que los productos elegidos para hacer la comparación hayan sido los de la canasta INE más vendidos en Líder y no todos los que componen la canasta, en opinión de este Consejo implica un grado de discrecionalidad importante para afirmar que aquél tiene el total más bajo, pues resta objetividad a la muestra.

C.11. Que, al mostrarse en la publicidad cifras precisas de las boletas comparadas, con una diferencia significativa entre ambas, sin que se tenga certeza de si los productos incluidos en la compra son o no asimilables, se infringe en opinión de este Consejo lo dispuesto en los artículos 8°, 14°, 15° y 16° del CCHEP, todos los cuales exigen que los atributos objetivos declarados en una publicidad, en este caso el precio, debe ser debidamente respaldado para ajustarse a las exigencias éticas en materia publicitaria. Al haberse incluido en ciertas piezas los montos finales de cada compra, el valor o guarismo asociado a cada producto no será un tema menor, pues lo más probable es que la decisión de consumo del consumidor sea tomando en consideración la diferencia entre el total de las cuentas de uno y otro supermercado, lo que se verá alterado si la comparación por producto no está hecha correctamente.

A este respecto, la aparición del periodista Sr. Emilio Sutherland en las piezas publicitarias, identificado como una persona creíble y defensor de los chilenos según el estudio de credibilidad acompañado por la reclamante, afirmando que comparó y comprobó las diferencias de precio entre los supermercados, refuerza el mensaje en cuanto a que la comparación está debidamente respaldada, y será percibido por el público como un antecedente que le da certezas a este respecto.

C.12. Que, sin perjuicio de lo anterior, [aun] cuando los valores totales hubieran estado debidamente respaldados, en lo que se refiere a la utilización de los precios totales obtenidos en la compra realizada en locales de una sola comuna del país para hacer una publicidad de carácter masivo y con alcance nacional, se estima que ello es un hecho de la máxima relevancia que debe ser advertido al público de manera clara, no bastando su inclusión en una cita aclaratoria en forma de letra chica. Además, si bien los precios de Líder pueden ser los mismos en todo el país, ello no necesariamente será así para el caso de los demás supermercados con los que se compara, con lo cual la afirmación publicitaria no será necesariamente extrapolable y constituirá una pretensión exagerada en los términos establecidos por el artículo 8° del CCHEP”.

Así, los reproches éticos que el CONAR formula a la Campaña Total + Bajo se pueden reducir a los siguientes asertos:

- (i) No estaría debidamente respaldada;
- (ii) La muestra utilizada tendría una menor objetividad por el hecho de no haberse limitado a productos de la canasta del INE;
- (iii) No daría certeza de que los productos incluidos en las compras son asimilables;
- (iv) La inclusión del periodista Emilio Sutherland contribuyó a dar certeza a las piezas publicitarias, con los problemas ya indicados que ésta habría tenido; y,



Foja: 1

(v) Se debió advertir con más intensidad que los precios fueron medidos en supermercados de una sola comuna, en consideración a su alcance.

Al respecto, hacen presente lo siguiente:

(i) Al contrario de lo indicado en el Dictamen, la Campaña Total + Bajo sí fue respaldada en antecedentes veraces, objetivos y verificables que fueron latamente expuestos supra y que, por haber decidido no agotar todas las instancias de revisión ante el H. Consejo, no fueron acompañados íntegramente a esa sede ética.

En particular, la referencia del CONAR a que “el monto total que aparece en algunos avisos no coincide con el valor de ninguna de las boletas protocolizadas” (considerando 10º) se refiere a la imputación que la demanda desarrolla en III. (b) (páginas 17 a 19) que ya fue contradicha: “las boletas que habrían sido comparadas, y que se muestran expresamente siendo sostenidas por el señor Emilio Sutherland en las imágenes de la publicidad, no se encuentran a disposición del público, tornándose imposible su comprobación”.

Como se indicó, la razón por la cual las imágenes sostenidas por el señor Sutherland no coinciden con las boletas que le sirvieron de respaldo es simplemente que los precios de ciertos productos de las primeras habrían sido homologados de acuerdo con una unidad de peso o medida común.

(ii) La representatividad de la muestra y su objetividad no se ven afectadas por el hecho de que ella no haya incluido “todos los que componen la canasta” (considerando 10º). Como fue explicado más arriba, era imposible incluir todos los productos o servicios sobre cuya base el INE determina el IPC, sea porque muchos de ellos no tienen relación alguna con los productos comercializados por los supermercados, o bien porque uno o más de aquellos que sí pueden ser comercializados no necesariamente estarán disponibles en uno o más de los supermercados Líder. De ahí que Líder optara por tomar como referencia el listado de categorías contenido en la CBA más aquellas categorías de productos que, de acuerdo con su experiencia, son los más vendidos mensualmente (y que también se encuentran en alguna de las divisiones que contempla el INE). Toda la metodología expuesta para escoger un producto de cada categoría para los efectos de la comparación es incompatible con la idea de discrecionalidad o arbitrariedad que acusa el Dictamen.

(iii) Por los mismos motivos expuestos especialmente en (i) y a lo largo de esta presentación, disienten con el CONAR cuando afirma que no es posible tener certeza de que los productos incluidos en las compras son asimilables o no. Basta revisar las boletas con las cuales se realizaron las compras para ver que se trató de comparaciones de productos que, en los términos del artículo 14 del CCHEP, satisfacen las mismas necesidades o tienen la misma finalidad, y que, con arreglo al artículo 15 de ese cuerpo ético, tienen características similares. Las diferencias de formato (número de unidades o de peso) fueron corregidas mediante el procedimiento de homologación ya descrito, y fueron las cifras así depuradas las que se exhibieron en las piezas publicitarias, debidamente respaldadas con las boletas originales de las compras, que estuvieron a disposición de los consumidores tanto en el sitio web www.lider.cl como en los locales de sus representadas.

En consecuencia, la Campaña Total + Bajo fue veraz y la publicidad de precios se ajustó a los requisitos éticos, en los términos de los artículos 8 y 16 del CCHEP, respectivamente.

Enseguida, están de acuerdo en que la inclusión del señor Emilio Sutherland contribuyó a reforzar la credibilidad de la Campaña Total + Bajo. Sin embargo, no comparten la manera negativa en que el considerando 11º plantea esa idea, dando a entender que ese profesional habría dotado de credibilidad a una campaña que no aportó elementos para comprobar las aseveraciones hechas en las piezas publicitarias. Muy por el contrario, la Campaña Total + Bajo se basó en una metodología veraz, objetiva y demostrable, con independencia de quién haya sido la persona o rostro escogido para presentar las piezas publicitarias.

Por último, estiman que el Dictamen introduce un criterio ético nuevo en cuanto a exigir que no bastaría una cita aclaratoria para indicar en qué locales se desarrollaron



Foja: 1

las compras de los productos de la muestra (considerando 12°). Esta circunstancia es sólo un antecedente de la metodología empleada por sus representadas para la comparación de precios, que fue el elemento determinante para afirmar que la compra de productos en los supermercados Líder daba un total más bajo que la compra en la competencia. No conocen precedentes en que el CONAR haya manifestado esta misma clase de exigencias. Ni siquiera el SERNAC, en su labor interpretativa de la Ley del Consumidor, ha llegado a establecer una recomendación, ni mucho menos un deber, de que las promociones u ofertas deban informar aspectos metodológicos como el señalado de forma destacada en la publicidad.

En definitiva, no comparten los reproches éticos del Dictamen, pues estiman que sus representadas han ajustado sus conductas a los estándares de la industria, sin perjuicio de tener presentes las recomendaciones del H. Consejo para la realización de futuras campañas. Con todo, en caso alguno se puede desprender del Dictamen, como pretende la Demanda, un atentado a la leal competencia, tal como lo señalarán en el siguiente capítulo.

Afirman que Walmart y Administradora Híper Líder no han incurrido en acto de competencia desleal alguno.

Después de haber expuesto en el Capítulo II de su presentación los antecedentes de hecho en los cuales se sustenta la contestación de sus representadas - todos los cuales permiten concluir que, contrariamente a lo sostenido por las demandantes, tanto la campaña de publicidad desarrollada por nuestras representadas (Campaña Total + Bajo) como la frase “#1 Elegido el supermercado más económico” cumplen estrictamente con la legislación nacional y con los estándares publicitarios -, abordarán en la presente sección las cuestiones de derecho, vinculadas con la aplicación de las disposiciones de LCD que el libelo pretensor utiliza para fundar sus acciones.

En particular, el examen que sigue expondrá el estricto cumplimiento por parte de sus representadas de los estándares que se desarrollan en la legislación especial para evaluar la licitud de la publicidad comparativa, en particular, a partir de lo dispuesto en el artículo 4° letra e) de la LCD, pues la Campaña Total + Bajo y la frase “#1 Elegido el supermercado más económico” se sustentan en antecedentes veraces y demostrables, lo que impide calificar la conducta desarrollada como contraria a las reglas sobre la lealtad en el tráfico mercantil; y que adicionalmente descarta también una eventual infracción a lo dispuesto en el artículo 4° letra b) de la LCD -referida a actos de engaño y que comprende el uso de signos, o la difusión de hechos o aseveraciones incorrectos o falsos, que induzcan a error-, así como también una infracción a la regla general dispuesta en el artículo 3° de la LCD, que califica como un acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe, o a las buenas costumbres, que por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente de mercado.

Con todo, antes de analizar los requisitos exigidos por la LCD para calificar un determinado acto como de competencia desleal, es necesario abordar dos cuestiones previas.

La primera de ellas se refiere a la falta de legitimación activa de -a lo menos- una de las sociedades que aparece demandando en los presentes autos, por no corresponder a un competidor en los términos de la LCD ni tener un interés que se vea directa y personalmente afectado.

La segunda, a las especiales condiciones que exige la LCD para su aplicación, las cuales descartan que pueda ser invocada en casos donde no exista un especial disvalor en la conducta desarrollada por el demandado -que nuestra doctrina aproxima a los estándares civiles de dolo o de una culpa calificada-, lo que se encuentra justificado por la especial importancia que tiene la leal competencia en nuestro ordenamiento jurídico, sin que sea apropiado ni jurídicamente correcto aplicar sin acomodo los estándares que se utilizaron en la sede ética del CONAR para reprochar la conducta de Walmart.

Respecto de la falta de legitimación activa, indica que la LCD estableció un régimen especial de responsabilidad civil, cuya finalidad es reprimir aquellas conductas desarrolladas entre competidores que produzcan o tengan la aptitud para producir, una desviación de clientela (artículo 3°). Por esa razón, se ha afirmado que las normas sobre competencia desleal comparten una lógica común con el resto del sistema de



Foja: 1

responsabilidad civil extracontractual, pues, como señala Tapia: “[p]ara perseguir la sanción de estas conductas la Ley utiliza la lógica de la responsabilidad civil. [...] En efecto, la competencia desleal consiste en un acto ilícito perjudicial para el competidor: el perjuicio no es otra cosa que la disminución de clientela.” (Mauricio Tapia R. (2007), Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno, En: VV.AA. Competencia desleal. Análisis crítico y elementos de aplicación de la Ley N°20.169, de 2007, p. 86.)

Lo anterior es una cuestión relevante, pues, aunque las normas sobre competencia desleal compartan una misma orientación que otras reglas que protegen el correcto funcionamiento del sistema de mercado, sus acciones no pueden ser interpuestas en el solo interés público. Por el contrario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la LCD, quien interpone alguna de las acciones que ella contempla debe ser un sujeto “directa y personalmente amenazado o perjudicado en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal”, condiciones de carácter copulativo que reafirman la singularidad y concreción de la afectación exigida en la persona que la sufre, y que como contrapartida, excluye todos aquellos casos en que la competencia desleal produzca perjuicios o amenace los intereses de un tercero, “aunque con él se tengan vínculos como acreedor o inversor” (Orlando Poblete I. (2007). El proceso civil de competencia desleal, En: VV.AA. Competencia desleal. Análisis crítico y elementos de aplicación de la Ley N°20.169, de 2007, p. 110.)

De esta manera, el reconocimiento de la legitimación activa para demandar importa que quien comparece interponiendo la acción pueda acreditar el haber sufrido “directa y personalmente” un perjuicio, lo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 3° de la LCD, se identifica con la desviación de la clientela. En este sentido, señala Poblete que:

“En otras palabras, el titular de la acción de competencia desleal, el portador legítimo de esta especie de acción, es aquella persona que reúne las cualidades definidas por la Ley o que se encuentra en esa posición o situación material que la misma ha configurado y que condiciona el ejercicio de estas acciones. No estamos, en este caso, ante una acción popular, en la que por interés de la ley es aconsejable que se requiera una protección determinada por todos o por cualquiera y, por lo mismo, en la que puede ser portador legítimo de la acción todo sujeto, sino ante una legitimación determinada por la existencia de un vínculo entre quien ejerce la acción y una situación o realidad de hecho precisa, provocada o promovida por el acto de competencia desleal” (Poblete, Ob. Cit., p. 108)

Pues bien, al tenor de lo expuesto por las demandantes en su libelo, no queda claro de qué manera SMU y Rendic Hermanos habrían experimentado directa y personalmente un perjuicio que afecte a algún interés legítimo como consecuencia de las conductas que imputan a sus representadas. Lo anterior resulta especialmente patente, si se considera que, pese al extenso relato construido por las Demandantes, se tiende a identificar a supermercados Unimarc como la supuesta víctima de las conductas contrarias a la lealtad en la competencia, sin que en ningún momento se explique cuál es la relación que existe entre cada una de las sociedades que aparece demandando y la cadena de supermercados.

En efecto, existe tan sólo un párrafo dedicado al tema, que por lo demás resulta extremadamente vago, pues se limita a afirmar que: “2. Por su parte, Rendic Hermanos S.A. es parte del grupo empresarial SMU S.A. (en adelante y en conjunto ‘Supermercados Unimarc’), que también es un destacado actor en la industria, siendo la principal cadena del grupo los supermercados ‘Unimarc’, único supermercado de Chile presente en sus 16 regiones, con 290 tiendas ubicadas en más de 160 comunas.

El grupo SMU S.A. es el tercer actor de retail supermercadista en Chile, siendo hoy la compañía chilena con mayor cobertura geográfica del país, al contar con 505 tiendas y 8 centros de distribución en las principales ciudades del territorio nacional. Entre las otras cadenas que opera SMU S.A. se encuentran ‘Supermercado Mayorista 10’, ‘Alvi’ y ‘OK Market’

Como resulta de la simple lectura del párrafo previamente transcrito, los demandantes pretenden resolver el problema del interés, para interponer las acciones



Foja: 1

contenidas en su demanda, simplemente por la vía de afirmar una actuación conjunta, detrás de la marca “Supermercados Unimarc”, sin que sea ésta un sujeto activo legitimado para demandar en sede de competencia desleal.

Basta una somera revisión de los antecedentes societarios de las demandantes para comprender que, de la manera en que ambas sociedades estructuran su participación dentro de la actividad, es simplemente imposible que ambas puedan afirmar ser “directa y personalmente” afectadas en su legítimo interés. Lo anterior por cuanto, a partir de lo afirmado por las demandantes y de la información que se encuentra públicamente disponible, la única conclusión a que se puede llegar es que existe una relación de matriz a filial entre ambas sociedades, lo que resulta inconciliable con el hecho de que ambas desarrollen directa y personalmente el giro de supermercado. En último término, se trata de una cuestión que deberá ser acreditada por las demandantes en la etapa procesal correspondiente.

Como se puede apreciar de lo antes expuesto, SMU carece de legitimación para demandar en los presentes autos, pues su interés sería -en el mejor de los casos- solamente indirecto o mediato, y estaría dado por su carácter de controlador de la sociedad Rendic Hermanos, quien en realidad operaría la cadena de supermercados Unimarc. Más aún, en los términos del artículo 3° de la LCD, no habría forma en la cual los actos de publicidad denunciados podrían afectar su interés, pues no es posible que haya sufrido una disminución de clientela, perjuicio en específico en torno al cual se estructuran las acciones de la LCD.

Por otra parte S.S., tampoco es posible que otras cadenas de supermercados relacionados al grupo SMU -como Supermercado Mayorista 10, Alvi u OK Market, mencionados en el párrafo previamente transcrito- hayan experimentado una desviación de clientela como consecuencia de las infracciones que injustificadamente imputan a sus representadas, por más que las demandantes pretendan incluirlo de modo general al referir a la “desviación de clientela desde Supermercados Unimarc y otros supermercados a Supermercados Líder”.

En efecto, más allá de que esa afirmación general e indeterminada no logra satisfacer la carga mínima de afirmación de los hechos en los cuáles se sustenta la demanda, su parte no puede dejar de advertir dos cuestiones de fondo, que obstan completamente a que pueda dictarse una sentencia estimatoria en relación con estos “otros supermercados”: la primera de ellas, guarda relación con el público a que están destinados; y la segunda, al hecho que ni siquiera corresponden a actividades desarrolladas por parte de las demandantes.

En relación con la primera cuestión mencionada, baste considerar que, aunque en términos generales pueda pensarse que estamos en presencia de establecimientos que forman parte todos ellos de un mismo mercado, en cuanto todos ellos efectúan ventas de productos de diaria necesidad -como alimentos, artículos de limpieza, bebidas, etc.- al por menor y al gran público, lo cierto es que se trata de cadenas que presentan tantas diferencias con Líder, o con Unimarc, que no resulta concebible que la publicidad exhibida -y que es objeto de la Demanda- tenga siquiera la aptitud de producir una desviación de clientela.

Para apreciar lo anterior, baste considerar por una parte, que tanto Alvi como Mayorista 10 están orientados primeramente a un público mayorista -por más que igualmente efectúen ventas al por menor-, y se caracterizan por efectuar una menor inversión en su imagen comercial, con miras a mantener precios más bajos, acordes con el segmento de mercado hacia el cual está orientada su actividad, el cual en términos generales coincide con el público de SuperBodega Acuenta; mientras que, por otra, la cadena OK Market se presenta como una tienda de conveniencia cuya ventaja no está en los precios, sino que en la proximidad con las viviendas de sus clientes, compitiendo directamente con cadenas como Oxxo.

Este último punto es hasta tal punto evidente, que de haber incluido sus representadas en su comparación los precios expuestos al público por parte de OK Market, la contraparte con justa razón podría haber sostenido que se trataba de una construcción arbitraria, destinada solamente a crear una impresión en los consumidores en torno a que Líder tiene los precios más bajos, en circunstancias que la posición que



Foja: 1

ocupan cada una de estas empresas dentro del mercado de los supermercados no resulta en forma alguna comparable.

Por otra parte, en lo que se refiere particularmente a una eventual desviación de clientela que afecte a OK Market, existe un segundo elemento que impide a las demandantes poder accionar por dicho concepto. En efecto, ambas demandantes carecen de un interés personal y directo en relación con una eventual desviación de clientela que experimenten las tiendas que integran la cadena OK Market en beneficio de Líder, pues OK Market es una cadena cuya expansión se ha efectuado a partir del modelo de franquicias.

En este segundo sentido, ninguna de las demandantes podrían alegar haber experimentado una desviación de clientela, que importe una potencial disminución de los consumidores que concurren a efectuar sus compras en OK Market, pues en realidad esta cadena corresponde a una franquicia, en que una parte importante de los locales comerciales no son administrados por SMU, o por Rendic Hermanos, sino que corresponden a negocios de terceros que no son parte del juicio, quienes celebran un contrato con alguna de las sociedades que forman parte del grupo SMU con miras a poder identificar su establecimiento con la marca “OK Market”.

Como bien se puede apreciar, en el improbable evento que se considere que la publicidad exhibida por sus representadas afecte el bien jurídico protegido por la LCD -cuestión que, reitera, consideran imposible cuando se trata de dos establecimientos que presentan tan marcadas diferencias como Líder y OK Market-, quien contaría con legitimación para intentar las acciones serían las personas que desarrollan el negocio bajo la franquicia -quienes en términos gráficos, experimentarían las consecuencias de la disminución de la clientela-, y no los franquiciantes.

Lo anteriormente expuesto son cuestiones de primera relevancia en los presentes autos, en particular porque, entre las diversas pretensiones incluidas en el petitorio de la demanda, se solicita “Reconocer el derecho de las demandantes a demandar en un juicio posterior los perjuicios derivados de los actos de competencia desleal antes referidos, conforme con la reserva hecha por esta parte de conformidad a lo dispuesto en los Artículos Quinto y Noveno de la Ley 20.169 que regula la competencia desleal.”

Como bien se puede apreciar —al igual como ocurre con lo dispuesto en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil—, el que se pueda efectuar una declaración en orden a que existe un derecho a ser resarcido de los eventuales perjuicios que se experimenten como consecuencia de un acto de competencia desleal presupone que quien efectúa la petición pueda experimentar dichos perjuicios, directa y personalmente.

En el caso de autos, eso es simplemente imposible cuando se trata de SMU, dado que su calidad de controladora indirecta de Rendic Hermanos le impide experimentar una eventual desviación de clientela como consecuencia de la publicidad exhibida por nuestras representadas, y mucho menos poder fundamentar la existencia de un perjuicio que justifique una indemnización como aquella cuyo derecho solicita sea reconocido, pese a la reserva.

Como bien se sabe, uno de los elementos fundamentales para que pueda concurrir el derecho a la acción dice relación con la legitimidad que deben tener tanto quién interpone la acción, como la o las personas en contra de quien se dirige dicha pretensión. Sobre el particular, la doctrina ha señalado que “la legitimación es un elemento constitutivo del derecho de acción. A través de este componente se determina quién es el portador auténtico del derecho de acción. Si el que solicita la protección jurídica no tiene la legitimación (activa), o se deduce la acción en contra de un sujeto sin legitimación (pasiva), esa petición de tutela jurisdiccional no puede prosperar, al faltar un elemento constitutivo del derecho de acción” (Alejandro Romero S. (2006). Curso de derecho procesal civil (Tomo I). p.87).

En el mismo sentido, el máximo tribunal del país, citando al profesor Romero Seguel, señala que: “la legitimación se vincula con la titularidad de la situación controvertida en un juicio y es un presupuesto de fondo de procedencia de la acción; es decir una exigencia cuya falta determina ineludiblemente que no se pueda conceder la petición de tutela judicial solicitada en el proceso. Si no concurre la legitimación —activa



Foja: 1

y pasiva- faltará un elemento básico para acceder a la tutela judicial” (Considerando 9° de la Sentencia de la Excm. Corte Suprema, 2 de noviembre de 2015, Ingreso de Corte N°32.473-2014.)

Conforme con lo previamente expuesto, no se puede justificar que las demandantes pretendan sustentar alguna de las acciones que nacen de la LCD -y más aún, que se declare su derecho a demandar indemnización de perjuicios-, en circunstancias que no han experimentado un perjuicio personal y directo como consecuencia de los actos que denuncian.

Continúa expresando que para sancionar una conducta bajo la LCD debe existir un grado de intensidad relevante de ilegitimidad de la conducta, diverso al que sanciona un organismo ético y de adhesión voluntaria como es el CONAR. Pensar lo contrario sería confundir la competencia ruda con la competencia desleal. La publicidad comparativa se presume lícita. Para concluir lo contrario, recae sobre las demandantes la carga de demostrar que ha existido una clara intención de sus representadas de entregar información falsa a los consumidores

La tensión que se identifica entre los principios resguardados por la protección de la lealtad entre competidores tiene una especial cabida cuando se trata de la publicidad comparativa. En efecto, el correlato de que la publicidad comparativa es beneficiosa para el funcionamiento general del mercado -tal como lo reconocen las demandantes- es la aceptación general, por parte del ordenamiento jurídico, de este tipo de conductas entre competidores. Lo anterior implica que para sancionar actos como los denunciados por las Demandantes se requiere de la presencia de un claro disvalor en la conducta imputada al demandado.

Todo lo anterior ha sido reconocido por las demandantes, quienes afirman la legitimidad de la publicidad comparativa, “no obstante la eventual afectación reputacional que puede significar para el competidor objeto de la comparación. Lo anterior, puesto que conceptualmente se considera que beneficia a los consumidores, al aumentar la información disponible, facilitando con ello el proceso de comparación que cada consumidor realiza al escoger un producto, servicio o establecimiento.”

Por lo demás, esta es una cuestión que ha sido ampliamente reconocida por la doctrina, que ha destacado el que “la publicidad comparativa es lícita y conveniente, porque agrega información a los consumidores” (Mauricio Tapia R. (2007). Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno, En: VV.AA. Competencia desleal. Análisis crítico y elementos de aplicación de la Ley N°20.169, de 2007, p. 90-91.); o bien que “la publicidad comparativa solo podrá considerar desleal cuando la misma tenga por objeto afectar o menoscabar la reputación de un competidor usando medios ilegítimos para ello, tales como la mentira, la información sesgada o tendenciosa, o antecedentes cuyo contenido no puede verificarse empíricamente” (Óscar Contreras B. (2012). La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena, pp. 123-124.) En último término, como señala Barros:

“En la medida que los flujos de información son esenciales para la libre decisión de los competidores, la libertad de información se extiende a los propios productos y a la comparación con los de la competencia, en la medida que no solo la información positiva produce efectos saludables a favor del público. De ello se sigue que la publicidad comparativa es esencialmente lícita. En consecuencia, el ilícito radica en el engaño respecto de las calidades o proveniencia de los bienes ofrecidos por el demandado o sus competidores” (Enrique Barros B. (2020). Tratado de responsabilidad extracontractual, t. II, pp. 965-966.)

Esta interpretación sostenida por la doctrina nacional resulta plenamente concordante con la antigua jurisprudencia sostenida por los órganos de la libre competencia -a partir de cuyos criterios se configura este especial ilícito contra la leal competencia, atendida su ausencia en el Convenio de la Unión de París- (Contreras, O. Cit., p. 122-123.), donde se destaca lo beneficioso que es la publicidad comparativa para el correcto funcionamiento del sistema de mercado. En términos de la Comisión Preventiva Central:

“Esta Comisión ha sostenido reiteradamente que la publicidad comparativa es útil para la libre competencia, pues contribuye a la transparencia del mercado; es beneficiosa



Foja: 1

para el consumidor, en cuanto lo informa sobre las cualidades de determinados productos y, además, permite que un producto nuevo pueda penetrar en un mercado donde existen productores ya establecidos, de mercaderías similares, que tienen prestigio consolidado. Sin embargo, para que esta publicidad esté de acuerdo con las normas sobre libre competencia es necesario que ella sea veraz, objetiva y demostrable” (Comisión Preventiva Central, 577, 3 de julio de 1998.)

Por esta razón, resulta verdaderamente incomprensible la posición sostenida por las demandantes, que, pese a reconocer que la publicidad comparativa es legítima y que genera importantes beneficios para los consumidores, a renglón seguido postulan que dicha publicidad comparativa requeriría de requisitos en extremo estrictos y fuera de lo comercialmente razonable, extendiendo el fallo del CONAR a límites que no resultan jurídicamente atendibles.

De ser aceptada la tesis de las demandantes en la práctica resultaría verdaderamente imposible ejecutar cualquier ejercicio de comparación. Baste a modo de ejemplo, ver lo que ocurre particularmente con:

a. La exigencia de que toda comparación deba materializarse en función de productos que cuenten con un mismo código de barras, lo cual prácticamente excluiría del ejercicio una parte tan importante de la canasta básica familiar como son todos los alimentos que son comprados a granel o por peso en los supermercados, como las frutas, la carne o el pan;

b. Los cuestionamientos que se efectúan al alcance de la muestra, calificando como arbitrario el hecho que se desarrolle una campaña a nivel nacional sobre la base de precios comparados a partir de compras efectuadas en una determinada comuna del país, lo que en la práctica importaría la imposibilidad de efectuar publicidad comparativa a escala nacional; y,

c. Los cuestionamientos que se efectúan a la construcción de las canastas, cuya aplicación práctica haría imposible una publicidad comparativa útil para el consumidor que decide acudir a un supermercado -quien por las propias características de este lugar acude con miras a adquirir diversos productos-, pues todo ejercicio quedaría reducido a la comparación de precios de determinados productos, con el consiguiente problema que se originaría como consecuencia de no incluir los resultados totales de las compras.

Como se podrá apreciar, lo que será concluyente a la hora de definir si una determinada comparación es lícita o ilícita no son los artificiosos criterios planteados por las demandantes. El análisis debe estar enfocado en el esclarecimiento de si la metodología empleada en la comparación es veraz y demostrable, y de si está presente, o no, una intención de entregar información falsa por parte de quien efectúa la comparación, para, de ese modo, intentar obtener una desviación de clientela a su favor.

A pesar de esto último, la demanda se construye a partir de afirmaciones y criterios que se encuentran lejos de satisfacer dicho estándar, incluso en el hipotético escenario de llegar a ser efectivas sus imputaciones (lo que, en cualquier caso, se niega tajantemente). Veamos.

a. Por una parte, la acusación parte del supuesto de que la mera referencia, en una boleta, a supermercados Unimarc sería suficiente para generar un descrédito frente a los consumidores;

b. Además, se indica que la presencia del periodista Emilio Sutherland en las publicidades tendría por inmediato efecto el crear la impresión en los consumidores de que se trata de un ejercicio destinado a “desenmascarar a sujetos tramposos, que engañan a sus clientes”, asumiendo, sin más, que ello supondría un ataque específicamente dirigido a las demandantes;

c. Incluso más, se llega al extremo de imputar a sus representadas la utilización del color rojo, al momento de comparar los resultados, lo que según su criterio conllevaría una referencia a su cadena de supermercados (Unimarc), en circunstancias que, como se podrá haber observado, la utilización del color rojo es más propio de otros supermercados de la competencia (Santa Isabel, Montserrat, por ejemplo), sin ser exclusivo de la cadena de supermercados de las Demandantes (quien por lo demás utiliza otros colores diversos al rojo), además de existir otras razones estéticas o de conveniencia



Foja: 1

que justifican dicha elección -como ocurre, por ejemplo, con la intención de usar el color verde, característico de otra cadena de supermercados.

La poca tolerancia de las demandantes hacia la publicidad comparativa queda también de manifiesto en los cuestionamientos que efectúa a la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, pues introduce en esta materia elementos relacionados con la supuesta falta de objetividad de dicha afirmación, obviando que tratándose de una frase construida sobre la percepción de los consumidores es una cuestión esencialmente subjetiva -son los compradores quienes perciben a Líder como el supermercado más económico, para pesar de Unimarc-; por lo que la objetividad de la apreciación se desplaza hacia la metodología que se emplea para su construcción, la que se encuentra ampliamente respaldada por la empresa GFK, como lo hemos referido supra.

Conforme con lo previamente expuesto, pareciera que la tolerancia a la publicidad comparativa o el reconocimiento de sus méritos por parte de las demandantes se encuentra limitado a aquellos casos en que se limita a ser una parodia de otras campañas publicitarias, donde en realidad no se entrega ninguna información útil que pueda guiar la compra de los consumidores, como ocurre con las campañas de publicidad desplegadas por las demandantes en desmedro de los intereses de Líder.

Prosigue diciendo que lo resuelto por el CONAR es insuficiente como para cumplir el estándar exigido por la LCD para tener por acreditada una conducta de competencia desleal de parte de sus representadas.

Por otra parte, un aspecto central de la LCD, y que la demanda pareciera olvidar, es que la misma contiene un estatuto especial de responsabilidad civil extracontractual. No estamos, como pareciera desprenderse de la demanda, ante una figura infraccional, ética, de responsabilidad objetiva, ni otras similares. Lo que, de entrada, le impone a las demandantes la carga de acreditar todos y cada uno de los elementos de dicha clase de responsabilidad civil.

Sin embargo, y más allá de esa primera aproximación, debe tenerse presente, además, que la LCD constituye un instrumento jurídico que presenta una serie de particularidades que lo distinguen de aquella responsabilidad civil que regula el Título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil, en varios aspectos. En particular, les interesa destacar para estos efectos el especial disvalor que debe satisfacer la conducta del infractor, a fin de dar lugar a las acciones que la ley prevé.

En efecto, como bien consigna Tapia, en cualquier sistema que favorece la libre competencia, los actores de mercado deben tolerar la competencia fuerte, e incluso ruda, fijándose el límite en aquellos casos en que las formas de competencia exceden el límite de aquello que se estima correcto en el comercio. “La competencia puede ser dura, pero no sucia” (Mauricio Tapia R. (2007). Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno, En: VV.AA. Competencia desleal. Análisis crítico y elementos de aplicación de la Ley N°20.169, de 2007, p. 85.)

Esta es una cuestión relevante, por cuanto la tutela de los intereses protegidos a través de las normas sobre la competencia leal no puede importar una afectación del sistema de mercado. Esto queda bien reflejado en lo expuesto por Tapia, en orden a que “incluso, históricamente algunas conductas rudas en el mercado han sido toleradas. Es el caso de la publicidad comparativa. Ella es en principio lícita, incluso cuando compara precios o calidades de los bienes. Una publicidad de esta naturaleza es tolerada y considerada sana como método de información a los consumidores” (Tapia R., O. Cit., p. 88). En el mismo sentido, señala correctamente Barros:

“De manera análoga a la culpa civil, el límite de la competencia leal con la conducta contraria a las buenas costumbres del tráfico comercial o profesional está dado por el estándar objetivo del empresario correcto y decente en la prosecución de su propio interés. En general, el límite de la culpa por la cual se responde es más bien tolerante, porque la lógica de la competencia exige amplios ámbitos de libertad, incluso si su conducta provoca perjuicio a los competidores; por ejemplo, para mostrar las ventajas de los propios productos o servicios en comparación con los ofrecidos por los competidores. [...]



Foja: 1

En circunstancias que la competencia es un bien social importante, tanto desde el punto de vista del bienestar general como de la justicia contractual, los ilícitos de competencia desleal, que establecen los límites de las prácticas competitivas admisibles, deben estar sujetos a condiciones particularmente exigentes. Pareciera que el mejor equilibrio entre los bienes en juego se logra con reglas que sancionan el fraude y la fuerza. Por eso, los ilícitos típicos de competencia desleal son el falseamiento de la realidad, la fuerza y las maniobras para dificultar el establecimiento de un competidor” (Barros, O. Cit., pp. 963-964.)

Lo previamente expuesto ha sido reconocido por nuestra doctrina, que identifica que un acto de competencia desleal, por su propia naturaleza, requiere de la presencia de mala fe o dolo -o, al menos, de culpa grave- estándar mucho más exigente que el contemplado por regla general dentro de la normativa civil, y que necesariamente deberá ser acreditado por la parte demandante.

En este sentido, señala el profesor Banfi que: “Además, la limitación de la responsabilidad civil por conductas desleales mediante el requisito del dolo es coherente con la lógica de la LCD, ya que en ésta los actos de competencia desleal están definidos como comportamientos intencionales” (Cristián Banfi D. (2013), Responsabilidad Civil por Competencia Desleal).

Lo expuesto tiene especial relevancia, entre otras cosas, para efectos de dimensionar cuál es el real alcance que podrían tener los pronunciamientos del CONAR en materias como las discutidas en estos autos.

La correcta comprensión de los ámbitos que son propios a cada una de estas normativas es una cuestión relevante, pues una revisión de la demanda evidencia que la misma se construye casi exclusivamente a partir de lo resuelto por el CONAR el 15 de noviembre de 2019 en los autos rol N°1.125/19; resolución en la que dicho organismo declaró que la Campaña Total + Bajo estaba en conflicto con determinadas disposiciones del CCHEP (Véase parte resolutive de la Resolución del CONAR, de 15 de noviembre de 2019.). Tanto así, que se podrá observar que la demanda de autos es casi una réplica literal del reclamo presentado por las demandantes ante el CONAR, que luego devino en la referida resolución.

Lo que las demandantes pasan por alto con esto, sin embargo, es que dicho antecedente resulta abiertamente insuficiente como para tener por configurada las conductas de competencia desleal que se imputan a sus representadas.

Sobre este punto, son enfáticos en marcar la diametral diferencia que existe entre los instrumentos de autorregulación publicitaria y la responsabilidad por infracción a la LCD. En efecto, como se indicó supra, el CONAR, de acuerdo con sus propios estatutos, es una corporación de derecho privado entre cuyas funciones está velar por el cumplimiento de los principios y normas contenidos en el CCHEP, así como resolver aquellas denuncias de infracciones a dicho instrumento.

El CCHEP constituye un instrumento de autorregulación, vinculante sólo para las entidades adheridas a las asociaciones que integran el CONAR. La infracción de dicho instrumento acarreará únicamente una responsabilidad ética, cuya extensión y naturaleza queda definida por sus propios términos.

La LCD, por otra parte, es una norma legal que, como se expuso, contiene un estatuto especial de responsabilidad civil. La declaración de potenciales infracciones a dicha norma legal está entregada a los tribunales de justicia -los juzgados civiles o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según sea el caso- quienes resolverán dichas controversias por medio de sentencias judiciales con efecto de cosa juzgada.

Contrariamente a lo pretendido en la Demanda, el que haya existido un pronunciamiento previo del CONAR únicamente respecto de la Campaña Total + Bajo -pues reiteramos que no existe referencia a la frase “# 1 Elegido como el supermercado más económico”- en ningún caso eximirá a las demandantes de la carga de acreditar todos y cada uno de los supuestos legales y jurisprudenciales exigidos para configurar las conductas de competencia desleal imputadas a esta parte.

Todo lo anterior tiene un claro reconocimiento jurisprudencial: “Que de ello también se sigue que las consideraciones acerca de la publicidad realizadas por entidades



Foja: 1

como CONAR, Comisiones Preventivas y Resolutiva, no pueden aplicarse sin acomodo a la controversia sobre la que versa este litigio, tanto en cuanto la primera es un organismo de autorregulación y por ende de adhesión voluntaria, como por ser su mirada desde la ética, y respecto de las demás por tener un objeto protegido diverso al que toca hacer velar a esta juez” (Considerando 23° de Sentencia de 30 de junio de 2010, pronunciada por el 17° Juzgado Civil de Santiago en autos rol N° C-23.423-2007.)

Por lo demás, resulta imposible efectuar una vinculación directa y sin matices entre ambas normativas. En efecto, según se expondrá más adelante, al momento de analizar las relaciones que existen entre el CCHEP y la LCD, se destaca especialmente en esta última la ausencia del elemento “objetivo” que está presente en el CCHEP, al momento de regular la publicidad comparativa. Así, la LCD se limita a dos elementos: el carácter veraz y el carácter demostrable de la publicidad.

Según se sostendrá, dicha omisión no es irrelevante, sino que da cuenta de una aproximación mucho más exigente por parte de la LCD al momento de configurar el ilícito, lo que se encuentra acorde con la importancia que tiene la publicidad comparativa en nuestro derecho, al no exigir un carácter objetivo de la publicidad, como sí lo hace el CCHEP.

Una vez fijado este marco general, que determina la interpretación de las disposiciones de la LCD, examinarán en primer lugar, los ilícitos en particular que se imputan a sus representadas -que consisten en la infracción a lo dispuesto en los literales b) y e) del artículo 4°-, para luego analizar la regla general prevista en el artículo 3° de la LCD. En este contexto, y debido a la importancia que presenta dentro de la construcción general de la imputación efectuada por las demandantes, iniciarán su exposición explicando las razones por las cuales no concurren en el presente caso los requisitos que permiten calificar la publicidad efectuada por Líder como “desleal”, por encontrarse ella sustentada en antecedentes veraces y demostrables.

Afirma que no se cumplen los requisitos de la hipótesis específica del artículo 4° literal e) de la LCD: la comparación efectuada en la publicidad de sus representadas es veraz y demostrable.

En primer término, expondrán en esta sección las razones por las cuales el ejercicio efectuado por sus representadas en la Campaña Total + Bajo no contraría las disposiciones de la LCD, pues se trata de una comparación de precios “veraz y demostrable”. En efecto, según resulta de lo latamente expuesto en el Capítulo II de su presentación, estamos en presencia de una afirmación que se basa en antecedentes que existen y es el resultado de compras reales efectuadas para los propósitos de esta campaña; al tiempo que sus resultados pueden ser reproducidos por cualquier persona, pues la misma se basa en una metodología única.

Lo mismo ocurre tratándose de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, la cual es veraz, pues se limita a expresar la opinión de los consumidores, quienes en las sucesivas encuestas de opinión efectuadas por GFK reiteradamente expresan su opinión en orden a que perciben a Líder como el supermercado más económico; y resulta también demostrable, dado que la percepción que ella recoge es fruto de estudios de mercado, que cuentan con sus respectivas validaciones metodológicas.

Explica que la publicidad comparativa no es un ilícito per sé. En primer término, hace presente que la publicidad comparativa no sólo no es un ilícito por sí misma, sino que además es vista como valiosa por nuestro ordenamiento, circunstancia que incluso es reconocida por los propios demandantes de autos, quienes sostienen que la publicidad comparativa “...se encuentra permitida en nuestra legislación. Lo anterior, puesto que se estima que puede otorgar un beneficio a los consumidores al aumentar la información disponible, facilitando con ello el proceso de elección al momento de escoger un producto, servicio o establecimiento”.

Agrega que la publicidad comparativa de sus representadas se funda en antecedentes veraces y demostrables. Destaca que el literal e) del artículo 4° de la LCD tiene una aplicación de carácter excepcional. En este sentido, dentro de un sistema que, por regla general, admite y valora la publicidad comparativa, declara que ésta constituye



Foja: 1

un acto de competencia desleal “cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz o demostrable, o cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley”.

Como bien se puede apreciar, en el contexto antes indicado lo importante será analizar los elementos o antecedentes sobre los cuales se efectúa la comparación, a fin de definir si éstos efectivamente son “veraces” y “demostrables”.

Como se indicó previamente, la presente disposición reconoce su origen en la jurisprudencia emanada de los órganos con competencia en materia de libre competencia, razón por la cual resulta informativo considerar los elementos considerados por éstos. En particular, refiriéndose a qué debe entenderse por los requisitos de “veracidad” y “demostrabilidad”, señala Rivas que: “Respecto de los requisitos de veracidad y demostrabilidad, el primero se refiere a que las aseveraciones publicitarias sean fieles a la realidad de los hechos, y el segundo se ve satisfecho cuando las afirmaciones efectuadas en la publicidad se basen en antecedentes comprobables y verificables. La Corte Suprema falló en este sentido en sede de reclamación, en el caso de un folleto promocional de un medicamento cuyo compuesto activo era la atorvastatina cristalina, que destacaba las ventajas de esta formulación por sobre la prestación del competidor. El folleto señalaba que existían diferencias entre la atorvastatina y la amorfa -que utilizaba el medicamento competidor- en cuanto a su estabilidad, disolución y degradación, citando un estudio científico que había arrojado dichas conclusiones. La Corte resolvió que dicha propaganda se basaba en conclusiones científicas establecidas por un organismo experto en la materia y por estudios que habían recibido la máxima distinción, y que, por ende, no podían ser tildados de poco veraces.”

En los términos previamente expuestos, se puede concluir que la ilicitud de la publicidad comparativa estará dada por el recurso por parte de quien efectúa la comparación a antecedentes falsos, o a la ausencia de todo antecedente que permita sustentarla, de manera que estaremos en presencia de una conducta que “intenta falsear la realidad con el propósito de incitar al cliente a adquirir un determinado producto o a abstenerse de hacerlo. Se induce voluntariamente a error al cliente sobre las características del propio producto o servicio, para aumentar su venta, o sobre las características de bienes o servicios de terceros, para disminuir su demanda (son hipótesis de publicidad engañosa que desde el punto de vista de los consumidores están sancionadas por el artículo 28 de la Ley N°19.496)” (Tapia, O. Cit., p. 90).

Aprecia que el propio entendimiento de la figura dentro de los actos de engaño supone una calificación adicional, en orden a que quien efectúa la comparación se vale de una situación que conoce no es efectiva, o que sabe es indemostrable, para efectos de producir un engaño en el consumidor. Esta interpretación se puede confirmar a partir de lo establecido en el artículo 28 de la Ley del Consumidor, disposición que comprende también los actos de engaño, aunque mirados desde la perspectiva de las consecuencias que desarrollan en la relación entre el proveedor y el consumidor.

En efecto, para tal disposición contenida en la LPC, para que el proveedor pueda efectivamente inducir al consumidor a error o engaño, debe encontrarse en una posición especial de conocimiento en relación con la falsedad de las aseveraciones incorporadas en su publicidad, pues es la única forma en que puede existir “inducción” al error, o engaño. En los términos de la Ley del Consumidor, esta situación se da por el conocimiento efectivo que tiene el proveedor, o por el hecho que debía saber dicha circunstancia. En los términos expuestos, una interpretación sistemática de las reglas de nuestro ordenamiento no hace sino confirmar que cualquier figura sustentada en el engaño o en la inducción al error, exige un actuar especialmente reprochable por parte de quien incurre en la conducta, de manera que quedan excluidos todos aquellos casos en que pudo existir un justo error en materia de hecho.

Por el contrario S.S., esta disposición no puede ser dotada de un contenido por la simple vía de recurrir directamente a la integración de lo dispuesto en el artículo 14 del CCHEP, como erróneamente lo pretenden las demandantes (Virginia Rivas S. (2012), Los ilícitos de competencia desleal en la jurisprudencia chilena, pp. 54-55.), ni siquiera para efectos de “ilustrar la rigurosidad de los cánones que debe caracterizar a la publicidad comparativa”.



Foja: 1

Para advertir lo anterior, baste considerar que el artículo 4° literal e) de la LCD no considera los mismos estándares que la normativa de autorregulación, pues para los efectos de calificar una determinada conducta como constitutiva de competencia desleal no considerará su “objetividad” como un requisito de carácter independiente que deba cumplirse. Por el contrario, bastará con que estemos en presencia de una publicidad “veraz y demostrable.”

Esta circunstancia, fue fruto de una decisión razonada por parte de nuestro legislador, quien apartándose de la antigua jurisprudencia emanada de los órganos de la libre competencia, consideró que no correspondía exigir que la comparación fuere efectuada sobre una base “objetiva”, pues la posibilidad de efectuar juicios de valor es algo intrínseco a cualquier comparación (Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado. Historia de la Ley N°20.169, pp. 104-105.), razón por la cual el análisis debe centrarse única y exclusivamente en el carácter verdadero de lo afirmado en la comparación y en la posibilidad de que ello sea demostrado.

Esta es una circunstancia de primera relevancia en la discusión de los presentes autos, por cuanto reiterada y majaderamente las demandantes, como si estuviesen replicando su litigación ante el CONAR, hacen referencia a la infracción del criterio de la “objetividad” para efectos de construir el supuesto actuar contra la leal competencia por parte de sus representadas, invocando incluso para tales efectos la jurisprudencia en materia de libre competencia, sin reparar en que se trata de un elemento ajeno a las exigencias comprendidas por la LCD, por expresa decisión del legislador.

En estos términos, resulta inconcuso que estamos en presencia de un elemento que no podría ser objeto de análisis en los presentes autos, so riesgo de incurrir en una errada interpretación de la ley.

Como se puede apreciar, esta decisión legislativa es expresión de una aproximación favorable a la publicidad comparativa, que establece requisitos más estrictos que aquellos, conforme con los cuales el CONAR dicta sus resoluciones; lo que se encuentra en línea con el especial disvalor que se exige cuando se trata de una conducta sustentada en la idea de engaño. Ahora bien, sin perjuicio de lo previamente expuesto, analizarán las razones por las cuales las publicidades desarrolladas por sus representadas satisfacen los estándares de veracidad y demostrabilidad.

Respecto de la campaña “Total + Bajo”, en primer lugar, las demandantes imputan que la Campaña Total + Bajo no lograría satisfacer los estándares de veracidad y demostrabilidad previamente expuestos. De esta forma, según afirma en su libelo: “...la comparación que se realiza en la referida campaña publicitaria evidentemente se funda en antecedentes que no son veraces ni demostrables, por el simple hecho de no existir las boletas que se publicitan y/o por no ser comparables los productos y boletas protocolizadas, configurándose la conducta descrita en la Letra e) del Artículo Cuarto de la LCD. Lo anterior, sin perjuicio que cada uno de los defectos expuestos en los Capítulos previos por sí mismos permiten calificar la competencia desleal en el actuar de Supermercados Líder con ocasión de la campaña “Total + Bajo””

Por el contrario, según se explicó en el Capítulo II de su presentación, ninguno de los cuestionamientos efectuados por las demandantes a la veracidad de la información sobre la cual sus representadas construyeron la Campaña Total + Bajo es efectivo. En este sentido, les interesa especialmente destacar:

(i) Que se equivocan las demandantes al momento de afirmar que la comparación no sería real, pues no existirían las boletas que sustentan la comparación. Por el contrario, como se explicó previamente, el resultado final exhibido en la Campaña Total + Bajo refleja las compras efectivamente hechas el 24 de septiembre de 2019, una vez que fueron objeto de un proceso de homologación destinado, precisamente, a resguardar la fidelidad de la base sobre la cual se efectuó la comparación, y, por ende, la veracidad de sus resultados;

(ii) De la misma forma, tampoco es efectiva la afirmación efectuada por las demandantes, en orden a que existirían diferencias entre los productos que integran cada una de las boletas protocolizadas, pues el único producto que se encontraba presente en una boleta y no en otra -la bandeja de huevos que efectivamente no aparece en la boleta



Foja: 1

de Líder-, con posterioridad no fue incluida dentro del resultado exhibido al público, debido al proceso de homologación;

(iii) Por otra parte, tampoco es efectivo lo afirmado por las demandantes, en orden a que sus representados habrían incurrido en un error que afecta la veracidad del resultado, al momento de incorporar dentro de la comparación productos que presentan características relevantes disímiles en cuanto a su formato, tamaño o presentación, pues de seguirse el estricto criterio pretendido por la contraparte -que limita la comparación a productos que tengan un mismo código de barras-, resultaría simplemente imposible cualquier ejercicio que comprenda productos vendidos a granel, o que mire a los resultados finales, más allá de una comparación entre productos. Por el contrario, sus representadas, de buena fe, anticiparon este problema, y recurrieron a una homologación objetiva de los precios, introduciendo una corrección que mantiene la comparación, aun cuando ello “perjudique” a Líder;

(iv) Por otra lado, tampoco es efectivo que la muestra no sea veraz o que la comparación quede invalidada, por haber incluido productos en promoción, dado que, por una parte, en esta materia lo que se hizo fue estrictamente reproducir el resultado que obtendría un comprador que asiste a los supermercados comparados un día determinado, sin contar con un código especial de descuento, razón por la cual le resultan aplicables los precios universales de venta al público; en tanto que, por otra, no existe en esta materia una definición especial en orden a adquirir productos en promoción para alcanzar un resultado más bajo, lo que se encuentra garantizado porque (i) la primera compra se efectuó en Líder, de manera que no existía la posibilidad de alterar el precio de comparación, y (ii) la definición de los productos a comparar no se efectuó a partir de criterios que beneficiaran a Líder -como podría ser incluir aquellos que precisamente se encontraban en promoción a dicha fecha-, sino que sobre un criterio objetivo, como es la inclusión de dicho producto dentro de la canasta preparada por el INE, o el hecho de encontrarse dentro de los más vendidos por parte de Líder.

(v) De la misma forma, derechamente no es efectivo que se hayan incluido marcas propias dentro de la comparación que efectuó Líder de su total de compra, frente al resultado obtenido en otros supermercados.

(vi) Finalmente, hace presente que las propias piezas publicitarias hacían expresa referencia a las condiciones bajo las cuales se efectuó la comparación, estableciéndose el plazo de duración y sus demás elementos relevantes. Esto es particularmente relevante en relación con dos elementos que fueron cuestionados por las demandantes, como son la imposibilidad de extender a nivel nacional los resultados obtenidos de compras efectuadas en una comuna en particular, o el hecho de que con posterioridad al 24 de septiembre de 2019 ciertos productos hayan experimentado una ligera alza de precio. En ambos casos, debe tenerse presente que el sentido de la Campaña Total + Bajo no es asegurar precios a nivel nacional, por un tiempo determinado, sino simplemente reproducir de manera fidedigna el resultado que encontraría un comprador estándar, si efectúa sus compras un día determinado en los diversos supermercados que fueron objeto de la comparación.

En ese contexto, el hecho que las muestras hayan sido compradas sólo en supermercados ubicados en la comuna de Las Condes, lejos de cuestionar la comparación, lo que permite es evitar la introducción de distorsiones en los resultados, como ocurriría si se tomaran muestras de supermercados ubicados en diversas comunas. En este sentido, se trata de una exigencia mínima de estandarización. Por otra parte, la ligera y limitada alza de precios que denuncian las demandantes tampoco permite cuestionar el ejercicio, pues el mismo da cuenta de un resultado en un día determinado, y expresamente se comunica a los consumidores que este ejercicio no tiene por finalidad promocionar productos o asegurar un determinado precio por un determinado lapso.

Conforme con lo todo lo previamente expuesto, concluye que la Campaña Total + Bajo desarrollada por sus representadas es veraz, por cuanto comunica al mercado un resultado real: que al momento de efectuar las compras con fines de comparación Líder tiene el total más bajo.

Como resulta de todo lo previamente expuesto, no es efectivo como erradamente lo pretenden las demandantes, que no sea posible comprobar la veracidad de lo afirmado



Foja: 1

en la Campaña Total + Bajo, o que los antecedentes aportados para la comparación no coincidan con lo afirmado.

En efecto, dicha afirmación sólo se puede explicar en un contexto en que existe una errada comprensión del ejercicio. Por el contrario, la Campaña Total + Bajo se sustenta en antecedentes que permiten demostrar sus resultados. En efecto, como se expuso precedentemente, en todas las piezas publicitarias desarrolladas para promover la Campaña Total + Bajo se informó que las compras fueron efectuadas el 24 de septiembre de 2019 y que el público en general podía tener acceso a más información en el sitio web www.lider.cl y en los locales comerciales. Finalmente, es necesario reiterar que fue precisamente la intención de sus representadas de cumplir estrictamente con los dos criterios previamente expuestos los que justifican el ejercicio de homologación previamente explicado, el cual buscó resguardar la veracidad de la información entregada al consumidor y hacer posible la comparación, especialmente cuando se trata de productos que se venden a granel, o que no se encontraban en el mismo formato. Como bien se puede apreciar, el recurso a esta metodología, lejos de constituir un acto de competencia desleal, o de perseguir engañar a los consumidores, tiene como propósito resguardar la veracidad de la información entregada, para el mayor beneficio del consumidor.

En cuanto a la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, los antecedentes previamente expuestos permiten también descartar que se haya incurrido en una comparación no veraz, o indemostrable, en el caso de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”. Lo anterior, por cuanto ella expresa fielmente el resultado de reiteradas encuestas de opinión, en la cual participan más de 2.500 consumidores mensualmente, en las cuales éstos expresan su percepción en orden a que Líder es el supermercado más económico. En estos términos, es estrictamente veraz que Líder en dichas encuestas es elegido por los consumidores como el supermercado más económico, de manera que no podría existir una violación a las disposiciones de la LCD.

De la misma forma, este resultado es demostrable y se encuentra respaldado por la metodología desarrollada por GFK, de manera que tampoco podría afirmarse que estamos en presencia de un absoluto que no cuente con un respaldo que justifica el resultado promocionado.

Así, las demandantes incurren nuevamente en un error al momento de cuestionar esta frase, por supuestamente no encontrarse basada en antecedentes objetivos y verificables, pues (i) en ningún momento pretende establecer un comparativo absoluto, en términos que Líder siempre e invariablemente tendrá los precios más bajos, sino que se limita a dar cuenta de una percepción ampliamente difundida entre los consumidores, como es el que Líder tiene los precios más bajos; (ii) en esos términos, la veracidad de la información debe hacerse sobre la base de lo que ella predica, esto es, que Líder es elegido el supermercado con los precios más bajos, cuestión veraz a la luz de las encuestas que se desarrollan periódicamente por parte de GFK; (iii) pretender invalidar esta muestra por carecer de objetividad expresa un grave error en que incurre la contraparte, pues el carácter objetivo de la comparación es un elemento que fue expresamente excluido de la LCD; y, (iv) sin perjuicio de lo todo lo anterior, estamos en presencia de un resultado serio, que es fruto de reiterados estudios de mercados, que sobre la base de metodologías objetivas y demostrables, permiten concluir que la percepción de los consumidores es que Líder tiene los precios más bajos.

Prosigue explicando que no se cumplen los requisitos de la hipótesis específica del artículo 4° literal b) de la LCD.

Por otra parte, sobre la base de la revisión de los antecedentes expuestos en el Capítulo II de su presentación, su parte también controvierte expresamente que la campaña y frase publicitarias denunciadas puedan comprenderse en la hipótesis prevista en la letra b) del artículo 4° de la LCD, que califica como acto de competencia desleal “El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que se pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos”.



Foja: 1

En términos generales, las demandantes invocan en su presentación el citado literal para efectos de justificar la supuesta existencia de un acto de competencia desleal en la Campaña Total + Bajo, pues en su concepto sus representadas habrían incurrido en una serie de errores al momento de efectuar la comparación de los precios que invalidarían los resultados obtenidos y ocasionarían una desviación de clientela en desmedro de supermercados Unimarc. En esta simple versión de los hechos, la presentación de Líder como el supermercado de los precios más bajos importaría por sí misma la aseveración de un hecho incorrecto o falso, que generaría un error en los consumidores, quienes actuarían guiados por la errada creencia que Líder es efectivamente el supermercado de los precios más bajos.

Ahora bien S.S., conforme se expuso previamente con ocasión del artículo 4° letra e) de la LCD, el propio carácter veraz y demostrable de las comparaciones efectuadas por sus representadas permite concluir que en el presente caso no puede existir una aseveración incorrecta o falsa en los términos del artículo 4° letra b) de la LCD, pues las comparaciones contenidas en la publicidad exhibida se sustentan en antecedentes veraces y demostrables.

Con todo, más allá de lo anteriormente señalado, destaca adicionalmente un segundo elemento presente en esta disposición, que confirma la inexistencia de un acto de competencia desleal, como es, en este caso particular, la exigencia en orden a que exista un especial disvalor en la conducta del demandado expresado en el propio verbo rector que emplea la disposición. En efecto, para que se configure esta hipótesis de competencia desleal no sólo será necesario que se difunda una aseveración incorrecta o falsa, sino que además dicha aseveración debe inducir a un error por parte de su destinatario. Esta es una cuestión relevante, pues la inducción, en cuanto expresa la intención “de mover a alguien a algo, o darle motivo para ello”, excluye su comisión en forma meramente culpable.

En otras palabras, para que un competidor pueda incurrir en la conducta descrita en el literal b) del artículo 4° de la LCD, es necesario que las aseveraciones falsas o erradas hayan sido efectuadas con el propósito de generar un error o confusión en sus destinatarios. Por esta razón, quien actúa en el caso de esta disposición debe hacerlo de una manera dolosa, o a lo menos gravemente culpable. Por el contrario, los simples errores de hecho en que pueda incurrir un competidor no logran satisfacer dicho estándar. Esto por lo demás es consistente con lo dispuesto en el artículo 706 del Código Civil, que expresamente declara que el justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe.

Lo previamente expuesto se encuentra por lo demás en línea con el origen de la citada disposición, asilada en el artículo 10 bis 3) (iii) del Convenio de la Unión de París, que dispone la prohibición de “las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”; y que da lugar a una hipótesis de competencia desleal fundada en la idea de engaño.

Finalmente, hace presente que una interpretación sistemática de la figura del engaño en la entrega de la información no puede prescindir de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley del Consumidor. En efecto, más allá de que en este caso se trate de reprimir aquella conducta comercial que busca obtener una ventaja comercial indebida, como consecuencia de la entrega de información falsa al mercado, su interpretación debe ser consistente con lo dispuesto en la normativa especial de protección al consumidor.

En términos simples, más allá de que ambas normativas cautelen bienes jurídicos diversos y no siendo ésta, la sede para ver si sus representadas cumplieron o no con la LPC, resultaría insostenible afirmar que el acto de engaño se pueda cometer en forma culpable, para efectos de la normativa de competencia desleal, en tanto que la normativa de protección más intensa -y que forma parte precisamente de un sistema fundado en la idea de protección- exige que dicha infracción sea cometida por el proveedor sabiendo, o debiendo saber el carácter falso de la información.

Por la misma razón, es relevante destacar que la publicidad que motiva la presente demanda fue en su oportunidad objeto de revisión en sede de consumidor,



Foja: 1

donde se rechazó una denuncia deducida por el SERNAC contra sus representadas por las Campaña “Total + Bajo” y por la frase “#1 Elegido el supermercado más económico”, resolviéndose con fecha 3 de enero de 2020, en los autos Rol N° 148.225-5, del Juzgado de Policía Local de Quilicura, que:

“CUARTO: Que, analizados los antecedentes de la causa en conformidad con las reglas de la sana crítica el Sentenciador no ha logrado formarse la convicción plena, sin hesitación o temor a equívoco alguno, en el sentido de que las campañas publicitarias realizadas por la denunciada bajo las expresiones “Elegido#1” y “Total + Bajo” ésta haya infringido los artículos 28 letra c) con relación al 3 inc. 1 letra b y 33 inciso 1 de la Ley 19.496, es decir, que a sabiendas o debiendo saberlo haya inducido a los consumidores a error o engaño respecto de las características relevantes de sus bienes o productos impidiéndoles tener información veraz y oportuna sobre ellos y que ello no haya sido susceptible de comprobación. [...]

SEXTO: Que, habiéndose acreditado la diferencia de precios por la empresa GFK, según documento acompañado a fs. 97 corroborado por este Tribunal, con tres productos elegidos al azar, la denunciada está en su legítimo derecho de hacer uso de esa situación mediante la publicidad que se le impugna por SERNAC y, que a juicio de este tribunal, favorece al consumidor pues le ayuda a acudir a un local comercial donde los precios le son más favorables.”

Como bien se podrá advertir, la sentencia previamente expuesta tiene importantes repercusiones en la materia analizada en los presentes autos, pues la misma no sólo da cuenta del carácter veraz de la información sobre la base de la cual sus representadas construyen sus campañas y frases publicitarias, sino que además, en el peor de los casos, permite acreditar que en el actuar de sus representadas no existe intención alguna de engañar a los consumidores o de desviar la clientela a través de medios ilegítimos, lo que imposibilita la producción de esta hipótesis de competencia desleal.

Por otra parte, para que una determinada información pueda inducir a una persona a adquirir un determinado bien, es necesario que la misma sea creíble para un consumidor informado. Esta última es una cuestión relevante, sobre todo cuando se trata de evaluar la licitud de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, pues su propia formulación permite entender que la misma transmite una percepción subjetiva, de quienes eligen a Líder como el supermercado más económico, y por lo mismo, marca una diferencia importante en comparación con una frase absoluta, como sería, por ejemplo, “#1 el supermercado más económico”; o aquella frase que indica que un supermercado es de “todos los chilenos”.

Por lo demás, la necesidad de considerar el estándar de un consumidor informado o razonable para efectos de evaluar las eventuales infracciones a la LCD es reconocido por las propias demandantes, quienes en su libelo afirman que “...será veraz aquella publicidad que no induzca a error al consumidor, y será demostrable, si esta es susceptible de ser verificada mediante métodos objetivos, considerando el análisis que realizaría un consumidor razonable”, y cuenta además con un amplio respaldo en nuestra jurisprudencia, sobre todo en sede de libre competencia. En este sentido, puede considerarse por vía meramente ejemplar, lo expuesto por Rivas acerca de la interpretación efectuada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:

“En otro caso de actos de engaño, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia falló en su sentencia N°12/2004, también relativa al mercado de alimentos para mascotas, que no era constitutivo de un acto de engaño al consumidor incluir en la etiqueta de un empaque de comida para perros en formato de nuggets (alimento deshidratado en bolitas), una leyenda acompañada de un dibujo de uno de éstos, señalando que eran ‘Ricos en carne fresca’. El Tribunal resolvió que, al observar la práctica publicitaria, era constatable que los avisadores se daban ciertas licencias, ya que su contenido por lo general no es tomado en forma literal. En el caso preciso, el Tribunal entiende que un producto deshidratado, por definición no puede contener carne fresca, y que el sentido evidente de la publicidad se refiere a que en la elaboración de las bolitas deshidratadas se utilizó carne fresca que posteriormente fue extruida. Por lo tanto, el Tribunal consideró que difícilmente podía afirmarse que el consumidor hubiese sido inducido a error por la propaganda.”



Foja: 1

Esta circunstancia es particularmente relevante en el caso de los presentes autos, pues más allá de que todas las comparaciones efectuadas por nuestras representadas se sustentan en antecedentes veraces y demostrables, adicionalmente se caracterizan por poner en conocimiento del consumidor aquellas circunstancias que puede afectar sus decisiones de compra.

En este sentido, elementos tales como el informar los lugares en los cuales se efectuaron las compras, comunicar que se trata de precios verificables al día 24 de septiembre de 2019, pero que no se mantendrán necesariamente hacia el futuro, o el incorporar información acerca del sentido de la expresión “#1 Elegido el supermercado más económico”, incluyendo la base sobre la cual está construida, es por definición una conducta que resulta absolutamente contraria a la intención de engañar, pues proporciona información que, a cualquier consumidor razonable, le permitiría conocer exactamente cuál es el sentido de las frases y dimensionar el impacto que éstas tienen en sus eventuales decisiones de compra.

Continúa explicando que no se han utilizado signos, ni se han difundido hechos o aseveraciones incorrectos ni falsos. Afirma que la Campaña Total + Bajo no ha utilizado signos, o ha difundido hechos o aseveraciones incorrectos o falsos. Lo anterior, por cuanto de lo expuesto precedentemente, toda la información expuesta en ella y sobre la base de la cual se efectúa la comparación es veraz, circunstancia que permite excluir este primer elemento.

Respecto de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, asevera que recoge verazmente el resultado sostenido de los estudios de percepción efectuados por GFK, de acuerdo con lo expuesto previamente, de manera que mal podría servir para efectos de sustentar un reproche fundado en la difusión de hechos o aseveraciones incorrectos o falsos.

Con todo, más allá de ese primer elemento, existe una segunda cuestión que debe ser destacada, y es el hecho que no podría cuestionarse con ocasión de la inducción al error o engaño, un hecho que por sí mismo está dentro del ámbito de la licitud de la publicidad comparativa, como es la comunicación de percepciones veraces, pues la regla especial que trata dicha materia no exige el carácter objetivo de la comparación. En este sentido, si el legislador expresamente eliminó dicho requisito (la objetividad) de las condiciones que permiten validar la publicidad comparativa, mal podría incluirse por vía de la integración de otra regla como la aquí analizada.

Agrega que no se ha producido una inducción a error a los consumidores, respecto de los productos publicitados. En este sentido, más allá del carácter veraz de la comparación efectuada por sus representadas, debe destacarse especialmente que: (i) la inducción a error o engaño es inconciliable con la entrega de información, de manera tal que los diversos disclaimer incorporados dentro de la publicidad exhibida y que señalaban precisamente sus condiciones tienen el preciso efecto de impedir que un consumidor razonable incurra en un error que motive una decisión de compra no deseada, o que sea engañado; y (ii) que en el presente caso, se han expuesto antecedentes de sobra que permiten excluir cualquier mala fe en el actuar de sus representadas, el cual resultaría inconsistente tanto con la entrega de información al consumidor, como el hecho que ya se haya dictado una sentencia absolutoria en su favor, cuestión que en último término no hace sino descartar la posible existencia de un actuar destinado a inducir a error, o engañar, a los consumidores.

Finalmente en lo que a este punto respecta, similares consideraciones concurren en relación con la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, en relación con la cual sus representadas no sólo entregan información al consumidor acerca de las bases sobre las cuales se construye esa percepción, incluyendo la agencia que está a cargo de la Encuesta y del Estudio; sino que además, por sus propias características, se trata de una comparación que de manera alguna puede ser determinante en una decisión de compra, pues no afirma que Líder sea el supermercado más económico, sino que se limita a que es percibido por el público como tal.

Agrega que sus representadas tampoco han incurrido en conductas de competencia desleal en los términos establecidos en la cláusula general contenida en el artículo 3° de la LCD. Se sostiene en la demanda que los hechos que la sustentan,



Foja: 1

además de constituir aquellas conductas descritas en los literales b) y e) del artículo 4° de la LCD, darían cuenta de conductas de competencia desleal de nuestras representadas en perjuicio de las demandantes, en los términos planteados en el artículo 3° de la LCD.

En concreto, se señala que “la falta de rigurosidad, de diligencia y errores deliberados de Supermercados Líder en la comparación objeto de [la] campaña publicitaria ‘Total + Bajo’, constituyen sin lugar a dudas una conducta contraria a la buena fe, a las buenas costumbres y un medio ilegítimo [...] cuyo objeto claro es desviar clientela desde Supermercados Unimarc y otros supermercados a Supermercados Líder. De esta manera, se configuran a su respecto todos los supuestos exigidos por el Artículo Tercero de la LCD para calificarla como un acto de competencia desleal” En la misma línea, se plantea que “el empleo de la frase ‘# 1 Elegido como el supermercado más económico’ sin sustentarse en datos objetivos y acreditables y, en cualquier caso, sin poner a disposición de los consumidores y el público en general los antecedentes a partir de los cuales permitiría publicitarla (a efectos de poder ser analizados), constituye un evidente acto de competencia desleal”

Es decir, en concepto de las demandantes, la Campaña Total + Bajo y la utilización de la frase “# 1 Elegido como el supermercado más económico”, serían los hechos concretos que reunirían todas y cada una de las condiciones establecidas en el artículo 3° de la LCD para ser calificados como actos de competencia desleal de sus representadas. Ya se han referido en detalle a la manera en que se verificaron los hechos que sustentan la demanda, exponiendo que nada de lo sostenido en ella es efectivo, y también a las razones que descartan que nos encontremos en alguna de las hipótesis contempladas en los literales b) y e) del artículo 4° de la LCD.

A continuación, expondrán además, que en la especie no concurren aquellos supuestos necesarios para dar por configurada la responsabilidad por actos de competencia desleal de sus representadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° de la LCD. El artículo 3° de la LCD exige la concurrencia de estrictos requisitos copulativos para configurar una conducta de competencia desleal, cuya prueba corresponde única y exclusivamente a las demandantes. Conforme con lo expuesto previamente, un aspecto central de la LCD es que ella establece un estatuto especial de responsabilidad civil extracontractual. No estamos, como pareciera desprenderse de la demanda, ante una figura infraccional, ética, de responsabilidad objetiva, ni otras similares.

Lo anterior, le impone de entrada a las demandantes la carga de acreditar todos y cada uno de los elementos de dicha clase de responsabilidad civil. Sin embargo, y más allá de esta primera constatación, debe tenerse presente que la LCD presenta una serie de particularidades que la distinguen de las reglas generales en materia de responsabilidad civil, que deben ser tenidas en consideración a la hora de fallarse acciones como las deducidas en autos.

Como primer punto, debe tenerse presente que no cualquier hecho es susceptible de generar responsabilidad por infracción a la LCD, sino que debe tratarse de conductas específicas y complejas, que necesariamente deben cumplir con las exigencias copulativas que establece el artículo 3° de la norma bajo análisis: (a) debe tratarse de actos contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres; (b) ejecutados por medios ilegítimos; y, (c) que persigan desviar clientela de otro agente del mercado. Según lo ha sostenido recientemente la Excma. Corte Suprema: “Que, como se puede apreciar, los actos de competencia desleal constituyen figuras complejas, que requieren para su configuración una serie de condiciones objetivas y subjetivas identificables como: (i) La ejecución de una conducta; (ii) que ésta sea contraria a la buena fe o a las buenas costumbres; (iii) que dicha conducta sea ejecutada a través de medios ilegítimos; y, (iv) que el hechor persiga desviar clientela a otro agente del mercado” (Considerando 11° de sentencia de 8 de junio de 2020, pronunciada por la Excma. Corte Suprema en autos N° de Ingreso 26.525-2018.)

En segundo lugar, un acto de competencia desleal, por su propia naturaleza, requiere de la presencia de mala fe o dolo (Véanse, entre otros, Cristián Banfi D. (2013), Responsabilidad Civil por Competencia Desleal, *passim*; y Enrique Barros B. (2020), Tratado de Responsabilidad Extracontractual, p. 963-964 y 964-965.), o al menos culpa



Foja: 1

grave (Véase Mauricio Tapia R. (2017), Competencia Desleal por Culpa, En: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 29, 2017, p. 165-207.), cuestión que necesariamente deberá ser acreditada por las demandantes. Lo anterior, al punto de que el desvío de clientela se presume lícito, y constituye un aspecto central de la leal competencia en los mercados, correspondiendo la prueba de su ilicitud y mala fe a quien lo reclame: “En efecto, la regla general en materia de tráfico de bienes y servicios, es que el desvío de clientes es una actividad lícita que los agentes del mercado deben asumir como un riesgo más de su giro, por lo que su calificación de desleal exige probar la utilización de medios ilegítimos [...]” (Considerando 13° de sentencia de 3 de julio de 2018, pronunciada por la Excm. Corte Suprema en autos Número de Ingreso 13.734-2014.)

En cualquier caso, si se discutiese la necesidad de dolo para que concurra alguna de las conductas que sanciona la LCD, resulta indiscutido que se requiere culpa de parte del infractor, la que descartan haya concurrido en sus representadas. Cualquiera sea el caso, ambas circunstancias en caso de ser refutadas, tendrán que ser acreditadas por las demandantes.

En tercer lugar, y como consecuencia de lo expuesto precedentemente, el actuar del agente debe estar premeditadamente encaminado a obtener, para sí, el desvío de la clientela de un competidor. “Como se advierte, no todo desvío de clientela puede ser sancionado por el compendio legal en análisis, tipificando alguna de las conductas a las que la ley le atribuye dicha calidad, para lo cual es menester acreditar la intención de captar clientes utilizando medios ilegítimos, que se identifican, específicamente, con acciones que contrarían la buena fe y las buenas costumbres mercantiles” (Considerando 5° de Sentencia de fecha 12 de mayo de 2020, pronunciada por la Excm. Corte Suprema en causa rol N°16.226-2019.)

De modo que para la procedencia de la acción como la formulada en autos, resulta indispensable que las Demandantes justifiquen, y acrediten suficientemente, al menos los siguientes requisitos copulativos:

(i) que la exhibición y difusión de la Campaña Total + Bajo, y la utilización de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico” constituyeron conductas dolosas o al menos culpable de parte de sus representadas;

(ii) que la exhibición y difusión de la Campaña Total + Bajo, y la utilización de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico” constituyeron medios ilegítimos empleados por sus representadas; y,

(iii) que la exhibición y difusión de la Campaña Total + Bajo, y la utilización de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico” tuvieron como único y evidente objetivo, obtener el indebido desvío de clientela de las demandantes hacia sus representadas.

Basta que falte cualquiera de dichos elementos para que la demanda deba ser rechazada en todas sus partes, por no cumplirse con aquellos supuestos que la LCD exige para tener aplicación.

Afirma que ninguna de las conductas imputadas en la demanda cumple con los requisitos copulativos exigidos en el artículo 3° de la LCD. Habiéndose expuesto la manera en que se verificaron realmente los hechos objeto de la demanda, y desarrollado el estándar legal y jurisprudencial en materia de competencia desleal, a continuación, expondrá que ninguno de los hechos descritos en la demanda podría constituir una infracción del artículo 3° de la LCD.

La Campaña Total + Bajo y la utilización de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico” en ningún caso pueden ser calificados como actos contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres mercantiles. Según han expuesto latamente en esta contestación, tanto la Campaña Total + Bajo, como la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, que constituyen los hechos sobre los que se construye la demanda, fueron diseñados e implementados por nuestras representadas cumpliendo con los más altos estándares legales, competitivos, éticos y publicitarios.

En efecto, como se expuso, la referida campaña fue parte de una estrategia publicitaria absolutamente lícita, construida sobre la base de una metodología que utilizó



Foja: 1

antecedentes veraces y demostrables que permitieron, justificadamente, afirmar que los precios de sus representadas eran más bajos que los de la competencia. Se trató de una publicidad que utilizó mediciones estándar de precios, incluyendo homologaciones en algunos casos, y piezas publicitarias con información debidamente comprobable, y siempre ajustada a la normativa en materia de derecho del consumidor.

De la misma manera, quedó en evidencia que la participación del periodista don Emilio Sutherland, en ningún caso tuvo por objeto “instalar la idea o sensación que existiría una especie de trampa en los precios cobrados por otros supermercados distintos de Supermercados Líder”, como sostienen las Demandantes. Se trató, al igual que como lo han hecho las demandantes con la contratación de otros rostros públicos -como Ignacio Román, Jorge Zabaleta o Francisco Saavedra- de un intento de sus representadas por entregar credibilidad al sofisticado proceso metodológico que precedió la referida campaña publicitaria, y a sus resultados. Una estrategia de marketing ampliamente utilizada en la industria supermercadista.

También se expuso que no es efectivo que la Campaña Total + Bajo adolezca de aquellos graves errores y defectos que se describen en la demanda, pues (i) las boletas utilizadas fueron debida y oportunamente protocolizadas, además de dar cuenta de datos reales; (ii) no es efectivo que las boletas de la competencia hayan estado recargadas con productos adicionales que no estaban en la boleta de supermercados Líder; (iii) no es efectivo que la comparación haya comprendido productos disímiles; (iv) tampoco que los montos individualizados en las respectivas boletas sean falsas; (v) o que la utilización de productos en promoción pueda ser considerada como un atentado a la leal competencia; (vi) tampoco es efectivo que sus representadas hayan efectuado, para efectos externos, una comparación entre productos de marcas propias con otros que no lo fueran; (vii) menos aún que la campaña haya pretendido esconder el hecho de que las compras se hicieron en locales ubicados en una misma comuna; ni (viii) que nuestras sus hayan pretendido inducir al público a error respecto de los precios.

Otro tanto ocurre en lo que respecta a la utilización de la expresión “#1 Elegido como el supermercado más económico”. Se trató de una frase publicitaria (i) resultado de una minuciosa encuesta realizada a los consumidores por una prestigiosa agencia internacional; y, (ii) que fue construida sobre antecedentes objetivos y comprobables que estuvieron a disposición del público. En ningún caso se trató de una expresión utilizada arbitrariamente por sus representadas. Sobre este punto, debe tenerse presente que la referencia que hace el artículo 3° a las “buena fe” o las “buenas costumbres” ha de ser entendida, siempre, en su vertiente mercantil objetiva, esto es, lo que sería razonablemente esperable de parte de un agente del mercado: “En definitiva, esta noción jurídica, tal como lo muestra elocuentemente la discusión parlamentaria, hace referencia a los usos honestos del comercio o a las prácticas comerciales razonables y aceptables en la competencia, de forma similar al patrón abstracto de comportamiento diligente del Derecho Común” (Mauricio Tapia, O. Cit., p. 179.)

Conforme con lo expuesto precedentemente en esta contestación, la mera existencia de la publicidad comparativa -y más aún de aquella implementada por nuestras representadas, con altos estándares- no puede ser estimada, bajo ningún respecto, como contrario a la buena fe o las buenas costumbres mercantiles, por más que dicha publicidad comparativa incomode a las demandantes. Contrariamente a lo que se señala en la demanda, lo que sí resulta abiertamente contrario a la buena fe y las buenas costumbres mercantiles, es pretender -como lo hacen las demandantes- prohibir la utilización, por parte de sus representadas, de publicidad comparativa que cumple con los estándares legales, éticos y publicitarios; máxime cuando, según se expuso, han sido estas últimas las que han utilizado agresivas estrategias de publicidad comparativa, aludiendo directamente a sus representadas.

Indica que la exhibición y difusión tanto de la Campaña Total + Bajo como de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico” no constituyen medios ilegítimos de sus representadas para competir con el resto de los supermercados. El artículo 3° de la LCD, exige además de lo antes señalado, que concurra un requisito adicional, consistente en que los medios utilizados por el autor de la conducta desleal sean ilegítimos. Refiriéndose a esta materia, la Excma. Suprema ha sostenido recientemente, lo siguiente:



Foja: 1

“Que la Ley N 20.169, según lo dispone el artículo 1º, tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal; y conforme lo que señala su artículo 3º, lo constituye, en general, toda conducta contraria a la buena fe o las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado. Entonces, consiste en la conculcación de normas objetivas de comportamiento, a saber, la honestidad comercial o los usos mercantiles que establecen deberes de abstención o prohibiciones que constriñen a los operadores del mercado a no utilizar o evitar emplear medios viles, torcidos, fraudulentos en su actividad competitiva con una finalidad precisa y determinada, atraer una clientela que sin esas maniobras podría dirigirse a otra (...)” (Considerando 3º de sentencia de 29 de octubre de 2020, pronunciada por la Excm. Corte Suprema en causa rol N°15267-2018.)

“Que, contrario a lo concluido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, las comunicaciones que constituyen el centro de la controversia no pueden ser calificadas como ilegítimas y, en consecuencia, no pueden entenderse como constitutivas de un acto de competencia desleal. [...]

Que, así las cosas, no se observa ilicitud en tales misivas, pues, primeramente, no se ha aducido la existencia de disposiciones legales o contractuales que prohíban la emisión de comunicaciones entre vendedores y compradores, incluso en el marco de procedimientos de licitación, en tanto que, por otro lado, el anuncio del ejercicio de acciones judiciales ha sido entendido transversalmente en derecho como una conducta lícita, consistente en un intento autocompositivo previo al sometimiento del conflicto a la decisión jurisdiccional. [...]

Que, a mayor abundamiento, el artículo 4º literal g) de la Ley N° 20.169 ejemplifica como un hecho específico constitutivo de competencia desleal al “ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente de mercado”. Entonces, si la misma ley prescribe que sólo excepcionalmente el ejercicio de acciones judiciales puede ser considerado como un acto de competencia desleal, a fortiori, el anuncio o alerta de tal conducta debe entenderse sujeto, al menos, a idénticas restricciones” (Considerandos 12º, 14ºy 17º de sentencia de 8 de junio de 2020, pronunciada por la Excm. Corte Suprema en autos N° de Ingreso 26.525-2018.)

Como se observa, conforme con la jurisprudencia más reciente, la “ilegitimidad de medios” se asocia con una contravención a las honestas prácticas mercantiles, o con infracciones a la ley o disposiciones contractuales. Conductas que, por lo demás, deben estar revestidas de aquella mala fe descrita supra.

A partir de lo expuesto en su contestación, y a la luz del estándar señalado, resulta evidente que ni la Campaña Total + Bajo, ni la frase publicitaria “#1 Elegido como el supermercado más económico” podrían ser calificadas como “medios ilegítimos de competencia”. No existe práctica comercial, regulación legal ni de otro tipo que impida a sus representadas desarrollar actividades publicitarias comparativas como las que ha implementado, y que resultan objeto del presente juicio. Lo que descarta la existencia de otro de los requisitos necesarios para configurar aquella responsabilidad imputada en autos.

El objeto de la Campaña Total + Bajo y la utilización de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico” fue, dentro de los márgenes de la regulación publicitaria, disputar lícitamente clientes a competidores. Finalmente, uno de los elementos centrales de la competencia desleal dice relación con la intención específica que deber estar detrás de aquel actuar “contrario a la buena fe o a las buenas costumbres” ejecutado “por medios ilegítimos”: un propósito deliberado de desviar para sí la clientela de otro agente del mercado.

En otras palabras, como se adelantó, es indispensable que aquella conducta -reproachable- del agente de mercado, además, esté indubitada y comprobablemente encaminada a apropiarse, indebidamente, de aquella clientela que un competidor ha sido capaz de atraer legítimamente. Como bien podrá apreciarse, tratándose de un elemento integrante de las acciones deducidas en los presentes autos, deberá ser probado en cada caso por las demandantes.



Foja: 1

Señala que el mero desvío de clientela de un agente del mercado a otro, o el intento de hacerlo, bajo ningún respecto puede ser calificado como un acto de competencia desleal. Se trata, por el contrario, del funcionamiento propio de un mercado competitivo. Los intentos objetivamente aptos para ello pasan a ser contrarios a la LCD cuando los mismos han estado revestidos de aquellos elementos que se han desarrollado supra: mala fe y medios ilegítimos: “[C]omo se indicó, arrebatar clientes a otro es parte de las reglas del juego, es lícito y beneficios en términos sociales. Lo reprochable es cuando ello se hace en infracción a los usos comerciales honestos, como se viene diciendo” (Mauricio Tapia, O. Cit., p. 180).

A partir de todo lo expuesto en anteriores capítulos de esta contestación, resulta, además, evidente que ni la Campaña Total + Bajo ni la frase publicitaria “#1 Elegido como el supermercado más económico” han tenido un propósito ilegítimo de arrebatarle clientela a las Demandantes.

En efecto, como se ha señalado en reiterados pasajes de esta contestación, la Campaña Total + Bajo fue un ejercicio publicitario elaborado sobre la base de antecedentes y conforme con una metodología, veraces y comprobables, que tuvo como finalidad exclusiva destacar aquellas ventajas competitivas de sus representadas. Como han también expuesto, no es efectivo que dicha campaña haya adolecido de “falta de rigurosidad, de diligencia y errores deliberados” que permitan, bajo ningún respecto, concluir que la misma haya tenido el propósito deliberado de arrebatarle, ilícitamente, clientela a las demandantes.

Lo mismo ocurre con la utilización de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”. En efecto, esta campaña se trató de una estrategia publicitaria sustentada en estudios serios y debidamente avalados, que tuvo buscó dejar de manifiesto la percepción que el público, en general, tiene respecto de sus representadas.

A partir de todo lo expuesto, resulta evidente que ninguno de los hechos sobre los que se construye la Demanda ha tenido por finalidad, implícita o explícita, arrebatarles a las demandantes clientela por medios ilegítimos, lo que demuestra que tampoco concurre otro de los requisitos necesarios para la procedencia de las acciones de autos.

En suma, los hechos imputados por las demandantes no sólo son insuficientes para configurar alguna de las hipótesis del artículo 4° de la LCD que se señalan en la demanda, sino que tampoco reúnen aquellas condiciones estrictas y copulativas que establece el artículo 3° de la misma normativa para tener por configurada una conducta de competencia desleal.

A partir de lo expuesto, es claro que ni la Campaña Total + Bajo ni la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, pueden ser calificados de (i) actos contrarios a la buena fe, o a las buenas costumbres mercantiles; (ii) actos ejecutados por medios ilegítimos; ni (iii) que hayan tenido el propósito deliberado de apropiarse ilícitamente de la clientela de las demandantes. Por el contrario, se trató simplemente de actos publicitarios lícitos, destinados a destacar las ventajas veraces y demostrables de supermercados Líder, y que por lo mismos se encuentran amparados por nuestro ordenamiento.

Como consideraciones finales, afirma que atendida la falta de fundamentos de la demanda, su conducta sólo puede explicarse en la intención de querer neutralizar la competencia y limitar el objeto que tiene la publicidad y la función que cumple respecto de los consumidores. Según ha quedado de manifiesto en esta contestación, nada de lo expuesto en la demanda tiene mérito suficiente como para justificar que sus representadas sean condenadas por haber infringido la LCD. La manera en que ocurrieron los hechos revela que la Campaña Total + Bajo y la frase publicitaria “#1 Elegido como el supermercado más económico” forman parte de una legítima actividad publicitaria de parte de sus representadas, que cumplió con todos los estándares legales exigibles.

En la especie (i) no existieron actos de engaño que hayan comprendido el uso de signos, o la difusión de hechos o aseveraciones incorrectos o falsos, que induzcan a error a los consumidores, (ii) tampoco se verificó una comparación que no estuviese fundada en antecedentes veraces ni demostrables, ni (iii) menos acciones de mala fe que, por



Foja: 1

medios ilegítimos, hayan estado deliberadamente encaminadas a arrebatarle clientela a las demandantes.

Como se sabe, la actividad publicitaria es connatural a la actividad mercantil en una serie de industrias, y, particularmente en mercados altamente competitivos como aquel en el que participan las demandantes y sus representadas. Se trata de mecanismos que tienen por objeto llamar la atención del público consumidor para influir en sus conductas, y con ello, entre otras cosas, poner presión competitiva a los otros actores; ejercicios publicitarios que, por lo demás, son desarrollados permanentemente por todos los partícipes de la industria, incluyendo a las demandantes. Contrariamente a lo que plantea la demanda, el que las demandantes se hayan sentido amenazadas por los actos publicitarios objeto de acusación revela que nos encontramos frente a una parte con baja tolerancia a la competencia, pese a exhibir piezas publicitarias que al momento de decidir presentar la demanda parece que no fueron objeto de introspección.

Nos encontramos con un partícipe de la industria que, frente a la constatación de una real amenaza de rivalidad, en lugar de responder con mayor competencia, como sería esperable, ha pretendido instrumentalizar la LCD para lograr objetivos que contrarían su propia naturaleza y fines.

En efecto, no debe pasarse por alto que el objeto de la LCD es resguardar la leal competencia en los mercados, no limitarla. Pero, a partir de lo expuesto en esta contestación, todo lo cual se acreditará oportunamente, resulta verdaderamente imposible entender qué competencia leal es la que las demandantes supuestamente pretenden resguardar.

Muy por el contrario de lo que se pretende hacer creer, la pretensión de que se condene a sus representadas por los hechos objeto del presente juicio revela un propósito de las demandantes que resulta abiertamente contrario a la LCD, y que no es otro que el de intentar neutralizar ilegítimamente el ejercicio del derecho y el deber de competir, debidamente garantizado, e, incluso, promovido, por una serie de disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

Lo pretendido por las demandantes no puede ser admitido en ningún caso, máxime cuando, como se adelantó y se expondrá infra, han sido estas últimas las que han diseñado e implementado estrategias publicitarias verdaderamente agresivas, que han bordeado no sólo en el incumplimiento ético, sino que también lo legalmente admisible.

Improcedencia de las acciones declarativas contenidas en los literales (a) y (b) del petitorio: Sin concurrir los requisitos propios de los literales b) y e) del artículo 4° ni tampoco los requisitos del artículo 3°, todos de la LCD, resulta imposible que se acojan las acciones declarativas que al respecto las Demandantes han intentado en relación con la difusión y exhibición tanto de la Campaña Total + Bajo, como de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”. En esto, se remiten íntegramente a lo señalado en los Capítulos I, II y III de su contestación, indicando que para que una acción declarativa de competencia desleal prospere resulta absolutamente procedente que se cumplan con todos los requisitos contenidos en la cláusula general del artículo 3° y/o aquellos que se alegan como hipótesis específicas que concurrirían, de conformidad al artículo 4°

En este sentido, la jurisprudencia ha resuelto: “Que para la procedencia de la demanda [declarativa de competencia desleal], es necesario que se cumplan todos los elementos establecidos en el artículo 3° de la Ley 20.169, esto es que exista una conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres; que se haya efectuado dicha conducta por medios ilegítimos; y que ésta persiga desviar clientela de un agente del mercado, y en particular, dado lo alegado por la actora, verificar si las acciones que habría cometido la parte demandada se enmarcan en las hipótesis a) y b) del artículo 4° de la norma legal citada” (Considerando 5° de la sentencia pronunciada por el 24° JC Santiago, el 11 de julio de 2011, en causa rol 20.718-2010; confirmada, en lo que interesa, por Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, de 13 de septiembre de 2012, en causa rol 7.387-2011; sin existir recursos de casación en la forma ni en el fondo. En el mismo sentido, en causa caratulada “Inversiones Las Marías S.A. con MB Megabrokers Chile S.A.”, la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia pronunciada el 16 de diciembre de 2013, en causa rol 3.112-2012, considerando 12°: “(...) Tomando en



Foja: 1

cuenta los lineamientos y directrices anunciadas en los considerandos cuarto y quinto de este fallo, se tiene que tales sucesos no tienen correspondencia con las disposiciones de la ley 20169. La cláusula general de su artículo 3° tiene como propósito recoger aquellas conductas que, en la dinámica de los negocios y de la actividad del mercado, se pueden ir generando explosivamente, de modo que las previsiones legislativas se presentan como incapaces de anticipar. Sin embargo, no obstante la amplitud de esa disposición legal, está llamada a actuar como una figura “residual”. Resulta innegable que el artículo 4° de esa ley contiene una enunciación casuística o la formulación de enunciados, por vía ejemplar, de los casos de competencia desleal. Con todo, no debe olvidarse que el artículo 22 del Código Civil imparte un criterio de coherencia. Las partes o elementos – con mayor razón si pertenecen a una misma ley- deben tener armonía unitaria. Desde esa perspectiva, las situaciones que se señalan a modo de ejemplo, conforman un marco referencial para la descripción genérica que les antecede, en términos que es preciso que unas y otras respondan a su denominador común que, como se ha dicho antes, es la tutela del bien jurídico que las justifica (cautelar la competencia decente y leal). De ahí que cualquier otra situación que no responda a la idea matriz que subyace en los lineamientos de esas normas, es ajena a las hipótesis de competencia desleal; sentencia que quedó firme, en lo que interesa, por fallo pronunciado por la Excma. Corte Suprema el 16 de abril de 2014, en causa rol 2.031-2014.)

De este modo, sin concurrir los especiales requisitos de los tipos específicos de la letra b) y e) del artículo 4°, ni tampoco las condiciones copulativas del artículo 3° de la LCD, no procede que se declare lo pretendido por las demandantes en los literales a) y b) del petitorio de su demanda.

Asevera la improcedencia de las acciones de cese y prohibición contenidas en los literales (c) y (d) del petitorio. Indica que en el caso de la acción de cese respecto de la Campaña Total + Bajo, ésta carece no sólo de objeto sino también de oportunidad, toda vez que tal como se expuso supra tal campaña tuvo un acotado lapso temporal, perdiendo su vigencia hace más de 10 meses. Señala entonces que las acciones de cese y prohibición de una conducta, por más que resulte obvio decirlo, no pueden ser acogidas cuando el acto que se imputa no es constitutivo de competencia desleal. Dicho de otro modo, si una conducta es leal a la competencia no se puede ordenar su cese ni menos su prohibición, toda vez que ello afectaría bienes de orden público y derechos constitucionalmente consagrados relativos al ejercicio lícito de actividades económicas y, en definitiva, terminarían por perjudicar a los consumidores.

Con todo, tanto respecto de la Campaña Total + Bajo como respecto de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico” resulta inoportuno e improcedente decretar su cese o su prohibición, toda vez que parte de esa petición ha perdido oportunidad y objeto y, en cualquier caso, no se ha incurrido en ilicitud ni ilegalidad alguna que permitan acceder a tal pretensión.

En cuanto a la improcedencia y limitaciones de la acción contenida en el literal (e) del petitorio, señala que la reserva efectuada por las demandantes en el literal e) del petitorio de su libelo, en orden a demandar en un juicio posterior los perjuicios derivados de los actos de competencia cuya declaración solicitan en los literales a) y b) del petitorio, adolece no sólo de un defecto de improcedencia, sino que además de limitaciones que resultan insalvables. En primer lugar, conforme a lo relatado supra y tal como se acreditará a lo largo del presente juicio, el derecho a demandar perjuicios en un juicio posterior, de conformidad a los artículos 5° y 9° de la LCD sólo es procedente reconocerlo cuando ha existido un acto de competencia desleal, cuestión que en este caso no ha ocurrido, como latamente lo han expuesto en los capítulos precedentes.

Dicho de otro modo, si efectivamente ha ocurrido un perjuicio para la sociedad demandante que podría haberlos sufrido, al efectuarse menos compras en sus supermercados, este daño no puede ser imputado ni atribuido jurídicamente a sus representadas, toda vez que los clientes no son de propiedad de los competidores, tal como acertadamente lo ha fallado nuestra jurisprudencia: “Que, constituye un error pensar que la cartera de clientes de una empresa se encuentre cautiva en ella. Los sucesos que se denuncian y que dicen relación con la migración de clientes que atendía la demandante, hacia otros proveedores, incluyendo la demandada, no merecen reproche per se. Los actos de atracción y fidelización de clientela son naturales a una competencia



Foja: 1

lícita entre los agentes del mercado” (En este sentido, se pronunció la Ilma. Corte de Apelaciones de La Serena en causa caratulada “Eleodoro Espinosa Lobos con Importadora Exportadora y Comercializadora Cipreses Limitada”: en fallo de 6 de mayo de 2014, en causa rol 1.112-2013, Considerando 5°. En el mismo sentido, Considerando 4° de la sentencia pronunciada por la Ilma. De Concepción de 16 de abril de 2015, en causa rol 547-2014, caratulada “Víctor Luciano Álvarez Figueroa y Maquival-Chile Limitada con Eserma S.A.”: “Que es importante tener presente que la regla del artículo 3° de la Ley N°20.169 no se opone a la competencia dura. Nuestro sistema estimula la competencia y, en definitiva, el éxito de un agente del mercado pasa muchas veces por ganar la clientela de otros”; resolución que quedó firme en sentencia pronunciada por la Excm. Corte Suprema el 22 de junio de 2016, en causa rol 6.722-2015.)

Por otro lado, S.S., tal como lo han reconocido públicamente las Demandantes, a través de la prensa, sus utilidades han caído en el último tiempo producto de otros factores, totalmente ajenos a un actuar de sus representadas, siendo improcedente -o al menos éticamente reprochable- que desee compensar sus pérdidas (de al menos un 97% en el primer semestre de este año 2020) a través de una acción de indemnización de perjuicios por una campaña publicitaria que cumplió con todos los requisitos que establece el ordenamiento jurídico y que duró menos de un mes.

Además de los defectos insalvables de improcedencia antes señalados, valga indicar que la acción de perjuicios adolece de limitaciones evidentes. En primer lugar, el capítulo VI. de la demanda se refiere únicamente a los perjuicios que supuestamente habrían sufrido las Demandantes por la Campaña Total + Bajo, sin dedicar una sola letra sobre supuestos perjuicios que podrían haberse ocasionado por la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”. Pero no sólo eso, la reserva que pretenden las demandantes se encuentra con una limitación adicional que ni la LCD ni el Código de Procedimiento Civil permiten, ya que no determinan con mínima claridad ni conceptualizan cuáles serían los supuestos perjuicios que emanan de los supuestos actos de competencia desleal atribuidos. No pretende su parte que las demandantes hayan dado un exhaustivo detalle numérico de los supuestos daños que sufrieron, sino que simplemente hayan enunciado, como en derecho corresponde, cuáles serían aquellos perjuicios conceptuales que dicen haber sufrido. Nada de ello ocurre.

El escrito de demanda no dedica ni una sola línea a mencionar siquiera conceptualmente cuál sería la clientela que se habría desviado hacia sus representadas, cuestión a la que está obligado cualquier demandante de responsabilidad civil, tanto si se analiza el artículo 9° de la LCD, como si se observa aquello que preceptúa el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil. Ni el uno ni el otro permiten eximirse de cumplir con tal carga.

Las demandantes no señalaron si la supuesta clientela desviada se referiría a uno o a más supermercados; tampoco indicaron cuál sería el rango de tiempo en que se habría verificado tal situación; igualmente olvidaron mencionar si los daños serían presentes, pasados o futuros; pretirieron por completo referirse al ámbito temporal donde se habría generado el perjuicio; y no establecieron relación alguna de causalidad entre los supuestos perjuicios y la conducta atribuida a sus representadas. Tales indeterminaciones u omisiones, encuentran su razón de ser en la inexistencia de perjuicios que puedan ser atribuidos jurídica y causalmente al actuar de sus representadas.

La indeterminación conceptual de los perjuicios supuestamente sufridos hace improcedente que en el caso de autos opere la reserva, en los términos que pretenden las demandantes. En efecto, si bien el artículo 9° permite a la parte demandante reservarse la discusión de los perjuicios para un juicio diverso, este mecanismo opera sobre la base de que durante la tramitación del juicio (i) se especifiquen al menos conceptualmente los daños sufridos; y, (ii) se vinculen causalmente con el hecho dañoso.

Al respecto la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia ha resuelto que la circunstancia de aplazar el debate sobre la especie y monto de los perjuicios, no obsta a la necesidad de expresar al menos genéricamente cuáles fueron los perjuicios supuestamente existentes, a fin de hacer viable una acción como la que las demandantes intentaron en autos, esto es, la de indemnización de perjuicios (Ilma. Corte



Foja: 1
de Apelaciones de Santiago, 31 de marzo de 2011, causa Rol 436-2010: “No obstante el haber aplazado el debate sobre la especie y monto de los perjuicios, resulta necesario que la existencia de los mismos se demuestre en este juicio por constituir aquel uno de los presupuestos que deben concurrir esencialmente para hacer viable la acción que se ha intentado en estos autos; sin embargo, basta con que tal establecimiento sea en términos genéricos, por cuanto en caso contrario no se justificaría el sentido del artículo del Código, norma que precisamente contempla tal alternativa por la que opto la actora al momento de interponer la demanda”).

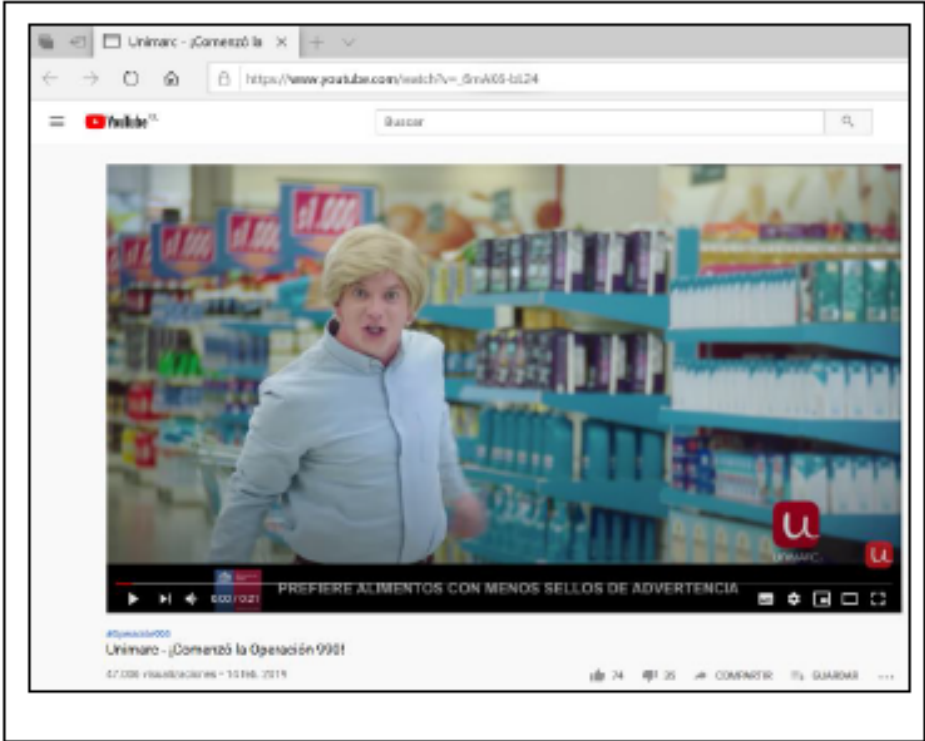
Lo contrario sería acceder al reconocimiento de un derecho de indemnización de perjuicios sin siquiera saber si éstos se han ocasionado y en desconocimiento de si acaso se pueden atribuir causalmente al acto ilícito reclamado.

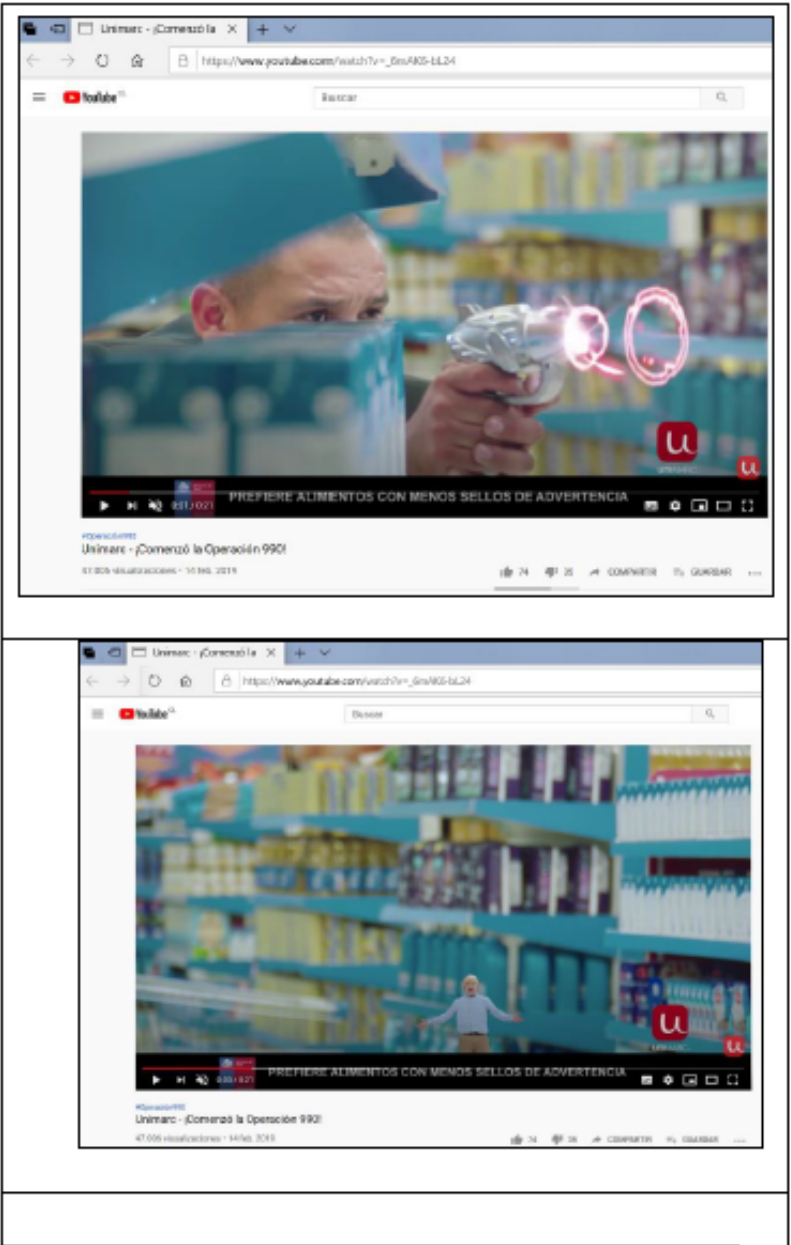
Sobre la improcedencia de la acción de remoción contenida en el literal (f) del petitorio, asevera que no existe nada que remover ni nada que publicar, en los términos que pretenden las demandantes, toda vez que, conforme a lo dicho en los Capítulos I, II y III, la actuación de sus representadas se ha ajustado al ordenamiento jurídico vigente, sin que esta acción pueda prosperar en ausencia de actos de competencia desleal.

A modo de corolario: sorprendió que las demandantes hayan emprendido esta acción judicial cuando dentro de sus publicidades existen un cúmulo de piezas publicitarias que envuelven comparaciones que ridiculizan a la competencia. En efecto, en el último tiempo, las demandantes han desplegado una actividad publicitaria sumamente agresiva y dirigida directamente en contra de Líder. Así, a comienzos del año 2019, en el marco de la campaña “Operación 990” de Unimarc, se difundieron emitieron una serie de piezas televisivas dirigidas a atacar de forma evidente la campaña “1.000 productos a \$1.000” de Líder, la cual corresponde a una de las campañas publicitarias más conocidas (se realiza por sus representadas desde el año 2013) y con un mayor prestigio entre los consumidores.

En la primera de varias de estas piezas, Unimarc se vale de un personaje de peluca rubia, vestido con una camisa azul (color con el que pretenden identificar a Líder), el cual se encuentra, por lo demás, en una sala de ventas que tiene una cartelería de precios casi idéntica a la utilizada por Líder en sus supermercados (precios destacados en blanco sobre un fondo rojo), que dice “no te lo pierdas, ya comenzó ‘¡1.000 productos a...!’”, momento en el cual el cocinero televisivo Ignacio Román (Unimarc) le dispara hasta hacerlo disminuir de tamaño y ridiculizar su voz. Acto seguido, aparece el actor Jorge Zabaleta (Unimarc) diciendo “a sólo 990, nuestra misión es que tú ahorres de verdad”. Enseguida, el comunicador Francisco “Pancho” Saavedra (Unimarc) agrega: “En Unimarc hay más de 1000 productos a menos de 1000 pesos”.

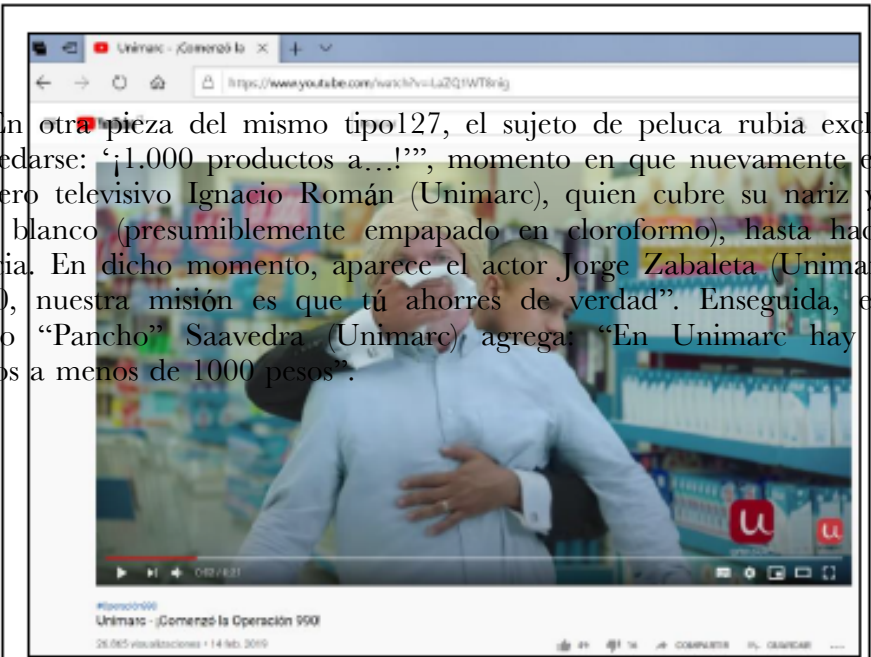
Secuencia de Imágenes N°1
Secuencias de imágenes comercial “Operación 990” N°1

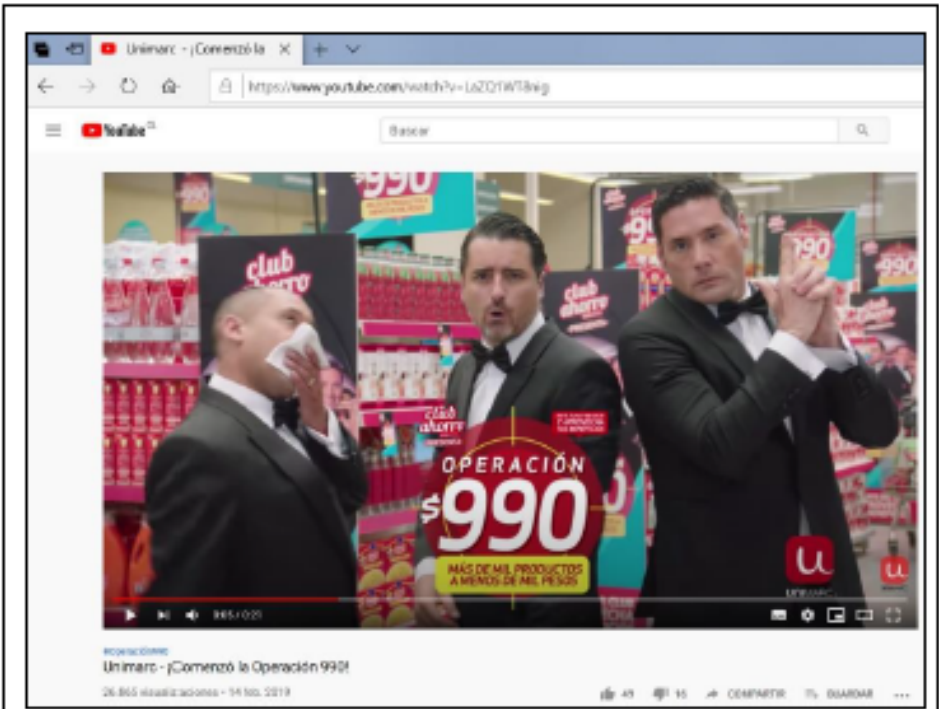




Secuencia de Imágenes N°2
Secuencias de imágenes comercial “Operación 990” N°2

En otra pieza del mismo tipo¹²⁷, el sujeto de peluca rubia exclama: “llegaron para quedarse: ¡1.000 productos a...!””, momento en que nuevamente es agredido por el cocinero televisivo Ignacio Román (Unimarc), quien cubre su nariz y boca con un pañuelo blanco (presumiblemente empapado en cloroformo), hasta hacerlo perder la conciencia. En dicho momento, aparece el actor Jorge Zabaleta (Unimarc) diciendo “a sólo 990, nuestra misión es que tú ahorres de verdad”. Enseguida, el comunicador Francisco “Pancho” Saavedra (Unimarc) agrega: “En Unimarc hay más de 1000 productos a menos de 1000 pesos”.



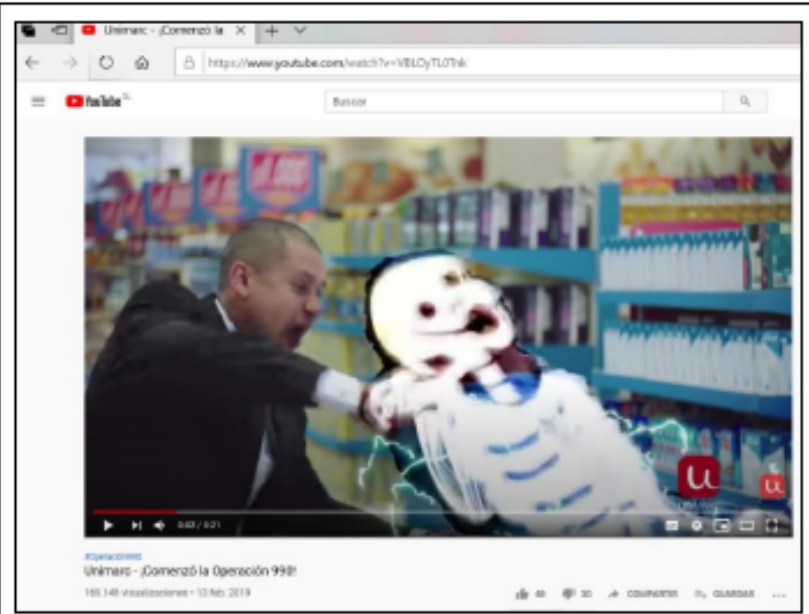
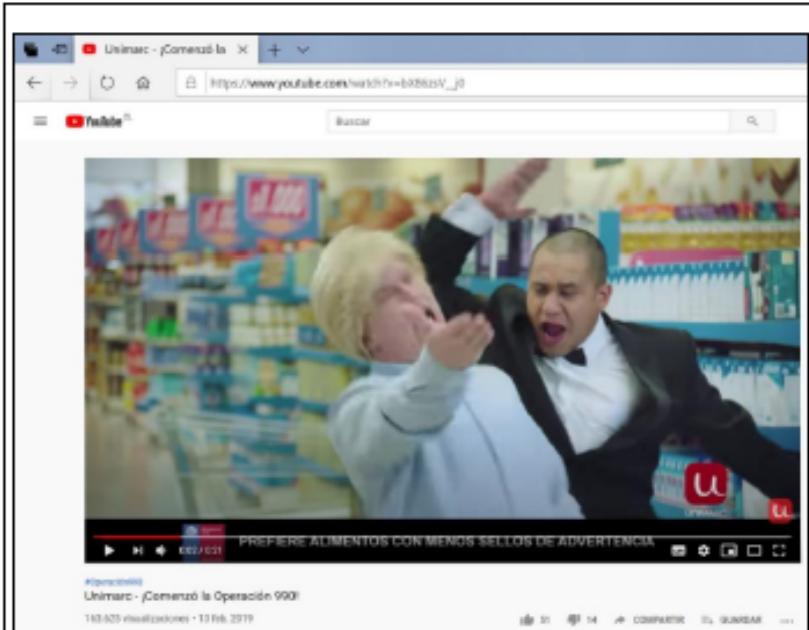


Otras piezas siguen exactamente el mismo esquema y los rostros de Unimarc reiteran las mismas frases, aunque varía la forma en que el cocinero televisivo Ignacio Román perpetra las agresiones al sujeto rubio (por ejemplo, mediante técnicas supuestamente marciales o con la ayuda de un arma de electroshock



Secuencia de Imágenes N°3

Secuencias de imágenes de comerciales “Operación 990” N°3 y N°4

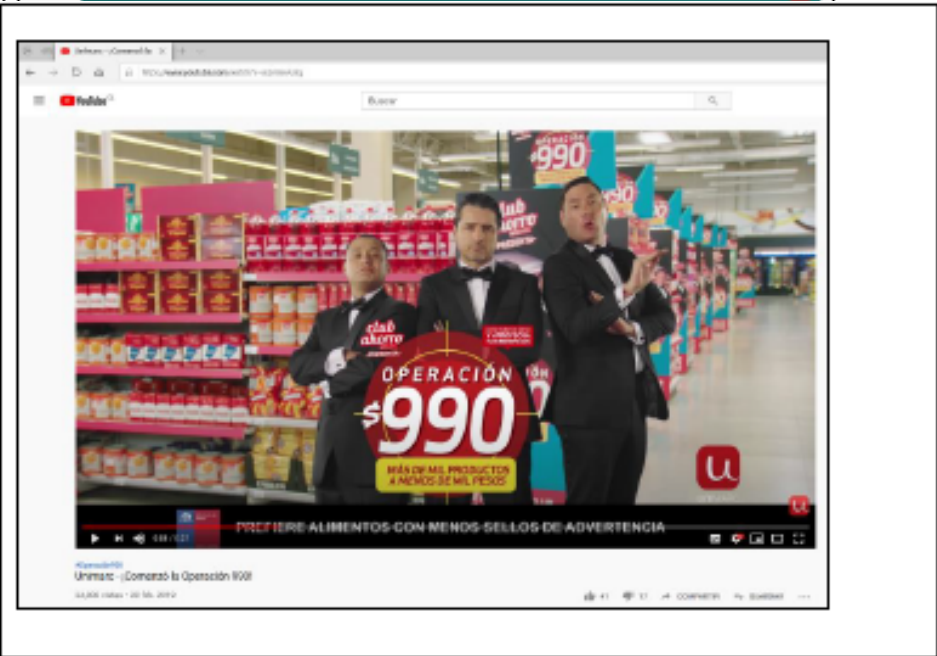
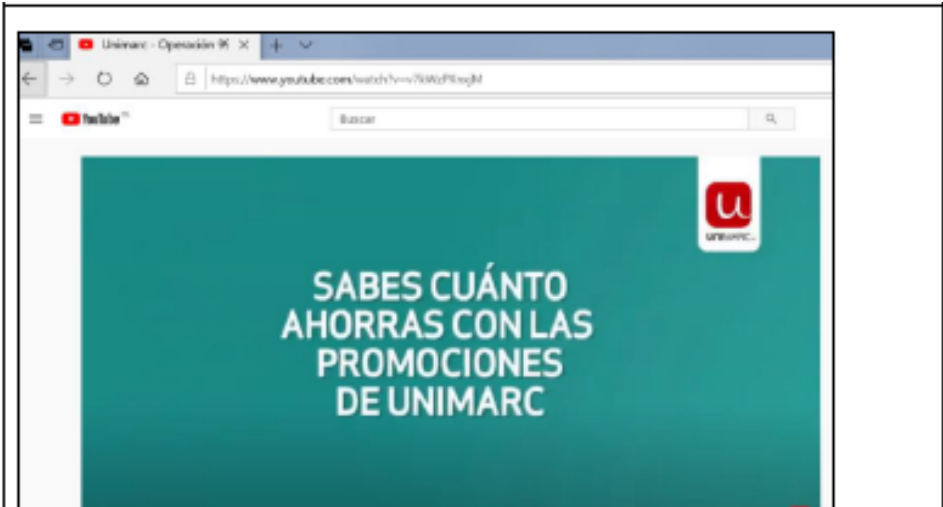


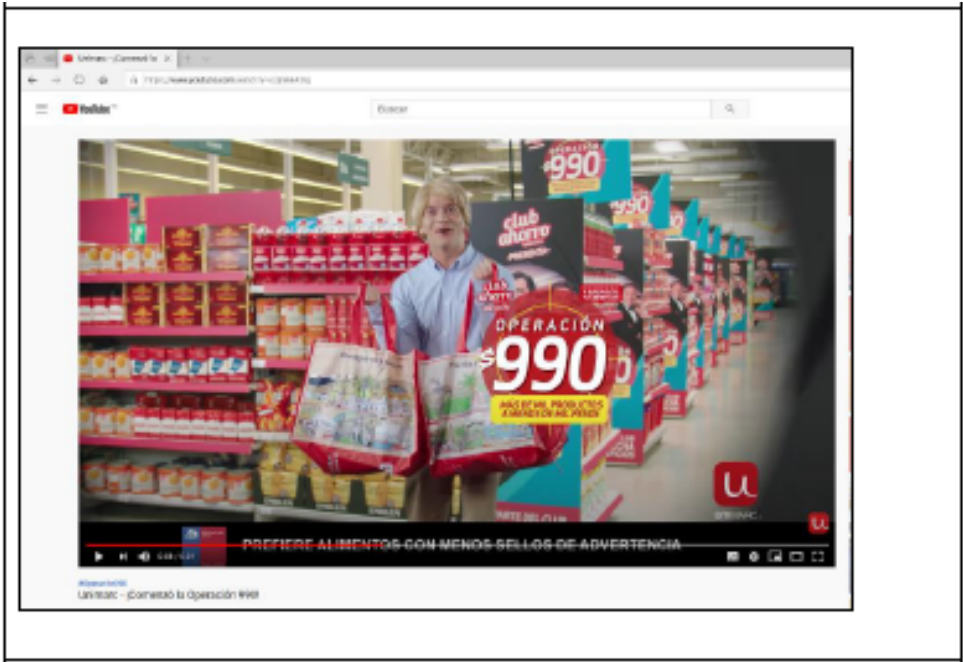
Por si lo anterior no fuera suficiente, en otra pieza televisiva de las Demandantes, también vinculada a la “Operación \$990”, la locución comienza señalando: “Porque a ti no te vienen con cuentos y sabes cuánto ahorras con las promociones de Unimarc”, contexto en el que aparece una boleta que dice “otro súper” con el mismo color con que pretenden identificar a Líder en los otros comerciales, y que -por lo demás- corresponde al color con que los consumidores identifican al supermercado de sus representadas: el azul. Esa boleta es tarjada con una cruz roja. Todo ello con el propósito evidente de dar a entender que Líder “les iría con cuentos” a los consumidores. Enseguida, el cocinero televisivo Ignacio Román (Unimarc) afirma: “aprovecha más de 1000 productos a menos



Foja: 1
de mil pesos”. Situación similar ocurre en otro comercial correspondiente a la “Operación \$990”¹³¹, cuando Francisco Saavedra (Unimarc) afirma que en Unimarc “todo sería más barato que al lado”, tras lo cual la cámara pasa a enfocar al sujeto de peluca rubia vestido de azul, en manifiesto intento por identificarlo con nuestra representada, el cual exclama “¡pero que barato!”, en el preciso momento en que sostiene dos bolsas con compras realizadas en el supermercado Unimarc.

Secuencia de Imágenes N°4
Secuencias de imágenes de comerciales “Operación 990” N°5 y N°6





Desde luego, su representada en ningún caso está cuestionando la inclusión en estas piezas de personajes reconocidos y algunos de los cuales gozan de gran popularidad, como el comunicador y conductor de televisión Francisco “Pancho” Saavedra o el actor Jorge Zabaleta. Sin embargo, con independencia de los rostros que formen parte de ellas, no pueden dejar de advertir que campañas como las mencionadas sí que se encuentran fuertemente reñidas con la ética publicitaria, porque su objetivo no es otro que denigrar, ridiculizar o menospreciar a la competencia, en contravención a lo señalado en el artículo 4º del CCHEP, y vulneran asimismo el principio del respeto a la competencia en los términos promovidos por el SERNAC.

En efecto, el artículo 4º del CCHEP señala de manera categórica que:

“El avisador será respetuoso respecto de la imagen, las marcas y los productos o servicios de un competidor. La denigración de un competidor constituye no sólo una falta al honor profesional del avisador sino que conduce también a un debilitamiento de la confianza que el público dispensa a la publicidad.

En tal sentido, las comunicaciones no deben menoscabar ni denigrar directamente ni implícitamente a ninguna marca, producto o servicio, ya sea poniéndolo en ridículo, menospreciándolo, denigrándolo o de cualquier forma”.

Particularmente, llamamos la atención de que todas las piezas publicitarias de Unimarc indicadas, con excepción de la última, se valen del recurso de la violencia física, con infracción directa de la prohibición ética que a este respecto establece el artículo 2º inciso 3º del CCHEP:

“Los mensajes publicitarios no deben discriminar arbitrariamente, denigrar, menospreciar, incitar a la violencia, ridiculizar o burlarse de personas o grupos, en especial por su género u orientación sexual”.

En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 7º del CCHEP, el que establece una única excepción a la prohibición ética indicada, que, desde luego, en el caso de las piezas publicitarias de Unimarc no concurre:



Foja: 1

“La publicidad no debe promover, inducir a realizar, o apoyar actos de violencia ni conductas ilegales o antisociales, en cualquiera de sus manifestaciones.

Tampoco debe utilizar la violencia como recurso publicitario, ni sugerir que con ella podrían obtenerse ventajas o beneficios.

Los mensajes publicitarios sólo podrán recurrir a la violencia, en casos muy justificados, tales como denunciarla y alentar comportamientos contrarios a ella”.

La misma idea es reforzada respecto de la publicidad dirigida a menores de edad en el artículo 21 inciso 7° del CCHEP (Artículo 21 inciso 7° del CCHEP: “La publicidad debe evitar el uso de violencia o agresividad injustificadas, como también el uso de elementos que causen temor o puedan perturbar de cualquier modo a los menores”).

En cambio, ninguno de estos vicios concurre tratándose de las piezas publicitarias desarrolladas por sus representadas para promover la Campaña Total + Bajo ni la frase publicitaria que las Demandantes acusan como atentatorias contra la leal competencia.

Exponer las campañas anteriores que no pueden ser desconocidas por las demandantes, no tiene por intención enderezar una acción reconvencional para intentar empatar una situación en la que se es demandado. Ello iría en contra de los principios fundadores de la actividad económica de sus representadas que están dispuestas a someterse a la rudeza de la competencia, a través de una fórmula tan básica como compleja: entregar precios bajos a sus clientes.

De ahí que la intención de sus representadas, al exponer las campañas publicitarias que han exhibido las demandantes, es únicamente exhibir el hábitat publicitario de un mercado tan competitivo como el de los supermercados, llamando la atención de los ejecutivos de sus representadas cuando fueron notificados de la demanda, cuando se han visto expuesto y han sido desafiados con campañas de Unimarc que sopesadas han resultado ser más agresivas y han aludido en forma directa a Líder, valiéndose, además, de la ridiculización y una violencia que podría estimarse como desmedida.

Por todo ello, solicita tener por contestada la demanda y rechazarla en todas sus partes, con costas.

Que se tuvo por contestada la demanda y llamadas las partes a conciliación, esta no se produjo.

Con fecha 22 de septiembre del 2020 se recibió la causa a prueba, rindiéndose la que consta en autos.

Con fecha 04 de marzo del 2022 se citó a las partes para oír sentencia.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LAS TACHAS:

PRIMERO: Que con fecha 06 de diciembre del 2021, comparece la parte demandada, quien formula la tacha del N° 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, en contra de la testigo, doña VALERY NATALIA VARGAS BUSTOS, esto es, que son inhábiles para declarar, los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio.

Funda su tacha en que existe una relación que ha señalado doña Valery en lo que respecta a su empleador y a la relación que tiene su empleador, esto es Unidata en carácter de filial de una de las partes del juicio, como es SMU.

Al conferir traslado a su contraparte, esta lo evacúa señalando que en la especie no se configura la causal del número 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, desde que la testigo ha declarado que no es dependiente ni de SMU ni tampoco de Rendic Hermanos, sino que de una sociedad distinta y en la cual además ha señalado que ella reporta al gerente general de Unidata y no de las sociedades demandantes.

SEGUNDO: Que sin perjuicio de no haberse establecido fehacientemente la forma en que las sociedades demandantes se relacionarían con la sociedad que emplea a la testigo, siempre es menester tener presente que el actual estatuto laboral entre los trabajadores y sus empleadores, regulado en el Código del Trabajo, contempla diversas



Foja: 1

instituciones de protección para aquellos, con el fin de que puedan desenvolverse de manera imparcial y verídica, cautelando el vínculo laboral ante una posible presión de su superior en orden a otorgar declaraciones parciales y ventajosas a su parte. Por este motivo, se rechaza la tacha deducida.

TERCERO: Que con fecha 07 de diciembre del 2021, comparece la parte demandada, quien formula la tacha del N° 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, en contra del testigo, don HORACIO SEBASTIAN MONTALVA JEREZ, esto es, que son inhábiles para declarar, los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio.

Funda su tacha en que el testigo ha señalado que su empleador es una de las demandantes del juicio que es SMU S.A. y de conformidad a la jurisprudencia constante de los Tribunales superiores, se configura al respecto una inhabilidad, toda vez que existe una subordinación y dependencia del testigo con una de las demandantes del juicio que en este caso SMU S.A.

Al conferir traslado a su contraparte, esta lo evacúa señalando que el testigo en primer lugar, ejerce un cargo que en virtud de los derechos otorgados por las leyes laborales dan garantía suficiente para que la persona sometidas a dependencias de sus empleadores puedan declarar de manera libre de presión de parte de sus empleadores. Adicionalmente, en el caso de Rendic, y tal como lo ha declarado el testigo, Rendic no es empleador del testigo, por lo tanto, adicionalmente, por esa circunstancia se solicita el rechazo de la tacha deducida.

CUARTO: Que considerando que el actual estatuto laboral entre los trabajadores y sus empleadores, regulado en el Código del Trabajo, contempla diversas instituciones de protección para aquellos, con el fin de que puedan desenvolverse de manera imparcial y verídica, cautelando el vínculo laboral ante una posible presión de su superior en orden a otorgar declaraciones parciales y ventajosas a su parte. Por este motivo, se rechaza la tacha deducida.

QUINTO: Que con fecha 09 de diciembre del 2021, comparece la parte demandante, quien viene en formular la tacha de los números 4 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil en contra de la testigo, doña CATALINA ANDREA CARREÑO URBINA, esto es, que son inhábiles para declarar, los criados domésticos o dependientes de la parte que los presente y los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto.

La funda en que según ha declarado la señora testigo, su empleador y ella prestan habitualmente servicios retribuidos a las sociedades demandadas, en especial a Walmart Chile S.A., cuestión que hace que carezca de la imparcialidad necesaria para poder declarar en el presente juicio.

Al conferir traslado a su contraparte, esta lo evacúa señalando que, en cuanto a la del N° 4, atendido a que esa causal requiere tres requisitos copulativos, que en este caso no concurren, que son la dependencia, la habitualidad y la retribución. Respecto a la dependencia, la jurisprudencia ha señalado que esta debe entenderse como un contrato de trabajo y que por lo tanto exista una relación de dependencia y subordinación entre la testigo y la parte que la presenta, y tal como señaló la señora Catalina no existe tal contrato de trabajo toda vez que lo que presta GFK a la parte que presenta a esta testigo, tiene que ver con servicios los cuales no corresponden a una relación de dependencia y subordinación.

De hecho, respecto a la retribución, la jurisprudencia ha señalado que esta tiene que estar dentro de un contexto de dependencia y subordinación, y no contempla el carácter de retribución, los honorarios que se pagan para la prestación de servicio, como son en este caso, los que las demandadas le piden a Activa Research para hacer los estudios que la testigo señaló previamente.

Respecto a la tacha del 358 numero 6, expone que para que también concurra esta tacha debe cumplirse los requisitos de interés y también los requisitos de falta de imparcialidad. Y sobre esos dos requisitos la Corte Suprema ha señalado en diversos fallos que para que concurra la falta de imparcialidad tiene que ser de tal magnitud que en definitiva la testigo se vea compelida entonces a tener que cumplir con un mandato



Foja: 1

perentorio para decir algo en audiencia y además, un aspecto importante, que esa falta de imparcialidad y el interés que tiene que tener directo con el resultado del juicio, debe acreditarse fehacientemente por la parte que presenta la tacha, lo que no ha concurrido en el caso de autos.

SEXTO: Que en cuanto a la tacha del N° 4, de la declaración de la testigo, queda claro que la empresa para la que trabaja, presta servicios para Walmart, pero no en calidad de empleada o dependiente – como requiere la tacha opuesta -, sino que Walmart es uno de sus clientes, motivo suficiente para rechazar la tacha.

Que respecto de la del N° 6, por el mismo motivo antes señalado, se estima que no procede determinar una imparcialidad de la testigo para declarar, puesto que no necesariamente por prestarle dichos servicios en la calidad de cliente, se deduce que la testigo tenderá a favorecer los intereses de dicha parte, sea por temor a la pérdida de dichos servicios o porque sus ingresos dependan de lo que declare en juicio, por lo que se rechaza también esta tacha.

SÉPTIMO: Que con fecha 09 de diciembre del 2021, comparece la parte demandante, quien viene en formular la tacha de los números 4 y 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil respecto de la testigo, doña VALERIA ALEJANDRINA ECHEVERRÍA NIVELA, esto es, que son inhábiles para declarar, los criados domésticos o dependientes de la parte que los presente y los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio.

La funda en que la testigo ha declarado que es empleada dependiente de la parte que la presenta, causal que también se hace extensiva a la otra demandada de autos, atendida la relación que existe entre ambas sociedades.

Al conferir traslado a su contraparte, esta lo evacúa señalando que en lo que concierne a la demandada de autos, Walmart Chile, principalmente por cuanto a partir de la declaración de doña Valeria Echeverría, ella da cuenta no solamente de que se encuentra, con las protecciones que confiere la legislación laboral para los testigos que se presentan, de manera tal que no podría su declaración verse afectada en lo que concierne su imparcialidad por la existencia de alguna presión por parte de su empleador, dado que ella, siendo una trabajadora dependiente, cuenta con las protecciones que le da el Código del Trabajo. Cuestión que, por lo demás, resulta coincidente, con los argumentos invocados por la propia contraparte al momento de evacuar la tacha presentada por esta parte, respecto de un testigo presentado por ella.

Por otra parte, en lo que concierne a la otra demandada de autos, explica que tanto la del N°4 como la del N°5 deben rechazarse, toda vez que entre la testigo que se presenta y la codemandada no existe ninguna relación de subordinación y dependencia que permita justificar, sea la calidad de dependiente de que trata el numeral 4 del artículo 358, sea la calidad de trabajador dependiente que se contempla en el numeral 5 de la misma disposición.

OCTAVO: Que respecto de ambas tachas, considerando que el actual estatuto laboral entre los trabajadores y sus empleadores, regulado en el Código del Trabajo, contempla diversas instituciones de protección para aquellos, con el fin de que puedan desenvolverse de manera imparcial y verídica, cautelando el vínculo laboral ante una posible presión de su superior en orden a otorgar declaraciones parciales y ventajosas a su parte. Por este motivo, se rechaza la tacha deducida.

EN CUANTO AL FONDO:

NOVENO: Que entrando derechamente a pronunciarse sobre las alegaciones de los escritos de discusión, vale tener presente que la demanda que se ha planteado, es para declarar que la campaña publicitaria “Total + bajo” de supermercados Líder, exhibida por las demandadas a través de distintos medios, constituye un acto de competencia desleal, por no ser efectivos los dichos y afirmaciones contenidos en ella, específicamente, aquellas en que se afirma que (i) Líder fue elegido como el supermercado más económico y que (ii) al realizar compras en sus sucursales, el total de la boleta sería más bajo si se realizara el mismo ejercicio en su competencia.

Los fundamentos para requerir dicho pronunciamiento de este tribunal, someramente, son los siguientes: (i) La inexistencia de las boletas que exhibe el Sr. Emilio



Foja: 1

Sutherland en sus manos en la campaña publicitaria aludida, por no corresponder a ninguno de los valores de las boletas cuya información fue levantada con fecha 24 de septiembre del 2019 y que posteriormente serían protocolizadas ante notario, (ii) que las compras realizadas no serían comparables, por no referirse a los mismos productos, (iii) que tampoco serían comparables porque contienen productos que difieren en características como el formato, tamaño o presentación, teniendo incluso códigos de barra diferentes, (iv) que asimismo no serían comparables porque los productos de la totalidad de los supermercados, consideraron ciertas promociones en sus precios, cuestión que no ocurrió para el caso de supermercados Unimarc, (v) que la magnitud de las diferencias de precios presentadas en las boletas sostenidas por el Sr. Sutherland en sus manos en dicha campaña publicitaria, no es tal, si se considera las diferencias de los precios propiamente tales, (vi) que algunas boletas de compra efectuadas en supermercados Líder inducen a error por contener productos de marcas propias, (vii) que supermercados Líder si subió los precios de algunos de sus productos en el período en que habría afirmado que no variarían, dentro de su campaña publicitaria, (viii) que supermercados Líder habría seleccionado discrecionalmente una muestra de sus productos del universo disponible y, a partir de ello, publicitó conclusiones generales y absolutas, (ix) que las conclusiones generales y absolutas planteadas en la campaña publicitaria en orden a que por sus compras en dichos establecimientos, el cliente pagaría el total más bajo, es improcedente, (x) que no hay claridad en informar respecto de que el levantamiento de información para la campaña publicitaria, se habría circunscrito en la comuna de Las Condes, aparentando tener efectos a nivel nacional y, (xi) que la frase de la campaña “Elegido como el supermercado más económico”, adolecería de una serie de errores.

DÉCIMO: Que al contestar su demanda y nuevamente de manera somera, se revisan las argumentaciones de supermercados Líder que, respecto de los dichos de la demanda, contesta explicando que, en cuanto a la construcción y la metodología empleada para llevar a cabo la campaña “Total + bajo”, (i) utilizó la información dada por el Instituto Nacional de Estadísticas para la determinación del Índice de Precios al Consumidor, aclarando que “no todos los productos o servicios que componen la canasta del IPC corresponden a aquellos que los consumidores razonablemente esperarían adquirir o contratar en los supermercados”, (ii) que consideró los productos contenidos en la “canasta básica de alimentos” (CBA), elaborada por el Ministerio de Desarrollo Social sobre la base de la información aportada por el INE, considerando 51 de las 71 categorías de productos, (iii) que realizó un proceso de medición de precios con “medidas de homologación” para productos que se vendieren por peso o por unidad, criterio que revestiría parámetros objetivos, (iv) que utilizaron una cita aclaratoria sobre los precios que indicaba “Precios válidos en Líder, Express de Líder y Lider.cl desde el 24 de septiembre y 14 de octubre 2019, ambas fechas inclusive. Máximo de 10 unidades de cada producto por boleta. Excluye otras promociones vigentes y compras con factura. *Total + Bajo: Según comparación de precios realizada el día 24 de septiembre de 2019 entre las 8:00 y las 20:00 horas en los Supermercados Líder, Jumbo, Santa Isabel, Tottus y Unimarc, ubicados en la comuna de Las Condes (ver detalle en Servicio al Cliente y www.lider.cl). Las diferencias de precios corresponden y son válidas para la fecha, hora y lugar indicados en las boletas de compras protocolizadas en la Notaría de don Iván Torrealba Acevedo y disponibles en Servicio al Cliente de cada local.”, (v) que las boletas que estaría sosteniendo el Sr. Sutherland en sus manos si existen y serían dos de las protocolizadas, cuyos totales fueron ajustados según el criterio de homologación, lo que arrojó los valores de \$134.049 y \$90.280.-, (vi) que la presencia del Sr. Emilio Sutherland en las campañas publicitarias es para expresar la veracidad y credibilidad del proceso de “comparar y comprobar” los totales de las boletas y sus diferencias y no para cuestionar a la competencia, implicando que existiría una especie de trampa en los precios cobrados por otros supermercados, (vii) que las diferencias de productos en las boletas no fueron consideradas en el resultado final, por no haberse incluido dichos productos en el proceso de homologación que utilizaron, (viii) que el proceso de homologación señalado salva el hecho de que exista diferencias en los códigos de barra de los productos y que no habría exigencia en nuestro ordenamiento jurídico de que la publicidad comparativa se haga de esa manera, (ix) que las diferencias de magnitudes entre los totales se comprueban por el proceso de homologación realizado, (x) que los



Foja: 1

precios fueron tomados en un día determinado y así fue explicado en la frase legal acompañada en la campaña publicitaria, por lo que fue una muestra objetiva y sólo 12 de sus productos se encontraban en promoción el día 24 de septiembre del 2019, (xi) que en ningún caso se comparó un universo que contenía marcas propias de Líder con un universo comprado en supermercados de la competencia con marcas tradicionales, (xii) que la elección de los supermercados de la comuna de Las Condes obedeció al gran tamaño y productos disponibles que tienen estos establecimientos, lo que permitía realizar la comparación de una manera veraz y demostrable y, en todo caso, dicha circunstancia queda salvada con la frase legal antes señalada, en donde se explica que la muestra fue tomada en supermercados ubicados en la comuna de Las Condes, (xii) que nunca se obligaron a mantener inalterados sus precios durante la vigencia de la campaña, lo que reafirman en su *disclaimer* y, finalmente, (xiii) que en cuanto a la frase “Elegido como el supermercado más económico”, ella corresponde a la conclusión de una encuesta realizada en el marco de un estudio titulado “Estudio Tracking Imagen y Precios” realizado por Growth from Knowledge, Adimark (“GFK”), en que se consultó por la consideración de cada encuestado, respecto de cuál es el supermercado más económico de su zona.

DÉCIMO PRIMERO: Que para efectos probatorios, las demandantes acompañaron los siguientes documentos, no objetados en autos:

I. Con fecha 13 de marzo del 2020:

1.- Certificación notarial de fecha 10 de febrero de 2020 otorgada por el Notario de Santiago de don Álvaro González Salinas.

2.- Copia de reclamo presentado por SMU S.A. en contra de Walmart Chile S.A. ante el CONAR en el mes de octubre de 2019, Rol N° 1125/19.

3.- Copia de Dictamen Ético del CONAR de fecha 15 de noviembre de 2019 que recayó sobre el reclamo formulado por SMU S.A. en contra de Walmart Chile S.A., Rol N° 1125/19.

4.- Copia autorizada de protocolización de boletas electrónicas de Líder y Rendic Hermanos S.A., de fecha 10 de octubre de 2019, realizada en la Notaría de Santiago de don Álvaro González Salinas, Repertorio Número 57.418-2019.

5.- Copia autorizada de protocolización de boletas electrónicas Líder, de fecha 8 de octubre de 2019, realizada en la Notaría de Santiago de don Álvaro González Salinas, Repertorio Número 56.963-2019.

6.- Acta de inspección ocular de fecha 4 de octubre de 2019, realizada por el Notario de Santiago de don Álvaro González Salinas en Américo Vespucio 3100, comuna de Peñalolén.

7.- Acta inspección ocular de fecha 4 de octubre de 2019, realizada por el Notario de Santiago de don Álvaro González Salinas en avenida Vitacura 5322, comuna de Vitacura.

8.- Acta inspección ocular de fecha 25 de febrero de 2020, realizada por el Notario de Santiago de don Álvaro González Salinas.

II. Con fecha 19 de agosto del 2021:

9.- Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales, aprobada mediante Resolución N°187 de fecha 21 de marzo de 2019, del Servicio Nacional del Consumidor

10.- Sentencia N°103/2010 de fecha 8 de septiembre de 2010, pronunciada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

11.- Sentencia Rol N° 7500-2010 de fecha 11 de julio de 2011, pronunciada por la Excm. Corte Suprema.

III.- Con fecha 17 de noviembre del 2021, a folio 86:

12.- Copia de escrito de respuesta de fecha 21 de octubre de 2019 presentado por Walmart Chile S.A. ante el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (en adelante “CONAR”), en la causa Rol N° 1125/19.



Foja: 1

13.- Copia de resolución del CONAR de fecha 31 de marzo de 2020, relativa a la solicitud de desacato presentado por SMU S.A

14.- Copia autorizada de certificación notarial efectuada por el Notario don Alejandro Álvarez Barrera, de fecha 3 de marzo de 2020, en la que consta una imagen extraída de un video publicitario de Líder relativo a la campaña “total + bajo”

15.- Acta inspección ocular de página web efectuada por el Notario don Álvaro González Salinas, de fecha 25 de febrero de 2020, en la que constan impresiones de la información legal de la campaña “Total + Bajo” realizada en octubre de 2019.

16.- Certificación notarial y protocolización efectuada por el Notario don Enrique Mira Gazmuri, de fecha 3 de noviembre de 2020, en la que consta la información legal de la campaña publicitaria de Líder denominada “Baja el total de tu boleta con Marcas Propias de Líder” realizada en febrero de 2020.

17.- Registros de Marcas Comerciales (4) emitidos por el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual, en que consta que la marca UNIMARC, en la categoría de Servicios y Establecimientos Comerciales e inscrita en diferentes clases, es propiedad de la sociedad Rendic Hermanos S.A.

18.- Copia de la Memoria Integrada 2020 del Grupo SMU, obtenida desde el sitio web de CMF.

19.- Copia en formato PDF del documento “Canasta IPC 2018=100”, obtenida desde el sitio web de INE.

20.- Copia del Informe Mensual sobre “Valor de la Canasta Básica de Alimentos y Líneas de Pobreza” de septiembre de 2019, emitido por el Ministerio de Desarrollo Social.

IV.- Con fecha 17 de noviembre del 2021, a folio 87:

21.- Informe en Derecho elaborado por el abogado Cristián Banfi del Río, denominado: “SMU S.A. y Rendic Hermanos S.A. con Walmart Chile S.A. y Administradora de Supermercados Híper Ltda. / 19º Juzgado Civil de Santiago / Rol C-4.867-2020”

V.- Con fecha 17 de noviembre del 2021, a folio 88:

22.- Copia autorizada de escritura pública de 9 de agosto de 2021, otorgada en la Notaría de doña Alejandra Loyola Ojeda, Repertorio N° 3.301-2021, y suscrita por don Sebastián Goldsack Trebilcock, reconociendo autoría del documento “Informe /Análisis Campaña Total + Bajo de Walmart Chile”.

Por otra parte, con fecha 19 de enero del 2022, en audiencia de exhibición al efecto, se exhibieron tres documentos electrónicos, correspondiendo dos de ellos CDs con distintos videos de la Campaña Total + Bajo que variaban en los productos exhibidos y un tercer CD con doce imágenes de la misma campaña publicitaria publicados en prensa escrita, dos archivos en formato MP3, que contenían audios publicitarios de la misma campaña en prensa radial y siete distintos videos de la Campaña Total + Bajo.

Asimismo, con fecha 06 de diciembre del 2021, comparecieron por dicha parte los testigos, don CRISTIAN ANTONIO BANJI DEL RIO y doña VALERY NATALIA VARGAS BUSTOS, luego, con fecha 07 de diciembre del mismo año, los mismo ocurrió con don HORACIO SEBASTIAN MONTALVA JEREZ, todos quienes previamente juramentados y legalmente examinados, comparecieron al tenor de los puntos de prueba, declaraciones que constan a folios 110 y 111 y sus transcripciones, a folio 116.

Finalmente, la actora solicitó prueba confesional contra la sociedad demandada de autos, Administradora de Supermercados Híper Limitada, celebrándose la audiencia de absolución de posiciones con fecha 28 de diciembre del 2021, instancia en la que compareció don GONZALO ERNESTO GEBARA LASUEN, quien depuso a tenor de las preguntas del pliego. Misma cuestión ocurrió a continuación, respecto de la demandada Walmart Chile S.A., por la que compareció asimismo el Sr. Gebara Lausen, con la misma fecha, todo lo que consta a folios 123, 124 y 125.

DÉCIMO SEGUNDO: Que por su parte, las demandadas acompañaron los siguientes documentos, no objetados en autos:



Foja: 1

I. Con fecha 14 de septiembre del 2020:

1.- Copia simple de protocolización de boletas, realizada en la Notaría de don Iván Torrealba Acevedo, el 24 de septiembre de 2019, repertorio N°16.390-2019.

2.- Copia simple de análisis comparativo de los productos adquiridos durante la Campaña Total + Bajo en los supermercados Líder y Unimarc, incluyendo productos homologados.

3.- Copia simple de documento titulado “Metodología Tracking Imagen y Precios Walmart 2019”, emitido por Growth from Knowledge (GFK).

4.- Copia simple de documento titulado “Uso Disclaimer Marca Líder” emitido por Growth from Knowledge (GFK), en el que consta la metodología del “Estudio Tracking Imagen y Precios” y los resultados obtenidos en dicho estudio desde el año 2016 a julio del año 2020.

5.- Copia simple de carta enviada por Growth from Knowledge (GFK) a Walmart el 26 de abril de 2019.

6.- Copia simple de publicidad incorporada en diario La Tercera, el 28 de septiembre de 2019, respecto a la Campaña Total + Bajo.

7.- Copia simple de la sección “Información Legal” incluida en la página web de supermercados Líder.

8.- Copia simple de noticia publicada el 23 de marzo de 2015, en el sitio web de biobiochile.cl, titulada “SERNAC identifica cuáles fueron los supermercados más baratos en Santiago durante febrero”

9.- Copia simple de noticia publicada el 29 de marzo de 2019, en el sitio web de Chocale.cl, titulada “¿Por qué Líder dice ser el “supermercado más económico?”

10.- Copia simple de los estatutos de la corporación de derecho privado CONAR.

11.- Copia simple de los términos y condiciones programa de Fidelización “Club Ahorro” del supermercado Unimarc.

12.- Copia simple de noticia publicada el 29 de marzo de 2019, en el sitio web de Chocale.cl, titulada “Volvió la promoción de los mil productos a \$1.000 de Líder”.

13.- Copia simple de noticia publicada en marzo de 2020, en el sitio web de InfoFácil.cl, titulada “¡Mil Productos a Mil! Fuimos al Líder y tenemos las principales ofertas”

14.- Copia simple de noticia publicada el 31 de agosto de 2020, en el sitio web de Diario Financiero, titulada “Utilidades de SMU caen 97% en el primer semestre, pero firma ve recuperación de las ventas en las últimas semanas”

15.- Copia simple de documento titulado “Valor de la Canasta Básica de Alimentos y Líneas de Pobreza”, confeccionado en enero de 2019 por el Ministerio de Desarrollo Social.

II. Con fecha 16 de noviembre del 2021, a folio 82:

16.- Informe en derecho elaborado por don Iñigo de la Maza Gazmuri, titulado “Publicidad Comparativa y Competencia Desleal”

17.- Informe metodológico titulado “Estudio testeo claim precio” de 25 de mayo de 2021 (“Estudio Testeo Claim”), elaborado por Activa Research.

18.- “Principales Resultados Testeo Claim Precio” (“Resultados Testeo Claim”), elaborado por Activa Research.

III. Con fecha 17 de noviembre del 2021, a folio 85:

19.- Acta notarial emitida el 24 de marzo de 2021 por el Notario Público don Roberto Cifuentes Allel. (Certificado N°123456798698).

20.- Acta notarial emitida el 24 de marzo de 2021 por el Notario Público don Roberto Cifuentes Allel. (Certificado N° 123456798700).

21.- Acta notarial emitida el 24 de marzo de 2021 por el Notario Público don Roberto Cifuentes Allel. (Certificado POY).



Foja: 1

22.- Acta notarial emitida el 30 de julio de 2021 por el Notario Público don Roberto Cifuentes Allel. (Varias certificaciones).

23.- Copia simple de publicidad incorporada en el diario Las Últimas Noticias el 25 de septiembre de 2019.

24.- Copia simple de publicidad incorporada en el diario La Tercera el 28 de septiembre de 2019.

25.- Copia simple de publicidad incorporada en el diario Las Últimas Noticias el 30 de septiembre de 2019.

26.- Copia simple de publicidad incorporada en el diario Las Últimas Noticias el 01 de octubre de 2019.

27.- Documento PDF con el contenido de la sección “Sobre GfK” del sitio web de Growth from Knowledge (GfK)

28.- Copia simple de carta enviada por Growth from Knowledge (GfK) a Walmart el 01 de febrero de 2019

29.- Copia simple de carta enviada por Growth from Knowledge (GfK) a Walmart el 01 de marzo de 2019

30.- Copia simple de carta enviada por Growth from Knowledge (GfK) a Walmart el 09 de abril de 2019.

31.- Copia simple de carta enviada por Growth from Knowledge (GfK) a Walmart el 26 de abril de 2019.

32.- Copia simple de carta enviada por Growth from Knowledge (GfK) a Walmart el 23 de mayo de 2019.

33.- Copia simple de carta enviada por Growth from Knowledge (GfK) a Walmart el 01 de julio de 2019.

34.- Copia simple de carta enviada por Growth from Knowledge (GfK) a Walmart el 05 de agosto de 2019.

35.- Copia simple de carta enviada por Growth from Knowledge (GfK) a Walmart el 02 de septiembre de 2019.

36.- Copia simple de carta enviada por Growth from Knowledge (GfK) a Walmart el 01 de octubre de 2019

37.- Copia simple de carta enviada por Growth from Knowledge (GfK) a Walmart el 01 de noviembre de 2019

38.- Copia simple de carta enviada por Growth from Knowledge (GfK) a Walmart el 01 de diciembre de 2019

39.- Copia simple de carta enviada por Growth from Knowledge (GfK) a Walmart el 02 de enero de 2020

40.- Copia simple de declaración jurada formulada por doña Valeria Alejandrina Echeverría Nivelá, Jefa de Pricing de Walmart, ante el Notario Público don Roberto Cifuentes Allel, el 11 de marzo de 2021.

41.- Copia simple de declaración formulada por doña Valeria Alejandrina Echeverría Nivelá, Jefa de Pricing de Walmart.

Por otra parte, con fecha 19 de enero del 2022, en audiencia de exhibición al efecto, se exhibieron dos documentos, electrónicos, el primero consistente en el video de la Campaña Total + Bajo y un documento Excel titulado “Comparación Boletas SMU y Walmart”, correspondiente a dos listados de precios individualizados como “INE” y “FDM”. Asimismo y por haberlo solicitados las demandantes de conformidad a lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, las demandadas exhibieron documentos electrónicos consistentes fotografías de la campaña publicitaria “Total + Bajo”, publicadas en prensa escrita y acompañadas e individualizadas precedentemente, información disponible al público relativa a las bases de la campaña publicitaria y diversos documentos, correspondientes a estudios de GfK Chile y que se individualizan:



Foja: 1

42.- Documento titulado “Tracking de Imagen Líder. Medición Total año 2016” de enero de 2017 y en el cual se informan los resultados de la encuesta y el estudio de percepciones efectuado por la empresa a personas consumidoras durante el año 2016.

43.- Documentos titulados “Ossel Tracking Imagen Líder”, realizados mensualmente durante el año 2017.

44.- Documento titulado “Tracking de Imagen Líder. Medición Total año 2017” de enero de 2018 y en el cual se informan los resultados de la encuesta y el estudio de percepciones efectuado por la empresa a personas consumidoras durante el año 2017.

45.- Documentos titulados “Ossel Tracking Imagen Líder” y “Percepción de Precios Tracking Imagen Líder”, realizados mensualmente durante el año 2018.

46.- Documento titulado “Informe de Estudio de PPV – Precio e Imagen de Líder” de mayo de 2017 y en el cual se informan los resultados de la encuesta y el estudio de percepciones efectuado por la empresa referida a personas consumidoras durante el primer trimestre de 2018.

47.- Documento titulado “Informe de Estudio de PPV – Precio e Imagen de Líder T2” de septiembre de 2017 y en el cual se informan los resultados de la encuesta y el estudio de percepciones efectuado por la empresa referida a personas consumidoras durante el segundo trimestre de 2018.

48.- Documento titulado “Tracking de Imagen y Precios Líder T3” y en el cual se informan los resultados de la encuesta y el estudio de percepciones efectuado por la empresa referida a personas consumidoras durante el tercer trimestre de 2018.

49.- Documento titulado “Tracking de Imagen y Precios Líder Informe Anual” y en el cual se informan los resultados de la encuesta y el estudio de percepciones efectuado por la empresa referida a personas consumidoras durante el año 2018.

50.- Documentos titulados “Análisis de Percepción de Precios” y “Tracking de Precios Líder”, realizados mensualmente durante el año 2019.

51.- Documento titulado “Tracking de Imagen y Precios Líder Informe Anual” y en el cual se informan los resultados de la encuesta y el estudio de percepciones efectuado por la empresa referida a personas consumidoras durante el año 2019.

52.- Documento titulado “Tracking de Imagen y Precios Líder Informe Primer Trimestre 2019” y en el cual se informan los resultados de la encuesta y el estudio de percepciones efectuado por la empresa referida a personas consumidoras entre los meses de enero a marzo de 2019..

53.- Documento titulado “Tracking de Imagen y Precios Líder Informe Segundo Trimestre 2019” y en el cual se informan los resultados de la encuesta y el estudio de percepciones efectuado por la empresa referida a personas consumidoras entre los meses de abril a junio de 2019.

54.- Documento titulado “Tracking de Imagen y Precios Líder Informe Anual 2019” y en el cual se informan los resultados de la encuesta y el estudio de percepciones efectuado por la empresa referida a personas consumidoras entre los meses de julio a septiembre de 2019.

Asimismo, con fecha 09 de diciembre del 2021, comparecieron por dicha parte los testigos, don IÑIGO ANDRÉS DE LA MAZA GAZMURI, doña CATALINA ANDREA CARREÑO URBINA y doña VALERIA ALEJANDRINA ECHEVERRÍA NIVELA. Luego, con fecha 10 de diciembre del mismo año, misma cuestión ocurrió con doña BLENDIA MARCIA PERALTA PERALTA, todos quienes previamente juramentados y legalmente examinados, comparecieron al tenor de los puntos de prueba, declaraciones que constan a folios 112 y 113 y sus transcripciones, a folio 119.

DÉCIMO TERCERO: Que para iniciar la procedencia de las impugnaciones efectuadas por las demandantes a la campaña publicitaria Total + Bajo, es importante describir en primer lugar los hechos que se pueden observar de los distintos elementos multimedia en que consta la campaña publicitaria y que fueron acompañados en autos. Al respecto, se tiene que tener presente en todo momento que lo que se intenta con esta descripción, es dar por establecidos los aspectos primordiales de la campaña publicitaria, que son transversales en cuanto a la percepción que fuerza su contenido en un intelecto



Foja: 1

u observador promedio y que finalmente, darán cuenta de la inserción de tales aspectos o caracteres que harán de constituir algún hecho o afirmación falsa o, más generalmente, una conducta calificada por la ley como de competencia desleal.

DÉCIMO CUARTO: Que en cuanto a los videos acompañados, existen distintos formatos del video publicitario en donde aparece el Sr. Emilio Sutherland, de los que hay 3 tipos distintivos o comunes, los que se describirán:

En el primero y el más largo, constando de 21 segundos de duración, en primer lugar aparece el Sr. Sutherland en las afueras de un establecimiento Líder y diciendo *“Líder dice tener el total de la boleta más bajo. Vamos a comprobarlo.”* Luego, aparece en un ejercicio de comprar mercadería como un cliente común, recorriendo los pasillos, observando productos e interactuando con otra clienta, para luego afirmar *“Compramos todo lo del mes.”*, en el pasillo. Finalmente, aparece en el sector de cajas, con lo que parece su compra en la banda movediza y siendo atendido por una cajera, momento en el que, sosteniendo dos documentos que aparentan ser boletas de una caja de supermercado, afirma *“(…) y con boleta en mano comparé y comprobé que el total más bajo está en Líder”*, boletas en las que se ha aumentado la visibilidad de su parte superior, pudiendo observarse en la de la mano izquierda, una con un título, en un fondo rojo y con letras blancas, que dice *“Otro Súper”* y, la de la mano derecha, una en la que dice *“Líder”*. Finalmente, en pantalla y como elementos multimedia se han agregado dos letreros grandes, bajo la imagen del Sr. Sutherland, en los que, por el *“Otro Súper”*, se anuncia un valor de *“\$134.049.-”* y, en el de Líder, se anuncia *“\$90.280.-”* Asimismo, en un fondo amarillo y con letras rojas, bajo estos dos carteles con los precios de las boletas, aparece anunciado *“Precios reales tomados el 24 de septiembre de 2019.”* Posteriormente el comercial cambia de foco, para publicitar un producto determinado (y que es la circunstancia que varía en todos los videos exhibidos para este efecto) y finaliza, volviendo a la persona del Sr. Sutherland, quien afirma *“(…) y prefiriendo productos marca propia de Líder, el total es aún más bajo. Compruébalo en el total de tu boleta.”*, al mismo tiempo en que dos nuevos carteles aparecen exhibidos cerca de él, uno a su izquierda con el logo de la campaña *“Total + Bajo”* y un segundo a su derecho, de color amarillo y con letras rojas, que dice *“#1 Elegido como el Supermercado más económico – En base a estudio de imagen y precios de GFK Adimark Chile entre enero 2016 y agosto 2019.”* Vale agregar también, que desde el cambio de foco y hasta el final del video, aparece la nota o *disclaimer* *“Precios válidos en Líder, Express de Líder y Líder.cl, desde el 24 de septiembre y 14 de octubre de 2019. Máximo de 10 (...)”*, el que es descrito tanto en la demanda como en la contestación y que no corresponde a un hecho controvertido, por lo que no se reiterará en su totalidad aquí.

Un segundo formato de estos videos, de 11 segundos de duración, involucra asimismo el Sr. Sutherland, quien esta vez aparece directamente fuera de las cajas, sosteniendo una caja de leche y afirma *“Yo lo comprobé prefiriendo productos marca propia de Líder, el total es aún más bajo”*, a la vez que aparecen dos carteles, uno a su izquierda, que en fondo gris y con letras blancas, anuncia *“Sin marcas propias de Líder. Total: \$91.420.-”* y uno a su derecha, con fondo azul y letras blancas, anuncia *“Con marcas propias de Líder. Total: \$73.572.-”*, luego el foco cambia para publicitar el producto, con la nota explicativa que ya se ha indicado. Finalmente, el foco vuelve al Sr. Sutherland, para mostrar en la última escena, los mismos carteles con el logo de la campaña *Total + Bajo* y el que indica *“#1 Elegido como el Supermercado más económico – En base a estudio de imagen y precios de GFK Adimark Chile entre enero 2016 y agosto 2019.”*, sólo que su afirmación es levemente diferente *“El total más bajo está en Líder, compruébalo en el total de tu boleta.”*

El tercer video, asimismo de 11 segundos de duración, tiene también al Sr. Sutherland desde el comienzo de la publicidad, quien está sosteniendo las dos boletas señaladas en el primer video y frente a él aparecen los dos mismos carteles, uno a su izquierda que anuncia, en fondo rojo y letras blancas *“Otro Súper. Total: \$134.049.-”* y a su derecha, en fondo azul, con letras blancas, *“Líder. Total: \$90.280.-”*, momento en que anuncia *“A mí no me vienen con cuentos, compare y compruebe que el total más bajo está en Líder.”* Luego el foco cambia hacia un producto, tal como en los videos descritos precedentemente y finalmente vuelve al Sr. Sutherland, quien sostiene una



Foja: 1

botella de aceite en sus manos, aparecen a su izquierda el cartel con el logo de la campaña, Total + Bajo, a su izquierda el cartel con el anuncio de “#1 Elegido como el supermercado más económico” y afirma *“Y prefiriendo productos marca propia de Líder, el total es aún más bajo.”*

DÉCIMO QUINTO: Que en cuanto a las fotografías de prensa, vale señalar que todas son idénticas en estos aspectos que se relatarán: En primer lugar, aparece el Sr. Sutherland en la parte superior de la página, sosteniendo en su mano izquierda, lo que aparenta ser una boleta de caja de supermercado, que en su parte superior indica “Líder”, dentro de lo que parece ser una sucursal de supermercados Líder, frente a un pasillo con mercadería y con carteles de Líder colgando de los cielos, con el logo de la campaña “Total + Bajo” a su izquierda. Luego, se exhiben distintos productos en la parte media de la fotografía y, al final, en la parte más baja, aparece el *disclaimer* que también se ha descrito en los videos, el que inicia su lectura diciendo “Precios válidos en Líder, Express de Líder (...)”, y, a su derecha y sobre la nota, en fondo amarillo y letras rojas, el cartel ya descrito en los videos “#1 Elegido como el supermercado más económico.” Varían las fotografías acompañadas, en los productos que se publicitan en cada una, mas en las demás partes antes descritas, son idénticas.

DÉCIMO SEXTO: Que en cuanto a los comerciales que fueron publicados en la prensa radial, en un primer audio aparece el Sr. Sutherland hablando y dice lo siguiente: *“Hola, soy Emilio Sutherland y como saben, para todos, las compras del supermercado son parte importante de nuestro presupuesto mensual y, como Líder dice que tiene el total de la boleta más bajo, decidí comparar y comprobar. Y con boletas en mano, te puedo decir que el total más bajo, efectivamente está en Líder. Y si elige productos marca propia de Líder, el total puede ser aún más bajo y tu ahorro, aún mayor. Compruébalo tú también. Total más bajo en base a tomas de precio realizadas el 24 de septiembre del 2019. Más información en Lider.cl y locales Líder.”*

DÉCIMO SÉPTIMO: Que ya descritos los componentes de la campaña publicitaria y pasando derechamente a su análisis, queda claro tanto en la forma en que se han desarrollado los argumentos de la demanda de autos, como también del mismo formato de las campañas publicitarias, que existen dos componentes de las mismas que son los que se han impugnado en cuanto a su veracidad.

El primero de ellos corresponde a la afirmación que hace Líder respecto del total más bajo en las boletas de supermercado. Lo que se impugna aquí es la efectividad de que, realizando dos compras idénticas, en distintos supermercados, una en los establecimientos de Líder y la otra en los de su competencia, el total reflejado en la boleta de Líder será más bajo que el de los otros supermercados.

El segundo es la afirmación contenida en la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”, impugnándose acá, la efectividad de esta aseveración o el cómo se ha llegado a la misma.

DÉCIMO OCTAVO: Que antes de entrar a discurrir acerca de la efectividad de que estos anuncios antes descritos, son incorrectos o falsos o constituyen actos de competencia desleal, es necesario esclarecer que los juicios que se realizarán a su respecto, no dependen de la determinación a ciencia cierta, de cuál es, en efecto, el supermercado más barato actualmente operativo en nuestro país, puesto que lo que se discute en autos no es eso, sino lo que antes se ha dicho respecto de la campaña publicitaria. Y es importante hacer esta distinción, puesto que el resultado final es que, bien puede que la cadena de supermercados demandada sea efectivamente la que tenga los precios más bajos en un momento determinado, o respecto de algunos productos específicos, pero dicha circunstancia no será óbice para concluir que lo anunciado o la forma en que se anunció, constituyen un acto de competencia desleal.

DÉCIMO NOVENO: Que en cuanto a la primera parte de la campaña publicitaria, o la sección “Total + Bajo”, más que de la prueba rendida en autos, sino lo reconocido por las propias partes demandadas en su contestación, esta magistratura se ha formado la convicción de que la misma se ha provocado, contrariando directamente el mandato contenido en la letra b) del artículo 4 de la Ley 20.169 que regula la competencia desleal, esto es, que se considerarán actos de competencia desleal, la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre el



Foja: 1

precio de los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos, y asimismo lo dispuesto en la letra e) de la misma norma, por haberse comparado servicios propios o ajenos con los de un tercero, fundándose en un antecedente que no sea veraz y demostrable, por las razones que se considerarán apartadamente en los considerandos venideros.

VIGÉSIMO: Que, en primer lugar, debe decirse que la idea que implica la campaña “Total + bajo”, una vez realizado el ejercicio de percepción en un hombre medio, es que el total de los productos adquiridos en los establecimientos Líder será **siempre y en todo caso** más bajo que el total de los productos adquiridos en los establecimientos de su competencia, cuestión que, revisados todos los antecedentes aportados en juicio, no se deduce necesariamente **del estudio realizado por las demandadas**, esto es, ni del proceso de levantamiento de la información como tampoco del “proceso de homologación” que se han relatado en la contestación de la demanda.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que sobre el particular, el proceso de levantamiento de la información fue determinado de forma unilateral por las demandadas, (i) escogiendo unos productos determinados y no otros, (ii) escogiéndolos en un día determinado y no otro, no constando de dicho estudio, que se hayan o no considerado ciertas ofertas a su respecto, (iii) escogiendo determinados supermercados de la muestra nacional y no otros, (iv) sin determinar de manera específica cuáles de los productos con marcas propias fueron considerados y “homologados”, ni cómo dicho ejercicio se hizo asimismo con productos de marcas propias de la competencia, (v) se escogió de manera unilateral, que los productos reflejarían los contenidos de la canasta INE, no habiéndose considerado entonces, productos que quedan fuera de la misma y que perfectamente podrían haber variado el resultado final y (vi) y no es efectivo que la calificación de “Otras Marcas” involucre toda la muestra nacional de la competencia de Líder, puesto que el estudio comparativo y el proceso de homologación que derivó en la exhibición de los precios en las boletas que sostiene el Sr. Sutherland en sus manos solamente se refiere a los supermercados Unimarc. Por consiguiente, dicho proceso no reúne los requisitos de veracidad y comprobación que exige la ley a su respecto.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que el reconocimiento de las demandadas, de la realización de una “homologación” de los precios, en base a su peso u otra unidad de medida o por unidad, como se hizo en el caso de los pañales, simplemente refleja la unilateralidad que se ha descrito en el considerando precedente. Sin perjuicio de que dicho ejercicio de homologación es de toda lógica en su espíritu (en la forma en que ha sido descrito por las demandadas) por cuanto pretende igualar cosas que en su simple aspecto no son iguales, lo cierto es que su sola existencia, no viene sino a reafirmar que su formación y realización fueron determinados de manera unilateral por aquéllas, por lo que de ninguna manera se deduce de manera necesaria de su ejercicio, la afirmación de éstas de que el total de las boletas de sus establecimientos será siempre y en todo caso, menor que la de la competencia, puesto que ninguna cosa que nace sólo de una parte de un sistema puede provocar una conclusión general y absoluta, aplicable a todas las partes del mismo.

VIGÉSIMO TERCERO: Que agrega a estas conclusiones, dos circunstancias importantes de la campaña publicitaria: (i) Que en los videos, se puede observar al Sr. Sutherland sosteniendo dos boletas, una por “Otro Súper” con un valor más alto en comparación a la otra, de “Líder”, valores que no corresponden a ninguna de las boletas que fueron levantadas el día 24 de septiembre del 2019 y posteriormente protocolizadas ante notario y que fueron la base para la realización del estudio comparativo y (ii) que no tenemos certeza, del mérito de la campaña publicitaria, a cuál supermercado de la competencia se refieren las demandadas (sin perjuicio de que en el *disclaimer* aparece explicado que las compras fueron realizadas en establecimientos de diversos competidores), cuestión que, considerando asimismo que sólo se ha incorporado en autos, un estudio comparativo entre los precios de supermercados Líder y Unimarc – estudio **que llevó directamente a determinar el valor de \$134.049.- para “Otras marcas” y \$90.280.- para Líder, en los valores que las boletas que el Sr. Sutherland sostendría en sus manos** en los videos de la campaña publicitaria - y no de otros supermercados, , correspondan o no a la misma razón social que los administren, sólo lleva a concluir forzosamente que la afirmación del “total más bajo”, no está suficientemente comprobada.



Foja: 1

Estas cuestiones no son baladíes, puesto que, de la forma en que se ha presentado la campaña publicitaria, el ejercicio que invita a realizar el Sr. Sutherland en la misma de “comparar y comprobar”, implica que, de manera literal y sin ambigüedad alguna, el realizar las dos compras comparativas arrojará que Líder es el más barato, cuestión que no es efectiva, puesto que no explica de manera suficiente que Líder realizó un ejercicio de homologación para llegar a dicho resultado, lo que evidentemente excluye la literalidad del ejercicio por ser imposible llegar al mismo resultado sin realizar tal homologación, ni tampoco que dicha homologación incluye solamente a una de las cadenas de supermercado de la competencia, lo que, nuevamente, le quita de manera forzosa cualquier intento de universalidad al ejercicio comparativo.

VIGÉSIMO CUARTO: Que vale dejar expuesto que un motivo que fundamenta estos razonamientos es que, como se ha dicho anteriormente, no es posible llegar a conclusiones absolutas o de aplicación general para un sistema, cuando sólo se ha procedido a determinar dichas conclusiones a través de una de las partes que componen dicho sistema.

En tal sentido, un ejercicio analítico que permita concluir que un supermercado tiene el total más bajo que los demás establecimientos del rubro, necesariamente exigirá la participación de todos los involucrados en el mismo y, a fin de arbitrar y reglamentar su formación, probablemente exigirá también una institución imparcial que incorpore los resultados del ejercicio comparativo en un estudio veraz, real y objetivo, considerativo de todas las circunstancias modificatorias de sus resultados, como pueden ser, el grupo de productos escogidos (que, en un escenario ideal y siempre con el fin de probar la conclusión de cuál es el “Total más bajo”, deberían ser **todos y cada uno de los productos** disponibles en los establecimientos), las promociones que pueden afectar sus precios, las sucursales a nivel regional o nacional que serán tomadas en cuenta, los productos de marca propia que serán incluidos o descartados, entre varias otras.

Al respecto y considerando que, al ser impugnados los estudios de las demandadas en cuanto a los códigos de barra de los productos escogidos, éstas han contestado que no existe en nuestro ordenamiento jurídico, una exigencia como la que hacen las demandantes para realizar el estudio comparativo, es que se dirá que, en efecto, dicha exigencia no está en nuestro ordenamiento jurídico puesto que no es necesario que se encuentre en la ley, toda vez que es la razón y el sentido común a los hombres que exigen que una conclusión tan fundamental en el ámbito de los supermercados, como es que “aquí y no allá está el total de los precios más bajos”, sea cimentada a través de un estudio exigente, objetivo, comparable y veraz, que considere no sólo el factor de los códigos de barras de los productos, sino todos y cada uno de los factores que los distinguen. En efecto, dicho ejercicio sería uno de tamaño exigencia, requiriendo como se ha dicho, la participación de todos los agentes del mercado involucrados a su respecto, la determinación objetiva y transversal de los procesos que se utilizarán para realizar la comparación (como, por ejemplo, el sistema de homologación que han indicado las demandadas, sistema que seguramente no sería el único postulado o derechamente se realizaría una comparación en base a diversos factores) y, muy especialmente, la forma en que se realizarán sus conclusiones, discuriendo acerca de si será posible otorgarle el “título” del supermercado más barato a uno en particular o si dicha característica se puede decir sólo dependiendo de las circunstancias de los precios, en un día determinado, para uno o unos productos determinados, etc.

Todo esto, nuevamente, considerando que el objetivo de este ejercicio de comparación es determinar – en caso de que exista – cual es, siempre y en todo caso, el supermercado con los precios más bajos del mercado, considerando la percepción de la campaña publicitaria “Total + bajo” que pudiere tener un hombre medio, como fuere razonado en el considerando vigésimo precedente.

VIGÉSIMO QUINTO: Que respecto de las defensas de la demandada en cuanto al *disclaimer* incluido en los videos y fotografías utilizadas en la campaña publicitaria, se dirá que este no viene sino a reforzar lo razonado en los considerandos precedentes en el sentido de la literalidad exigida al ejercicio comparativo que implica que el Sr. Sutherland exhiba dos boletas que sostiene en sus manos, puesto que dicha anotación expresa, en lo que respecta a este asunto, lo siguiente: “Según comparación de precios realizada el día 24 de septiembre de 2019, entre las 08:00 y 20:00 horas, en los



Foja: 1

Supermercados Líder y Unimarc ubicados en la comuna de Las Condes (ver detalle de locales en Servicio al cliente y www.lider.cl), **las diferencias de precios corresponden y son válidas para la fecha, hora y lugar indicados en las boletas de compras protocolizadas en la Notaría de don Iván Torrealba Acevedo y disponibles en Servicio al Cliente de cada local.** Líder no puede garantizar que estas diferencias permanezcan en el tiempo; los precios en los Supermercados podrían variar.”

En efecto, se vislumbra que tampoco existe en esta nota, una constancia suficiente para el observador promedio, de que el ejercicio comparativo realizado – y las dos boletas por \$134.049.- de otras marcas y \$90.280.- de Líder que se le acaba de exhibir – no es literalmente como se muestra, ni de que quien lo publicita realizó una homologación a los precios, o de cómo se eligieron estos precios, la razón por la que se utilizaron unas sucursales y no otras, el motivo por el que sólo se consideraría productos considerados en la canasta elaborada para el INE, etc. Por lo demás, la afirmación de que las diferencias de precios corresponden y son válidas para la fecha, hora y lugar indicados en las boletas de compra protocolizadas, es derechamente falsa, puesto que los precios fueron modificados en base a esta homologación ya tantas veces señalada.

VIGÉSIMO SEXTO: Que como fuere razonado en el considerando décimo séptimo, corresponde ahora revisar la segunda impugnación formulada por las demandantes, en lo que respecta al uso de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”.

Al efecto, se tendrá presente que, en la nota *disclaimer* incorporada en los videos y fotografías de la campaña publicitaria, se ha expresado lo siguiente: “#1 Líder, elegido en Chile como el supermercado más económico” de acuerdo a las percepciones de los consumidores chilenos en el Estudio Tracking Imagen y Precios realizado por GfK Chile en 2019, en base a 2.350 encuestas presenciales mensuales en 17 ciudades de todo Chile.”, y luego, al exhibirse el cartel “#1 Elegido como el supermercado más económico”, se ha incluido la nota “En base a estudio de imagen y precios de GfK Adimark Chile entre enero 2016 y agosto 2019”, para razonarse sobre este particular, que las notas aclaratorias agregadas reúnen suficientemente los requisitos exigidos, tanto por el ordenamiento jurídico en cuanto a la “letra chica” como por el razonamiento del observador promedio, para dar cuenta de que dicha afirmación, esto es, de que Líder fuese elegido como el supermercado más económico, corresponde a un estudio con encuestas realizadas a personas y, por consiguiente, no representaba necesariamente una aseveración oficial u objetiva *a priori*, debiendo necesariamente ser calificada en cuanto a sus implicancias.

Por consiguiente, esta conducta no reúne los requisitos establecidos en la letra b) del artículo 4 de la Ley 20.169, puesto que no corresponde a la difusión de una aseveración incorrecta o falsa, ni tampoco inductiva al error sobre la característica de calificársele a Líder como el supermercado más económico, por no percibirse un intento de parte de las demandadas, de otorgarle una severidad u objetividad que no tuviese, al entregar antecedentes suficientes de que tal calificación fue otorgada por una institución privada que realizó un estudio provisto de encuestas realizadas a personas naturales, usuarias de los servicios.

Esto llevará al rechazo de las pretensiones de las demandantes, en aquella parte de su acción referida específicamente a esta conducta impugnada.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que revisado este antecedente antes razonado, vale si anotar que, no obstante no poder calificarse la conducta como de competencia desleal, si es un hecho que la campaña publicitaria debe analizarse como un todo y, en tal sentido, que no es una coincidencia que las demandadas hayan utilizado el anuncio “#1 Líder, elegido en Chile como el supermercado más económico” de manera inmediatamente seguida a las afirmaciones previas de haber comparado y comprobado tener el total más bajo en la boleta.

Esta circunstancia si fue tenida en cuenta para la determinación de la gravedad que las demandadas quisieron implicar al aseverar tener el “total más bajo” de la boleta, de la forma en que lo hicieron en sus publicaciones. Al reforzarse una parte de la campaña publicitaria con la otra, no cabe duda a esta magistratura que la intención de las demandadas fue dar aún mayor severidad al hecho de tener el total de la boleta más



Foja: 1

baja, sin perjuicio de que no sustente los requisitos exigidos por la ley para calificársele como un acto desleal a la competencia.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que finalmente y considerando que también se ha argumentado en las instancias de discusión, respecto de la presencia del Sr. Emilio Sutherland en la campaña publicitaria, impugnándose que este hecho implicaría que existe “una especie de trampa” en los precios de la competencia, motivado por que aquél sería conocido popularmente como el “Tío Emilio”, conductor del programa de televisión “En su propia trampa” de Canal 13, en donde se desenmascara a estafadores, sólo se dirá que la conclusión que las demandantes impugnan, no se sigue necesariamente de este hecho, pudiendo perfectamente interpretarse por un espectador promedio, como el simple uso de una persona con presencia en televisión como estrategia de *marketing* o, como indican las demandadas, como un intento de otorgar “seriedad y certeza” al ejercicio de comparación de las boletas, por lo que no se vislumbra, en la mera presencia del Sr. Sutherland ni en sus aseveraciones vertidas en la campaña, un eventual acto de competencia desleal descrito en las letras b), c) o d) del artículo 4 de la Ley 20.269.

VIGÉSIMO NOVENO: Que por todo lo razonado en los considerados noveno al vigésimo quinto precedentes, se dará lugar parcialmente a la demanda, en el sentido que corresponderá declarar que la difusión y exhibición de la campaña publicitaria “Total más bajo”, implementada entre el día 24 de septiembre de 2019 y 14 de octubre de 2019, constituye un acto de competencia desleal de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y letras b) y e) del artículo 4 de la Ley 20.169 que regula la competencia desleal, puesto que la misma fue publicitada en contravención a la norma que proscribe aseveraciones incorrectas o falsas, que induzcan a error y comparación de servicios propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, sobre – en este caso – la comparación del precio total de las compras realizadas en los supermercados Líder, versus las realizadas en los de su competencia, por haberse realizado dicha comparación, sobre antecedentes determinados de manera unilateral y con todas las falencias expuestas en el considerando vigésimo primero, por quien posteriormente los publicitó.

Asimismo, se dará lugar a lo pedido en la demanda, en cuanto a ordenar en esta sentencia, a las demandadas, que cesen en toda exhibición o difusión, por cualquier medio, de dicha campaña publicitaria, así como la eliminación de todo contenido relativo a la misma en cualquier medio de difusión, y prohibir a las demandadas emitirla nuevamente.

Sin embargo y como fuere dicho en el considerando vigésimo sexto, se rechazará la demanda en lo pedido al respecto del uso de la frase “#1 Elegido como el supermercado más económico”. Por consiguiente y considerando que la misma frase ha sido inscrita en la campaña publicitaria que en este acto se prohíbe, en el caso que las demandadas hagan uso de ella, deberán desprenderla de los avisos que fueron calificados como actos de competencia desleal y exhibirla separadamente.

TRIGÉSIMO: Que no existiendo obstáculo para la petición de ejercer en un juicio separado la acción de indemnización de perjuicios que fuere procedente, no se emitirá pronunciamiento a su respecto, por estimarse innecesario.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que en cuanto a la publicación de la sentencia condenatoria o un extracto de ella o una rectificación, se dará lugar también a la demanda en esta parte, por estimarse que es necesario remover los efectos producidos por el acto. Específicamente, se condenará a las partes demandadas, a la publicación de un extracto de la sentencia y una rectificación que tenderá a recoger cómo es que la comparación publicitada e impugnada, no fue basada en antecedentes veraces y demostrables. El contenido de dicha rectificación deberá ser discutido en un procedimiento posterior, en la etapa de cumplimiento incidental de este fallo.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que el resto de la prueba rendida en autos en nada altera lo resuelto precedentemente, por lo que su análisis pormenorizado será omitido.



Foja: 1

Y atendido lo antes razonado y lo dispuesto en los artículos 144, 160, 170, 341 y 346 del Código de Procedimiento Civil; artículos 1682 y siguientes del Código Civil, y las disposiciones pertinentes de la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal,

SE DECLARA:

I. Que se acoge parcialmente la demanda de fecha 13 de marzo del 2020. En consecuencia,

(i) Se declara que las demandadas Walmart Chile S.A. y Administradora de Supermercados Híper Limitada han incurrido en un acto de competencia desleal respecto de las demandantes SMU S.A. y Rendic Hermanos S.A., de la manera en que fue razonado en el considerando vigésimo noveno.

(ii) Se ordena a las demandadas, la cesación de los actos de competencia desleal en que incurrieron y asimismo la de toda exhibición de los mismos en cualquier medio de difusión, prohibiéndose asimismo para lo sucesivo.

(iii) Se ordena a las demandadas la publicación de un extracto de la presente sentencia y una rectificación de la campaña publicitaria, a determinarse en la etapa de cumplimiento incidental del fallo.

II. Que se rechaza la demanda en cuanto a lo pedido por la difusión y exhibición de la frase “# 1 Elegido como el supermercado más económico”, conforme fuere razonado en los considerandos vigésimo sexto y vigésimo noveno.

III. Que no habiendo resultado completamente vencidas las demandadas, cada parte pagará sus costas.

Regístrese.

PRONUNCIADA POR DOÑA JACQUELINE IVETTE BENQUIS MONARES, JUEZ TITULAR DE ESTE DÉCIMO NOVENO JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO.

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. en **Santiago, veintinueve de Junio de dos mil veintidós**



