

NOMENCLATURA : 1. [40] Sentencia
JUZGADO : 11° Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-7423-2014
CARATULADO : SOCIEDAD COMERCIAL OFIMARKET
LIMITADA / DIVERSEY INDUSTRIAL Y COMERCIAL CHILE LIMITADA

Santiago, veintinueve de Junio de dos mil dieciséis

Vistos

Comparece la Sociedad Comercial Ofimaster Limitada, domiciliada en calle Cochrane N° 627, comuna de Osorno y deduce demanda de competencia desleal en contra de Diversey Industrial y Comercial Chile Limitada, domiciliada en calle Rio Refugio N° 9635, comuna de Pudahuel y solicita se declare que lo obrado por la demandada es constitutivo de competencia desleal, se publique la sentencia condenatoria en un medio de circulación nacional, se declare su derecho a ser indemnizada por los perjuicios patrimoniales y morales que ha sufrido, reservando la especie y monto para definitiva (sic) y las costas de la causa.

Expone que su parte, en el marco de su desarrollo y crecimiento empresarial, celebra el día 10 de abril de 2012 un contrato para con la demandada en virtud del cual se incorpora en condición de parther para comercializar productos de Diversey, de consumo CDJ y Unilever, contrato que tendría vigencia hasta el mes de diciembre de ese año.

Durante la vigencia del contrato y a fin de pasar a tener la calidad de distribuidos exclusivo de Diversey en la Región de Los Lagos mantuvieron conversaciones, sin embargo las mismas no llegaron a concretarse y en razón de ello es que no se suscribió contrato alguno.

«RIT»

Foja: 1

Conforme lo establecía el contrato de abril de 2012 la demandada encargaba a su parte la distribución exclusiva, para la Región de Los Lagos, de los productos previamente definidos, quedándole prohibido comercializar los mismos fuera de dicho territorio, así como productos propios o de la competencia, prohibición que se extendía a la importación, directa o indirecta, de mercancías de la misma demandada; también se imponía la obligación de cumplir con los procedimientos establecidos por Diversey –política de uso de logos, devoluciones, precios y modelo de reposición- además de facultar a la contraria la posibilidad de poner término inmediato al contrato.

Se pactó, además, que las ventas serían hechas por su parte a su cuenta y riesgo, asumiendo los gastos de compra, comercialización, distribución, cobranza, depósito, facturación entre otros.

Agrega que una vez que las partes concordaron el contenido completo y preciso del contrato que negociaban su parte lo suscribió el 10 de diciembre de 2012, cuestión que no hizo la demandada, pese a que en mayo de 2013 la contraria remitió un correo electrónico en el que señalaba que “el contrato está en Santiago en proceso de evaluación para su respectiva validación. Sin embargo, Ofimaster cuenta con todas las condiciones que se aplican para nuestro canal de Distribuidores”.

Refiere que el 3 de julio de 2013 su parte le hace presente a la contraria la existencia de dificultades en la relación existente, comunicación que fue respondida en términos que importó un cambio sustancial en la relación, dejando poco espacio para solucionar las diferencias, de hecho en correo de 4 de octubre de 2013 se le informa que Diversey Care decidió la apertura comercial de la zona Región de Los Lagos lo que implica que a dicha región pueden ingresar comercializando sus productos otros players, lo que se aplicaría desde el mes en curso (octubre).



«RIT»

Foja: 1

Agrega que su parte interesada en perseverar en la relación contractual aceptó los cambios propuestas.

En lo que refiere a la infracción de la Ley N° 20.169 afirma que Diversey comenzó a actuar en su contra y en el mercado en donde desarrollaba su giro, cuestión que hizo desprestigiándolo frente a sus consumidores.

Lo anterior queda de manifiesto en las comunicaciones que las partes sostuvieron a contar del 14 de octubre de 2013, en las cuales su parte consulta si es efectivo que Diversey irá en forma directa al Hospital Nuevo de Puerto Montt, consulta que tiene como respuesta que dicho nosocomio lo viene trabajando desde principios de 2013, a lo que su parte responde señalando que lo anterior enrarece el ambiente y le solicita se defina la posición de dicha empresa.

El intercambio epistolar (e-mail) condujo a una reunión el día 18 de octubre de 2013, sin embargo, Diversey comunicó al Servicio de Salud de Osorno que su parte no cumpliría con los abastecimientos en el Hospital Base de dicha ciudad.

Lo anterior motivó que su parte accediera a la comunicación de Diversey en la que señalaba que Ofimaster “no asegura la futura disponibilidad del producto ofertado y que tendría quiebres de stock y baja asistencia a los clientes”, a lo que se sumó el que la demandada no fuese con su parte a la licitación de productos de limpieza efectuada por el Hospital Nuevo de Puerto Montt, indicando que lo haría directamente, pese a que finalmente acudió a su competencia.

En cuanto al derecho cita y transcribe el artículo 4 letras b) y c) de la Ley N° 20.169, para luego afirmar que la comunicación enviada por Diversey al Servicio de Salud constituye la infracción a la ley señalada.

Agrega que esa comunicación no fue una actitud aislada, sino que se produjo en un contexto en donde Diversey desconoció, para su propio beneficio, las negociaciones y acuerdos que tenía con su parte, lo que constituye una



«RIT»

Foja: 1

vulneración a las tratativas precontractuales, lo que queda de manifiesto en la negativa de suscribir el contrato al que habían llegado y particularmente en lo que dice relación con la decisión de ir al proceso de licitación del Hospital de Puerto Montt junto a su competencia, contexto este último respecto del cual cita y transcribe los fallos del Tribunal de la Libre Competencia recaídos en los Roles N° 35/2005 y 63/2008.

Afirma entonces que la conducta desplegada por Diversey constituye una conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado, especialmente, consistente en la difusión de hechos o aseveraciones, incorrecto o falsos respecto de su parte y que generan un menoscabo a su reputación en el mercado y que tiene como objeto el desacreditarla, todas razones por las cuales pide lo ya señalado.

Al contestar la acción interpuesta en su contra Diversey solicita el rechazo de la misma.

Como primer fundamento plantea la existencia de una relación contractual entre las partes lo que impediría que la ley invocada se aplique al caso de autos.

Explica que entre las partes existía un contrato de distribución y luego una relación comercial de compra y venta, hechos que impiden la aplicación de la Ley de Competencia Desleal.

Refiere que su parte es una empresa que entrega soluciones integrales de higiene y limpieza y que atiende a sus clientes por medio de canales directos e indirectos, siendo esta última modalidad cuando entrega sus productos o servicios a través de un operador, ya sea regional o nacional, con o sin exclusividad, siendo estos los que participan en las licitaciones pública de Chilecompra.

«RIT»

Foja: 1

En este contexto es que en el mes de abril de 2012 las partes firmaron un acuerdo comercial de distribución compartida con otros operadores en las regiones de Los Lagos y Los Ríos, relación contractual que terminó en agosto de 2013, acuerdo comercial en el cual Ofimaster tenía la calidad de “parther” y en esa condición comercializaba sus productos profesionales, precisando que su propósito era incentivar el desarrollo comercial de la línea de negocios de máquinas Taski.

Refiere que durante la vigencia del contrato la demandante participó en diferentes licitaciones pública de hospitales, para lo cual realizaban trabajos conjuntos.

La vigencia del contrato fue de 6 meses, renovable automáticamente y hasta diciembre de 2012, época en la cual las partes comenzaron a negociar los términos del acuerdo, llegando a tener un borrador, sin embargo nunca existió voluntad de concluir, por lo que con posterioridad las parte siguieron operando como lo habían venido haciendo, hasta que en agosto de 2013 se puso término al acuerdo, dejando en ese minuto de ser, Ofimaster, proveedor oficial de su parte para las Regiones reseñadas, ello sin perjuicio de seguir siendo comprador, como cliente individual.

Expresa que se suscribió un nuevo acuerdo pues entre las partes existían profundos desacuerdos comerciales, a lo que se suman los incumplimientos en que incurrió Ofimaster, descartado con ello la existencia de actos de competencia desleal.

En este contexto afirma que Ofimaster se negó a suscribir el plan de crecimiento que incluía concurrir al proyecto de máquinas denominado TASKI Champion para el año 2013, momento desde el cual la actora comienza a retardar el pago de las facturas, lo que se tradujo en la necesidad de implementar un plan de pago.



«RIT»

Foja: 1

Dicho lo anterior afirma que la existencia de la relación contractual impide hablar de competencia desleal, sino más bien se trataría de un conflicto relativo al cumplimiento o incumplimiento de contrato, a lo que se suma que las comunicaciones enviadas al Hospital Base de Osorno ocurren en octubre de 2013, una vez terminada la distribución, pero encontrándose vigente la relación de compra y venta, la cual se mantiene vigente a la fecha.

Lo anterior lo sustenta desde la perspectiva que el acto de competencia desleal es un ilícito extracontractual, cuestión que adquiere trascendencia desde que la acción de indemnización de perjuicio se rige por las reglas Título XXXV del Libro IV del Código Civil y por ende no es posible la aplicación de la Ley de Competencia Desleal cuando existe un vínculo contractual entre las partes, afirmación que además sustente con la opinión del profesor Poblete y la cita y transcripción de fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago.

En un segundo planteamiento se expone que en el caso de autos no se cumplen los requisitos necesarios para que se configuren los actos de competencia desleal que se denuncian.

Expone que Diversey y Ofimaster no son competidores y tienen una relación vertical, en donde la primera es un intermediario de los productos de la segunda, lo que hace inaplicable la Ley de Competencia Desleal pues se trata de empresas que colaboran para la comercialización de los productos, cuestión que hace que no tengan intereses contrapuestos, afirmación que sustentan con base a lo expuesto por el profesor Tapia.

Dicho lo anterior agrega que no existen conductas de competencia desleal, particularmente aquellas descritas en las grafías b) y c) del artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal.

En este sentido plantea que los hechos relatados por Ofimaster no son efectivos, particularmente lo referido en la comunicación de 5 de noviembre de



«RIT»

Foja: 1

2013, carta que su parte remitió en el contexto del término de la relación de distribución y en la cual se informaba que su nuevo proveedor sería CINTEC, cuestión que queda de manifiesto del texto real de la misma, pudiéndose afirmar que no hay afirmaciones falsas ni difamatorias, sino que se informa un hecho objetivo.

Luego de transcribir la letra c) del artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal se afirma que en el actuar de su parte no existió ánimo de lesionar la reputación comercial la contraria y que para que concurra se hace necesario que concurra un dolo específico, cual no es el caso de autos, pues se trató de la emisión de información cierta, acerca de determinados hechos con una finalidad informativa, acción que por lo demás se debe a que su parte debe cuidar el prestigio y calidad de la marca, circunstancia que ere CINTEC quien podía satisfacer la demanda.

Agrega que se trata de una práctica común de que quienes postulan a una licitación den garantías de cumplimiento, cuestión que hacen a través de la declaración del fabricante, siendo ese el contexto en donde se remite la carta de noviembre de 2013.

A lo anterior agrega que su afirmación no fue falsa ni incorrecta, sino que se trató de un informe a la autoridad acerca de quién era el distribuidor oficial, misma conducta que había realizado anteriormente Ofimaster.

Finaliza su argumentación, en lo que a la letra c) se refiere, señalando que el acto no se produjo entre competidores, pues su parte actuó como fabricante de un producto.

En lo referido a la letra b) del artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal, relativa a la hipótesis de publicidad engañosa, señala que lo que se requiere es una afirmación falsa o tergiversada acerca del producto o servicio propio o del competidor, cuestión que se traduce en que la afirmación debe carecer de todo la

«RIT»

Foja: 1

información y precisiones necesarias, para poder darle un entendimiento correcto y apropiado.

En este contexto es que afirma que no cabe aplicar la hipótesis invocada pues la comunicación enviada al Hospital de Osorno no es un medio de publicidad, ni de difusión al público que induzca a error sobre las características del propio producto. Agrega que tampoco existe una afirmación falsa o tergiversada en ella, sino que por ella se entrega información cierta sobre quién era el nuevo distribuidor oficial de los productos Diversey.

Dicho lo anterior agrega que su parte no desvió clientela de Ofimaster lo que se traduce en la improcedencia de la acción.

Profundizando acerca de este punto expone que la actora participó en diversas licitaciones para la cuenta del Hospital señalado y lo hizo con el apoyo de su parte, lo que importa que la adjudicación está asociada a los productos y soluciones que su parte da y no respecto de quien los entrega, lo que pone de relieve la imposibilidad de que se genere una desviación de clientela.

A lo anterior agrega que prueba de la inexistencia de desviación de clientela es que Ofimaster ha seguido adjudicándose licitaciones en el Hospital con productos de su parte.

Plantea que su parte no ha actuado de mala fe ni tampoco utilizó medios ilegítimos pues no se encontraba obligada a seguir vinculada contractualmente a la demandante ni tampoco a mejorar la posición de la misma, no existe entonces acción que pueda ser calificada como un hecho constitutivo de competencia desleal.

En cuanto a la indemnización solicitada plantea la improcedencia de la misma, planteamiento que sustenta en la inaplicabilidad del artículo 173 del



«RIT»

Foja: 1

Código de Procedimiento Civil en materia de responsabilidad extracontractual, citando al efecto fallos de la Corte Suprema.

Adiciona como argumento a su tesis el que la actora no alegó los elementos de hecho que permitan configurar la existencia del perjuicio, lo que importa la existencia de graves e insalvables errores procesales, siendo improcedente, por lo demás, que se impute a su parte responsabilidad en desviación de clientes que en realidad son propios.

Termina señalando la inexistencia de perjuicios desde que Ofimaster ha seguido abasteciendo al Hospital de Osorno.

Se recibió la causa a prueba y en su oportunidad se citó a las partes a oír sentencia.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Ha comparecido la Sociedad Comercial Ofimaster Limitada y deduce demanda de competencia desleal en contra de Diversey Industrial y Comercial Chile Limitada y solicita se declare que lo obrado por la demandada es constitutivo de competencia desleal, se publique la sentencia condenatoria en un medio de circulación nacional, se declare su derecho a ser indemnizada por los perjuicios patrimoniales y morales que ha sufrido, reservando la especie y monto para definitiva (sic) y las costas de la causa, pretensión que encuentra sus fundamentos en los antecedentes de hecho y derecho que ya fueran reseñados en la parte expositiva de la presente sentencia.

Segundo: Al contestar la acción interpuesta en su contra Diversey solicita el rechazo de la misma, petición que se funda en los argumentos expresados en la primera parte de este fallo.

Tercero: Del planteamiento formulado por las partes es posible constara que no existe divergencia en el hecho de que entre ellas existió un vínculo



«RIT»

Foja: 1

contractual que produjo efectos desde el 10 de abril de 2012 y que tenía por objeto el que Ofimaster, en calidad de “partner”, comercializaría la línea de productos profesionales de Diversey.

Disienten las partes en la duración del contrato referido.

En efecto, Ofimaster afirma que el contrato “tendría una duración indefinida, salvo aviso mediante carta certificada” (párrafo 4º, página 3ª de la demanda), en cambio Diversey proclama que el mismo terminó en el mes de agosto de 2013 (párrafo 1º, página 7ª de la contestación).

Lo anterior importa entonces fijar el contenido del contrato, para lo cual ha de tenerse en consideración el documento acompañado en presentación de 30 de abril de 2014, en el cual las partes acordaron:

- a. Diversey y Ofimaster Ltda. acuerdan realizar un trabajo en conjunto mediante el cual, el cliente se incorpora a la denominación de Partner para comercializar las líneas de producto profesionales Diversey, de consumo SCJ y Unilever. Para el apoyo y desarrollo del negocio es necesario que Ofimaster Ltda., se comprometa con informar mensualmente respecto de los clientes atendidos, productos vendidos y precios garantizando el normal desarrollo del negocio. El alcance de este acuerdo se enmarca dentro de una estrategia de distribución que es compartida con otros operadores que mantiene Diversey actualmente en la zona, Región de Los Lagos y Región de Los Ríos, y el abordaje de cuentas en forma directa.
- b. Ofimaster Ltda., comercializará exclusivamente productos Diversey, para la categoría profesional y segmento institucional, con excepción de ventas en que son necesarios otros formatos y/o aplicaciones que Diversey no tenga disponible, las que deben ser avisadas para su autorización. Diversey se compromete a entregar todo el soporte comercial y técnico necesario para influir en un resultado positivo y crecimiento del negocio.



«RIT»

Foja: 1

- c. El contrato tendría una vigencia de 6 meses y se renovará automáticamente por períodos iguales, hasta diciembre de 2012, salvo que alguna de las partes ó de común acuerdo se ponga término al mismo y comunicado por escrito, con al menos 30 días de anticipación. Con ese acuerdo comercial se impulsa un crecimiento en el sector y una visión de futuro estratégica.

Ahora, las partes se encuentran contestes en que finalizado el contrato (diciembre de 2012) las partes negociaron la suscripción de un nuevo acuerdo, tratativas que no llegaron a buen término (correos electrónicos que datan del 24 de enero de 2013 a octubre de esos años). Sobre las razones que impidieron el acuerdo las partes tienen planteamientos distintos, sin embargo ellos resultan intrascendentes atendida la acción ejercida.

Pero lo cierto es que el 4 de octubre de 2013, a las 9:35 horas, desde la casilla humerto.munoz@sealedair.com emana un correo a la casilla insumos@ofimaster.cl, en la cual se expresa “Estimado Pablo, Junto con saludarte, comunicamos formalmente que como División Diversey Care hemos decidido la apertura comercial de la zona Región de los Lagos lo que implica que a dicha región pueden ingresar comercializando nuestros productos otros players (mayoristas institucionales, partners, distribuidores). Esto tiene vigencia a contar del presente mes del año en curso. Humberto Muñoz, Gerente Canales Indirectos Chile & Perú, Diversey Care”.

El referido correo es contestado el 8 de octubre de 2013, a las 9:54 horas, y se señala “Hola Humberto, ningún problema, que se les vaya bien en sus nuevos desafíos. Saludos Pablo Ardiles”.

Las comunicaciones anteriores permiten tener por establecido que la relación contractual existente entre las partes se extendió entre el 10 de abril de 2012 y el 8 de octubre de 2013.



«RIT»

Foja: 1

Cuarto: Ahora, el término de la relación contractual generada al amparo del contrato de 10 de abril de 2012, no supuso fin de todo tipo de relación contractual entre las partes, de hecho Muñoz, en correo electrónico de 11 de octubre de 2013, expuso al representante de la demandante que “A través de este medio te confirmo que no habrá cambios en las condiciones comerciales ni en la asistencia a ctas claves. Reiteramos Pablo nuestro compromiso a seguir trabajando unidos y continuar fortaleciendo la relación entre ambas compañías”. Manifestación de ello son los documentos acompañados por la demandada en sus presentaciones de 4 y 5 de diciembre de 2015 (números 1, 2, 4, 6, 8 y 9, y guarismos 26 a 53, respectivamente)

En este contexto la demandante, en correo electrónico de 14 de octubre de 2013, plantea lo siguiente: “Hola Humberto, Junto con saludarte, consultarte si el correo que recibimos hoy de parte de Leandro en donde nos dice que irán en forma directa le Hospital Nuevo de Puerto Montt, se condice en lo que me informas en tu mail anterior. Es un cliente al cual hemos visitado, creo que en más ocasiones que Diversey y con el cual mantenemos relaciones comerciales hace bastante tiempo. Te agradecería mayor información al respecto”.

La comunicación señalada fue respondida el mismo día por Diversey y el tenor del mismo señala: “Pablo, Hospital Base Puerto Montt, nuevas dependencias, es una iniciativa que llevamos trabajando hace un tiempo, desde principios de 2013 y hace seis meses con un trabajo fuerte de definiciones técnicas. En este tránsito la gente de lavandería ha visitado instalaciones de nuestras directas, por ejemplo Enjoy Pucón y Clínica Alema de Osorno entre otras. Más aún, este trabajo no sólo se circunscribe al área de lavandería sino también se extiende a máquinas TASKI en conjunto con una participación para definir los servicios de aseo. Este trabajo ha hecho participar todos los estamentos de nuestra compañía, dada su tecnicidad y volumen, por ello la definición de cuentas estratégicas. Si entiendo que quieras avanzar con este prospecto, aprovechando



«RIT»

Foja: 1

nuestro conocimiento, pero con los argumentos expresados entenderás que no deben duplicarse las acciones de captura. Dado que este cliente aún no levanta la licitación a través de la plataforma pública esperaremos para definir la logística de distribución”.

Quinto: Establecido lo anterior se hace necesario verificar que, el 14 de octubre de 2013, Lorena Farias, empleada de Ofimaster comunica a Leandro López, trabajador de Diversey de que se encuentra “programando una Visita al Hospital Base de Puerto Montt para ver directamente el tema de Lavandería y entrar con los Productos Diversey”, comunicación que fue respondida horas después en que se le señalaba que “El cliente Hospital Base de Pto Montt (nuevo hospital) debido a la magnitud de la inversión a entregar, más el desarrollo comercial y asistencia técnica que se debe realizar en el nuevo edificio, está catalogado para nuestra compañía como cliente estratégico. Por tal motivo, todo trabajo desarrollado en esta cuenta será en forma directa. Al cliente ya se le informó de esta determinación y en conjunto se está trabajo en el desarrollo de los presupuestos para diferentes operaciones de higiene de las nuevas dependencias”.

Luego esta comunicación es que se produce una reunión entre las partes, el día 18 de octubre de 2013, en la cual se insta, por parte de Diversey, por el cobro de facturas que se encontraba pendientes de pago (situación de mora que se ve reflejada en los documentos acompañados en los números 2 a 25 de la presentación de 4 de diciembre de 2014 y en los correos electrónicos enviados por Diversey con fecha 18 de octubre de 2013 en donde se señala que la deuda asciende a la suma de \$44.156.553, además de los dichos de Pereira y Muñoz Carrasco, quienes son claros en señalar que “Offimaster aún mantiene deudas vencidas con Diversey y me consta porque el depto. De crédito y cobranza de Diversey entregó un reporte de facturas vencidas y el saldo adeudado” y “Offimaster nunca tuvo un comportamiento regular en los pagos incumpliendo de



«RIT»

Foja: 1

manera consistente los plazos de pago (...) Finalmente conformed (sic) que al día de hoy Ofimaster aún mantiene un saldo pendiente de pago”, respectivamente).

Con estos antecedentes es posible tener por acreditado que al 18 de octubre 2013 Diversey había asumido el que el Hospital Base de Puerto Montt era un cliente estratégico y que no lo abordaría con Ofimaster, a lo que se suma el hecho de existir una suma relevante de obligaciones no pagadas por parte de esta última empresa.

Sexto: con fecha 5 de noviembre de 2013 Diversey Care comunicó al Hospital Base Osorno en donde expone “Junto con saludar y por medio de la presente informamos a Usted que a contar del mes de Agosto del presente año, nuestro proveedor oficial de nuestra marca para Región de los Ríos y Región de Los Lagos es Sociedad Cintec Ltda. Por tal motivo, hemos solicitado a nuestro Distribuidos / Partner, Sociedad Comercial Cintec Ltda., que se haga cargo de la cuenta Hospital Base Osorno; asistencia técnica, comercial, mantención, distribución y desarrollo de proyectos (Lavandería, Centro de Alimentación, Jabones, entre otros.) Con este operador confirmamos el normal abastecimiento de nuestros productos para todos los cronogramas de higiene y limpieza adjudicados por la plataforma pública. De paso informamos a Usted, que la Sociedad Comercial Ofimaster Ltda., no asegura la futura disponibilidad de productos para el desarrollo de líneas especializadas como Lavandería para Hospital Base de Osorno así como otras demandas a desarrollar debido a sus bajos inventarios que promueven quiebres de stock y baja asistencia hacia nuevos clientes”.

Es justamente la comunicación referida la que ha sido invocada como acto de competencia desleal por parte de Ofimaster

Séptimo: Establecido los hechos cabe recordar que la imputación formulada en la demanda tiene como fundamentos de derecho la infracción a las



letras b) y c) de la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal, normas que refieren: “En particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes: 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. c) Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva”.

Octavo: El legislador nacional, en el artículo 3° de la Ley N° 20.169, conceptualiza los actos de competencia desleal como aquellos que contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado.

De dicha conceptualización es posible concluir que el bien jurídico que subyace a la ley en comento no es otro que “la decencia y corrección de la conducta de los competidores en un mercado de estructura competitiva” (Barros, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, p. 1042), cuestión que pone de relieve que el problema se da entre particulares en donde lo tutelado son las relaciones comerciales mutuas, en donde no existe interés público alguno, a diferencia de los ilícitos de libre competencia.

En esta lógica es el estatuto de responsabilidad civil el aplicable; y más precisamente el de la responsabilidad civil extracontractual, pues los problemas que puedan surgir de la relación generada entre dos sujetos, vinculados por un contrato, tienen remedios específicos en el estatuto contractual o en subsidio la normativa que regla los casos de incumplimiento.

«RIT»

Foja: 1

Lo anterior adquiere importancia, pues tal como lo señaló la demandada, la normativa de competencia desleal resulta inaplicable cuando las partes se encuentran vinculadas por un contrato.

Consecuencia de lo anterior y de lo concluido en el párrafo final del motivo tercero es que todos los hechos acaecidos entre el 10 de abril de 2012 y 8 de octubre de 2013 quedan fuera del ámbito de la Ley N° 20.169 y por ende no tiene este Tribunal competencia para pronunciarse, so pena de incurrir en un vicio de nulidad formal.

Ahora.

Dicho lo anterior cabe precisar que el acto sobre el cual se construye la imputación de infracción a la competencia desleal, ocurre con posterioridad a la vigencia del contrato y por ende dentro de competencia de la ley en comento.

Noveno: Dicho lo anterior cabe, entonces, adentrarse en el asunto propuesto por Ofimaster.

En este sentido y sin perjuicio de lo referido en el fundamento precedente se hace necesario tener presente que la competencia en un mercado es la lucha por la clientela y habrá competencia cuando sujetos económicos pujan por ofrecer lo mismo o algo que lo puede reemplazar.

La precisión anterior importa pues Diversey ha señalado, como una de las argumentaciones, sino la principal, el que ambas empresas no tenían la calidad de competidores.

Sin embargo la prueba rendida por la misma Diversey refuta dicha afirmación.

En efecto.

«RIT»

Foja: 1

Pereira, declarando en la audiencia del día 5 de diciembre de 2014, expuso que Diversey “no participó ni ha participado en la licitación del Hospital Nuevo de Puerto Montt”, cuestión que le consta por el ser el encargado de la suma sur de la empresa y por tanto cualquier movimiento que ocurra en la plataforma debe firmarla él, cuestión que no ha sucedido, afirmando que “Diversey no ha completado ninguno de estos requerimientos y por consiguiente no ha participado” agregando que “Diversey no participa ni compete en esa licitación”.

Agrega que Ofimaster no es su competidor y que incluso se ha adjudicado otras licitaciones.

Ahora, preguntado por la defensa letrada de la demandada Pereira precisa que “Diversey no tiene contrato de distribución de productos actualmente con Offimaster por tanto ellos fueron con productos de otras marcas y Diversey participó a través de Cintec que es nuestro representante actual en la zona”. Posteriormente agrega que “es efectivo ya que en la forma de trabajo para licitaciones públicas realizamos el mismo ejercicio de prueba de levantamiento de información técnica para ejecutar las pruebas y definir los cronogramas de higiene, temas que fueron entregados para conocimiento de offimaster y a este último solo le correspondía subir los productos de Diversey al portal público para su adjudicación”.

Muñoz Carrasco, en la misma audiencia, declaró, en lo pertinente, que “Diversey no puede participar directamente en ningún proceso de esta naturaleza en el sector público. Lo hacemos a través de nuestro canal de distribuidores a lo largo del país. Por lo que no participo” y agrega –respondiendo a una pregunta formulada por la defensa de quien lo presenta- “Todas las visitas y reuniones fueron gestionadas por el personal de venta de Diversey en la zona. Todo el proceso previo a lo que es demostrar la oferta de productos Diversey fue producto del trabajo comercial de Diversey en dicha región. Por ende desconozco si offimaster por su cuenta tuvo alguna reunión extra”.



«RIT»

Foja: 1

Así, son los testigos Pereira y Muñoz Carrasco quienes ponen de manifiesto que Diversey es efectivamente competidor de Ofimaster.

Efectivamente.

Diversey, tal como se expone en el escrito de contestación (punto 3 de la página 6) opera en un determinado mercado (soluciones integrales de higiene y limpieza que involucran instalaciones y abastecimiento de productos), y lo hace por medio de canales directos o indirectos, siendo indirecto cuando lo hace a través de un operador, calidad que detentó Ofimaster entre abril de 2012 y octubre de 2013.

Durante dicho lapso de tiempo efectivamente no tuvieron la calidad de competidores, circunstancia que cambia una vez terminado vínculo contractual, pues desde ese momento ambas empresas luchan por los mismos clientes y ofreciendo los mismos servicios, circunstancia que desacredita el planteamiento de Diversey.

Así, es un hecho acreditado que con posterioridad al 8 de octubre de 2013 las partes de este proceso tenían la calidad de competidores y por tanto sus actos, en tanto tales, susceptibles de ser regulados por la normas de la Ley N° 20.169.

Décimo: No es competencia desleal el captar un cliente de un competidor, cuestión de la esencia de un mercado, pero lo será cuando para ello se utilizan medios que vulneren la decencia y la corrección de la conducta de los competidores.

Es en este ámbito en que ha de ser analizada la misiva enviada por Diversey, el 5 de noviembre de 2013, por Pereira, y cuyo texto se encuentra transcrito íntegramente en el motivo sexto.

Para lo anterior ha de tenerse presente lo señalado en el artículo 4 letra c) de la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal, que refiere: “En particular, y sin

«RIT»

Foja: 1

que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes: c) Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva”.

La norma transcrita recoge lo que la doctrina reconoce como actos de denigración, nomenclatura recogida y reconocida de esa forma en el informe emitido por el Profesor Tapia Rodríguez, a instancia de Diversey, así lo ratifica (página 16).

En este punto cabe precisar que en lo que respecta a este caso se trata, cuando se hace referencia a actos de denigración se está refiriendo a aseveraciones falsas, capaces de desprestigiar o desacreditar los productos, servicios o fama comercial de un competidor, acepción que se encuentra recogida en el artículo 10 bis numeral 3º del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, que dispone que son actos de competencia desleal “las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor” y no a lo que se conoce como actos de denigración propiamente tales, toda vez que estos últimos están constituidos por manifestaciones agraviantes que versan sobre la nacionalidad, raza género, religión, creencias o ideologías del afectado y que no tienen ninguna relación con la calidad del producto el servicio que se ofrece.

La importancia de esta distinción radica en el hecho de que en la primera variante se acepta la alegación de exceptio veritatis o defensa de ser efectiva las aseveraciones de descrédito efectuadas, mientras que las segundas no la permiten, ya que tales elementos no pueden ser considerados como parámetros para calificar un producto o servicio (Rivas, Virginia, Los ilícitos de responsabilidad



«RIT»

Foja: 1

por competencia desleal en las jurisprudencia sobre libre competencia, Memoria para optar al grado académico de licenciada en ciencias jurídicas, Santiago 2010, p. 36).

A mayor precisión es posible señalar que “Todo aquello que contribuya a desacreditar de cualquier manera al competidor o lo que éste hace, o sus productos o servicios, constituye un acto denigratorio y por tanto, de competencia desleal. Se trata de juicios, basados en hecho o en opinión es emitidos sobre el competir, sus productos o servicios que serán interpretados por la mayoría de los consumidores como una descalificación, como una “mala nota” (...) la afirmación debe realizarse en el marco de la competencia, con el propósito de perjudicar al otro competidor y de beneficiar la actividad comercial de su autor (...) la denigración en este marco es la que tiene la posibilidad de tener un efecto en el mercado” (Otamendi, Jorge, La competencia desleal, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, p. 16).

En este contexto cabe recordar que con fecha 5 de noviembre de 2013, es decir fuera del marco contractual que existía entre las partes Diversey Care comunica al Hospital Base Osorno que “a contar del mes de Agosto del presente año, nuestro proveedor oficial de nuestra marca para Región de los Ríos y Región de Los Lagos es Sociedad Cintec Ltda. Por tal motivo, hemos solicitado a nuestro Distribuidos / Partner, Sociedad Comercial Cintec Ltda., que se haga cargo de la cuenta Hospital Base Osorno” y agrega que “Con este operador confirmamos el normal abastecimiento de nuestros productos para todos los cronogramas de higiene y limpieza adjudicados por la plataforma pública”.

Y al finalizar advierte que “la Sociedad Comercial Ofimaster Ltda., no asegura la futura disponibilidad de productos para el desarrollo de líneas especializadas como Lavandería para Hospital Base de Osorno así como otras demandas a desarrollar” afirmación que sustenta en los “bajos inventarios que promueven quiebres de stock y baja asistencia hacia nuevos clientes”.



«RIT»

Foja: 1

El texto transcrito permite, como se señaló, distinguir una información, una advertencia, acepción de la palabra noticia, y una justificación.

Así, comunica al Hospital Base de Osorno, que actuará por medio de la sociedad Cintec Ltda; comunica que Ofimaster ya no es el medio por el cual operarán, que dicha empresa no asegurar la disponibilidad de productos, no sólo en el presente sino que tampoco para “otras demandas a desarrollar”; afirmaciones que justifica en el bajo inventario y baja asistencia hacia sus clientes.

Se trata entonces, a juicio de este sentenciador, de una comunicación que partiendo de un hecho cierto –el término de la relación contractual existente entre Ofimaster y Diversey, asociado a una nuevo distribuidor como es Cintec- termina en una afirmación que explícitamente cuestiona la capacidad de su competidor para cumplir, tanto en el presente como en el futuro, con sus compromisos contractuales, lo cual evidentemente tiene la aptitud de ocasionar perturbación en el operador que está detrás del Hospital Base de Osorno, que no es otro que el Servicio de Salud del Estado.

La verosimilitud de la incapacidad de cumplir –Ofimaster- con sus compromisos contractuales viene dado por el hecho que, tal como lo acreditó la propia parte demandada, parte importante de los productos utilizados por la demandante los adquiere de Diversey, es decir, la afirmación de stock limitado adquiere sentido y se desvincula totalmente de una necesidad competitiva, lo que la transforma en mero instrumento para desviar clientela.

En concreto, las expresiones vertidas por Diversey en su comunicación tenían por objeto, en lo pertinente, desacreditar y generar un estado de incertidumbre en el órgano estatal acerca de la capacidad Ofimaster de cumplir con sus obligaciones, cuestión que no puede sino ser calificada como una conducta atentatoria a los parámetros de competencia leal y que en su fase

«RIT»

Foja: 1

infraccional se encuentra regida por lo establecido en la gráfica c) del artículo 4° de la Ley N° 20.169.

Se refirió, al inicio de este fundamento que los actos de descrédito reconocían la posibilidad de la exceptio veritatis, no así los actos de denigración propiamente tal, por lo cual Diversey pudo probar que su afirmación se ajustaba a la realidad, es decir, que el stock era limitado, que se producirían quiebres y tendría baja asistencia.

Sin embargo nada de eso probó, por el contrario la documental identificada con los números 1, 2, 4, 6 de la presentación de 4 de diciembre de 2014 y la acompañada en los numerales 26 a 53 de la presentación de 5 de diciembre de 2014, sumado a las respuestas a las preguntas 15 y 18 del pliego de posiciones contestada por Ardiles, instrumentos signados con los números 10 a 28 y 29 referidos a licitaciones adjudicadas por Ofimaster incorporados al proceso en presentación de 12 de mayo de 2015 permiten tener por acreditado que no resulta efectivo que Ofimaster presentara situaciones de falta de inventario, quiebre en el suministro o deficiencias en la asistencia a sus clientes.

Undécimo: A consecuencia de lo establecido en el motivo precedente es que habrá desestimar la pretensión relativa a que los hechos planeados en la demanda se ajustan a la figura descrita en la letra b) del artículo 4 de la Ley sobre Competencia Desleal.

Duodécimo: En el petitorio de la demanda interpuesta se lee en la gráfica c) “Se declare el derecho de mi representada a ser indemnizada de los perjuicios patrimoniales y morales causados por las actuaciones de la demandada, cuya especie y monto se reserva para definitiva”.

Sobre este planteamiento la demandada planteó la improcedencia ya que en materia de daños extracontractuales no procede la reserva del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.



«RIT»

Foja: 1

Lleva razón la defensa de Diversey sobre este punto.

Ciertamente el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil permite reservar para la fase de ejecución la determinación de la especie y monto de la indemnización, pero para que ello ocurra necesariamente deben haberse establecido como mínimo la existencia de un ilícito civil, la existencia del daño y naturaleza del mismo.

En el caso de autos solo se acreditó la existencia del ilícito, mas no la ocurrencia de un daño y menos la naturaleza del mismo.

Efectivamente la Corte Suprema ha sostenido la procedencia de la reserva y lo ha hecho señalando que la “reserva prevista en el citado artículo 173 en materia extracontractual no exime al actor del ineludible deber de acreditar la existencia del daño en el juicio declarativo, en tanto ello constituye un elemento indispensable del estatuto de responsabilidad que se invoca, en lo relativo al hecho ilícito que se alega. Así, comprobado lo anterior - como es lo que ha sucedido en la especie- nada obsta a que la dilucidación del detalle y cuantía de los perjuicios ocasionados por la conducta antijurídica se precise en una discusión posterior, que se promoverá con ese único objeto y que deberá atender, necesaria y únicamente, a aquellos defectos y fallas que se denunciaron en la demanda”, citando al efecto otros dos fallos por ella dictados.

Sin embargo una atenta lectura pone de manifiesto una diferencia radical, cual es que en el caso que refiere la Corte Suprema da por establecido la existencia de daño, elemento que en el caso de autos no concurre.

En este contexto es que la pretensión de reserva debe ser desestimada.

Décimo tercero: Se desestimará la pretensión de publicidad de la presente sentencia, más allá de lo que establece el Código de Procedimiento Civil, pues se trata de una acción no contemplada en la ley.



«RIT»

Foja: 1

Décimo cuarto: No habiendo resultado totalmente vencida la parte demandada se le absolverá de las costas de la causa.

Atendido lo antes razonado y lo dispuesto en los artículos 1700, 1698 y 1702 del Código Civil, 2 y 4 de la Ley N° 20.169 y 170, 144, 358 y 346 del Código de Procedimiento Civil se declara:

I. Se acoge la demanda interpuesta por Ofimaster en contra de Diversey sólo en cuanto se da por establecido que la empresa demandada incurrió en la infracción al artículo 4 letra c) de la Ley sobre Competencia Desleal.

II. Se desestima en lo demás la demanda

III. Cada parte soportará sus costas.

Regístrese y notifíquese.

Rol N° 7423-2014

Pronunciada por Ricardo Núñez Videla, Juez Titular

Autorizada por Natalia Fernández Sandoval, Secretaria Ad-Hoc

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 dieciséis**