

Santiago, veintinueve de noviembre de dos mil doce.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se ha ordenado dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por la demandada a fojas 1357.

Segundo: Que la recurrente denuncia la vulneración del artículo 4 letra e) de la Ley N°20.169 en relación con los artículos 19 y 20 del Código Civil. Argumenta, en síntesis, que la referida ley ha establecido como requisitos para que la publicidad comparativa sea lícita, que sea veraz y demostrable. Añade que el error se produce en la sentencia impugnada cuando se exigen condiciones adicionales a las ya señaladas, como son una determinada forma de constituir la canasta, número de productos o universo de productos objeto de la promoción, inmediatez de la comparación y utilización de un Notario. Lo anterior, para afirmar que el fallo impugnado no ha reprochado que la publicidad comparativa cuestionada en autos, sea falsa o no demostrable.

Tercero: Que del tenor del recurso aparece que éste se desarrolla en contra de los hechos establecidos por los jueces del fondo y pretende su alteración. En efecto, se sostiene que la sentencia recurrida no ha concluido respecto de la publicidad comparativa de la campaña “Desafío Cruz Verde, precios bajos sin competencia” -iniciada por la demandada- que ésta haya sido no veraz ni demostrable, en circunstancias que tales condiciones o requisitos sí fueron establecidos por los jueces del fondo como se advierte en los motivos trigésimo primero y trigésimo segundo de la sentencia de primera instancia confirmada por la de segunda. Sin embargo, la recurrente no denuncia infracción a leyes reguladoras de la prueba atinentes a la materia, dejando a este tribunal de casación impedido de revisar, en el aspecto cuestionado, el fallo impugnado.

Cuarto: Que lo razonado resulta suficiente para concluir que el recurso en análisis adolece de manifiesta falta de fundamento, lo que conduce a desestimarlos en esta etapa de su tramitación.

Por estas consideraciones y normas legales citadas, **se rechaza el recurso de casación en el fondo** deducido a fojas 1357, contra la sentencia de veintitrés de julio del año en curso, escrita a 1350 y siguientes.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Proveyendo a fojas 1380: A lo principal: téngase presente; al otrosí: estése a lo resuelto precedentemente.

N 8.196-12.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por las Ministras señoras Gabriela Pérez P., Rosa Egnem S., la Ministra Suplente señora Dinorah Cameratti R., y los Abogados Integrantes señores Ricardo Peralta V., y Arturo Prado P. Santiago, veintinueve de noviembre de dos mil doce.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de noviembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, veintitrés de julio de dos mil doce.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

En cuanto a la casación en la forma:

Primero: Que el motivo de invalidación formal que se invocó, fundado en la causal prevista en el numeral 4° del artículo 768 número 5° del Código de Procedimiento Civil, es el de *ultra petita*. El entendimiento que de este vocablo legal ha hecho de manera reiterada nuestro Máximo Tribunal es que tal vicio “... *se produce cuando la sentencia otorga más de lo pedido por las partes y se extiende a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, es decir, cuando apartándose de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones o excepciones, altera el contenido de éstas cambiando su objeto o modificando su causa de pedir*” (C. Suprema, 9 agosto 1963. R., t. 60, sec. 1ª, p. 221). Tomado este razonamiento como punto de partida, puede sostenerse que “... *(incurre en ultra petita) la sentencia que se extiende a puntos no sometidos de la decisión del tribunal, siempre que altere algunos de los elementos integrantes de la acción o de las excepciones y resuelva, de consiguiente, una controversia distinta de la planteada por las partes* “. (C. Suprema, 15 julio 1987. R., t. 84, sec. 1ª, p. 88; C. Suprema, 21 noviembre 1989. R., t. 86, sec. 1ª, p. 142; C. Suprema, 6 agosto 1992. R., t. 89, sec. 1ª, p. 109).

Segundo: Que el reproche formulado por la recurrente “Farmacias Cruz Verde S.A.” en el recurso deducido en lo principal de fojas 1.197 a la

sentencia del grado no puede prosperar, toda vez que la infracción de ley que se denuncia no dice relación con que la sentencia, en su decisión de acoger la demanda, haya variado siquiera mínimamente la causa de pedir de la acción deducida, o se haya apartado del fondo de las cuestiones promovidas en el escrito de contestación. Las decisiones II y III de la sentencia recurrida se refieren a cuestiones incidentales que dependen de la decisión principal, que fue la de declarar que la exhibición por Cruz Verde de la publicidad comparativa contenida en la campaña publicitaria “*Desafío Cruz Verde precios bajos sin competencia*” constituyó un acto de competencia desleal con arreglo a los preceptos de la Ley nro. 20.169, de modo que no es posible acceder a la petición de nulidad contra la sentencia en estudio, con arreglo al motivo legal que adujo la demandada.

En cuanto a la apelación:

Tercero: Que el bien jurídico tutelado por la Ley nro. 20.169 no puede ser confundido con las que otorga la ley 19.496 , sobre Protección de los Consumidores; ni con las que cabe invocar con arreglo a los preceptos del Decreto Ley nro. 211, sobre Libre Competencia, ni con los deberes éticos propios de la actividad publicitaria. Al respecto, es oportuno citar antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la ley en que se funda la demanda de autos, en especial el Informe de la Comisión de Economía del Senado, que, en segundo trámite, refleja la justificación a la iniciativa parlamentaria dada por uno de sus promotores, el diputado don Eduardo Saffirio: “*El señor Saffirio precisó que la normativa contenida en la moción, de la cual es uno de sus autores, tiene el carácter de residual, punto en el que se tuvo especial cuidado, en dos sentidos. Primero, con el*

fin que no “choque” con lo que son las normas sobre libre competencia, porque su objeto es velar por la competencia honesta y no por la competencia libre, y, por otra parte, en el sentido que se aplica cuando no queda el caso incluido dentro de lo que son las leyes de defensa al consumidor y normas de propiedad industrial y de propiedad intelectual, o sea, así está pensado y se señala expresamente en la moción y quedó claro en el debate que es una norma de carácter residual”.

El profesor de Derecho Civil don Mauricio Tapia Rodríguez ha explicado que *“...la competencia desleal consiste en un acto ilícito perjudicial para un competidor: el perjuicio no es otra cosa que la disminución de la clientela. Por tanto, se trata de una conducta ilícita que sólo interesa, en principio, al competidor directamente perjudicado. Y en esto existe una diferencia radical con los actos contrarios a la libre competencia, donde no sólo hay intereses privados comprometidos, sino también el interés público de reprimir las situaciones de abuso de poder de mercado “.* (Tapia R., Mauricio. *“Responsabilidad Civil por Actos de Competencia Desleal en el Derecho Chileno “.* En www.microjuris.cl, MJD 175)

Cuarto: Que, siguiendo el criterio recientemente expuesto por la doctrina, no cabe exigir aquí la concurrencia de una conducta contraria a la buena fe y a las buenas costumbres y, además, de manera copulativa, el empleo de medios ilegítimos en vez del deber de corrección que impone la ley. *“ ... (No) podrá existir un acto contrario a la buena fe o a las buenas costumbres que se valga de “medios legítimos” para desviar la clientela de un agente del mercado... Lo contrario supondría permitir que un acto*

reprochable se materialice a través de medios virtuosos, lo que repugna no sólo a la lógica, sino también al derecho” (Contreras Blanco, Óscar. La Competencia Desleal y el Deber de Corrección en la Ley Chilena, pág. 101. Santiago, 2012.

Quinto: Que lo que está en cuestión en este litigio no es la licitud o no de la publicidad comparativa. Sobre esta última hay numerosos ejemplos tanto en Chile como en el extranjero. La comparación, en un mercado al que concurren diversos oferentes y consumidores o adquirentes, no es ni puede ser repudiable *per se*, en cuanto constituye un medio a través del cual se proporciona información y manifiestan la bondades de los bienes y servicios que se ofrecen e intercambian en el mercado, presentándolos al público como la mejor opción. En su tratado de Derecho Civil, Alessandri y Somarriva se refieren al “*dolo bueno*” como “*la sagaz y astuta precaución con que cada uno suele defender su derecho, y evitar todo detrimento y perjuicio que le amenace por engaño de un tercero. Dentro de este concepto caben las lisonjas, los halagos y exageraciones con que una parte busca en los contratos el influir sobre la otra. Las fuentes romanas decían que es cosa natural en los contratos el rivalizar en las astucias*”. La rivalidad en las astucias no se da, en este caso, entre las partes dispuestas a celebrar un contrato, sino respecto de los que desempeñan como oferentes respecto del mismo producto o conjunto de productos, en el caso sublite, en el mercado relevante de la venta de medicamentos a consumidores finales, a nivel nacional (Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del 31 de enero de 2012, rol 184 – 2008, considerando trigésimo noveno).

Citando nuevamente a Óscar Contreras Blanco, agreguemos que “ ... *los medios ilegítimos empleados para obtener el desvío de la clientela, o los medios de distorsión o engaño que se ejercen para torcer la voluntad del consumidor medio, ... deben resultar ... contrarios al deber de corrección que establece la ley*” (Contreras Blanco, pág, 105). Sobre la conducta de competencia desleal reglamentada en la letra e) del artículo 3° de la Ley nro. 20.169, señala que “ ... *debe considerarse que la ley no condena o sanciona cualquier comparación, sino únicamente aquella que se funda en un antecedente que no sea veraz o demostrable*“ (Contreras Blanco, pág. 123).

Sexto: Que aunque es razonable y comprensible que en la actividad publicitaria no se exigen a proveedores, avisadores y agencias deberes y parámetros de plena exactitud en los datos suministrados al público, sí puede entenderse que la campaña consistente en la referencia directa de un proveedor a otro con un listado de 685 medicamentos que se muestran como los más consumidos, en la que se asevera que ofrece “precios bajos sin competencia”, valiéndose también de la comparecencia de un notario que aparece dando fe de que el competidor presenta precios más altos, debe ser calificada da como un acto de competencia desleal.

Séptimo: Que los perjuicios derivados de esta particular infracción de ley para la actora no son meramente hipotéticos o eventuales, sino ciertos y determinados, de modo que al no quedar demostrados los fundamentos de hecho de este capítulo de la demanda, ésta debe quedar desestimada.

Octavo: Que la condenación en costas decretada en la decisión Quinta del fallo recurrido será revocada, toda vez que la demandada no resultó totalmente vencida y, además, tuvo motivos plausibles para litigar.

Por las razones que se han expuesto, y con arreglo a lo que disponen los artículos 1º, 2º, 3º, 4º letra e) y demás pertinentes de la Ley, nro. 20.169 ; y los artículos 2º, 3º, 170, 186, 187, 764, 765, 766, 768 número 4º, 771 y demás pertinentes del Código de Procedimiento Civil, se decide:

I.- Que se **rechaza** el recurso de casación en la forma deducido por don Luis Eduardo Toro Bossay y don David Cademártori Gamboa en representación de Farmacias Cruz Verde S.A. en contra de la sentencia del 30 de junio del 2010, dictada por el Décimo Séptimo Juzgado de Letras de Santiago a fojas 1.165, la que en consecuencia no es nula.

II.- Que **se revoca** la sentencia en alzada en aquella parte que condena a la demandada en costas y en su lugar se declara que se la exime de dicha carga y se la **confirma**, en lo demás del recurso.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Abogado Integrante señor Héctor Mery Romero.

Rol I.C4155 -2010.Civil

No firma, no obstante haber concurrido a la vista de la causa el abogado integrante señor Héctor Mery Romero, por ausencia.

Pronunciada por la Segunda Sala de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Manuel Antonio Valderrama Rebolledo e integrada por el Ministro (S) señor Humberto Provoste Bachmann y por el Abogado Integrante señor Héctor Mery Romero.

FOJA: 1165 .- .-

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 17º Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-23423-2007
CARATULADO : FARMACIAS AHUMADA S/FARMACIAS

Santiago, treinta de Junio de dos mil diez

VISTOS:

A fojas 1 comparece doña Inger Dhal Bravo, abogada, en representación convencional de Farmacias Ahumada S.A., en adelante también e indistintamente FASA o Farmacias Ahumada, sociedad del giro de su denominación, domiciliados en calle Miraflores N° 383 piso 6, comuna Santiago, y demanda en juicio sumario por actos de competencia desleal a la sociedad Farmacias Cruz Verde S.A., en adelante también e indistintamente Cruz Verde, sociedad del giro de su denominación, representada por don Miguel Angel Celedon González, contador, ambos domiciliados en calle Lord Cochrane N° 326, Santiago, solicitando que se declaren como actos de competencia desleal los que indica, se ordene la cesación o prohibición de los actos que indica, se ordene la remoción de los efectos de tales actos a través de las publicaciones que señala y se condene a la demandada a pagar una indemnización de perjuicios, con costas.

Funda su demanda en cuanto a los hechos, en la competitividad del mercado farmacéutico de los últimos años, que ha llevado a los actores a hacer mayores esfuerzos para atraer clientela y ganar participación en el mercado a trastes de programas de marketing o publicidad, lo que es normal y lícito con sujeción a las buenas costumbres mercantiles y el ordenamiento vigente (Código de ética publicitaria, ley 19.733, DL 211, Código de Comercio, Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, ley 19.496

sobre protección a los derechos del consumidor y ley 20.169 sobre competencia desleal).

Expone que en ese contexto en el pasado las empresas del mercado han realizado publicidad comparativa, desarrollada en forma legítima dentro de los marcos éticos de la publicidad, sin intentar inducir a error al público, sin atacar o denostar específicamente a un competidor en especial y proporcionado información real, objetiva y demostrable.

Afirma que por el contrario, se trata de actos deliberados de Cruz Verde tendientes a dañar específicamente la buena y ganada reputación de Farmacias Ahumada a través de una campaña comparativa que no cumple con normas éticas y legales, pues no se funda en hechos reales, no es demostrable y omite informaron relevante, como que no aplica a medicamentos genéricos, y todo ello con el afán de desviar ilegalmente parte de su clientela, ocasionándole graves y cuantiosos perjuicios materiales y morales.

Relata que el día 11 de agosto de 2007 Cruz Verde inicio una campaña de publicidad comparativa que denomino “Desafío Cruz Verde, precios bajos sin competencia”, en spots publicitarios por televisión, inserciones o avisos en medios de prensa escrita de circulación nacional, la que consistiría en comparar sus precios para 685 medicamentos de marca con los ofertados por su representada, según señaló Cruz Verde en las bases de dicha promoción, protocolizadas en Notaria Galecio con fecha 10 de agosto de 2007.

Describe que televisión han exhibido 2 spots publicitarios, uno de los cuales muestra a dos supuestas consumidoras comprando 3 productos farmacéuticos (Aspirina, Pharmaton y Viadil), afirmando que corresponden a los medicamentos mas consumidos por los chilenos, sin explicar como se llega a esa calificación, y supone que ambas consumidoras compren en una y otra cadena, exhibiendo luego las boletas con el precio total ante Notario Publico, figurando la de Farmacias Ahumada con el total mas alto, lo que basta para que Cruz Verde se atribuya como cierre del comercial la frase “comprobado!!!!, en precios bajos Cruz Verde no tiene competencia “ (sic).

En la prensa escrita, la campaña consiste en publicar un listado de 62 medicamentos, cuyos precios son comparados con los de su representada,

arrojando como resultado que ésta aparece ofertando a un precio mayor, concluyendo que tiene “precios bajos sin competencia” (sic).

Estima que basta ver los comerciales televisivos y los insertos en los diarios para comprender que la campaña publicitaria descrita tiene como propósito evidente dar a entender a los consumidores que todos los productos que vende la demandada tienen siempre un precio menor al ofertado por la actora, confundiendo al público al intentar cierta objetividad y rigurosidad en la comparación de precios, usando un Notario Público que no puede acreditar lo que se afirma y conceptos y frases que no tienen fundamento técnico.

Señala que los avisos y spots de la campaña publicitaria comparativa de Cruz Verde, además de contrarios a la ética publicitaria y a ley de protección de los derechos de los consumidores, constituyen actos de competencia desleal, realizados con clara intención de confundir al público en general, desviar clientela, desprestigiarle y provocar perjuicios directos a su representada.

Argumenta que la publicidad no es veraz ni objetiva, ya que por una muestra no representativa de la totalidad de los medicamentos que ofertan las farmacias, la demandada pretende adjudicarse de manera absoluta y sin excepciones ser la cadena de farmacias que ofrece todos los medicamentos y productos a menor precio, lo que manifiesta su propio slogan de “Desafío Cruz Verde precios bajos sin competencia”; omite señalar en la publicidad o en las bases como se hizo la lista que denominan de “mayor venta ponderada” o de mayor consumo”, dando a entender que se uso algún método o clasificación de aplicación reconocida y general en el mercado, en circunstancias que es absolutamente arbitraria, sin sustento técnico y con afán distorsionador; en las bases se dice que la lista corresponde a 685 medicamentos de los mas vendidos excluidos los medicamentos genéricos que son un 36,6% de las ventas generales de las farmacias, e incluyendo la ponderación de la variable precio, según cifras de mercado, cifra que equivale al 3,6% el total de los productos que se venden.

Agrega que en los Sports publicitarios se eligieron deliberadamente 3 medicamentos de marca, pese a que existen cientos en que los precios de la demandada son más altos.

Recalca que en los medicamentos genéricos los precios de Farmacias Ahumada son considerablemente más bajos que los de Cruz Verde.

Estima evidente que con esas afirmaciones, la contraria induce a error o engaño a los consumidores a través de información que no es veraz ni objetiva, con el claro objetivo de motivar un cambio en sus preferencias al momento de concurrir a comprar productos farmacéuticos, desviándolos de Farmacias Ahumada a Cruz Verde.

Arguye que la publicidad comparativa no es seria ni demostrable, dado que los precios son esencialmente variables en el retail, por lo que es mal intencionado afirmar que los precios de la demandada no tienen competencia y son siempre más baratos que los propios; y no es seria porque la demandada se reserva la facultad de modificarla unilateralmente, ya en los productos incluidos, su precio o su porcentaje de descuentos, pudiendo establecer por ejemplo zonas geográficas, esto es, sin justificación y a su arbitrio.

Agrega que la demandada omite señalar en la publicidad que la promoción favorece solo a las personas inscritas en su programa “Más Cruz Verde” y no al público en general, antecedente relevante, puesto que obliga al consumidor a cumplir con un requisito adicional al pago, no indica cuales son las exigencias de incorporación a dicho programa y compara supuestamente sus precios de un listado reducido para miembros de un programa especial con aquellos que la actora ofrece al público en general.

Asevera que en la publicidad comparativa de Cruz Verde hay una evidente intención de dañar la imagen de un competidor en particular, ya que las bases de la promoción se refieren exclusivamente a Farmacias Ahumada, sin aludir a otros competidores, privilegiando el descrédito a un competidor particular antes que la promoción de los propios productos de Cruz Verde, afectando injustamente a su parte, horadando gravemente su bien ganado prestigio e imagen, causando perjuicios.

Indica que con fecha 23 de agosto de 2007 presentó un reclamo ante el Consejo de autorregulación y ética publicitaria, CONAR, por considerar que la campaña en comento infringe los artículos 10, 11 y 13 del Código de ética Publicitaria, entidad que el 7 de septiembre de ese año resolvió acoger el

reclamo respecto de la publicidad grafica y en televisión de la demandada para su campaña “Desafío Cruz Verde” por estar en conflicto con la ética publicitaria según los artículo 4, 6, 10, 11 y 22 del código de ética publicitaria, fallo confirmado el 5 de octubre al desechar una reconsideración presentada por la empresa de publicidad encargada de la campaña, y nuevamente el 23 de ese mes el tribunal de Ética al rechazar la apelación.

En cuanto al derecho, señala que la competencia desleal ha sido regulada por la ley 20.169 de 2 de febrero de 2007, cuyo artículo 3 establece la definición general prescribiendo que es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar la clientela de un agente del mercado, requisitos que concurren en la especie.

Añade que la conducta de la demandada también está sancionada por el artículo 4 letra e), norma que enumera en forma enunciativa y no taxativa conductas específicas que se consideran competencia desleal, entre las que consagra toda comparación de bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz o demostrable, o cuando de cualquier forma se infrinja las normas de esa ley.

Argumenta que esa conducta es conocida en doctrina como publicidad comparativa engañosa, a la que se ha referido la jurisprudencia de la antigua Comisión antimonopolio y el tribunal de Defensa de la libre Competencia, pudiendo afirmarse que en un principio es lícita y favorece a los consumidores, pues fomenta la transparencia del mercado al aumentar la información disponible al público, pero para que este acorde a las normas de libre competencia es necesario que sea veraz, objetiva y demostrable (Dictamen N° 1039 de 3 de julio de 1998 Comisión Preventiva), supuestos que no se dan en la que se analiza.

Expone que el actuar ilegal de la contraria ha producido perjuicios materiales y morales a su representada, los que deberán ser resarcidos según las normas de la ley 20169 y las generales de indemnización, y por daño material, solicita el pago de UF 78.000 por daño emergente, consistente en pérdida de inversión en publicidad, costos de reposicionamiento de la marca,

perdida de descuentos por volúmenes, ente otros, o la suma que US. determine; UF 208.000.- por lucro cesante, por las menores ventas de Farmacias Ahumada desde el comienzo de la campaña hasta la presentación de la demanda, mas UF 104.000.- por cada mes que la campaña este en vigencia, desde la presentación de la demanda por menores ventas de su representada o la suma que SS. determine; y UF104.000.- por daño moral, por lesión a su reputación y prestigio o la suma que US. estime procedente.

Señala que en forma conjunta, interpone acción declarativa de competencia desleal, acción de cesación o prohibición de acto competitivo, la de remoción de los efectos del mismo mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de la rectificación del ilícito, y la acción de indemnización de perjuicios, todas del artículo 5 de la ley 20.169, solicitando se declare que la exhibición por Cruz Verde de la publicidad comparativa contenida en la campaña publicitaria “Desafío Cruz Verde precios bajos sin competencia” constituye un acto de competencia desleal según los artículo 3 y 4 de la ley; que se ordene a Cruz Verde dejar de exhibir en televisión abierta y/o cable, en cualquier medio escrito u otro de comunicación social, la publicidad referida; que se ordene publicar a costa de Cruz Verde la sentencia condenatoria que acoja la presente demanda o un extracto de ella en los mismos medios de prensa y publicidad escrita en que la demandada haya publicado dicha campaña o una rectificación del ilícito en cualquier otra forma que determine SS; que se condene a la demandada a pagar por indemnización de perjuicios la suma de UF 78.000.- por daño emergente, UF 208.000.- mas UF 104.000 por mes que esté vigente la campaña por lucro cesante y UF 104.000.- por daño moral, o las que SS. estime pertinente, con costas.

A fojas 30 rola la notificación por artículo 44 del Código de Procedimiento Civil al representante de la demandada.

A fojas 82 se llevo a efecto el comparendo de contestación y conciliación, con la asistencia de los apoderados de ambas partes. La parte demandante ratifica la demanda en todas sus partes.

La parte demandada contesta por escrito, rolante a fojas 37, el que se tiene como parte integrante del comparendo, por el cual solicita el rechazo de la demanda en todas sus partes.

Argumenta que por los mismos hechos denunciados FASA formula reproches de tipo ético, de supuestos incumplimientos de códigos de autorregulación (de competencia de la CONAR) y consideraciones sobre los derechos del consumidor, distinción importante ya que los primeros no son relevantes y hay otros sobre los que este tribunal no tiene competencia.

En cuanto a la promoción publicitaria, explica que en el mercado farmacéutico existen 3 fuertes competidores. Cruz Verde, Fasa y Salcobrand, y que el mix de productos que venden varía según la orientación de cada uno, pero que según datos de la IMS Health de marzo de 2007 los productos farma o medicamentos comercializados son 10.287 sku o referencias, de los cuales solo 7674 están vigentes (tuvieron ventas en ese mes), y Cruz Verde solo comercializa 4677 de ellos.

Señala que para competir, tienen 2 herramientas, precios y cobertura en número de locales y ubicación, siendo el primero el más importante, por lo que adoptaron la política comercial de tener los precios más bajos que sus competidores y en ese contexto ha desarrollado varias campañas bajo el slogan “precios bajos en Cruz verde”, siendo la cuestionada una de ellas, concepto que data de 2004, enfatizando la publicidad comparativa a partir del año 2006, esto es ha sido usada por diversos actores del mercado y su representada con especial énfasis desde marzo de 2007, pese a que la demandante se limita a la promoción “Desafío...”.

Indica que en cualquier evento, la publicidad comparativa de Cruz Verde del año 2007 era un invitación al consumidor a comparar los precios y constatar por experiencia personal que son los más bajos o convenientes.

Expone que la publicidad contiene un recurso publicitario de uso común que es el uso de superlativos o juicio de valor, en que se formula una afirmación genérica “precios bajos sin competencia”, invitando al consumidor a corroborar y verificar la veracidad de la promesa publicitaria.

Afirma que en nuestra legislación se aplica el estándar del consumidor medio, y que el artículo 3 b) de la ley de protección del consumidor establece como deber el de informarse responsablemente, por lo que la campaña no lleva a concluir derechamente que todos los productos son más bajos sino que

transmite la idea que en promedio son son más bajos, desafiándolo a comprobarlo, siendo el objetivo de la publicidad que el consumidor lo compruebe.

En cuanto al uso del concepto de “medicamentos más vendidos”, señala que la fuente es IMS Health, entidad independiente que informa las ventas farmacéuticas y como metodología se seleccionó los más vendidos y consumidos en un periodo (invierno 2006, mayo a julio mas los vendidos en marzo 2007), considerando variables, al margen de la estacionalidad, se circunscribió a los de marca, dejando fuera los genéricos, formando así un grupo a denominar “mas consumidos, notables o de mayor venta ponderada”.

Describe que agruparon los medicamentos de marca según su acción terapéutica y estas a su vez se separaron en ventas ponderadas en 3 grupos, A, B y C, para luego definir los productos relevantes en cada una.

Acerca de la participación de un Notario, asevera que dio cuenta de que se cumplían los requisitos de ser boletas de igual fecha, de similar hora y en orden alternado de compra y en locales de similar zona geográfica; y que fue FASA la primera en usar un ministro de fe certificando en una campaña de 2004.

Precisa que su campaña es solo respecto de fármacos, por lo que la representatividad de los seleccionados carece de relevancia, ya que en la gráfica se publica que si su medicamento no está en la página, puede encontrarlo en Cruz Verde siempre con precios bajos.

Agrega que la demandante omite que el porcentaje que representan los medicamentos genéricos, se refiere a unidades vendidas y solo un 7,8% en valores en venta, y que si no los consideraron –a pesar de tener precios unitariamente más económicos- fue para evitar confundir al consumidor.

Asegura que por la variabilidad de los precios y por decisión comercial, en las bases establecieron expresamente la posibilidad de ajustar los precios, con un complejo sistema de comprobación.

Respecto a que la promoción favorece solo a las personas que integran el programa mas Cruz Verde, programa de fidelización que existe desde el

2002 y que desde el 2004 han disminuido los beneficios de acumulación de compra, por lo que las compras con precios en promoción no acumulan al mismo tiempo puntos Mas, según detallan las mismas bases de la promoción cuestionada, de modo que cuando se alude a que la promoción esta dirigida a clientes Mas Cruz Verde se refiere a Clientes Cruz Verde, entendido como personas naturales que se identifiquen con su cedula de identidad o estén inscritos en el programa, sin que sea un impedimento para acceder a tal beneficio.

Acerca del pronunciamiento ético de la CONAR, señala que Cruz Verde no aceptó someterse al juicio ético de esa entidad ni está afiliado a alguna organización que este afiliada a la misma, requisito establecido en la letra e) del reglamento de funciones y procedimiento del consejo de autorregulación y ética publicitaria, como consigna el propio dictamen ético de 7 de septiembre de 2007, que agrega que por el artículo 20 del código chileno de ética publicitaria dirigió el reclamo en contra de la agencia publicitaria responsable de la campaña, y no siendo un tribunal creado por ley su pronunciamiento no le es vinculante.

Afirma que en un eventual caso de competencia desleal existe una trilogía de intereses, el privado de los empresarios, el colectivo de los consumidores y el publico del Estado, que en Chile se refleja en 3 cuerpos jurídicos que regulan cada faceta, esto es, la ley 20.169 sobre competencia desleal, el DL 211 de libre competencia y ley 19.496 de protección al consumidor.

Señala que los intereses de los consumidores están resguardados en materia de información y publicidad en el artículo 28 y siguientes de la ley 19.496, siendo competente los jueces de Policía Local, tal como se menciona en la medida precautoria, acerca de la existencia del proceso rol 21.609-07 ante el 2º Juzgado de Policía Local de Santiago.

Añade que Fasa ha sido denunciada en varios procesos por afectar los intereses de los consumidores.

Explica que por definición del artículo 1 número 4 de la misma ley la publicidad es la comunicación que el proveedor dirige al publico por cualquier

modo idóneo al efecto para informarlo y motivarlos a adquirir o contratar un bien o un servicio, uno de los cuales es la publicidad comparativa, que si bien en un principio fue cuestionada, ha sido aceptada y reconocida como instrumento de transparencia del mercado en la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 2006.

Estima que el uso de ese mecanismo es plenamente aceptado y lícito, y su uso jamás puede calificarse de abusivo, salvo en la situación excepcional de la letra e) del artículo 4 de la ley de competencia desleal, siendo deber del actor acreditar que la realizada por su parte no cumple copulativamente los requisitos de ser veraz y comprobable.

Razona que según la doctrina la falta de veracidad puede ser denigrando al contrario o engañando, siendo el engaño materia de protección al consumidor, solo si la publicidad comparativa es denigratoria del competidor puede ser tildada de desleal, y en este caso la publicidad de su representada es veraz y comprobable, no contiene ninguna denigración de FASA, y el actor no precisa cual sería el daño causado o el imaginario desprestigio.

Concluye que el reproche de haber pretendido desviar clientela es irrelevante para los efectos de este litigio, es una práctica lícita y aceptada por nuestra legislación.

Asegura que la demanda incurre en ambigüedades y omisiones, tales como, en la fecha de inicio de la promoción, toda vez que el actor dice que fue el 11 de agosto, pese a que e medios de prensa o gráfica partió en marzo de 2007, y le extraña que de ser así, solo en dos meses dicha campaña haya producido todo el daño que invocan y que hubieran esperado tanto para accionar; descontextualiza los datos de productos a la venta al omitir que la promoción es solo para medicamentos, que no es el universo de lo que venden las farmacias; magnifica incidencia de los medicamentos genéricos, que en realidad son un porcentaje menor de los vendidos; no explican como la campaña comparativa induce a descrédito; que el pronunciamiento de CONAR le es inoponible, e indeterminación y vaguedad de los perjuicios

Rescata como admisiones procesales -adquisición procesal por la cual los hechos que realizan los sujetos en el proceso y que importen un perjuicio

para sus intereses deben ser tenidos en consideración por el juez si son invocados por la parte beneficiaria en el suyo propio- la confesiones contenidas en la demanda en cuanto al carácter competitivo del mercado farmacéutico y que en el pasado FASA ha desarrollado campañas de publicidad comparativa y que son lícitas.

Seguidamente realiza consideraciones acerca del mercado farmacéutico, precisando que se trata de un oligopolio, en que solo unos cuantos vendedores ofrecen productos similares o idénticos, que entre los 3 principales actores reúnen un 92,64% del mercado a septiembre de 2007, que a partir de 2004 FASA comenzó a caer en su participación bajando entre agosto de 2005 a enero de 2006 de 31,75% a 25,03%; que su indicador bursátil se ha mantenido sobre la tendencia del IPSA en el periodo marzo a septiembre de 2007, con rentabilidad de 31,70% y 45,76%, lo que descarta los perjuicios invocados, y que Cruz Verde tiene 496 locales en tanto que la demandante 356 locales.

Acerca de las formas de competencia, señala que las variables que influyen en la competencia están dadas por estructuras y políticas de precios y cobertura de locales.

En síntesis, que su política de precios bajos, mas una red de cobertura estratégicamente más rentable y vocación comercial orientada a la venta de medicamentos, ha ganado paulatinamente participación en el mercado hasta 41,51% en septiembre de 2007.

Así, la publicidad solo es el medio para dar a conocer al consumidor la política de precios bajos implementada por Cruz Verde dentro de su modelo de negocio, ha optado por enfocar sus estrategias publicitarias y de marketing a resaltar precisamente una de sus mayores fortalezas, su política de precios bajos, lo que no amerita reproche por ser la forma en que la publicidad ataca este tipo de mercados concentrados, al punto que las campañas publicitarias basadas en la exultación o exacerbación de los precios es un standar de la industria.

Bajo el párrafo de excepciones y defensas, alega:

1° Falta de concurrencia de los elementos para configurar responsabilidad contravencional del artículo 4 letra c) de la ley de competencia desleal.

Hace notar la falta de uniformidad en el trato del reproche, ya que el libelo varia de imputarle no ser veraz y objetiva, no ser objetiva y demostrable o no ser real objetiva y demostrable; en tanto que la norma proscribela comparación que se funda en antecedente que no sea veraz y demostrable, y no se refiere a objetividad, que fue eliminada en el trámite de la ley.

Insiste que la publicidad comparativa y la promoción desafío Cruz Verde es veraz y demostrable.

En subsidio, de estimarse que se requiere objetividad, los requisitos para configurar publicidad ilícita son copulativos, y en todo caso cumple con ser objetiva porque compara una característica esencial –precio- de idénticos bienes que satisfacen mimas necesidades.

2° Diferencia de publicad comparativa tratada en el Código de Ética Publicitaria- jurisprudencia de las Comisiones Preventivas y Resolutivas.

Afirma que el Código de ética publicitaria no forma parte del ordenamiento jurídico nacional, ya que las normas de CONAR no han cumplido los procedimientos de formación de ley establecidos en la Constitución ni aquella forma parte de los organismos de la administración del Estado que tengan potestad reglamentaria; y en todo caso las jurisprudencias de la comisiones preventiva y resolutiva tienen otros supuestos de hecho, porque tienen la exigencia de objetividad, que no se recoge en el tipo de competencia desleal, e incluso los tribunales especiales no han recogido los reproches de ética publicitaria.

3° Incompetencia del tribunal para conocer temas propios de ley de protección al consumidor, en relación a la supuesta confusión al consumidor, sería una infracción a aquella ley, que por su materia forma parte del orden publico económico y por tanto no procede la prórroga de la competencia, quedando a la tutela del tribunal especial señalado por esa norma.

4° Falta de aptitud legal de la publicidad comparativa y promoción cuestionada por FASA para producir efecto dañoso, que según el libelo se traduciría en el desvío de clientela, lo que puede ocurrir por múltiples factores, tal como ha reconocido el Tribunal de Libre competencia, sobre la base de un modelo de teoría de juegos, señalando que la publicidad no tiene la persuasión que se le atribuye porque un consumidor medio no cree todo lo que le dice y si comprueba que la oferta no es cierta o efectiva cambiara sus preferencias de consumo, tal como estima se puede observar en la participación de mercado de los últimos 3 años.

Según los datos que incluye en un cuadro, la participación de FASA era de 28,47% en enero y 28,50% en septiembre de 2007, lo que destruye la aptitud de la publicidad comparativa y promoción de hacerla perder participación, ya que el aumento que ha tenido Cruz Verde ha sido lograda desde Salcobrand.

5° Teoría del acto propio y falta de legitimación activa, toda vez que la imputación de desleal se contradice con lo actuado por la actora al haber realizado en 2004 una campaña publicitaria comparativa que incluso fue cuestionada por el Sernac, y con la denuncia que hizo ante el CONAR afirmando allí que el cuestionamiento era ético y ahora los presenta como asunto contencioso; que esta teoría ha sido reconocida jurisprudencialmente en el extranjero y recogida en la nacional, impidiéndole contrariar su conducta pasada para luego pretender un beneficio a su favor.

6° Ineptitud del libelo respecto de la acción de indemnización de perjuicios, atendido que la demanda no contiene los elementos de responsabilidad, nada dice de causalidad y perjuicios que dice haber sufrido, sino que apenas están enunciados.

7° De los perjuicios, la demanda no contiene requisitos mínimos para que proceda la responsabilidad legal o extracontractual, por la falta de certeza del daño, ausencia de relación de causalidad, ser improcedente demandar daño moral (citando al profesor Santos Cifuentes en el entendido que el descrédito de una sociedad puede hacer disminuir sus posibilidades de ganancia, pero no hay una fama honorífica, y solo podría reconocerse respecto de las personas jurídicas sin fines de lucro).

Llamadas las partes a conciliación, no se produjo.

A fojas 84 se recibió la causa a prueba, complementado a fojas 94.

A fojas 1156 se citó a las partes a oír sentencia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en estos autos Farmacias Ahumada S.A., debidamente representado, demanda en juicio sumario por actos de competencia desleal a la sociedad Farmacias Cruz Verde S.A., a fin que se declare que la exhibición por Cruz Verde de la publicidad comparativa contenida en la campaña publicitaria “Desafío Cruz Verde precios bajos sin competencia” constituye un acto de competencia desleal según los artículos 3 y 4 de la ley, que se ordene a Cruz Verde dejar de exhibir en televisión abierta y/o cable, en cualquier medio escrito u otro de comunicación social, la publicidad referida, que se ordene publicar a costa de Cruz Verde la sentencia condenatoria que acoja la presente demanda o un extracto de ella en los mismos medios de prensa y publicidad escrita en que la demandada haya publicado dicha campaña o una rectificación del ilícito en cualquier otra forma que determine SS. y se condene a la demandada a pagar por indemnización de perjuicios la suma de UF 78.000.- por daño emergente, UF 208.000.- mas UF 104.000 por mes que esté vigente la campaña por lucro cesante y UF 104.000.- por daño moral, o las que SS. estime pertinente, con costas, acciones previstas en el artículo 5 de la ley 20.169.

SEGUNDO: Que la demandada al contestar a fojas 108 solicitó el rechazo de la demanda en todas sus partes, por estimar que en la especie no se configura responsabilidad contravencional del artículo 4 letra c) de la ley de competencia desleal, ya que la publicidad comparativa del año 2007 era un invitación al consumidor a comparar los precios y constatar por experiencia personal que son los más bajos o convenientes; argumentando sobre la diferencia de publicidad comparativa tratada en el Código de Ética Publicitaria y jurisprudencia de las Comisiones Preventivas y Resolutivas, la incompetencia del tribunal para conocer temas propios de ley de protección al consumidor, falta de aptitud legal de la publicidad comparativa y promoción cuestionada por FASA para producir efecto dañoso, invoca teoría del acto

propio y falta de legitimación activa –aduciendo que Fasa ha usado este tipo de publicidad-, e ineptitud del libelo respecto de la acción de indemnización de perjuicios y ausencia de perjuicios.

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.

QUINTO: Que según el artículo 8 de la referida ley, será competente para conocer de las causas de esta ley el juzgado de letras en lo civil del domicilio del demandado o del actor, a elección de este último, acorde a lo prevenido por el artículo 2 en cuanto a que una misma conducta puede ser calificada de competencia desleal, pese a ser objeto de acciones reguladas en el D.L. 211, ley 19496 sobre protección a los consumidores, ley de propiedad intelectual o sobre propiedad industrial, descartándose ad initium la incompetencia argüida por la demandada como alegación de fondo.

SEXTO: Que la parte demandante rindió prueba documental, consistente en: a) avisos de prensa de la publicidad en los diarios La tercera, El Mercurio y La Hora, b) copia de las bases de la promoción “Desafío Cruz Verde precios bajos sin competencia”, c) un cd que contiene los comerciales de televisión, exhibido en audiencia de percepción documental de fojas 765, d) copia del reclamo presentado por Farmacias Ahumada ante el CONAR, e) copias fallos de CONAR de 7 de septiembre y 5 de octubre de 2007, f) copia

fallo de tribunal de ética Publicitaria de 23 de octubre de 2007, g) copia oficio Servicio Nacional del Consumidor dirigido a actora, acompañados a fojas 1 y guardado en *custodia N° 69.464*; h) a fojas 125, Copia autorizada de boleta de ventas de 24 de agosto de 2007 de Cruz Verde por \$21.705.- y de Farmacias Ahumada por \$17.310.-, por compra de medicamentos a las 9:34 y 9:42 horas, respectivamente; de 28 de agosto de 2007, a las 14:12 y 14:02, por \$19.100.- en Cruz Verde con convenio y \$17.360.- en Farmacias Ahumada, por los mismos medicamentos; i) copia de artículo diario La Segunda de 23 de noviembre de 2007 por estudios de SERNAC sobre costo de remedios, j) impresión pagina web SERNAC por estudio “costo de remedios”, fojas 133 y 134; k) copia artículo diario el Mercurio de 29 de noviembre de 2007 sobre acuerdo entre Cruz Verde y Salcobrand, fojas 149; l) artículos del profesor Mauricio Tapia Rodriguez denominados “Responsabilidad civil por actos de competencia desleal” y “Represión de la competencia desleal en el derecho chileno”, fojas 145, m) artículo Enrique Barros, sobre Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno, fojas 142; por escrito de fojas 161, n) imágenes impresas de la publicidad en diversos medios de prensa escrita, n.1) de spots televisivos, n.2) copia oficio de Sernac a Fasa que pide información, n.3) copia publicación pagina web del Sernac, n.4) certificado notarial de pagina web por un estudio de Sernac, n.5) copias de las bases de la promoción Desafío Cruz Verde, protocolizadas ante Notario, n.6) copia de bases de promoción de 4 de octubre de 2007 denominada “Modificación Bases Notariales 5% descuento medicamentos y otras”, n.7) copias autorizadas bases “Promoción 30% ud. Decide”, n.8) copia autorizada de la comunicación al Superintendente de Valores y Seguros, a Bolsa de comercio de Santiago, Bolsa de Corredores de Valparaíso y Bolsa Electrónica de Chile, contenidos en un archivador café al que se le asigna la *custodia N° 2.241-2010* ; o) fallos del CONAR de 7 de septiembre de 2007, fojas 172, p) fallo de CONAR de 5 de octubre de 2007 que rechaza reconsideración, fojas 187, q) fallo Tribunal de ética publicitaria del Conar Rol 704/07 de 23 de octubre de 2007 que rechaza apelación, fojas 210; r) Código Chileno de ética Publicitaria, fojas 211, s) reglamento de funciones y procedimientos de Conar, fojas 223, t) dos certificados de secretario de Conar; u) informe sobre “Uso de métodos de selección aparentemente representativos en comparación de medicamentos de dos cadenas farmacéuticas” de Flavio Cortes, y su

curriculum, a fojas 270; v) a fojas 290 y siguientes, Resolución N° 270 de Comisión Resolutiva Central de 5 de enero de 1988, Resolución N° 261 de 15 de septiembre de 1987 de Comisión Resolutiva Central, Resolución N° 1039 de Comisión Preventiva de 3 de junio de 1998, Resolución N° 1147 de Comisión Resolutiva Central de 15 de septiembre de 1987; w) estudio de mercado denominado “Evaluación publicitaria Cruz Verde“ de la empresa Criteria Search, fojas 315; x) estudio de Adimark “Brand Tracking Adimark Farmacias octubre de 2007, fojas 337; y) cuadro ilustrativo sobre evolución de boletas de Farmacias Ahumada durante junio-julio y septiembre-octubre, fojas 348; z) revista Publimark N° 215 de mes de noviembre de 2007, por entrevista al presidente de Conar, fojas 349; por escrito de fojas 442, z.1) balances tributarios de Fasa agosto, septiembre y octubre de 2007 y formularios 29 de los mismos meses, z.2) libro mayor de Fasa de enero a noviembre de 2007, z.3) facturas y ordenes compra por gastos de publicidad de enero a julio de 2007 y planillas, z.4) “Informe Mensajes publicitarios de Eliana Rozas Ortuza, periodista UC, y su curriculum, z.5) informe de la empresa Initiative “plan de recomendación de medios para recuperar atributos claves” de diciembre de 2007, z.6) curriculum del testigo Henry Northcote, z.7) estudio de Adimark “Brand Tracking Adimark Farmacias Ahumada, evolución indicadores Enero-septiembre 2007”, z.8) fotocopias de libro “El daño extracontractual de Jose Luis Diez-Schwerter, z.9) paginas de libro “El daño Moral” de Carmen Dominguez, z.10) fallo de Corte Suprema de 25 de octubre de 2004, z.11) fallo I. Corte de Apelaciones de Santiago de 14 de julio de 2004, ordenados custodiar a fojas 493, sin numero;

SEPTIMO: Que a fojas 158 requirió de la contraria la diligencia de exhibición de documentos, que se realizó en la audiencia de fojas 935, en que la demandada exhibió copia de contrato de prestación de servicios publicitarios, copias de FEE pago mensual, copia de balances y libro mayor, acta notarial de 23 de abril de 2008 de balances y libro mayor.

OCTAVO: Que rindió prueba de testigos, compareciendo a fojas 396 y siguientes, Sergio Corvalan Valenzuela, abogado, Jefe de la División Jurídica de Sernac, Henry Northcote Corthon, publicista, Presidente Ejecutivo de Achap, Flavio Cortes Acevedo, quien hizo un estudio de publicidad, Pablo Luis Jaeger Cousiño, abogado, secretario ejecutivo Conar, y Claudio Garcia

Pinto, director de estudios de Adimark, fojas 495, quienes legalmente interrogados al tenor de la minuta de fojas 167, sin tachas, señalaron, en lo medular, el primero, que la campaña comparativa no puede ser comprobada por los usuarios; el segundo, que el objetivo de la campaña es establecer la percepción del consumidor que la demandada ofrece precios mas convenientes y estima transgrede etica publicitaria; el tercero, que el listado de medicamentos no es veraz, porque no es representativa y el mecanismo de selección no es aleatorio, inducen a mayor venta de fármacos, reconoce su firma en el documentos de fojas 270; el cuarto, que según Conar la publicidad no es veraz ni demostrable, y el quinto, que no puede aseverar un desvío de clientela con motivo de la campaña, que según el informe BTA Fasa tuvo una baja en nivel de recordación entre los meses de agosto y septiembre de 2007 de 6 puntos.

NOVENO: Que rindió absolución de posiciones, compareciendo don Miguel Ángel Celedon, Gerente general de Cruz Verde, a fojas 886 y siguientes, al tenor del pliego de fojas 878, reconoció que contrataron a la empresa de publicidad TBWA/Federick S.A para la realización de la campaña comparativa denominada “desafío Cruz Verde precios bajos siempre“, con quien tienen contrato permanente, aprueba la gerencia de marketing, que los precios varían frecuentemente, que los medicamentos genéricos se venden más en unidades que los de marca, que venta de genéricos equivale al 36,6% de las unidades de medicamentos vendidos en el mercado y un 30% en ventas de Cruz Verde , que conoció las bases con que se hizo la lista de medicamentos más consumidos y se uso datos del IMS Health, se excluyeron los medicamentos genéricos porque el estudio que hicieron era por ventas en pesos y solo representan un 7,8%, empresa publicidad es miembro del Conar y defendió la campaña, que principal competidores son Fasa y Salcobrand, que Sernac le pidió información sobre fundamentos técnicos de la campaña, campaña fue denunciada por Sernac en Policía Local; que con fecha 4 de octubre de 2007 Cruz Verde modifico las bases de la promoción y crea campaña “desafío Cruz Verde Precios Bajos comprobados” que tiene como universo de medicamentos los “mas consumidos” o de “mayor venta ponderada”.

DECIMO: Que a fojas 713 se recibió oficio del Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago remitiendo copias autorizadas de la causal Rol 23423-3007 caratulada Sernac con Farmacia Cruz Verde, de cuyas piezas cabe dejar constancia que con fecha 30 de octubre de 2007 el abogado Jefe de la División Jurídica del Servicio Nacional del Consumidor, Sernac, presentó una denuncia infraccional en contra de la demandada de estos autos, en relación con la campaña publicitaria ya referida, por infracción a la ley de protección al consumidor, artículos 33, 3 b), 32 y 28, sancionada en el artículo 24 de la ley 19.496, y que declaró el representante legal de la denunciada, señalando que se trataba de una promoción que consistía en comparar los precios que se publicaban tanto propios como del competidor directo Fasa –de una selección de 685 productos medicamentos de marca-, que el slogan es propio del ámbito publicitario, que en notas al margen y en las bases notariales se especifica que no incluye los medicamentos genéricos así como que para obtener los descuentos es necesario ser cliente MAS Cruz Verde,

UNDECIMO: Que a fojas 241 requirió la práctica de un peritaje acerca de los perjuicios y daños invocados, designándose al efecto a 791 a don José Luis Varela González, contable, en cuyo informe de fojas 1010 concluye que las ventas reales de Fasa aumentaron levemente, igual que los ingresos por explotación, no puede informar acerca de un presunto daño a la imagen o reputación de la empresa, pero según la cantidad de locales hubo una disminución de 13,38% en las ventas esperadas.

DUODECIMO: Que a su turno, la parte demandada acompañó como prueba instrumental, a) fallo del 18° Juzgado civil sobre asuntos de competencia Juzgado de Policía Local, b) parte de la historia fidedigna de la ley en que se eliminó la expresión “objetivo”; por escrito de fojas 461, 1) set impresiones gráficas de Publicidad comparativa de Fasa de 2004, 2) Tema de domingo semana 26 de septiembre de 2004, 3) copia legalizada Diario La Nación de 22 de septiembre de 2004, 4) copia legalizada Las Últimas Noticias de 21 de septiembre de 2004, 5) avisos de prensa publicidad comparativa Fasa año 2004 y 2005, 6) copia aviso TV 2004 Fasa de boletas con publicidad comparativa, 7) set copias autorizadas de publicidad comparativa en medios de prensa escrito Publímetro de 1° de marzo a 5 de noviembre, en La Hora de 5 de marzo a 27 de septiembre, en Las Últimas Noticias de 11 de marzo a 31

de octubre, en La Cuarta de 11 de marzo a 3 de octubre, La Tercera de 11 de marzo a 7 de octubre, El Mercurio días 8 y 27 de abril y 6 y 20 de mayo, El Sur de Conce los días 29 de abril y 6 de mayo, Lider los días 29 de abril y 6 de mayo, Austral de Temuco los días 29 de abril y 6 de mayo, El Centro, La Estrella de Iquique y El Mercurio de Valparaíso el día 29 de abril, todos de 2007; 8) fotografías de publicidad de Fasa de 2004 en TV y sus guiones, 9) 5 CD`s con publicidad de cadenas de farmacias entre 2000 y 2007 -cuya audiencia de percepción documental se verificó a fojas 755 -,10) 2 anillados con base de datos de IMS Health, 11) certificación de IMS Health Chile de 13 de diciembre de 2007, 12) 40 juegos de protocolizaciones de boletas de compras de medicamentos en Farmacias Ahumada del periodo de 7 de marzo a 5 de noviembre de 2007, 13) seguimiento cotizaciones de precios de medicamentos de marca mas consumidos en Fasa y Cruz Verde, 14) impresos de la pagina web Fasa, 15) ficha estadística codificada uniforme FECU de Fasa de los 4 trimestres de 2005, 2006 y 3 de 2007, 16) informe de Larrain Vial por precios de acciones de Farmacias Ahumada, 17) Brand Tracking Adimark trimestre mayo-julio 2007, 18) estudio BTA Farmacias de noviembre de 2007, 19) documento que explica metodología y factores de medición del BTA, 20) copia legalizada diario La Tercera de 2 de diciembre de 2007 primer lugar de farmacia Cruz Verde en ranking de de reputación corporativa, 21) informe ICCOM conociendo cliente Fasa junio-julio 2007, 22) Resolución N° 634 de Fiscalía Nacional Económica, 23) informe económico del doctor Patricio Rojas de 12 de diciembre de 2007, 24) con los N° 46 a 51 artículos de prensa, 25) con los N° 52 a 54 informes publicitarios de experto en marketing Jorge Jarpa, 26) informe en derecho de abogado publicista Jorge Fuenzalida Rioseco, a los que se les asignó custodia N° 2207-2010, 27) a fojas 482 Copia exposición de motivos que acompañó Ley 19.911 y copia historia ley 20.169.

DECIMO TERCERO: Que a fojas 477 la demandada pidió exhibición de documentos de la contraria, quien en audiencia de fojas 931 exhibió copias de formularios 29 de impuestos de Farmacias Ahumada de marzo a diciembre de 2006 y 1007, dejando copia, estados de resultados de Farmacias Ahumada año 2006 y primer semestre 2007, balances tributario, ventas de 24 meses, detalle de locales y facturaciones, que se guardan en custodia N° 80.321.-

DECIMO CUARTO: Que rindió prueba de testigos, compareciendo Edmundo Yañez Olarte, fojas 503, Jorge Fuenzalida Rioseco, abogado, fojas 506, ratifica y explica su informe signado con el N° 55 del escrito de fojas 461, Jorge Jarpa Vrandecic, ingeniero consultor, Pedro Garcia Gourdin, Gerente Marketing Cruz Verde , fojas 520 Patricio Rojas Ramos, ingeniero comercial, hizo un informe, quienes legalmente interrogados y sin tachas, dando razón de sus dichos, estuvieron contestes en declarar que la publicidad comparativa es lícita y la controvertida no configura acto de competencia desleal.

DECIMO QUINTO: Que produjo la absolución de don Sergio Purcell Robinson, Gerente General de Farmacias Ahumada, quien a fojas 912 depuso al tenor del pliego de posiciones rolante a fojas 906 y confesó que el mercado farmacéutico se caracteriza por ser altamente concentrado en cuanto a los actores, la que depende de múltiples factores entre los que se encuentran número de locales, ubicación, mix de productos, políticas de precios, mayor o menor capacidad para adaptarse a ciclos económicos; que Cruz Verde es líder en el mercado farmacéutico; que dentro de los productos que ofrecen están los farma o medicamentos, que se clasifican en genéricos y de marca, cuyas ventas son informadas a diversas entidades entre las que esta IMS Health y/o AC Nielsen, quienes levantan información total del mercado, expresada en volúmenes y valores, y los principales proveedores de esos farma son laboratorios, droguerías, depósitos de distribución e importadores de productos farmacéuticos, los que están obligados a comercializar sus productos en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias; que comercializan otros productos no solo farma, que manejan un total de 19.000 productos; que para reposicionar su marca han incurrido en gastos en marketing; que sus contratos de suministro son anuales o semestrales.

DECIMO SEXTO: Que a fojas 791 el tribunal designó a don Juan Franciso Yañez Espinoza, contador auditor, para la realización del peritaje contable pedido por la demandada a fojas 475, cuyo informe rola a fojas 940, en que concluye –en base a ventas brutas totales de medicamentos de uso humano comercializados en el mercado de farmacias privadas- que Fasa ha tenido un crecimiento sostenido en participación subiendo de 31,59% en el 2004, en 2005 a 36,26%, en 2006 a 38,43%, en 2007 con 40,64%; estima que

el crecimiento porcentual de ingresos y de explotación Fasa fue un poco más alto que Cruz Verde.

DECIMO SEPTIMO: Que ha de desentrañarse de entre lo aseverado, controvertido y probado, aquello que resulte idóneo y relevante a los efectos de la acción de que se trata, al tenor de las normas que se estiman vulneradas por la parte demandante, esto es, si la publicidad realizada por la demandada importa un acto de competencia desleal que infringe la ley 20.169, en cuyo artículo 1º se consagra como finalidad proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal.

DECIMO OCTAVO: Cabe señalar que el desarrollo económico, evolución en los mercados y en la conciencia de los derechos desde y hacia el colectivo y a los demás, han requerido la dictación de normas más acotadas y que se hagan cargo precisamente de los nuevos desafíos, de modo de ir avanzando en la profundización de aquellos derechos, como en el caso sería a partir de la garantía constitucional que asegura desarrollar una actividad económica reconociendo como único límite la constitución y las leyes, y si bien en un incipiente mercado en plena formación, disputas como la de ahora apenas se esbozaban –ya porque los propios entes no la concebían como por no ser necesaria- nuestro legislador quiso reprimirla, sancionándola desde diversos ámbitos, lo que explica que tantas veces se alcen en un caso como este, como ocurre en otros asuntos.

DECIMO NOVENO: Que valga decir que si bien los ámbitos de competencia de esta sede difiere de aquella que las propias leyes especiales han reservado para la protección al consumidor o el orden público económico, a ello no puede darse una lectura purista y absoluta, que lleve a descartar a priori lo allí discutido y resuelto.

VIGESIMO: Que primeramente las partes discrepan acerca de las condiciones o requisitos de una conducta para ser tipificada como la infracción que se denuncia, estimando el actor que la publicidad debe ser veraz, demostrable y objetiva, en tanto que la demandada asevera no ser propia la exigencia de objetividad por haberse eliminado dicho vocablo del

articulado de que se trata, conforme queda demostrado en las intervenciones de los legisladores que adjunta.

VIGESIMO PRIMERO: Que al efecto, atendido el claro tenor literal de la norma ya transcrita, no cabe ni procede desentrañar el espíritu de la misma y por ende carece de sustento el planteamiento del demandante al reprochar por esta acción la falta de objetividad de la conducta publicitaria, por mas que ello si haya sido o sea relevante en otra sede.

VIGESIMO SEGUNDO: Que tal como de colige del artículo 2 de la ley 20.169 es menester diferenciar la competencia desleal de la libre competencia, según el bien jurídico que amparan, ya que ambos históricamente fueron resorte de los organismos llamados antimonopolio, a la luz del D.L. 211, estatuto legal que la ley 19.911 de 2003 entregó al tribunal de defensa de la libre competencia, especializado en protección del orden público económico, el que sólo puede conocer y sancionar un acto de los primeros si a la vez configura un atentado a la segunda, y entre los actos que busca reprimir la 20.169 se enumeran el aprovechamiento de reputación, inducir a error sobre las ventajas de lo ofrecido por uno o por el competidor, las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas que menoscaban reputación en el mercado, manifestaciones agraviantes discriminatorias, toda conducta que busque inducir a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor, comparación que no sea veraz y demostrable, el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales para entorpecer la operación de un agente del mercado, imponerle a un proveedor condiciones de contratación para sí, establecer cláusulas contractuales o conductas abusivas en desmedro de los proveedores o el incumplimiento sistemático de deberes contractuales contraídos con ellos, conductas todas en las que subyace el interés de un competidor en particular, a quien se le pretende sustraer clientela, en términos tales que por el primer cuerpo legal se salvaguardan las características del mercado, como un fin en si, y si bien la competencia –como afirma la demandada- es sana para el mismo, no es aquella que desdeña a su competidor por medios ilícitos, a quien se protege acá, de donde se sigue que allí tiene legitimación activa cualquier actor del mercado, en tanto que en ésta sede sólo puede impetrar amparo el afectado.

VIGESIMO TERCERO: Que de ello también se sigue que las consideraciones acerca de la publicidad realizadas por entidades 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.

VIGESIMO CUARTO: Que sin perjuicio de lo dicho, tratándose de expresiones propias de una ciencia o arte, según el artículo 23 del Código Civil, hemos de recurrir a la descripción hecha por el artículo 10 del llamado código de ética publicitaria, en cuanto entiende por publicidad comparativa aquella que explícitamente identifica a la competencia o sugiere nombre, envase, presentación, atributo, hecho o elemento que la relacione con una o más marcas de empresas de la competencia o una industria particular, no debe inducir a confusión o error en el público y apoyarse en antecedentes objetivos que puedan ser comprobados fehacientemente.

VIGESIMO QUINTO: Que de la descripción anterior se vale el actor para exigir que se predique lo objetivo en la conducta del demandado, tal como le cuestionó la Conar en sus sentencias en tal sentido, o el Sernac en sus estudios, indagaciones o requerimientos, pero que no se encuadran en la infracción materia de esta gestión.

VIGESIMO SEXTO: Que no ha sido cuestionado el carácter de comparativa de la campaña publicitaria cuestionada, por lo que resta determinar si la realizada por la demandada Cruz Verde –desarrollada por su encargo por una empresa del rubro- constituye un medio ilegítimo, como afirma el demandante, para desviar hacia sí clientela.

VIGESIMO SEPTIMO: Que si bien es propio de toda publicidad el objetivo de captar la atención del consumidor, influir en sus preferencias y posicionarse, claramente ha de ser mediante el arbitrio de técnicas legítimas, estando generalmente aceptadas según las buenas costumbres, las positivas o que tienden a poner de manifiesto atributos o beneficios, en desdén de las que atacan al contendor, y pese a que Cruz Verde aduce que su campaña planteaba un desafío a los consumidores para que compararan aquello que se afirmaba,

esto es, que tenían precios bajos siempre, esa sola circunstancia no valida las bases o antecedentes en que dice apoyarse, así como por el contrario, las pruebas relativas a compras hechas en uno y otro al igual de la publicidad, tampoco son idóneas, máxime si ambas partes consienten que el mercado farmacéutico es extremadamente variable.

VIGESIMO OCTAVO: Que entonces, a fin de ponderar los antecedentes, toca analizar las “Bases Promoción ...” de 10 de agosto de 2007, una de cuyas copias rola a fojas 863, cuyos principales puntos establecen como objetivo premiar la preferencia de los clientes de Cruz Verde, que se aplicará a las personas naturales que estén inscritas en el programa MAS Cruz Verde y que efectúen compras para consumo familiar en cualquiera de sus locales, que consiste en otorgar respecto de Farmacias Ahumada los mejores precios (sic) en los medicamentos calificados de mayor venta ponderada, aplicable con todo medio de pago y vigencia de 11 a 31 de agosto de 2007, prorrogable cada 15 días.

VIGESIMO NOVENO: Que en las imágenes que acompañan la promoción, se advierten personas exhibiendo boletas por compras de mismos productos en locales de ambas partes, destacando que el total de la demandada es menor al de la persona coloreada en rojo, sin mayores detalles, en tanto que las bases notariales establecen una mejor oferta sólo para un segmento del mercado –los inscritos en un programa de fidelización, conocido como de acumulación de puntos- .

TRIGESIMO: Que desde luego, es de toda lógica afirmar que una comparación es legítima y acertada cuando coteja objetos o información de asimilable, lo que no ocurre en el caso, en que se enfrenta un consumidor cualquiera con uno específico, que ya tiene un cierto vínculo al oferente, a lo que no obsta la afirmación de la demandada de que es de fácil suscripción y que con las compras de la promoción no se acumulara puntaje, puesto que restringir de esta manera la información develada, revela su intención de captar nueva clientela, que no es otra que aquella del competidor aludido ex profeso.

TRIGESIMO PRIMERO: Que por otra parte, la publicidad nada explica acerca del universo de productos objeto de la promoción, siendo que en sus

bases se consigna un reducido número a los que se aplica la oferta, elaborada mediante un complejo sistema, no obstante el informe descrito en el N° 11 del motivo duodécimo -signado con el N° 23 del escrito de fojas 461- afirma responder a una metodología científica arrojando un 93,8% de correspondencia, incurre en una serie de inexactitudes, como excluir medicamentos genéricos, incluir algunos productos que no son medicamentos (como algunos champus y cremas que se leen en la lista adjunta) y que nada de ello se refleja en la expresión “de mayor venta ponderada”, máxime que el mismo organismo deja un margen en que certeramente lo ofertado no es real.

TRIGESIMO SEGUNDO: Que valga recordar que ambas exigencias de veracidad y constatación son copulativas, es decir, no basta con probar o pretender probar la veracidad de la afirmación, la que como se viene razonando es relativa, dada la variabilidad del mercado, siendo imposible fijarla al momento exacto en igualdad de condiciones, sino que en todo caso ha de ser demostrable, y las limitaciones anotadas en torno a las calidades del destinatario de la oferta mejorada no se aprecian a fácil observación en las emisiones de la publicidad, escrita ni televisada, ni se precisan los requisitos para obtener el precio más bajo ofertado, sin que sea suficiente una leyenda a pie de imagen o impreso –casi imposible de percibir- que remite a unas bases que constan en una notaria, dificultando laxamente la posibilidad de verificar su contenido- aspectos que provocaron reproche en sede ética y cuestionamiento en protección al consumidor.

TRIGESIMO TERCERO: Que en efecto, si bien la exaltación de la comparación puede provocar en el consumidor, destinatario o cliente el deseo de hacer la comparación, y puede que la haga, no resulta indubitado que su resultado sea el ofrecido, incierto que no es admisible en el ámbito de la lealtad para competir, y que permiten cuestionar el uso de este estilo en este mercado en particular.

TRIGESIMO CUARTO: Que por su parte, la demandada con fecha 4 de octubre de 2007 modificó las bases de su promoción, reunificando 4 promociones en una nueva “bases promocionales con aplicación de descuentos Farmacias Cruz Verde, que incluye “25% descuento medicamentos uso permanente...”, “descuento 10% adicional tarjeta de

crédito Cruz Verde”, la comentada, y “desafío Cruz Verde precios bajos en medicamentos genéricos definidos, con vigencia hasta el 30 de noviembre de ese año, y en cuyo punto Tercero se menciona el Desafío Cruz Verde expresando que la última de sus protocolizaciones se extendió el 10 de agosto de 2007, modificación o cambio que no importa necesariamente un reconocimiento al planteamiento de Fasa, toda vez que incluso la demandada o la empresa de publicidad contratada por ella tenía la exigencia de ajustar su proceder al dictamen del Consejo al que voluntariamente aquella adhiere.

TRIGESIMO QUINTO: Que acerca del tiempo en que esta campaña se habría desarrollado, pese a que el demandado alega que ella solo se inició en días de agosto, tal como se describió, la modificación de octubre reconoce que en agosto fue la última de aquella, y de las copiosas reproducciones de la parte escrita de la publicidad en medios de prensa, allegadas por ambas partes, fluye –además del conocimiento público de ello- que la publicidad comparativa se desplegó por mayor tiempo que el que pretende reconocer, ya bajo la denominación de Desafío Cruz Verde, como también con el slogan precios bajos sin competencia.

TRIGESIMO SEXTO: Que aun cuando en este estado sea de difícil determinación la fecha exacta en que se desarrolló la comparación, ello no obsta a concluir que por diversos arbitrios y medios la demandada realizó publicidad de tipo comparativa, ya enfrentando en imágenes a dos consumidoras que exhiben boletas, o haciendo un seguimiento filmado de su compra, resaltando en ambos casos colores para cada una que claramente permiten atribuir a una u otra cadena de farmacia, como se replica en los listados de medicamentos, estando contestes las partes al menos a partir de agosto de 2007, sin que se tengan las bases del periodo previo.

TRIGESIMO SEPTIMO: Que la alegación del demandado acerca de que este tipo de publicidad se habría exhibido desde mucho antes de la fecha indicada por el libelo, en nada altera la apreciación infraccional de la conducta, puesto que si bien sólo puede ser reclamada por el perjudicado o amenazado, el que no lo haya denunciado antes no importa su convalidación, ni comparte esta juez las perniciosas secuelas que pretende la defensa colegir

de la invocada teoría de acto propio, por ser del todo contraria al espíritu de la normativa de que se trata.

TRIGESIMO OCTAVO: Que acerca de la finalidad con que se despliega la conducta reprochada, el tipo infractor sanciona las conductas que –con las características ya descritas- tengan por objeto desviar la clientela, intencionalidad que queda de manifiesto al referir única, exclusiva y directamente al competidor Farmacias Ahumada y no a otro, como ratifican los propios términos de las bases de la promoción, al indicar precisamente que su objetivo es mejorar los precios respecto de aquella.

Que corrobora el aserto anterior la circunstancia que en definitiva la demandada ofrecía –bajo letra pequeña- favorecer en definitiva solo a aquellas personas naturales adscritas a su programa de puntos, puesto que agrega una condición al cliente, independientemente si ello era simple o no, pretendiendo captarlo y sustraerlo para si, lo que es propio de la desviación de clientela en comento.

Que a lo concluido no obsta lo aseverado por la demandada en el sentido que su posible aumento de participación en el mercado farmacéutico sea en desmedro de un tercer partícipe del mismo, tanto porque no resultó probado como por no ser exigencia legal que tal desvío se logre.

TRIGESIMO NOVENO: Que hay asidero de lege ferenda a lo dicho, toda vez que esta ley ampara al perjudicado y aun al amenazado por un acto desleal, y en cuanto permite deducir en forma conjunta o separada las acciones que confiere, siendo solo una de ellas la reparatoria, disintiéndose de la opinión de que todo el estatuto legal en estudio esté revestido de consideraciones reparatorias y privatistas, que llevarían a excluir la infracción a falta de perjuicio concreto.

CUADRAGESIMO: Que por lo razonado, esta sentenciadora estima acreditado en autos que la campaña publicitaria realizada por la demandada difundida en medios escritos y televisivos, constituye un acto de competencia desleal, tipificado y sancionado por los artículos 3 y 4 e) de la ley 20.169.- declarándose en tal sentido.

CUADRAGESIMO PRIMERO: Que acerca de la acción de cese o prohibición del acto, se confirma la orden de no exhibir esta publicidad por cualquier medio de prensa, como se había decretado provisoriamente en la medida cautelar especial, y por la de remoción de sus efectos, se dispondrá publicar un extracto de este fallo en la forma que se dirá en la decisión.

CUADRAGESIMO SEGUNDO: Que en lo tocante a la acción de indemnización de perjuicios deducida conjuntamente en el libelo, es del caso señalar que la propia ley remite a las exigencias del título XXXV del libro IV del Código Civil, esto es, la responsabilidad extracontractual, cuyos presupuestos son que exista un acto o hecho del demandado ilícito, que se haya realizado con dolo o culpa, que exista perjuicios para el demandante y que haya una relación de causalidad entre tal acto o hecho y los perjuicios sufridos.

CUADRAGESIMO TERCERO: Que con lo rendido y asentado precedentemente se tiene por concurrente el primer requisito, en torno a lo ilícito de la conducta del demandado, y en cuanto a su factor subjetivo, su intencionalidad positiva se desentrañó y estableció en el motivo 38°.

CUADRAGESIMO CUARTO: Que acerca de los perjuicios por lo pronto se echa de menos en el libelo un mayor desarrollo acerca de los hechos que sustentan su pretensión de reparación, enunciando que se reclaman daño material, por daño emergente por una suma que correspondería a gastos, entre los que enumera de publicidad o pérdida de descuentos por venta de volúmenes, etc, (sic), lucro cesante por menores ventas durante la exhibición de la campaña, y daño moral por lesión a su reputación.

CUADRAGESIMO QUINTO: Que recayendo en el actor la carga probatoria, es del caso que la rendida resulta insuficiente y aun contraria a sus intereses para esclarecer el daño material por daño emergente, ya que si bien se agregaron facturas por marketing y publicidad, no se cuenta con otros antecedentes que permitan vincular de modo causal a los efectos de la competencia desleal los gastos publicitarios en que incurrió, ni es dable presumir por cuanto tiempo debió reforzar ese marketing para revertir las secuelas de la conducta sancionada

CUADRAGESIMO SEXTO: Que en lo tocante al lucro cesante, teniendo presente las múltiples características del mercado , en particular de las cadenas de farmacias, no ha resultado acreditado con los documentos allegados ni con el peritaje pedido, que durante la exhibición de esta campaña o inmediatamente luego de ella y a consecuencia directa de la misma, haya habido una baja en las ventas de la actora, toda vez que el perito menciona una reducción en las ventas, pero nada aporta acerca de su relación causal, pudiendo aquello deberse a múltiples razones, estacionarias, de ubicación, tanto más cuando no se detalló si las bajas eran de los mismos medicamentos ofrecidos más baratos por el demandado, y en todo caso lo sería acotado al periodo que va entre agosto y el 6 de noviembre de 2007 en que se ordenó la suspensión de la campaña.

CUADRAGESIMO SEPTIMO: Que por ser contradictorias las declaraciones de los testigos de ambas partes, estando todos bien instruidos y calificados para deponer, justificando lo que expusieron y siendo en número semejante, se anulan y poco aportan en este sentido.

CUADRAGESIMO OCTAVO: Que esta sentenciadora no descarta la procedencia de una reparación que corresponda al daño a la imagen, pero no bajo el concepto de daño moral como refiere la profesora Dominguez, sino en cuanto su reputación y buen nombre en el mercado tenga un efecto cuantificable, por ser aquel propio de las emociones o dolor, pero careciendo la suscrita de elementos que permitan valorar la merma en el prestigio comercial de la actora, que no es lo mismo que el valor de su marca o la transacción bursátil de su propiedad, resulta impropio a derecho, realizar estimaciones por mas que se invoque el justii prudens.

CUADRAGESIMO NOVENO: Que además pesa en esta falladora la convicción que la condena por acción de remoción, compensará o paliara los perjuicios que por aquel concepto pueda haber experimentado o vislumbrado la demandante.

QUINQUAGESIMO: Que por la naturaleza de los asuntos, pese a no ser totalmente vencida, se le impondrá al demandado el pago de las costas.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 44, 1698, 2314 y demás del Código Civil, y 160, 170, 254, 342, 346, 384, 399 y 426 del Código de Procedimiento Civil, ley 20.169, se resuelve:

I.- Que se acoge la demanda de fojas 1, en cuanto se declara que la exhibición por Cruz Verde de la publicidad comparativa contenida en la campaña publicitaria “Desafío Cruz Verde precios bajos sin competencia” constituye un acto de competencia desleal.

II.- Que se prohíbe a la demandada exhibir la referida publicidad, por medio escrito o en televisión u otro medio de comunicación.

III.- Que se ordena publicar, por una sola vez, a costa de la demandada un extracto del presente fallo, en todos los medios de prensa de circulación nacional y en todos los canales de televisión abierta en un horario franjeado normal.

IV.- Que se rechaza la acción de indemnización de perjuicios.

V.- Que se condena en costas a la parte demandada.

Regístrese, notifíquese y en su oportunidad, archívese.

DICTADA POR DOÑA ROCÍO PÉREZ GAMBOA, JUEZ TITULAR.
AUTORIZA DOÑA MARÍA ISABEL REYES KOKISCH, SECRETARIA
TITULAR.-

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