

EN LO PRINCIPAL: Requerimiento.

EN EL PRIMER OTROSÍ: Receptor judicial.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Acompaña documentos.

EN EL TERCER OTROSÍ: Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONOMICO, con domicilio en calle Agustinas N° 853, piso 2, Santiago, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 letras b) y c) del Decreto Ley N° 211, y fundado en los antecedentes de hecho, de Derecho y económicos que a continuación expondré, formulo requerimiento en contra de **Cervecera CCU Chile Ltda.**, Rut N° 88.586.400-7, representada por su gerente general, don Johan Doyer, ambos domiciliados en Av. Pdte. Eduardo Frei Montalva N° 8000, comuna de Quilicura, en adelante "**CCU**".

El requerimiento tiene por objeto que ese H. Tribunal declare que la requerida ha infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en particular su letra b), pues abusando de su posición dominante, ha incurrido en la práctica de prohibir a distribuidores minoristas la comercialización de productos cerveceros de la competencia, por medio de la inclusión de cláusulas de exclusividad en sus contratos con hoteles, restaurantes, pubs, bares y discotecas, razón por la cual ha de ser condenada al pago de la multa que se señalará, previniéndola, además, para que cese en esta conducta y no la realice en el futuro, bajo apercibimiento de considerársele reincidente, y todo ello, con expresa condena en costas.

I. LOS HECHOS

1. La requerida, abusando de su posición dominante en el mercado de la cerveza, ha incurrido en la ilícita práctica de prohibir, en un número significativo de contratos con establecimientos minoristas, la

comercialización de productos cerveceros que compiten con las marcas que ella elabora y comercializa.

2. Esta práctica se ha realizado por medio de la celebración de contratos con hoteles, restaurantes, pubs, bares y discotecas, esto es, el canal de consumo inmediato, en los que se restringe la libertad comercial y contractual de estos distribuidores minoristas, por medio de la imposición de cláusulas de exclusividad que obligan a comercializar solamente los productos de la requerida. En consecuencia, los establecimientos minoristas quedan obligados a comprar a CCU el total de los volúmenes de cerveza que comercialicen en sus locales, estando imposibilitados de adquirir y comercializar cervezas que no sean aquéllas envasadas, elaboradas y/o comercializadas por CCU.
3. Más aún, los contratos establecen, además, que no se podrá exhibir ninguna imagen, interior o exterior, de otra cerveza, ni tampoco realizar ningún tipo de evento dentro o fuera del local alusivo a cualquier marca de cerveza que no sea comercializada por CCU, quedando excluidas de ser promocionadas tanto cervezas nacionales como importadas que sean elaboradas y/o comercializadas por empresas competidoras de CCU.
4. En suma, la requerida prohíbe la comercialización de productos cerveceros diferentes de CCU en estos establecimientos minoristas, reforzando aquello con la prohibición de promoción y publicidad, existiendo también algunos casos en que, formalmente, sólo prohíbe esto último, aunque en los hechos, se entiende, queda igualmente restringida la comercialización de productos de la competencia.
5. Más aún, con objeto de incentivar la celebración de estos contratos por parte de los comerciantes minoristas y, además, asegurar la comercialización exclusiva de sus productos, CCU incluye una contraprestación por el beneficio de que goza, consistente en el pago de sumas de dinero en favor del establecimiento minorista, cuyo monto depende de los años de vigencia de la exclusividad y el volumen de venta del establecimiento, el que queda sujeto a restitución en caso que el distribuidor comercialice productos

cerveceros de la competencia, hecho éste que por sí solo es considerado un incumplimiento del contrato y, por ende, causal de término, con multas.

6. En igual dirección apunta la entrega en comodato de bienes materiales con fines de identificación del local con las marcas de cerveza que comercializa la requerida. Estos elementos publicitarios incluyen mesas, sillas, quitasoles, toldos, vasos, publicidad luminosa, refrigeradores, coolers, etc., los que se entregan con objeto que se instalen en el respectivo local minorista, obligándose el comerciante a cautelar que no se altere en modo alguno la situación de cada uno de ellos, de manera que no se limite o entorpezca la presencia publicitaria de CCU ni la identificación del local con los productos de ésta.
7. Los contratos refuerzan la exclusividad, señalando expresamente que la promoción, publicidad y/o venta de cervezas distintas de las producidas por CCU constituyen actividades incompatibles con la exclusividad estipulada en y se considerarán incumplimientos. De esta forma, CCU puede solicitar el término del contrato, en caso que el comerciante minorista vendiese productos cerveceros, nacionales o importados, que no sean de aquellos elaborados y/o comercializados por CCU.
8. También hay casos en los que se estipula que el establecimiento minorista contratante debe alcanzar un volumen de compra de cerveza, estando facultada CCU, a su juicio exclusivo, para extender o prorrogar la vigencia del contrato en caso que no se haya alcanzado el volumen total de compra establecido en el mismo.
9. Por otra parte, con objeto de garantizar las multas y la devolución de lo pagado por concepto de la exclusividad, los contratos estipulan que se confiere mandato especial e irrevocable, por parte del comerciante minorista a CCU, para que ésta, en representación del primero, suscriba en caso necesario un pagaré a favor de CCU por el monto total adeudado.
10. Como puede apreciarse, es evidencia la intención de la requerida en cuanto a asegurar la dependencia de los distribuidores minoristas que contratan con ella. Esta dependencia proviene no solo del riesgo de verse imposibilitado de

comercializar los productos de la principal cervecera del mercado, sino que, además, es reforzada con la entrega de aportes en dinero y de bienes muebles publicitarios, con la obligación de adquirir cantidades mínimas de cerveza, y con los altos costos asociados al incumplimiento de la exclusividad, garantizados del modo que se ha visto, en contratos que incluso imponen el nombre del árbitro que ha de resolver los eventuales conflictos entre CCU y el distribuidor minorista.

11. La requerida, según sabemos, goza de poder de mercado en la industria cervecera, especialmente de cara a estos distribuidores, de modo que no podrá pretender que estos han concurrido libremente a celebrar estos contratos tipo, redactados en forma previa y estándar por ella, donde el minorista tiene pocas posibilidades de viabilizar su negocio sin los productos de CCU y, aún si esa libertad, que no existe, existiera, el poder de mercado que ostenta la requerida convierte esta práctica en un abuso reprochable en sí mismo, pues impone una fuerte barrera al ingreso al mercado.
12. Por lo demás, estas prácticas de la requerida, lejos de ser una circunstancia excepcional, constituyen una parte fundamental de su política de promoción, comercialización de sus productos y de posicionamiento de su imagen y marcas, ampliamente extendida en el mercado, al punto que la requerida se ha permitido realizarla por medio de contratos formales con los distribuidores minoristas sometidos a esta exclusividad.
13. En definitiva, el objeto de la exclusividad estipulada en estos contratos es, evidentemente, asegurar la posición dominante de que actualmente goza CCU en el mercado cervecero, por la vía de impedir el acceso a este mercado de potenciales competidores. Las prácticas expuestas son especialmente nocivas para empresas competidoras de CCU en el mercado de la cerveza, ya que otras marcas quedan impedidas de comercializar y promocionar sus productos en tales establecimientos.
14. De hecho, sufren las consecuencias de esta conducta, desde luego, la segunda cervecera en importancia en nuestro mercado, Cervecería Chile, pero además, y particularmente, pequeñas cervecerías artesanales, las que ven coartado su acceso a su principal canal de distribución, el de hoteles,

restaurantes, pubs, bares y discotecas, lo que obviamente se traduce en un claro perjuicio a los consumidores, que quedan impedidos de acceder a otros productos, restringiendo su libertad de elección, lo que se ve agravado por la insensibilidad ante el precio que presentan en el canal de consumo inmediato.

15. En efecto, los productores artesanales enfocan sus estrategias comerciales al grupo de cervezas “Premium”, cuyo principal canal de distribución es el de consumo inmediato. Por su parte, los consumidores de este canal valoran los atributos de las cervezas artesanales, tales como su proceso y la escala de producción, la variedad de sabores y tipos de cervezas que se logran (ámbar, negra, lager, etc), y por lo tanto están dispuestos a pagar por una cerveza de mayor precio.
16. Para apreciar la gravedad de las conductas reprochadas, se deben tener en especial consideración las características del mercado en las que se cometen: Un mercado altamente concentrado, al participar una gran empresa líder, que goza de más de un 83% del mercado (la requerida CCU); una empresa seguidora con una cuota de mercado del orden del 14% (Cervecería Chile) y otras cervecerías menores y/o importadores con una mínima participación de mercado. Además, en el canal donde se establecen las cláusulas de exclusividad, las condiciones de entrada son más favorables que en el resto, ya que el tamaño de planta eficiente y las inversiones en publicidad son de una importancia menor en relación al segmento de cervezas masivas; por lo tanto, la conducta reprochada tiene como objetivo precisamente aumentar las barreras de entrada a este canal de distribución.
17. En suma, la requerida, en abierto abuso de su posición dominante en el mercado de la cerveza, ha incurrido en la práctica de prohibir a distribuidores minoristas de este producto, la comercialización y promoción de productos cerveceros de la competencia, por medio de la inclusión de cláusulas de exclusividad en sus contratos con hoteles, restaurantes, pubs, bares y discotecas, con objeto de asegurar la posición dominante de que goza en este mercado, conducta que se ve agravada por las características cuasimonopólicas que éste presenta.

II. LA INDUSTRIA

II.A. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

18. La cerveza es el producto de la fermentación de la cebada malteada y en su elaboración se emplea lúpulo, levadura y agua, permitiéndose la adición de extractos fermentables. La cerveza se caracteriza por ser una bebida alcohólica más o menos amarga y espumosa y, salvo en cervezas especiales, su aspecto debe ser claro y brillante y deben estar libres de microorganismos patógenos y levaduras.
19. Actualmente, la industria nacional de la cerveza se encuentra altamente concentrada ya que el mercado está compuesto por un gran oferente, una empresa seguidora y una serie de productores artesanales e importadores menores.
20. La Compañía de Cervecerías Unidas S.A. (CCU) es el principal productor y comercializador de cerveza en Chile desarrollando además, el embotellado y distribución de bebidas analcohólicas, agua mineral y néctares; la producción, distribución y exportación de vino; y desde febrero de 2003, la producción y comercialización de pisco. A nivel internacional, participa como uno de los principales productores y comercializadores de cerveza en Argentina. Sus ingresos provienen principalmente de la producción y comercialización de cerveza en Chile y, en segundo término, de la venta de bebidas analcohólicas, embotellado de agua mineral y néctares. En Chile, CCU mantiene una participación relevante en los distintos mercados en que participa: aproximadamente 83% en cervezas, cerca del 23% en bebidas analcohólicas y del orden de 62% en agua mineral. En el mercado de la cerveza participa directamente por medio de la filial Cervecera CCU Chile Ltda.
21. Cervecería Chile es el segundo actor de la industria participando del mercado de la cerveza a una escala muy inferior a la de CCU. Finalmente, con una cuota de mercado mínima, se encuentran los cerveceros artesanales y algunas importadoras y distribuidores de cervezas.

22. Cervecería Chile es el competidor directo de CCU y sus productos han apuntado a entrar con mayor fuerza en el segmento de las cervezas “Premium” y de consumo masivo, con las marcas Stella Artois y Brahma respectivamente. Estas marcas se han distribuido principalmente a través del canal de consumo inmediato que se constituye por hoteles, restaurantes, pubs, bares y discotecas, y también, a través de supermercados. Actualmente y desde hace algo más de un año Cervecería Chile ha ganado más presencia en el canal botillerías que apunta al consumo doméstico a nivel de hogares.
23. El mercado de consumo masivo ha distinguido tradicionalmente entre cerveza “nacional” e “importada” que, en general, corresponde a cervezas ligeras y poco amargas fáciles de tomar. Sin perjuicio de ello, desde hace algunos años surgieron nuevos actores en la industria desarrollando el negocio de micro cervecería artesanal, orientándose al segmento “Premium” con cervezas en diferentes variedades y con un mayor grado de sofisticación.
24. Estos recientes participantes incorporan al mercado una variedad de cervezas (por ejemplo, “lager”, “stout” y “ale”¹) consideradas “Premium”, producidas a pequeña escala y orientadas a un público exigente y de mayor poder adquisitivo. Cervecerías Kunstmann² fue la pionera en la producción de este tipo de cervezas artesanales y dio la pauta para que, al menos en el Gran Santiago, aparecieran marcas como Capital, Oceanik, Kross y Die M.
25. La distribución de este tipo de cervezas es realizada, principalmente, a través de hoteles, restaurantes, pubs, bares y discotecas relativamente exclusivos, al que concurre público de mayor disposición a pagar a cambio de un producto más refinado.

¹ La cerveza “lager” es la más común en Chile y se produce tras la fermentación de la levadura, en torno a los 8 y 12 grados de temperatura, que sedimenta en el fondo de las cubas generando una cerveza limpia con sabores y aromas a cebada y lúpulo. El estilo “ale” (cerveza roja) se obtiene de una fermentación entre 15 y 20 grados (alta temperatura) y en la parte superior de la cuba generando una cerveza más intensa y con aromas y sabores frutales. “Stout” es una cerveza negra debido al uso de cebada tostada en su elaboración. Fermenta a alta temperatura en la parte superior de la cuba entregando aromas y sabores a caramelo, café tostado, cacao, entre otros.

² Micro cervecería Valdiviana. Actualmente, Kunstmann es controlada por CCU.

26. En particular, en esta industria se pueden distinguir una serie de segmentos de cervezas tales como: cervezas de conveniencia, cervezas de consumo masivo, cervezas “Premium” nacional e internacional, etc.; y dentro de estos segmentos pueden a su vez existir variedades en base a cantidad de alcohol, sabores, colores, aromas, entre otros.

27. Actualmente, el mercado de la cerveza presenta varios segmentos y dentro de cada uno de ellos han proliferado varias marcas que en muchos casos son propiedad de una misma compañía cervecera. El cuadro a continuación resulta ilustrativo para apreciar los diferentes nichos de mercado. Se muestra además la presencia de los principales agentes del mercado en cada segmento:

MARCAS Y TIPOS DE CERVEZAS POR COMPAÑÍA

	TIPO DE CERVEZA	CCU CHILE	CERVECERIA CHILE	OTROS
CON ALCOHOL	Conveniencia	Dorada	Báltica	
	Cervezas Masivas	Cristal - Escudo	Becker - Brahma	
	Premium Nacional	Aysen - Royal Guard - Austral - Kunstmann	Stella Artois	Capital - D'olbek - Oceanik - Gutmann - Kross - Colonos - Valvier - Die M. - Del Puerto - Barba Roja - Barba Negra.
	Premium Internacional	Heinecken - Budweiser - Paulaner - Imperial	Becks - Paceaña	Polar Imperial - Corona - Grolsh - Negra Modelo - Tecate
	Cerveza Ligth	Royal Guard Light	...	
	Cerveza Negra	Cristal Black Lager	Brahma Stout - Brahma Porter	
	Cerveza Roja	Cristal Red Ale	...	
	Cervezas Tipo Malta	Morenita	...	
BAJAS EN ALCOHOL	Otras	Lemon Stone - Orange Stone
SIN ALCOHOL		Kunstmann (Miel - Bock)		

Fuente: Elaboración propia en base a información de empresas.

28. En cuanto a la producción de la cerveza, la principal materia prima es la cebada malteada o malta que se obtiene a partir de la maceración y germinación de la cebada cervecera y constituye alrededor del 70% del volumen, el 30% restante corresponde a agua, lúpulo, levaduras y químicos preservantes.

29. En Chile existen al menos dos grandes proveedores de la cebada malteada: Agro Inversiones S.A. y Malterías Unidas S.A. El primero sólo vende grandes volúmenes a través de contratos y preparan únicamente malteada tipo Pilsen, mientras que el segundo es la única empresa del país que

elabora cebadas malteadas especiales como malta caramelo (usada para cervezas color ámbar) y malta tostada (empleada en cervezas negras).

30. Estas plantas constituyen los principales oferentes de la materia prima de la cerveza y el territorio nacional es relativamente apto para su cultivo, principalmente en la zona centro-sur por lo que no existe estacionalidad en su oferta.
31. En relación a la demanda de la industria, podemos agregar que el consumo de cerveza se ha venido incrementando a través de los últimos años pasando desde aproximadamente 26 litros per cápita anuales en el 2004 a 33.4 litros anuales per cápita a fines del 2006³.
32. Por otra parte, la demanda por cerveza tiene estacionalidad y presenta su peak durante el período estival. Esto hace necesaria que las compañías tengan una cierta capacidad de planta ociosa durante el período de baja demanda.

II.B. REGULACIÓN DE LA INDUSTRIA DE LA CERVEZA

33. Respecto de las bebidas alcohólicas en general, sus normas más relevantes se encuentran en la Ley N° 18.455, de 11 de noviembre de 1985, que fija normas sobre producción, elaboración, y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres y en el Decreto N° 78, del Ministerio de Agricultura, de 31 de julio de 1986, que reglamenta Ley N° 18.455.⁴
34. Sobre la elaboración de la cerveza, la Ley N° 18.455, en su artículo 20, establece que sólo podrá utilizarse cebada malteada, lúpulo, levadura y agua, permitiéndose la adición de extractos fermentables, principalmente medio grano y puntas de arroz, láminas y productos de la molienda del maíz.

³ Feller Rate Clasificadora de Riesgos, mayo 2007: "Informe de Clasificación: Compañía Cervecerías Unidas S.A."

⁴ Otras normas relevantes son la Ley N° 17.105, de 14 de abril de 1969, que fija el texto refundido de la ley de alcoholes, bebidas alcohólicas y vinagres y la Ley N° 19.925, de 19 de enero de 2004, que fija normas sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas.

Asimismo, se permite el uso de azúcares refinadas como extracto fermentable y edulcorante del producto final.⁵

35. El Reglamento de Ley N° 18.455 (Decreto N° 78, del Ministerio de Agricultura, de 31 de julio de 1986) establece en forma detallada los métodos permitidos de elaboración y conservación de la cerveza, señalando que debe elaborarse con un mínimo de 65 por ciento de cebada malteada, agregando que entre el resto de los extractos fermentables se puede incluir el azúcar, que no podrá exceder de un 20 por ciento del extracto fermentable total.⁶ Las prácticas autorizadas en la elaboración y conservación de las cervezas se señalan en el artículo 43 del Reglamento.⁷
36. Toda práctica no especificada en el artículo 43 del Reglamento será considerada ilícita, prohibiendo de modo particular las siguientes: el empleo de edulcorantes no autorizados por el Servicio Agrícola y Ganadero; el uso de principios amargos tales como cuasia, saúco y otros; el uso de colorantes o agentes de neutralización no autorizados por el Servicio Agrícola y Ganadero; el encabezamiento con alcohol y; el empleo de materias primas no autorizadas.⁸
37. Se consideran cervezas alteradas aquellas que no reúnen los requisitos indicados en el artículo 42 del Reglamento o que contengan un sedimento apreciable a simple vista.⁹ Por otra parte, son cervezas adulteradas aquellas respecto de las cuales se hayan empleado edulcorantes, colorantes o agentes de neutralización no autorizados por el Servicio Agrícola y

⁵ La cerveza es una bebida alcohólica fermentada. Las sustancias que contienen azúcar, fermentan por la acción de las levaduras, proceso en el cual se transforma la azúcar en alcohol.

⁶ Artículo 41 del Reglamento.

⁷ La corrección del agua de braceado y del agua para el lavado de orujos, siempre que conserve su potabilidad desde el punto de vista químico y biológico; el empleo de cebada malteada colorante, o de colorante natural de caramelo; el empleo de preparados naturales de lúpulo; el uso de enzimas que actúan sobre diversos carbohidratos para degradarlos o productos menos complejos de más fácil extracción; el uso de anhídrido sulfuroso proveniente de la combustión de azufre o mechas azufradas, gaseoso o líquido o de metabisulfito de potasio; la adición de ácidos para la corrección del PH del caldo; la clarificación mediante liquen y alginatos solubles o mediante materias inertes autorizadas para el vino; el empleo de enzimas pectolíticas o proteolíticas; la adición de ácido ascórbico y sus respectivas sales de sodio en las mismas proporciones autorizadas para el vino; la adecuada saturación por inyección de anhídrido carbónico; la pasteurización o la adición de inhibidores autorizados por el Servicio Agrícola y Ganadero; el empleo de estabilizadores de la espuma; el empleo de la tecnología de caldo concentrado y su posterior dilución y; el uso de azúcares refinados como extracto fermentable y edulcorante del producto final.

⁸ Artículo 44 del Reglamento.

⁹ Artículo 45 del Reglamento.

Ganadero.¹⁰ Finalmente, son cervezas falsificadas aquellas en que se hayan empleado materias primas no autorizadas o la adición de alcohol y en las que se detecte el uso de principios amargos distintos del lúpulo.¹¹

38. La cerveza debe tener un aspecto claro y brillante, salvo en cervezas especiales; tener sabor, color y aroma característicos; estar exenta de cuerpos ajenos a los ingredientes utilizados; estar libre de microorganismos patógenos, estar libre de levaduras u otros microorganismos en estado activo, exceptuando las cervezas no estabilizadas biológicamente y; tener un PH que fluctúe entre 3,8 y 4,5.¹²
39. El Servicio Agrícola y Ganadero lleva un registro de las bebidas alcohólicas que se comercialicen, produzcan, elaboren o importen, exigiéndose la entrega por escrito de los siguientes antecedentes: la naturaleza específica del producto; el nombre de fantasía, si lo tuviere; el nombre o razón social y domicilio del productor o fabricante, tratándose de un producto nacional, o del importador si se tratare de un producto de procedencia extranjera y; la composición genérica del producto y las materias primas utilizadas. Los productos que no se encuentren inscritos no podrán ser comercializados en el país.¹³

III. MERCADO RELEVANTE

40. Esta Fiscalía entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado¹⁴.

III.A. MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO

41. Conforman el mercado relevante, el producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos.

¹⁰ Artículo 46 del Reglamento.

¹¹ Artículo 47 del Reglamento.

¹² Artículo 42 del Reglamento.

¹³ Artículo 59 del Reglamento.

¹⁴ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

42. En base a la jurisprudencia en esta materia, la evidencia econométrica y el comportamiento observado en las empresas de este mercado, esta Fiscalía concluye que el mercado relevante corresponde al producto cerveza.
43. En efecto, en el Dictamen N° 1223, de la Comisión Preventiva Central, de 14 de octubre de 2002, sobre el ingreso de la firma holandesa Heineken Internacional B.V., a la propiedad de la Compañía Cervecerías Unidas (CCU), se señala que el mercado de la cerveza en Chile está altamente concentrado y dominado por dos grandes actores¹⁵, dejando un mínimo margen a otras marcas o empresas independientes. Considerando lo anterior, y ante el peligro que esta operación pudiese significar para la libre competencia en el mercado de la cerveza, y tomando en cuenta que la cervecera holandesa era ya propietaria de una parte de Cervecerías Chile, se efectuó una prevención a los participantes de este eventual convenio para que, previo a toda operación que tenga por efecto que personas que participen de la propiedad de CCU o de Cervecerías Chile adquiriesen parte de la propiedad de la otra, se debía consultar previamente a esa Comisión para evitar riesgos para la libre competencia.
44. De lo resuelto en este Dictamen, se desprende que el mercado de la cerveza ya ha sido considerado anteriormente como un mercado diferente del resto de las bebidas alcohólicas, el cual presenta un importante grado de concentración y, por lo tanto, características monopólicas, lo que justifica observar de cerca la conducta que tengan los agentes del mercado, en particular, la empresa dominante.
45. En experiencias extranjeras, se ha arribado a similares conclusiones. Por ejemplo, en el caso de concentración entre Quilmes/Baesa¹⁶, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina (CNDC), si bien no definió expresamente un mercado de producto, analizó por separado los efectos que traería la operación de concentración en los mercado de cerveza, agua mineral y gaseosas.

¹⁵ CCU, con el 88,7% y Cervecerías Chile, con el 11%.

¹⁶ Operación de concentración entre Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. (Quilmes) y Buenos Aires Embotelladora S.A. (Baesa), Dictamen N° 6/99, de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina (CNDC), de 25 de noviembre de 1999.

46. Una postura más clara tomó la CNDC respecto de la posible sustitución entre cervezas y gaseosas al analizar la operación de concentración entre Quilmes/Edisa¹⁷ estableciendo que las gaseosas y las cervezas no debían ser consideradas dentro de un mismo mercado relevante debido a la poca sustitución ente dichas bebidas por el lado de la demanda.
47. Por otra parte, las autoridades de la libre competencia de Brasil, al resolver el caso de la fusión Brahma – Antártica, determinaron que el mercado relevante es el de las cervezas, en oposición al argumento de las interesadas en cuanto a que el mercado relevante era el de las bebidas.¹⁸
48. En Panamá, el estudio de la fusión entre cervecías Baru Panamá S.A. y el Grupo Bavaria (Resolución N° PC139-02), por parte de la autoridad de defensa de la competencia de ese país, estableció que el mercado del producto se limitaba al de la cerveza. Se señaló que las bebidas tales como licores, néctares, gaseosas, vinos, cervezas, etc., si bien son productos destinados a saciar la sed o acompañar el consumo de alimentos, desde la perspectiva del consumidor son percibidas de manera particular y diferenciada. *“La razón estriba en que los consumidores otorgan a cada uno de los tipos de bebidas ocasiones de consumo y finalidades distintas, por lo que no pueden ser consideradas como sustitutos entre ellas”*, señaló el organismo.
49. En Europa, se han analizado una serie de casos de concentración entre cerveceras. La operación más relevante fue la de Orkla/Volvo¹⁹ que sentó jurisprudencia para operaciones posteriores. En ese caso se discutió la posibilidad de sustitución entre cerveza y las demás bebidas, y se estableció que el mercado de productos afectados por esa operación era la venta de cerveza en comercios al por menor y en hoteles y establecimientos de consumo.

¹⁷ Operación de concentración entre Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. (Quilmes) y Embotelladoras del Interior S.A. (Edisa), Dictamen N° 170, de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina (CNDC), de 7 de diciembre de 2000.

¹⁸ Resolución de fusión Brahma – Antártica, del Consejo Administrativo de Defensa Económica, acto de concentración N° 08012.005846/99-12, de 31 de enero de 2000.

¹⁹ Decisión de la Comisión Europea, 96/204/CE, de 20 de septiembre de 1995.

50. Por último, se puede mencionar el estudio llevado a cabo en España a raíz de la compra del 88.21% de Cruzcampo S.A. por parte del grupo Heineken. En esa oportunidad el Tribunal de Defensa de la Competencia de España²⁰ definió que el mercado relevante de producto era el de las cervezas, afirmando: *“Este tribunal concuerda con la Comisión y el Tribunal Europeo de Justicia, así tanto con el notificante, en que la cerveza constituye un producto propio, diferenciando tanto el de las otras bebidas alcohólicas como del de las no alcohólicas en razón de las especiales características de sus sabor, su proceso de producción y sus hábitos de consumo”*.
51. En virtud de la jurisprudencia citada, es claro que tanto en Chile como en experiencias extranjeras se ha considerado a la cerveza como un mercado de producto perfectamente distinto del de las demás bebidas, tanto alcohólicas como no alcohólicas. Ello además se puede concluir por la evidencia econométrica y el comportamiento que las empresas tienen en este mercado.
52. La conducta de los consumidores puede limitar el poder de mercado de una firma puesto que frente a aumentos en los precios de un producto, éstos sustituyen con relativa facilidad por otro producto cercano que satisfaga sus necesidades lo cual restringe la capacidad de la firma para alterar unilateralmente precios.
53. Agostini y Saavedra²¹, con anterioridad a la investigación realizada por esta Fiscalía y en forma independiente de ésta, realizaron un estudio econométrico para Chile en el que estiman las elasticidades propias y cruzadas de distintas bebidas alcohólicas. En relación a este estudio, se observa que:
- a) Las estimaciones econométricas para un modelo base, que controla por área geográfica y año e incorpora precios de otras cuatro bebidas alcohólicas (pisco, ron, whisky y vino), arrojan que la

²⁰ Dictamen recaído sobre el expediente de concentración económica Heineken/Cruzcampo, C 44/99, del Tribunal de Defensa de la Competencia de España, de 2 de diciembre de 1999.

²¹ “Análisis del Mercado Relevante, la Concentración y las Barreras a la Entrada en la Industria del Pisco”, Claudio Agostini G. y Eduardo Saavedra P., diciembre 2005, estudio solicitado por la empresa Pernod Ricard Chile, para efectos de analizar los posibles efectos de una eventual fusión entre Compañía Pisquera de Chile S.A. y Cooperativa Agrícola Pisquera Elqui Limitada (Capel).

elasticidad propia de la cerveza correspondió a (-5.22) para esa especificación básica.

- b) En una especificación mejorada que introduce al modelo base una variable que controla por tendencia, se obtuvo que la elasticidad propia de la cerveza fue (-4.15).
- c) Por último, al agregar una nueva variable que permite capturar los efectos del ciclo económico se obtuvo una elasticidad precio de (-3.28).

54. Por otra parte, los resultados que obtuvieron los autores para las elasticidades cruzadas de las diferentes bebidas alcohólicas, para las distintas especificaciones del modelo, respecto a la cerveza, se exhiben a continuación:

ELASTICIDADES CRUZADAS RESPECTO A LA CERVEZA			
BEBIDA	MODELO EMPLEADO		
	(i)	(ii)	(iii)
Pisco	0.41	0.37	0.43
	1.28	1.07	0.13
Ron	-0.29	-1.10	-1.30
	-0.56	-2.17	-2.51
Whisky	-1.12	0.00	0.11
	-1.57	-0.01	0.15
Vino	-0.32	-0.33	-0.36
	-0.92	-0.88	-0.93

Fuente: Agostini y Saavedra 2005.

Bajo cada elasticidad cruzada, estadístico "Z".

55. En suma, los resultados econométricos indican que el pisco, el whisky y el vino no constituyen un sustituto de la cerveza, ya que las elasticidades cruzadas de estos productos con la cerveza, no resultaron ser significativamente distintas de cero²². Para el caso del ron, aun cuando las especificaciones (ii) y (iii) arrojan que al 10% de significancia no se puede rechazar la hipótesis de que las elasticidades cruzadas son distintas de cero,

²² Para el caso del whisky, pisco y vino, en base al estudio de Agostini y Saavedra (2005), al 1%, 5% y 10% de significancia, estadísticamente no se puede rechazar la hipótesis nula de que las elasticidades cruzadas sean iguales a cero para los tres modelos especificados.

el signo de los coeficientes no indicaría que el ron sea un producto sustituto de la cerveza.

56. Por último, de acuerdo a declaraciones y antecedentes recogidos en la investigación, se puede afirmar que:

- i) En la totalidad de las declaraciones y entrevistas llevadas a cabo por esta Fiscalía, ninguno de los consultados hizo referencia a bebidas distintas a la cerveza.
- ii) La industria de la cerveza se encuentra segmentada y dentro de cada segmento existen una gran variedad de marcas.
- iii) Los esfuerzos en publicidad y promoción de los productos que realizan las grandes cervecerías involucran tipos e incluso marcas de cervezas de un determinado segmento, pero, en ningún caso incluyen otras bebidas alcohólicas o analcohólicas como ron, vino, aguas minerales, néctares, gaseosas, etc.²³

57. Conforme a lo anterior, se puede concluir que la industria no distingue el grado de sustitución entre cervezas de distintos segmentos y puede ser entendido que conforman un mismo mercado.

58. De acuerdo lo expuesto, y en consonancia con lo establecido por diversos organismos de defensa de la competencia en el extranjero, esta Fiscalía concluye que el mercado relevante del producto corresponde a la cerveza.

59. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, es posible diferenciar el mercado de la cerveza en base a sus canales de distribución e instancias de consumo.

60. En esa línea argumental se debe considerar que existe una clara diferencia en precios entre los productos que son comercializados a través de los canales de distribución masivos como supermercado y botillerías (cuya principal orientación es al consumo no inmediato) y los que son

²³ Esto es particularmente efectivo en el caso de CCU, que participa en mercados de bebidas alcohólicas y no alcohólicas diferentes de la cerveza.

comercializados a través de bares, pubs, hoteles, discotecas, los cuales apuntan a una instancia de consumo inmediato.

61. Una explicación razonable para lo anterior es que los consumidores no sólo están comprando una cerveza, sino que incorporan en su decisión atributos relacionados con servicio, entretención y “ambiente”, que les entrega el lugar donde beben la cerveza.
62. Asimismo, el cliente en un establecimiento de consumo inmediato es menos sensible al precio de la cerveza que en la compra efectuada en supermercados o botillerías, donde la elección del consumidor responde con frecuencia a las promociones en curso en el momento de realizar la compra.
63. En este sentido, y en congruencia con la posición adoptada por la Comisión Europea en el Caso IV/M.582 ORKLA/VOLVO y con el caso de concentración económica C44/99 Heineken-Cruz Campos, del Tribunal de Defensa de la Competencia de España, esta Fiscalía considera que es posible sostener la existencia de dos mercados de productos perfectamente diferenciables, a saber, el mercado de cerveza asociado al canal de consumo inmediato y el mercado de cervezas del canal de distribución masiva orientado al consumo doméstico.

III.B. MERCADO GEOGRÁFICO RELEVANTE

64. Esta Fiscalía entiende por mercado geográfico relevante, la menor área geográfica dentro de la cual sea probable ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos relevantes.²⁴
65. El producto cerveza es distribuido y comercializado a lo largo del territorio nacional a través de los diversos canales de distribución empleados por las compañías productoras con el objeto de llegar al cliente final, sin perjuicio de la existencia de productores a nivel local.

²⁴ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

66. Los principales canales de distribución son botillerías, supermercados, pubs, bares, discotecas, restaurantes y hoteles.
67. El canal botillerías comercializa principalmente cervezas de los segmentos de conveniencia y de consumo masivo, que se caracterizan por su bajo costo. En tanto, en el canal de supermercados, además de ofrecer cervezas de esos segmentos, se comercializan también cervezas de mayor valor, ya sean importadas o fabricadas en el territorio nacional gracias a la propiedad de la licencia. En ambos casos la venta de productos esta orientada a un consumo posterior (entiéndase no inmediato) y los canales representan importantes volúmenes en lo que a ventas físicas se refiere.
68. Por otro lado se encuentran los canales de consumo inmediato como hoteles, pubs, restaurantes, bares y discotecas que comercializan también cervezas de consumo masivo, pero principalmente del segmento “Premium” nacional e internacional, y en particular cervezas artesanales. Aunque los volúmenes de ventas de estos canales no son tan relevantes en términos físicos, no dejan de serlo en lo monetario.
69. Para acceder a esos canales, las compañías cerveceras emplean sus propias fuerzas de venta y/o venden a través de comerciantes mayoristas para proveer a minoristas y llegar así a los consumidores finales.
70. Lo anterior, implica que para los consumidores el tiempo y costo de traslado para sustituir un punto de comercialización por otro es relativamente bajo. Cabe mencionar que el grado de perecibilidad de este producto no resulta relevante al no imponer mayores dificultades para su traslado.
71. En consideración a lo anterior, este servicio concluye que el mercado geográfico relevante corresponde al territorio de la República de Chile.

III.C. ACTORES DEL MERCADO Y PARTICIPACIONES

72. Determinado el mercado relevante, lo que sigue del análisis es observar cómo se compone la industria. Para lo anterior se procede a identificar los

principales agentes y la participación de mercado que alcanza cada una de las firmas.

73. Como se mencionó anteriormente, la industria cervecera en Chile está muy concentrada y se compone básicamente por tres actores. El líder indiscutido es CCU, con una participación de mercado en torno al 83% y abarca prácticamente todo el espectro de segmentos observable de la industria. Le sigue de más lejos Cervecería Chile, con una cuota de mercado más reducida, del orden de 13% a 15% y que, aunque abarca varios segmentos, no se acerca en ninguno de ellos a la participación de la compañía líder, CCU. Por último, se encuentran varias marcas de pequeñas empresas cerveceras, que se reparten el mercado restante, junto a algunas compañías importadoras, que participan mayoritariamente del segmento “Premium” de las cervezas, pero con una cuota extremadamente baja.

PARTICIPACION DE MERCADO A NIVEL NACIONAL, DICIEMBRE 2006	
CCU	83.1%
Cervecería Chile	15.2%
Cervecerías Artesanales y Otros	1.7%

Fuente: Información proporcionada por las empresas.

74. El grado de concentración de la industria, medido con el índice HHI, es de 7.139, lo que refleja un mercado altamente concentrado²⁵
75. A continuación, se presenta la evolución de la participación de mercado por canal de distribución, tanto de CCU como de Cervecería Chile²⁶:

²⁵ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

²⁶ Para efectos del cálculo de la participación de mercado por canales de distribución se consideró sólo a los dos actores mas relevantes del mercado. Esto porque el resto de lo oferentes presentan una participación muy baja del mercado y, considerando además, su alta atonicidad hace muy difícil la obtención de dicha información.

PARTICIPACION DE MERCADO POR CANAL DE DISTRIBUCION, CCU CHILE				
	2003	2004	2005	2006 (*)
Botillerías y Almacenes	91.3%	93.0%	91.7%	91.0%
Canal de Consumo Inmediato	90.9%	91.9%	90.8%	90.7%
Supermercados	87.7%	89.4%	87.8%	86.0%
Otros Canales	94.8%	94.5%	91.1%	89.6%

Fuente: Elaboración en base a datos proporcionados por las empresas.

(*) Información a septiembre de 2006.

Al observar la información contenida en este cuadro, queda de manifiesto la mayor presencia de que goza CCU en el segmento de consumo inmediato y, más importante, la indiscutible posición dominante de que goza la requerida en este mercado, de la cual abusa por medio de las prácticas que son reprochadas en este requerimiento.

76. La evolución de la cuota de mercado por canal de distribución de “Cervecería Chile” se muestra a continuación:

PARTICIPACION DE MERCADO POR CANAL DE DISTRIBUCION, CERVECERIA CHILE				
	2003	2004	2005	2006 (**)
Botillerías y Almacenes	8.7%	7.0%	8.3%	9.0%
Canal de Consumo Inmediato	9.1%	8.1%	9.2%	9.3%
Supermercados	12.3%	10.6%	12.2%	14.0%
Otros Canales	5.2%	5.5%	8.9%	10.4%

Fuente: Elaboración en base a datos proporcionados por las empresas.

(*) Información a septiembre de 2006.

IV. CONDICIONES DE ENTRADA

IV.A. BARRERAS A LA ENTRADA

77. La Fiscalía entiende por barreras a la entrada el impedimento al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desea entrar.
78. Desde el punto de vista legal, esta industria no presenta barreras significativas.
79. Ahora bien, una compañía cervecera que desee entrar y mantenerse en este mercado debe incurrir en un importante gasto publicitario con el objeto de crear imagen de la marca y posicionar sus productos en la industria o en un

nicho particular. Aquel gasto constituye un costo hundido que deben realizar permanentemente grandes cervecerías que orientan sus productos a un consumo más bien masivo con la finalidad de mantener la vigencia de su imagen y marca. Esta característica de la industria ha sido muy estudiada, tanto por economistas²⁷ como tribunales internacionales, en las sentencias mencionadas anteriormente.

80. Por otra parte, existen importantes costos fijos asociados a la disposición y mantención de una planta. El proceso de elaboración del producto cerveza hace necesaria la inversión en una planta que permita la producción envasado y etiquetado de los distintos productos. Por tanto, la estructura de costos de la industria sugiere la existencia de economías de escalas que se relacionan al volumen de producción.
81. Lo anterior, no tiene la entidad de constituir barreras a la entrada toda vez que cualquier participante que desea ingresar a la industria debe incurrir en estos costos fijos.

IV.B. TIEMPO Y SUFICIENCIA DE LA ENTRADA

82. Para referirnos al tiempo y suficiencia de la entrada, es pertinente tener en cuenta las diferencias entre los distintos canales de distribución utilizados para llegar al consumidor final. Una compañía que orienta la venta de sus productos a través de canales de distribución como supermercados y/o botillerías, necesariamente debe disponer de grandes volúmenes de stock para proveer a los puntos de comercialización y por tanto disponer de una planta apropiada para esa producción.
83. Desde esta perspectiva se debe considerar que los costos medios decrecientes hacen necesaria la entrada a una escala mínima eficiente. Por lo tanto, en este mercado la suficiencia de la entrada estará directamente relacionada con un tamaño de entrada eficiente.

²⁷ En el libro de John Sutton, "Sunk Costs and Market Structure", de 1991, existe un capítulo especialmente dedicado a esta industria, con un análisis del comportamiento del mercado en distintos países.

84. Sumado a lo anterior está la construcción de un sistema de distribución y logística apropiado para llegar a todo el territorio nacional que atienda a los distintos canales de distribución, ya que estos se caracterizan por ser bastante atomizados, en particular las botillerías y el canal de consumo inmediato²⁸.
85. Adicionalmente, se debe considerar el tiempo que la publicidad tardará en posicionar el producto en los clientes potenciales.
86. Por otra parte, una cervecería menor, como las pequeñas cervecerías “artesanales” que orientan sus ventas a través del canal de consumo inmediato, como pubs, bares, restaurantes, hoteles o discotecas, requiere una menor escala y con ello una planta de producción más reducida. Por ello, el tamaño de entrada eficiente no constituye una barrera relevante cuando se distribuye a través del canal de consumo inmediato.

IV.C. COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO

87. Esta Fiscalía entiende por comportamiento estratégico las prácticas que pueden impedir o hacer más costosa la entrada de nuevos competidores²⁹.
88. El gasto excesivo en publicidad también está presente en esta industria y puede constituir una estrategia para levantar barreras a la entrada de nuevos competidores o al menos dificultar la entrada o posicionamiento de nuevos productos en el mercado.
89. Sobre el particular, en el Anexo Reservado N° 1, se presenta el gasto en publicidad anual efectuado por CCU y Cervecería Chile.
90. Otro aspecto que desincentiva la entrada de potenciales competidores es la proliferación de marcas, tanto nacionales como importadas, en distintos segmentos de mercado, tal como se aprecia en el cuadro del párrafo N° 29, referido a marcas y tipos de cerveza por compañía.

²⁸ Esta dificultad también es reconocida por los organismos de competencia internacionales, lo que está reflejado en la jurisprudencia acompañada en el caso.

²⁹ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

91. De las marcas que maneja CCU algunas son creadas por ésta, como Cristal y Escudo, mientras que otras son producto de asociaciones o licencias, como Heineken, Budweiser -a nivel internacional-, o Austral y Kunstmann -a nivel nacional. Lo anterior tiene como resultado que desincentiva la entrada de potenciales competidores internacionales o elimina rivales en nuestro país.
92. En relación al comportamiento estratégico y al establecimiento de barreras a la entrada, esta Fiscalía cuenta con evidencia de la existencia de acuerdos entre distribuidores minoristas -principalmente del canal de consumo inmediato-, con la empresa dominante CCU. Estos acuerdos restringen la publicidad y comercialización de los productos sólo a las marcas producidas por CCU, estableciendo la prohibición de promover y/o vender productos de la competencia, a cambio de incentivos monetarios y/o en especies.

V. LA CONDUCTA DE LA REQUERIDA

93. La requerida ha celebrado contratos con canales de distribución minorista, particularmente los de consumo inmediato, en los que se incluyen cláusulas de exclusividad con objeto de comercializar y/o exhibir únicamente productos de CCU. Inclusive, los contratos establecen en forma expresa que la promoción, publicidad y/o venta de cervezas distintas de las producidas por CCU constituyen actividades incompatibles con la exclusividad estipulada en el contrato y se considerará un incumplimiento del mismo, el que es severamente castigado.
94. Las prácticas expuestas son especialmente nocivas para empresas competidoras de CCU en el mercado de la cerveza, ya que otras marcas de esta bebida quedan impedidas de promocionar y comercializar sus productos en tales establecimientos. En efecto, el segmento de cervezas "Premium" significa, en volumen, aproximadamente el 10% del mercado, pero en términos de ingresos representa cerca de 20% de la industria. Cabe destacar que en caso de las pequeñas cervecerías "artesanales", este segmento tiene una importancia relativa, en términos de ingresos, mucho

mayor que el que da la industria de manera agregada, ya que a ese segmento corresponde casi exclusivamente la fuente de sus ventas.³⁰

95. Es en el canal de consumo inmediato donde se comercializan en su mayor parte las cervezas del segmento “Premium” y es en estos puntos de venta donde CCU mantiene los acuerdos de exclusividad a que se ha hecho referencia, con los que ha establecido, además, una dependencia en base al capital de trabajo que otorga en términos monetarios y en especies a los puntos de venta.
96. En consecuencia, las pequeñas cervecerías “artesanales” (y también Cervecería Chile) han enfrentado serias dificultades para entrar y crecer en este canal de distribución, toda vez que los contratos de exclusividad celebrados entre CCU y estos puntos de venta, fidelizan a los establecimientos minoristas en base a los incentivos ya mencionados.
97. A este respecto, y a modo ilustrativo, en el Anexo Reservado N° 2, se muestra de manera más clara la evolución de la participación de mercado por canal de distribución de Cervecería Chile y resalta claramente el estancamiento de su crecimiento en el canal de consumo inmediato.
98. Como ha podido apreciarse, la requerida, al celebrar contratos en los que los comerciantes minoristas se obligan a publicitar o comercializar en exclusiva productos de ella, ha incurrido en prácticas de exclusión, consistentes en el levantamiento de barreras estratégicas a la entrada de competidores, situación de particular gravedad, si se considera que ellas son erigidas por la empresa dominante en este mercado, con objeto de sostener su poder de mercado y configurando un abuso de posición dominante, contrario a la libre competencia.
99. Esta Fiscalía entiende por barreras a la entrada el impedimento al ingreso de competidores, una de las cuales es el comportamiento estratégico. Este puede impedir o hacer más costosa la entrada a nuevos competidores y pueden ser usadas para impedirla. Algunas de las variables estratégicas que

³⁰ Se debe tener presente que en segmentos de cervezas masivas, se compete en precio con las marcas de la competencia y se requieren importantes volúmenes de producción, por lo que ese canal de distribución no es atendido por las pequeñas cervecerías “artesanales”.

constituyen barreras de entrada son los contratos o las cláusulas de exclusividad, las prácticas de exclusión de competidores, la obstaculización de acceso al mercado y prácticas tendientes a elevar los costos de los rivales.

100. En tal sentido, los contratos de exclusividad con cláusulas que limitan el cambio del comprador o proveedor, impiden que las empresas generen una base de clientes suficiente para ser rentables (aunque las barreras en la industria sean relativamente bajas). Los efectos disuasivos de tales contratos son más pronunciados cuando, por ejemplo, las economías de densidad o de escala son importantes y dificultan a las empresas nuevas o más pequeñas lograr el mínimo eficiente de sus escalas de operación.
101. Las prácticas exclusorias son conductas que tienen por objeto lograr un incremento o una mayor posibilidad de ejercer poder de mercado, las que pueden llevarse a cabo de diferentes maneras. En el presente caso, se trata de una práctica exclusoria de naturaleza horizontal, ya que afecta a empresas que se encuentran en el mismo eslabón de la cadena de producción que la empresa que incurre en esta práctica, siendo uno de sus ejemplos más comunes la obstaculización del acceso al mercado de competidores potenciales.³¹
102. En la doctrina anglosajona de la competencia, se conocen estas prácticas como “single branding agreement”, “exclusive purchasing agreement” o “non-compete obligation”, que consisten en acuerdos que tienen como principal elemento que el comprador sea inducido a concentrar sus órdenes de un producto en particular en un solo proveedor. De esta forma, acuerdos para no adquirir productos de la competencia o que fuerzan o inducen a los clientes a comprar todos o la mayor parte de sus necesidades de un solo proveedor, se consideran dentro de este tipo de acuerdos.³²
103. Por su parte, el Reglamento 2790/1999, de la Comisión Europea, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado de la CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, en

³¹ “Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado”, Germán Coloma, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, página 133.

³² Richard Whish, “Competition Law”, Fifth Edition, Lexis Nexis, 2003, pág. 591.

su artículo 1, letra b), señala que: "Se entenderá por cláusula de no competencia, cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por este más del 80% del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor de sus compras en el año precedente".

104. La jurisprudencia nacional de los órganos de la libre competencia en materia de contratos de exclusividad, muestra que desde los primeros años de funcionamiento de las extintas comisiones antimonopolio, estos contratos y cláusulas fueron considerados anticompetitivos y, por lo tanto reprochados y prohibidos. Como se verá, esta postura ha sido sostenida por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
105. En el Dictamen N° 147, de la Comisión Preventiva Central, de 20 de mayo de 1977, en consulta de proyecto de contrato de suministro de carbón entre Enacar S. A. y Gas Valparaíso, la Comisión Preventiva Central objetó la legalidad de algunas cláusulas del contrato. La cláusula establecía una exclusividad para el abastecimiento del carbón mineral en favor de Enacar, que lo transformaba en el único proveedor de esta materia prima y que impide a Gas Valparaíso recurrir a otros proveedores, salvo que sea autorizado previamente por Enacar. La Comisión consideró que esta estipulación consagraba abiertamente una exclusividad que contraviene lo dispuesto en el DL N° 211 y, por tanto, lo objetó.³³ La Comisión estimó que las ventajas que para las partes podrían inferirse del presente contrato, no justificaban la existencia de cláusulas de exclusividad o semi-exclusividad que limitasen o impidiesen a una de ellas el acceso a otras fuentes de provisión de materias primas, en un mercado competitivo, por lo que ordenó a la consultante excluir tales cláusulas del contrato.

³³ La Comisión también objetó una cláusula subsidiaria propuesta por Enacar, que la autorizaba para poner término unilateral el contrato en el evento que Gas Valparaíso adquiriera carbón a otros proveedores, lo que importaba subordinar la vigencia del contrato a que Gas Valparaíso compra a

106. La Resolución N° 103, de 4 de septiembre de 1981, de la Comisión Resolutiva, declaró que las cláusulas de exclusividad de publicidad del contrato celebrado entre la sociedad cinematográfica Cono Sur Ltda. con la empresa Publicine Ltda. eran contrarias a la libre competencia ya que “tienden a excluir a cualquier potencial interesado en exhibir publicidad en el cine que administra Cono Sur, y en los que pueda tomar bajo su administración en el futuro”.
107. En el Dictamen N° 999, de 23 de diciembre de 1996, de la Comisión Preventiva Central, que acogió la denuncia de Multicheck en contra de Sodexho, la Comisión resolvió que Sodexho, en su calidad de proveedora del servicio de vales canjeables de colación y aprovechando su posición dominante en el mercado, incorporó cláusulas de exclusividad en los contratos celebrados con algunos restaurantes. Dichas cláusulas impedían o restringían el ingreso de nuevos competidores al mercado, toda vez que, por una parte, impedían al restaurante afiliado al sistema de Sodexho contar con la libertad necesaria para optar entre los distintos oferentes y, por otra, tendían a excluir a cualquier potencial interesado en participar en el referido mercado. En consecuencia, la Comisión ordenó a Sodexho que toda referencia a exclusividad existente en los contratos celebrados por esta empresa con sus restaurantes afiliados, fuese eliminada por ser contraria a la libre competencia, dejándose de inmediato sin efecto.
108. En la Sentencia N° 26, de 5 de agosto de 2005, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en denuncia de International Tobacco Marketing Limitada (Philip Morris) contra Compañía Chilena de Tabacos S.A (Chiletabacos) por imposición de barreras artificiales a la entrada al mercado de la comercialización de cigarrillos, el H. Tribunal consideró que Chiletabacos detentaba una posición de dominio en el mercado relevante y que había añadido a las barreras de entrada estructurales del mismo una serie de barreras estratégicas, por lo que ordenó dejar sin efecto las estipulaciones contenidas en los contratos de exclusividad que la demandada suscribía con algunas empresas y ordenó abstenerse de incluirla en contratos futuros. Además, previno a la demandada para que en

Enacar la totalidad del carbón que necesita para su abastecimiento, lo que estimó que transgredía el Decreto Ley N° 211.

lo sucesivo no impidiera ni entorpeciera la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta y le aplicó la multa más alta permitida en la normativa vigente a la fecha de los hechos.

109. Al estudiar la experiencia extranjera, observamos que, según la Comisión Europea, acuerdos de esta naturaleza pueden cerrar el acceso al mercado y restringir la competencia entre distintas marcas de un producto en los establecimientos comerciales minoristas, reduciendo la competencia entre marcas.³⁴
110. En relación a estas conductas, la Corte Europea de Justicia ha señalado en varias oportunidades la ilicitud de ellas, en especial cuando las mismas son realizadas por agentes con poder de mercado. Por ejemplo, en el caso “Hoffmann-La Roche v. Commission”³⁵, sostuvo que: “Una empresa que está en una posición dominante en un mercado y ata a los compradores –incluso si lo hace así a solicitud de ellos- por medio de una obligación o promesa de parte de éstos en cuanto a obtener todos o la mayor parte de sus requerimientos exclusivamente de dicha empresa, abusa de su posición dominante dentro del marco del artículo [82] del Tratado, ya sea que la obligación en cuestión sea establecida sin otra calificación adicional o que esté establecida en consideración de la concesión de una rebaja”.
111. Además, en este mismo sentido, es relevante recalcar que la Corte Europea de Justicia ha señalado que no constituye una defensa aceptable que el cliente haya aceptado voluntariamente el acuerdo, o incluso que haya solicitado la exclusividad. Ha dicho que el punto en estos casos no es si el acuerdo es opresivo para el cliente, sino que restrinja la competencia en el mercado relevante involucrado, más aún si se considera que el mercado involucrado, precisamente por la posición dominante de uno de los agentes de este mercado, la competencia ya se encuentra restringida.³⁶ En el caso “Olmelo”³⁷, la Corte consideró que una cláusula de exclusividad en un contrato de suministro eléctrico, infringe el artículo 82 si se celebra por una

³⁴ Reglamento 2790/1999, de la Comisión Europea, sobre acuerdos verticales y prácticas concertadas.

³⁵ Caso 85/76 [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.

³⁶ Richard Whish, “Competition Law”, Fifth Edition, Lexis Nexis, 2003, pág. 656.

³⁷ Caso C-393/92 [1994] ECR I-1477.

firma con posición dominante, incluso si la cláusula había sido requerida por los distribuidores locales.

112. Como se aprecia, la conducta de CCU infringe los principios básicos y fundamentales establecidos en nuestro sistema de defensa de la libre competencia, restringiéndola en el mercado de la cerveza, por la vía de afectar la libertad de los establecimientos minoristas de comercializar productos que puedan competirle.
113. Las prácticas descritas han sido llevadas a la práctica por parte de la requerida, en ejercicio abusivo de su posición dominante en el mercado relevante, las cuales constituyen un atentado a la libre competencia y una infracción al artículo 3º, inciso primero, y al artículo 3º, letra b), parte final del Decreto Ley N° 211, por la imposición de barreras artificiales a la entrada de competidores.
114. Las cláusulas de exclusividad e incentivos antes indicadas son, a la vez, fuente y medida de un ejercicio ilícito del poder de mercado que detenta CCU, toda vez que actúan como un obstáculo que impide, en los hechos, la venta de cervezas de otras marcas en los puntos de venta minoristas.

POR LO TANTO,

Con el mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 5º, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 del Decreto Ley N° 211, así como en las demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO tener por deducido requerimiento en contra de Cervecera CCU Chile Ltda., ya individualizada, acogerlo a tramitación y, en definitiva:

1. Declarar que la requerida han incurrido en una conducta contraria a la libre competencia, vulnerando el artículo 3º inciso 1º y el artículo 3º letra b) del Decreto Ley N° 211, al imponer barreras artificiales a la entrada a competidores en el mercado de la cerveza, por medio de la celebración de

contratos de exclusividad con distribuidores minoristas de este producto, que impiden la comercialización y promoción de productos de la competencia.

2. Ordenar a la requerida el cese inmediato de esta conducta, por medio de la terminación o modificación de los contratos de exclusividad que motivan este requerimiento.
3. Prevenir a la requerida en orden a no realizar estas conductas en el futuro, bajo apercibimiento de considerársele reincidente en ellas, sin perjuicio de prevenirla, además, para que no impida ni entorpezca la promoción y comercialización de productos de sus competidores en los puntos de venta.
4. Sancionar a la requerida con la multa máxima que permite la ley, o la que el H. Tribunal estime en justicia, en consideración a la gravedad de la conducta reprochada y al beneficio económico obtenido por la requerida. Y,
5. Condenar en costas a la requerida.

Sírvase ese H. Tribunal acceder a lo solicitado, sin perjuicio de otras medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que estime pertinentes.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase el H. Tribunal tener presente que señalo a don Juan Omar Retamal Mendoza, Receptor Judicial, con domicilio en calle Huérfanos N° 1373, Oficina 408, Santiago, para los efectos de practicar la notificación del requerimiento de autos y realizar todas aquellas diligencias en las que, durante la prosecución del proceso, sea necesaria la intervención de un ministro de fe público, sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación en cualquier momento.

SEGUNDO OTROSÍ: Acompaño los siguientes instrumentos, en parte de prueba y solicitando al H. Tribunal ordenar el acceso reservado de los mismos y su custodia por el Sr. Secretario, en atención a que pudieren contener información sensible para las personas que los suscriben o de los que emanan.

1. Bajo el apercibimiento del artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, copia de 350 contratos entre la requerida Cervecera CCU Chile Ltda. y

comerciantes minoristas, que dan cuenta de las restricciones a la promoción y comercialización de productos cerveceros que no sean de la requerida.

2. Anexo Reservado N° 1, que presenta el gasto en publicidad anual efectuado por CCU y Cervecería Chile, con citación.
3. Anexo Reservado N° 2, que presenta la evolución de la participación de mercado por canal de distribución por parte de Cervecería Chile, con citación.

TERCER OTROSÍ: Sírvasese ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo de mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia de la Secretaría de ese H. Tribunal. Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con el domicilio ya indicado, asumo la defensa de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la Fiscalía don Boris Santander Cepeda y don Bernardo Arancet Yáñez, habilitados para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman junto a mí en señal de aceptación.

ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO