

ANT.: Denuncia en contra de Maltexco S.A. por posible abuso de posición dominante. Rol N° 2281-14.

MAT.: Minuta de Archivo (I).

Santiago, 13 FEB. 2015

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DE DIVISIÓN DE ABUSOS UNILATERALES (S)

Por la presente vía, esta División informa al Sr. Fiscal acerca de la admisibilidad de la denuncia del Antecedente, recomendando el archivo de la misma, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 7 de abril de 2014 fue ingresada a esta Fiscalía una denuncia por posible infracción al artículo 3 letra b) del Decreto de Ley 211¹, derivada de un potencial abuso de posición dominante por parte de la empresa Maltexco S.A. respecto de los productores de cebada del centro y sur del país, referente al mercado de compra y venta de este cereal. En específico, se describe que Maltexco S.A no estaría recibiendo la cosecha 2013/2014 "*por alguna circunstancia*", según la denunciante, debido a la presencia de un hongo en los granos cosechados.
2. Cabe hacer presente que con anterioridad, en el mes de septiembre de 2011, esta Fiscalía inició una investigación de oficio a raíz de la operación de

¹ Artículo 3° letra b) DL 211.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

b) "La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes".

concentración entre las empresas Malterías Unidas S.A. ("Maltexco") y Agroinversiones S.A. ("Agroinversiones"), concluyendo sobre la misma, con fecha 3 de agosto de 2012, "[q]ue, en este sentido, no es posible, con los antecedentes con que se cuenta, advertir riesgos significativos que puedan afectar la competencia en este mercado y que justifiquen seguir adelante con esta investigación"².

3. En relación a esto último, el principal antecedente que esta Fiscalía utilizó para determinar que la empresa resultante de la fusión no pudiese ejercer poder de compra frente a los productores de cebada, fue la posibilidad que ellos tienen - si es que el cultivo de cebada deviene poco atractivo - de cambiar oportunamente a algún otro cultivo sin incurrir en costos adicionales sustantivos por el cambio³.

II. LA INDUSTRIA Y SU FUNCIONAMIENTO

4. La cebada es un cereal que tradicionalmente se ha utilizado para alimentar animales, pero también para la elaboración de malta, principal insumo para la fabricación de cerveza en el mundo. Es debido a estos usos que existe una especialización de cultivos, uno denominado cebada forrajera, que tiene como principal destino la alimentación animal, y otro como cebada cervecera o maltera, principal insumo para la fabricación de cerveza⁴. En Chile, la cebada se utiliza como cultivo de rotación cuya siembra se desarrolla entre los meses de agosto y septiembre, cosechándose entre enero y febrero del año siguiente, dependiendo de la zona del país.

² Ver Resolución de archivo, de fecha 3 de agosto de 2012 disponible en www.fne.cl [visitado el 19 de diciembre de 2014]

³ En la resolución de archivo, de fecha 3 de agosto de 2012 esta Fiscalía mencionó: "3) Que, por lo mismo, resultaría en principio inviable que la entidad resultante de la fusión pudiese ejercer poder de compra frente a productores de cebada, en atención a la posibilidad cierta que aquellos tienen - si el cultivo de la cebada deviene poco atractivo - de cambiar oportunamente a algún otro cultivo sin incurrir en costos adicionales sustantivos por el cambio. En atención a las similares condiciones de cultivo, los agricultores podrían sustituir la producción de cebada por el cultivo de trigo, maíz, lupino o raps, entre otros, como ocurre en la práctica, en especial para la óptima rotación del campo."

⁴ La cebada, monocotiledónea anual perteneciente a la familia de las poáceas (gramíneas), está representada por dos importantes especies cultivadas: *Hordeum distichon* L., que se emplea para la obtención de cerveza, y *Hordeum hexastichon* L., que se utiliza básicamente como forraje para la alimentación animal; ambas especies pueden agruparse bajo el nombre único de *Hordeum vulgare* L. ssp. *Vulgare*. Información disponible en http://www7.uc.cl/sw_educ/cultivos/cereales/cebada.htm [Última visita 19 de diciembre de 2014]

5. La oferta nacional de cebada está compuesta principalmente por grandes, medianos y pequeños agricultores atomizados que especializan su trabajo en diversificación de cultivos de rotación tales como el trigo, la avena, el raps, el maíz, la remolacha y el lupino preferentemente. Específicamente, según datos de la Oficina de Políticas Agrarias (ODEPA) para el año agrícola 2012-2013, la cebada representó el 2% de las hectáreas cultivadas de cereales y cultivos industriales. De este total de hectáreas sembradas y producción relacionada, un 73% corresponde a cebada cervecera, mientras que el 27% restante es propiedad de la cebada forrajera, manteniéndose estable estos porcentajes durante el tiempo.

Cuadro N° 1
Hectáreas cultivadas de cereales y cultivos industriales en Chile.
Temporada 2006/2007 a 2012/20013.

Cultivo	2006/07	2007/08	2008/09	2009/10	2010/11	2011/12	2012/13	2013/14
Trigo	232.440	270.546	280.644	264.304	271.415	245.277	253.627	254.857
Avena	82.471	97.936	101.101	75.873	105.643	100.936	126.833	136.339
Maíz	126.236	134.706	128.277	122.547	119.819	139.268	142.826	117.418
Arroz	21.765	20.960	23.680	24.527	25.121	23.991	21.000	22.398
Cebada	18.540	20.623	18.513	16.854	20.184	14.806	13.202	15.677
Maravilla	3.548	3.610	4.356	3.053	2.652	3.939	5.219	3.846
Raps	11.496	17.250	25.135	10.983	18.568	32.750	40.883	37.486
Remolacha	20.915	14.850	12.870	16.264	20.236	19.495	18.039	18.335
Lupino	21.150	15.250	10.283	29.887	23.257	21.467	19.605	11.687
Tabaco	2.779	2.010	1.652	2.509	2.312	2.324	2.319	2.065
Otros industriales			11.034	3.342	3.340	1.530	422	388

Fuente: Oficina de Políticas Agrarias, ODEPA.

6. Por su parte, las regiones relevantes en términos de hectáreas sembradas comprenden la zona entre las VIII y X regiones del país, siendo marginales los cultivos de este grano en otras zonas. La región más importante en superficie sembrada, como se puede apreciar en el Cuadro N° 2, corresponde a la Novena Región de la Araucanía, con un 44,85% del total de las hectáreas.

Cuadro N° 2
Descripción cultivo de Cebada en Chile, por región, temporada 2012/2013.

	Superficie sembrada (ha)	Producción (ton)	Porcentaje de superficie total	Rendimientos (qq/ha)
Coquimbo	44	33	0,34%	7,5
Valparaíso	0	0	-	-
Metropolitana	38	228	0,29%	60
O'Higgins	524	1.273	4%	24,29
Maule	309	799	2,36%	25,86
Bío Bío	2.266	13.218	17,29%	58,33
Araucanía	5.880	35.362	44,85%	60,14
Los Ríos	1.591	11.151	12,14%	70,09
Los Lagos	2.457	17.171	18,74%	69,89

Fuente: Oficina de Políticas Agrarias, ODEPA.

7. En relación a la demanda de cebada cervecera dentro del territorio nacional, es Maltexco S.A., empresa perteneciente al Grupo Chadwick, el principal demandante, quién luego de realizar el proceso de maquila de los granos de cebada los transforma en malta cervecera.

8. Tanto la compra como la maquila de granos de cebada que realiza Maltexco S.A. lo hace, o bien mandatado por sus clientes o de manera propia para otras líneas de negocios. En el primer caso, es la Compañía de Cervecerías Unidas S.A. [de ahora en adelante "CCU"], su principal cliente quien, una vez determinada la necesidad de malta en coordinación con Maltexco S.A., mandata a ésta última para que comprometa producción suficiente de granos de cebada con productores y, una vez que compra la cosecha programada, la procese y le entregue malta cervecera⁵.

9. Considerando los mandatos de CCU, Maltexco S.A. demandó más de 100 mil toneladas de cebada entre los años 2012 y 2013, los cuales fueron abastecidos en su mayoría por importaciones. Respecto a la producción nacional, Maltexco S.A. tuvo una participación superior a un 85% durante los últimos años⁶. Así las cosas, Maltexco S.A. sería un monopsonista en la compra de cebada cervecera nacional [de ahora en adelante "cebada"].

⁵ En respuesta al Oficio Ordinario 0850, con fecha 01 de julio de 2014 Maltexco S.A. declaró: "Corresponde a cebada contratada por Maltexco con los agricultores, la que es facturada a CCU al mismo valor que se de cebada a malta, conforme lo establece contrato firmado entre CCU y Maltexco".

⁶ Fuente: Información recabada en la investigación Rol 2281-14. Para mayor información ver Anexo Confidencial I.

10. En concreto, la empresa Maltexco S.A. realiza la estimación de su demanda anual de cebada y, en función de eso, contacta agricultores a quienes ofrece suscribir el contrato denominado "Contrato de Compraventa de cebada, cosecha, prenda sin desplazamiento y otros acuerdos". De esta manera, la producción de cebada nacional está principalmente supeditada a la suscripción de un contrato entre los productores y el mandante comprador (Maltexco S.A.). Las principales características de este contrato se presentan a continuación.

II. 1. El Contrato de Compraventa de cebada

11. El "Contrato de Compraventa de cebada, cosecha, prenda sin desplazamiento y otros acuerdos" está predefinido por Maltexco S.A. y es de aquellos acuerdos denominados de adhesión, esto es, que el agricultor debe adherir o aceptar con su firma lo propuesto, sin posibilidad de modificarlo.
12. El contrato de compraventa de cosecha incluye cuatro anexos que establecen condiciones particulares para la cosecha del período considerando especificaciones mínimas de la producción, requisitos generales de la misma, normas de muestreo y contramuestreo, pesaje, protocolo de normalización, tablas de descuentos por humedad de la semilla, secado, bonificaciones por volúmenes, por proteína, por suciedad y/o limpieza y por calibre.
13. De acuerdo a este contrato, el productor se compromete a sembrar un cierto número de hectáreas y entregar la producción a la Denunciada, mientras que esta última, si es que la cebada cosechada cumple ciertas especificaciones y requisitos mínimos, se compromete a comprar la totalidad de la producción, luego de lo cual al aplicar una serie de bonificaciones y descuentos, se procede a la liquidación del contrato⁷.
14. Cabe destacar que la malta cervecera requiere de ciertas condiciones y estándares técnicos que aseguren un cierto nivel mínimo de calidad para la elaboración de cerveza por parte de CCU, para lo cual, Maltexco S.A. toma ciertos resguardos en la compra de cebada según se explicita a continuación.

⁷ Anexo Contrato de Compraventa de Cebada Cosecha 2013/2014. Anexo I Especificaciones Mínimas letra a)

15. La cláusula cuarta del contrato suscrito entre Maltexco S.A. y los productores de cebada establece que estos deben cumplir con aquellas especificaciones mínimas y requisitos generales contenidos en el anexo I, sobre “CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE CEBADA COSECHA”. Se indica que en caso de incumplimiento, Maltexco S.A. tendrá derecho a normalizar, aplicar descuentos, bonificar y/o rechazar la producción según procedimientos detallados en el propio contrato.
16. En relación a los requisitos mínimos que debe cumplir la cosecha de cebada para que Maltexco S.A. compre la totalidad de la producción a los diversos productores destacan la sanidad del grano (libre de parásitos y hongos), que tenga cierto grado de humedad, limpieza y composición proteica.
17. Específicamente, y la razón por la cual se realizó esta denuncia, el requisito de sanidad de los granos detalla: *“Sana, es decir libre de parásito y hongos, de buen olor y color, no azumagada, libre de granos con puntas de color café o negro, libre de residuos de fungicidas y pesticidas, libres de metales pesados y libres de insectos vivos o muertos”*⁸.

III. EL MERCADO RELEVANTE

18. 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 mercado⁹.
19. El mercado relevante, teniendo en consideración las conductas imputadas, es el *mercado de compraventa de cebada cervecera*. Según se expuso previamente, el principal demandante de cebada cervecera es Maltexco S.A: quien compra sobre el 80% de la producción nacional de cebada. Por otra parte, la oferta nacional de cebada está compuesta principalmente por agricultores atomizados que especializan su trabajo en diversificación de cultivos de rotación.

⁸ Para ver más detalles ver Anexo Confidencial II.

⁹ *Guía para el análisis de Operaciones de Concentración*, de la Fiscalía Nacional Económica, octubre de 2012.

IV. ANALISIS DE LA DENUNCIA

20. Tal como fue mencionado, la principal conducta denunciada dice relación con un eventual abuso de posición dominante por parte de la empresa Maltexco S.A. en contra de los productores de cebada, consistentes (i) en imponer contratos de adhesión con cláusulas meramente potestativas a su favor; (ii) negarse a adquirir la cebada cervecera cosechada; (iii) cambiar unilateralmente el precio de la cebada y las condiciones contractuales; y (iv) tener conductas abusivas en la etapa de recepción o rechazo de cebada cosechada y su disposición final. Lo anterior se habría traducido en un perjuicio directo a estos agricultores quienes han debido implementar medidas de mitigaciones especiales respecto de sus productos como almacenaje o venta de la producción de cebada en mercados secundarios potencialmente a un menor precio.
21. Previo a determinar la existencia de algún ilícito anticompetitivo, corresponde determinar si el agente económico denunciado tiene posición dominante en el mercado relevante ya señalado, para posteriormente determinar si ha abusado de dicho poder.
22. Al respecto el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha definido el poder de mercado como *“la habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder (...)”*¹⁰
23. De acuerdo con los antecedentes revisados y obtenidos por esta División, se ha podido observar que el mercado de compraventa de cebada cervecera presenta como característica una alta concentración del lado de la demanda. Prácticamente la totalidad de la cebada nacional destinada a la fabricación de cerveza se cultiva previa suscripción de un contrato de compraventa de cebada por parte de Maltexco S.A. con los productores. Así, los productores sólo plantan las semillas de cebada una vez firmado el contrato correspondiente con la Denunciada.
24. Así, la Denunciada, y dado el mandato de su principal cliente - CCU - determina la cantidad de cebada requerida para el período siguiente, con lo

¹⁰ Sentencia N° 112-2012, considerando Sexagésimo Noveno.

que se fijan también tanto el número de hectáreas como el número de productores a contratar.

25. De lo anterior se puede observar que, en la etapa previa a la celebración de los contratos, Maltexco S.A. no tiene poder de mercado en los términos ya definidos, toda vez que los productores de cebada, disponen de alternativas de cultivo de rotación que pueden sustituir a la cebada y que presentarían esquemas de rentabilidad y producción similares a esta¹¹.
26. En efecto, como ya se dijera en el informe de la Fiscalía a propósito de la operación de concentración entre las empresas Malterías Unidas S.A. y Agroinversiones S.A., los productores de cebada, ante condiciones adversas o poco atractivas de siembra de este producto, tiene la posibilidad cierta de cambiar oportunamente a otro cultivo sin incurrir en costos adicionales sustantivos originados por el cambio. En atención a similares condiciones de cultivo, los agricultores podrían sustituir la producción de cebada por el cultivo de trigo, maíz, lupino o raps, entre otros, como ocurre en la práctica, en especial para la óptima rotación del campo.
27. Con todo, y ya en la etapa posterior a la firma de los contratos, si bien durante la vigencia del contrato de compraventa de cebada, de duración anual, Maltexco S.A. dispone de una cláusula que le permite abstenerse de adquirir todo o parte de la cosecha de cebada previamente pactada, los productores por su parte cuentan con alternativas de colocación de su producto ya que existirían principalmente demandantes como productores lecheros o ganaderos a los cuales se les vendería la cebada para alimentación animal, pero a un

precio menor comparado con el precio que hubiera pagado Maltexco S.A., pero de todas formas sobre el costo de producción de la cebada cervecera¹².

28. Especial situación fue la ocurrida durante la temporada 2014, ya que Maltexco S.A., al no comprar los niveles de toneladas programadas como en temporadas anteriores, los productores tuvieron que buscar demandantes alternativos de su cebada. Esta demanda alternativa absorbió más de 18 mil toneladas de la cebada cervecera cosechada, equivalente a un porcentaje sobre un 25% de la producción nacional promedio de los años 2012 y 2013¹³.
29. A mayor abundamiento, y en relación a la potencial entrada de nuevos oferentes, esta Fiscalía señaló, en agosto del año 2012, la inexistencia de barreras sustantivas de entrada y salida debido a la sustitución en la siembra de cebada por otros cultivos, tal como el trigo, la avena, el raps, el maíz, la remolacha, el lupino, etc.¹⁴, condición que en la actualidad no ha cambiado sustancialmente.
30. Cabe destacar sobre el punto anterior, que según el informe de intensión de siembra a octubre de 2014, informado por Instituto Nacional de Estadística, las intenciones de siembra de cebada, presentarían una fuerte tendencia a la baja respecto al año anterior, con significativo retroceso de 59,6%.¹⁵
31. Sin perjuicio de lo señalado en el numeral 27, en cuanto a que Maltexco S.A. dispone de una cláusula contractual que le permite abstenerse de adquirir todo o parte de la cosecha de cebada previamente pactada si aquella no cumplía con los estándares de sanidad establecidos, que en caso de los hongos el factor de tolerancia era 0%, se ha podido constatar que los contratos ofertados actualmente por Maltexco S.A. para la cosecha 2014-2015 consideran una modificación de dicha cláusula en el sentido de incorporar un rango de tolerancia mayor a la presencia de hongos en los granos de cebada, fijado en un 3%.

¹² Fuente: Información recabada en la investigación Rol 2281-14.

¹³ Idem anterior. Para ver más detalles ver Anexo Confidencial III.

¹⁴ Resolución de Archivo con fecha 3 de agosto de 2012: "*Que, no obstante lo indicado, el mercado relevante afectado por la operación de concentración comprendería todos los cultivos por los cuales los productores podrían sustituir a la cebada y que tienen un esquema de rentabilidad y producción similar. Lo anterior es consecuencia de la inexistencia de barreras sustantivas de entrada y salida para sustituir la plantación de cebada una vez efectuada la cosecha por otros cultivos referidos tales como el trigo, la avena, el raps, el maíz, la remolacha, el lupino, etc.*"

¹⁵ Informe de Intenciones de Siembra a Octubre 2014. Año Agrícola 2014/2015 del Instituto Nacional de Estadística.

32. Con todo, resulta necesario tener presente además que los denunciados, siguiendo el mecanismo de solución de controversias contemplado en el contrato suscrito con Maltexco S.A., han demandado en sede arbitral a dicha empresa, fundados en los mismos hechos denunciados ante esta Fiscalía Nacional Económica.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

33. Con los antecedentes tenidos a la vista, no es posible establecer que la empresa denunciada cuente con el poder de mercado necesario para constituir un abuso en sede de libre competencia, de manera que no resulta necesario realizar un análisis relativo a las conductas contenidas en la denuncia.

34. Sin perjuicio de lo anterior se sugiere establecer un monitoreo permanente de este mercado dada la concentración y estructura del mismo.

Por lo tanto, esta División considera que la evidencia obtenida en este proceso y desarrollada en este informe no alcanza a satisfacer los criterios para configurar un abuso de posición dominante por parte de Maltexco S.A., razón por la cual se recomienda el archivo de los antecedentes.

Saluda atentamente a usted,

PCA


GASTÓN PALMUCCI
JEFE DE DIVISION DE ABUSOS UNILATERALES (S)