

ANT.: Investigación sobre conductas
exclusorias en el mercado de
la cerveza a nivel nacional. Rol
2408-16 FNE.

MAT.: Informe de archivo.

Santiago, 25 FEB 2019

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por la presente vía informo al señor Fiscal acerca de la investigación del antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

A. Denuncia

1. Con fecha 23 de septiembre de 2016, esta Fiscalía recibió una denuncia ("**Denuncia**") de una empresa dedicada a la producción de cerveza artesanal en contra de Compañía Cervecerías Unidas S.A. ("**CCU**" o "**CCU Chile**"), acusando prácticas anticompetitivas.
2. El denunciante indica que desde que comenzó a participar en el mercado, CCU ha realizado prácticas de competencia desleal consistentes en la suscripción de contratos de exclusividad con diversos locales, restaurantes, bares y comercios similares, en los que se les impide adquirir productos que no sean de CCU. Lo anterior, dificultaría la participación de sus competidores en el mercado.
3. Con fecha 31 de agosto de 2017, esta Fiscalía inició la presente investigación en contra de CCU, a objeto de recabar mayores antecedentes. Ello, teniendo además en consideración que los hechos denunciados son muy similares a

aquellos ya estudiados por esta Fiscalía durante la investigación Rol N° 786-06 FNE, que culminó con la presentación de un requerimiento en contra de CCU Chile ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. TDLC”) y un posterior avenimiento entre la FNE y CCU, el que podía estar siendo incumplido y requería ser fiscalizado.

B. Requerimiento de la FNE

4. En efecto, el requerimiento presentado en marzo de 2008 (“**Requerimiento**”)¹ se fundó en que CCU habría infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 (“**DL 211**”), en particular su literal b), al establecer una serie de restricciones verticales contractuales en locales comerciales en los que se consume el producto, tales como hoteles, pubs, restaurantes, discoteques, bares, etc. (en su conjunto, “**Establecimientos**”)², que limitaban la competencia en el mercado de la cerveza a nivel nacional al restringir su libertad comercial y contractual.
5. Entre las restricciones establecidas en algunos contratos, se encontraban cláusulas de exclusividad que obligaban a los Establecimientos a comercializar sólo productos distribuidos por CCU³. Otras limitaciones consistían en prohibir la exhibición de la imagen y/o promoción de cervezas de marcas distintas a las comercializadas por CCU en los Establecimientos.
6. Con objeto de asegurar la exclusividad de sus productos, CCU comúnmente negociaba con los Establecimientos el pago de sumas de dinero y/o la

¹ Requerimiento de la FNE en contra de CCU, de fecha 3 de marzo de 2008. Rol C N° 153-08. Disponible en URL: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/requ_0002_2008.pdf. [Última visita: 21-02-2019].

² Lo anterior, conforme también a la definición de Establecimientos contenida en el Avenimiento entre CCU y la FNE de fecha 23 de julio de 2008. Disponible en URL: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/03/CCU-2008.pdf>. [Última visita: 21-02-2019].

En dicho documento los Establecimientos se definen como: “*los establecimientos comerciales que venden cerveza para ser consumida en los mismos, tales como hoteles, restaurantes, pubs, bares y discotecas. Sin que signifique limitación alguna de su alcance, constituyen Establecimientos las contrapartes de CCU Chile en los que denomina Contratos Imagen. No constituyen Establecimientos y, por ello, no quedan comprendidos dentro de las limitaciones de este avenimiento, los de propiedad, franquiciados o relacionados de CCU Chile*”. *Ibid.*, páginas 4 y 5.

³ Op. cit., Nota N° 1, página 2.

entrega de mobiliario o elementos de promoción, beneficios que debían ser restituidos por el Establecimiento si incumplía la obligación de exclusividad.

C. Avenimiento FNE y CCU

7. Posteriormente y en el marco del mismo proceso, con fecha 9 de julio de 2008, la FNE y CCU presentaron ante el H. TDLC una propuesta de avenimiento, la cual fue aprobada con fecha 23 de julio de 2008 (**"Avenimiento"**)⁴.
8. A modo de resumen, en virtud del Avenimiento, CCU se obligó a no establecer, ni unilateralmente ni mediante acuerdo, ni de ninguna otra forma, en sus relaciones con los Establecimientos, la exclusividad en el suministro de cerveza ni la prohibición del Establecimiento de adquirir cerveza de otros proveedores⁵.
9. Asimismo, CCU se obligó a no establecer incentivos exclusorios, entendidos como todas las *"reducciones de precios o reembolsos en función del cumplimiento de metas de participación del proveedor de [c]erveza en las adquisiciones o ventas del Establecimiento"*⁶.
10. En relación a la suscripción de contratos de exclusividad publicitaria en favor de CCU, entendida como *"[!]a exclusividad en la promoción y publicidad de cerveza de un proveedor por parte de un establecimiento, así como la*

⁴ Op. cit., Nota N° 2.

⁵ Conforme al Avenimiento, esto se denomina "Exclusividad Vertical" y es definida como *"[!]a exclusividad en el suministro de Cerveza de un proveedor a un Establecimiento, así como la prohibición la Establecimiento de adquirir o exhibir Cerveza de otro u otros proveedores. Sin que signifique limitación alguna de su alcance, constituye Exclusividad Vertical la derivada de las cláusulas de exclusividad en las ventas de Cerveza y prohibición de adquisición y ventas de Cerveza de terceros establecidas en los que CCU Chile denomina Contrato Imagen y celebrados con Establecimientos"*. Op. cit., Nota N° 2, página 3.

⁶ Lo anterior, conforme a la definición establecida en el Avenimiento. Se indica además que *"[s]in perjuicio de aquella definición, los descuentos por volumen de compra no constituyen Incentivos Excluserios"*. Op. cit., Nota N° 2, página 4.

*prohibición al establecimiento de promover o publicitar cerveza de otro u otros proveedores*⁷, se acordó que ésta sería permitida bajo ciertas condiciones.

11. La primera condición consiste en que no puede tener una duración superior a tres años ni renovaciones automáticas⁸. También, se acordó que la exclusividad publicitaria⁹:
 - i. Deberá tener *“como contraprestación de CCU el pago de una suma de dinero y/o la prestación de servicios y/o la entrega a cualquier título de bienes o elementos de publicidad”*.
 - ii. Deberá contemplar una cláusula de término de contrato que permita al Establecimiento dar por terminado el mismo una vez transcurrido un año de vigencia¹⁰, sin perjuicio de deber restituir *“la proporción de lo pagado por CCU correspondiente al tiempo que restare para el término natural de la misma, así como el mobiliario y demás bienes que le hubieren sido entregados”*.
 - iii. Deberá abstenerse de impedir o entorpecer la venta de cerveza de terceros (permitiéndose su exhibición para informar a los clientes que existen otra marcas de cerveza, distintas de CCU, para la venta)¹¹.
 - iv. Deberá contemplar un mecanismo de resolución de conflictos imparcial o sujetarse a la justicia ordinaria.

12. En cuanto a los contratos vigentes a la fecha del Avenimiento que hayan contenido algún tipo de exclusividad en el suministro de cerveza, incentivos

⁷ El Avenimiento define “Exclusividad Publicitaria” como “[l]a exclusividad en la promoción y publicidad de Cerveza de un proveedor por parte de un Establecimiento, así como la prohibición al Establecimiento de promover o publicitar Cerveza de otro u otros proveedores.

Sin que signifique limitación alguna de su alcance, constituye Exclusividad Publicitaria la derivada de las cláusulas de exclusividad en la promoción y publicidad de Cerveza y prohibición de promoción y publicidad de Cerveza de terceros establecida en los que CCU Chile denomina Contrato Imagen celebrado con Establecimientos”. Op. cit., Nota N° 2, página 4.

⁸ Op. cit., Nota N° 2, páginas 5 y 6.

⁹ Op. cit., Nota N° 2, página 6.

¹⁰ Se especifica que la terminación se puede realizar *“[e]n cualquier tiempo, sin expresión de causa y sin más trámite que la comunicación a CCU por carta certificada enviada con al menos un mes de anticipación”*. Op. cit., Nota N° 2, página 6.

¹¹ El Avenimiento también aclara que: *“[p]or ende, el establecimiento podrá exhibir cerveza de terceros en lugares visibles, en la medida que sea necesaria para informar a los clientes que existe en el establecimiento cerveza de terceros para la venta, así como incluirla siempre, sin excepción, en sus menús o cartas”*. Op. cit., Nota N° 2, página 6.

exclusorios o exclusividades publicitarias, CCU se comprometió a modificarlos y/o renunciar a las exclusividades o limitaciones pactadas, según corresponda, con el objeto de cumplir con el mismo a partir de su entrada en vigencia¹².

13. Por último, el Avenimiento debía ser ejecutado de buena fe. Así, por ejemplo, CCU se obligó a no establecer obligaciones o cargas a los Establecimientos cuya finalidad sea producir efectos iguales o similares a aquellos que se intentaban prevenir mediante el Avenimiento¹³.
14. Con fecha 23 de julio de 2008 el H. TDLC aprobó el Avenimiento, poniendo término a la causa iniciada¹⁴.

II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

15. Esta Fiscalía se ha referido previamente a la cerveza como *“una bebida alcohólica que se obtiene de la fermentación de la cebada malteada y en cuya elaboración se emplea lúpulo, levadura y agua, permitiéndose la adición de extractos fermentables”*¹⁵.
16. La producción, elaboración y comercialización de este producto se encuentra regulado por la Ley N° 18.455¹⁶ (y su respectivo Reglamento¹⁷) que señala en su Artículo 20: *“la cerveza sólo podrá elaborarse con cebada, malteada, lúpulo, levadura y agua. Se permite la adición de extractos fermentales,*

¹² Respecto de lo establecido supra en el párrafo 11.ii), se otorgó a los Establecimientos con contrato vigente el derecho de terminación del contrato en los términos señalados en la Nota N° 10 sujeto al transcurso del plazo de dos años desde la entrada en vigencia del Avenimiento (en vez de uno).

Op. cit., Nota N° 2, páginas 6 y 7.

¹³ Op. cit., Nota N° 2, página 8.

¹⁴ Resolución de término N° 62 H. TDLC, que aprueba Avenimiento de fecha 9 de julio de 2008, 23 de julio de 2008, Causa Rol C 153-08.

¹⁵ Op. cit., Nota N° 1, página 6.

¹⁶ Ley N° 18.455 del Ministerio de Agricultura que fija Normas Sobre Producción, Elaboración y Comercialización de Alcoholes Etílicos, Bebidas Alcohólicas y Vinagres, y Deroga Libro I De La Ley N° 17.105, publicada con fecha 11 de noviembre de 1985. Disponible en URL: <http://bcn.cl/1vb6m>. [Última visita: 21-02-2019].

¹⁷ Decreto N° 78 del Ministerio de Agricultura que Reglamenta Ley N° 18.455 que fija Normas Sobre Producción, Elaboración y Comercialización de Alcoholes Etílicos, Bebidas Alcohólicas y Vinagres, publicado con fecha 23 de octubre de 1986. Disponible en URL: <http://bcn.cl/1xe9f>. [Última visita: 21-02-2019].

principalmente medio grano y puntas de arroz, láminas y productos de la molienda del maíz, en la forma y proporción que determine el reglamento. Asimismo, se permite el uso de azúcares refinadas como extracto fermentable y edulcorante del producto final”.

17. Las características de las cervezas pueden ser muy variadas, lo que favorece una amplia gama de productos. Algunos de los factores que las diferencian unas de otras son el formato, la graduación alcohólica, el tipo de cerveza, la marca, los ingredientes, el proceso de elaboración y la calidad. Sin perjuicio de lo anterior, en general¹⁸ las cervezas se categorizan en dos grandes segmentos precio-calidad, reconociendo, por un lado, el segmento *masivo*¹⁹, como aquel compuesto por cervezas que presentan mayores volúmenes de venta y precios más bajos y, por otro lado, el segmento *premium*, caracterizado por cervezas de mayor precio y menor rotación²⁰.
18. Dentro del segmento *premium* se encontrarían las denominadas “cervezas artesanales” (como una sub categoría), caracterizadas por contar con diferentes variedades, apuntar a consumidores con mayor grado de sofisticación y ser usualmente ofertadas por pequeños empresarios cerveceros²¹. Esta categoría particular del segmento *premium*, ha experimentado un aumento importante de demanda en los últimos años, debido, en parte, a un cambio en las preferencias de los consumidores²².

¹⁸ Otra forma en que esta Fiscalía ha segmentado este mercado, ha sido según distancia precio y calidad respecto de la cerveza líder del respectivo segmento, cuyo precio de venta se toma como referencia y equivale a un 100%. Así, se caracterizó un segmento *Descuento, Mainstream o Consumo Masivo, Premium y Súper Premium*. Al respecto, véase Requerimiento de la FNE en contra de CCU, de fecha 2 de octubre de 2013, Rol C N° 263-13, página 8. Disponible en URL: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/10/regu_04_2013.pdf. [Última visita: 21-02-2019].

Participantes del mercado también señalaron segmentar los productos según su precio por cada 330 cc. de cerveza. Aquellas cuyo precio supera los \$999 pesos es considerada *premium*, mientras que aquella que estén por debajo de dicho precio pertenecerían al segmento masivo. Fuente: Toma de declaración de cervecero artesanal de fecha 21 de octubre de 2016.

¹⁹ También denominado segmento *mainstream*. Dentro de este segmento encontramos marcas como Cristal, Escudo y Becker.

²⁰ Dentro del cual, además de las cervezas artesanales, se encuentran otras de marcas tales como Royal, Heineken, Stella Artois, Corona, entre otras.

²¹ Op. cit., Nota N° 1, página 7.

²² Tomas de declaración de productores de cerveza artesanal de fechas 3 de enero de 2017 y 2 de noviembre de 2017.

A. Cadena de comercialización

19. De acuerdo a los antecedentes aportados a esta División, en la cadena de comercialización de la cerveza se pueden distinguir tres eslabones relevantes: (i) Producción e importación de la cerveza; (ii) Distribución mayorista de cerveza²³; y (iii) Distribución minorista de cerveza.

(i) Producción e importación de cerveza

20. La producción de la cerveza y su importación constituyen el primer eslabón en la cadena de comercialización. En Chile, durante el año 2017 se consumió cerca de 799 millones de litros de cerveza, siendo el consumo per capita de aproximadamente 43 litros al año²⁴.

21. Dentro de las empresas que participan en este eslabón, destacan CCU, como principal actor en esta industria a nivel nacional, y Cervecería Chile S.A. (“CCH”)²⁵. En efecto, para el año 2017, considerando todos los segmentos y canales de distribución, CCU alcanzó aproximadamente una participación de mercado de 60-70% a nivel nacional, seguido de CCH con un 20-30% aproximadamente²⁶.

22. En cuanto a las marcas comercializadas en el segmento masivo (en consideración al volumen vendido el 2017), destacan las marcas nacionales Cristal y Escudo (ambas de CCU)²⁷ seguidas por Becker (de CCH)²⁸. En el

²³ Además, algunos de estos distribuidores mayoristas tienen la distribución exclusiva de alguna marca en Chile, que es importada desde el extranjero.

²⁴ FORM 20-F, United States Securities and Exchange Commission Washington, D.C. 20549, 2017. Página 24. Disponible en URL: https://www.ccuinvestor.com/wp-content/uploads/20F_2017_CCU_compressed_0.pdf. [Última visita: 26-02-2019].

²⁵ Cervecería Chile es una compañía perteneciente a Anheuser-Busch InBev (AB InBev), el conglomerado cervecero más grande del mundo. Disponible en URL: <https://www.ab-inbev.com/>. [Última visita: 21-02-2019].

Actualmente en Chile, CCH se encuentra impulsando la ampliación de su planta en Quilicura, con la que esperan triplicar su producción en el país. Disponible en URL: <https://www.ab-inbev.cl/primerapiedra-ampliacion-cerveceria>. [Última visita: 21-02-2019].

²⁶ En respuesta a Oficio Ord. N° 1837 de fecha 7 de septiembre de 2017, CCU informa participaciones de mercado en consideración al volumen de cerveza comercializada, obtenidas de Bases Nielsen YTD 2017.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

segmento *premium*, destaca la marca Heineken (de CCU)²⁹ seguida de Corona (importada por CCH)³⁰.

23. Respecto de la sub categoría de cervezas artesanales, destacan las marcas de producción nacional Kunstmann y Austral (ambas comercializadas por CCU)³¹, y Kross³². Además de éstas marcas, junto con otras marcas artesanales que son importadas desde el extranjero³³, existe un gran número de cervecerías pequeñas y micro cerveceros no industriales con sus marcas propias³⁴⁻³⁵, que se caracterizan por producir menores volúmenes de cerveza³⁶.

(ii) Distribución mayorista

24. La distribución mayorista cumple la función de realizar la intermediación del producto entre productores y distribuidores minoristas, ampliando y mejorando la cobertura de una determinada marca de cerveza a lo largo del

²⁹ Heineken, junto con las marcas Sol y Coors, son producidas y comercializadas por CCU bajo licencia exclusiva. Véase en Memoria CCU 2017, página 10. Disponible en URL: https://www.ccuinvestor.com/wp-content/uploads/Memoria_CCU_2017_baja.pdf. [Última visita: 22-02-2019].

³⁰ Op. cit., Nota N° 26.

³¹ Descritas como marcas de cerveza artesanal, producidas en sus plantas de origen, comercializadas y distribuidas por CCU. Disponible en URL: <https://www.ccu.cl/nuestras-marcas/>. [Última visita: 22-02-2019].

CCU, a través de sus filiales y coligadas, produce y distribuye, además de Kunstmann, Austral y Guayacán, las cervezas artesanales D'olbek y Szot. Op. cit., Nota N° 29, página 10.

³² Kross (Sociedad Southern Brewing Company S.A.) es una marca de cerveza artesanal cuyo 77% pertenece a la Viña Concha y Toro, de acuerdo al último porcentaje de participación adquirido por ésta con fecha 2 de noviembre de 2017.

³³ A modo de ejemplo, CCU es el distribuidor exclusivo de la cerveza Blue Moon y Tecate en Chile. Op. cit., Nota N° 29, página 10.

³⁴ En efecto, datos indican que en Chile existen aproximadamente 300 productores de cerveza, que se diferencian en cuanto a su antigüedad en el negocio, sus niveles de producción, la cantidad de líneas de producto que comercializan y a sus niveles de innovación, entre otros. Véase resultados segunda encuesta cervecera de la Asociación de Productores de Cerveza de Chile (ACECHI), julio de 2017, página 3. Disponible en URL: <http://www.acechi.cl/wp-content/plugins/google-document-embedder/load.php?d=http%3A%2F%2Fwww.acechi.cl%2Fuploads%2F2017%2F07%2FMinuta-Segunda-Encuesta-Cervecera-2017.pdf>. [Última visita: 26-02-2019].

³⁵ Lo que distingue a la cerveza artesanal de la cerveza industrial es su proceso productivo, que en general, tratándose del primer rubro, el producto no se filtra, y se hace una doble fermentación en botella. Fuente: Toma de declaración de cervecero artesanal de fecha 21 de octubre de 2016.

³⁶ Hay quienes prefieren referirse a este tipo de cerveza como *boutique*, o bien *craft*. Fuente: Toma de declaración de fecha 13 de octubre de 2016.

país. Esta actividad se considera uno de los aspectos más relevantes de la industria, siendo crítica para poder alcanzar más puntos de venta³⁷⁻³⁸.

25. En efecto, los productores de cerveza artesanal que han conseguido una mayor cobertura a nivel nacional, lo han logrado en gran parte mejorando sus sistemas de distribución. Una de las estrategias utilizadas ha sido vender un porcentaje de participación de su empresa a un distribuidor mayorista³⁹. Lo anterior, permite al productor y al distribuidor compartir los riesgos y los beneficios del negocio, alinear los incentivos en los distintos eslabones de la cadena de comercialización, ampliar la cobertura en distribución y asegurar la calidad del producto, todos elementos que contribuyen directamente en el posicionamiento de una marca.
26. Dentro de las empresas dedicadas a la distribución mayorista de cerveza destacan CCU y CCH. Además, se encuentran grandes distribuidores mayoristas tales como VCT Chile, la Vinoteca, Distribución y Excelencia S.A (DESA), entre otros. Dichas empresas también participan en la distribución de otros bebestibles y licores.

(iii) Distribución minorista

27. El último eslabón de la cadena de comercialización es el compuesto por las empresas que distribuyen las cervezas al consumidor final. Al respecto, es posible establecer una distinción clara según la ocasión de consumo de los

³⁷ Para un pequeño productor de cerveza es más eficiente llevar la relación comercial con los locales Horeca a través de un distribuidor mayorista, ya que cuando el local comercial no paga los productos que compra, un gran mayorista le otorga facilidades asociadas al crédito y, por tanto, el micro cervecero no resulta tan afectado. Fuente: Toma de declaración de fecha 13 de octubre de 2016.

³⁸ En toma de declaración un micro cervecero manifestó su preocupación sobre esta industria, señalando que los mayores problemas se generan a nivel de la distribución mayorista, no solo de cerveza, sino de un portafolio más amplio de productos con los que los mayoristas pueden negociar con los locales comerciales, y que impiden a los pequeños productores el alcanzar la cobertura que desearían. Fuente: Toma de declaración de fecha 21 de octubre de 2016.

³⁹ Es el caso de Kunstmann, Guayacán y Szot, marcas de cerveza artesanal vendidas en determinado porcentaje a CCU, quien desde la adquisición se encarga de su distribución. Otro caso es el de la marca Kross, cuya distribución es realizada por Comercial Peumo (hoy VCT Chile), filial de la Viña Concha y Toro. Disponible en URL: http://www.svs.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=f41082f39861df53afbd75898aed7961VFDwQmVFOUVRVEJOUkVFeVRWUkplRTISUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1550774433. [Última visita: 21-02-2019].

productos, distinguiendo entre aquellos locales en los que se consume directamente el producto, tales como pubs, restaurantes, casinos, discoteques, entre otros, que en su conjunto conforman el denominado “canal Horeca”⁴⁰; y aquellos distribuidores que participan del canal orientado al consumo doméstico o posterior. Este último, a su vez, puede dividirse entre grandes supermercados, por un lado, y botillerías y almacenes de menor tamaño por otro⁴¹.

28. En cuanto al canal de consumo doméstico o posterior, los pequeños productores de cerveza señalan que en general existe una buena recepción al ingreso de sus productos en supermercados, incluso de marcas nuevas⁴², sin perjuicio de no ser tan rentable debido, en parte, a las condiciones comerciales establecidas por el supermercado⁴³. Asimismo, la distribución de los productos acostumbra ser realizada por las mismas cadenas de supermercado, quienes mediante sistemas de distribución centralizada dan la cobertura a sus puntos de venta.

29. Finalmente, en cuanto a la distribución minorista mediante almacenes y botillerías, los productores de cerveza señalan que el principal atractivo descansa en la posibilidad de obtener mayores ingresos mediante la venta de sus productos en estos puntos de venta⁴⁴. Sin embargo, dado que es un segmento tremendamente atomizado, para ingresar a la industria a través de la comercialización en botillerías y almacenes, es fundamental tener acceso a una buena red de distribución mayorista⁴⁵.

⁴⁰ Las siglas que componen el término “Horeca” hacen referencia a los Hoteles, Restaurantes y empresas de Catering como los actores que componen este canal.

⁴¹ Op. cit., Nota N° 1, páginas 6 y 7.

⁴² Toma de declaración de cervecero artesanal de fecha 13 de octubre de 2016.

⁴³ Conforme a la información recabada, habría productores de cerveza que prefieren no depender en exceso de la venta a través de este canal, ya que les es menos rentable, considerando algunos costos involucrados, además de exigencias de aprovisionamiento, “activación de marca” (actividades de promoción) o similares. Fuente: Toma de declaración cervecero artesanal de fecha 2 de noviembre de 2017.

Asimismo, se señaló que pese a que los supermercados permiten el ingreso de nuevas marcas, las condiciones comerciales, de compra, de pago, de margen, hacen que no sea tan rentable. Fuente: Toma de declaración de cervecero artesanal de fecha 3 de enero de 2017.

⁴⁴ Toma de declaración de cervecero artesanal de fecha 13 de octubre de 2016.

⁴⁵ Toma de declaración de cervecero artesanal de fecha 3 de enero de 2017.

B. Relevancia del canal Horeca

30. En consideración a que la denuncia dice relación con ciertas supuestas restricciones presentes en las relaciones comerciales entre CCU y sus clientes que conforman este canal de distribución minorista, resulta relevante destacar sus particularidades. Así, cabe indicar que conforme a la información recabada, este canal de distribución es importante para los productores de cerveza (en comparación con el canal de consumo doméstico o posterior), pues permite que su producto sea probado y conocido por los consumidores finales, lo que a su vez ayuda a posicionar su marca. Lo anterior, afectaría directamente la demanda del producto a nivel de supermercados, almacenes y botillerías⁴⁶.
31. En efecto, uno de los problemas que enfrenta una empresa entrante y/o que quiera expandir su participación de mercado (además de organizar una buena red de distribución), es que tiene que afrontar los costos que implica el posicionamiento de una marca en establecimientos del canal Horeca, ya sea a través de campañas publicitarias o de inversiones en publicidad en puntos de venta específicos⁴⁷⁻⁴⁸. En este contexto, claramente, las grandes empresas productoras de cerveza tienen una mayor capacidad financiera para realizar dichas inversiones⁴⁹.

⁴⁶ Fue una opinión coincidente entre distintos actores de la industria el que a través del canal Horeca se construye una marca. El concepto es que las marcas son parte de una experiencia, en que una persona va a un lugar, consume marcas y vive una experiencia, que con posterioridad desea replicar en su casa, por lo tanto, acude a un supermercado o botillería en busca de esas marcas. Fuente: Toma de declaración de cervecero artesanal de fecha 2 de noviembre de 2017.

⁴⁷ Por ejemplo, mediante pagos a bares, realización de promociones o entrega de mobiliario de la marca. Fuente: Toma de declaración de cervecero artesanal de fecha 13 de octubre de 2016.

⁴⁸ Op. cit. Nota N° 18, página 11.

⁴⁹ Conforme antecedentes recabados, entrar hoy en el canal Horeca sería difícil, pues requiere de una inversión inicial. Al menos implica modificar la carta del local, y cuando entras con una sola marca es más costoso que cuando puedes ofrecer productos en diferentes categorías (agua, bebidas, vinos, cervezas). Fuente: Toma de declaración cervecero artesanal de fecha 2 de noviembre de 2017.

32. Lo anterior, ha incentivado a algunos productores de cerveza a vender su producto directamente en establecimientos propios para dar mayor visibilidad a su marca y evitar las inversiones en locales del canal Horeca⁵⁰.
33. Otra característica relevante es que el canal Horeca permite comercializar cerveza a través del formato *schop*⁵¹. Al respecto, los cerveceros artesanales señalan que, en general, los consumidores en locales se inclinarían por elegir la cerveza en ese formato debido a su conveniencia en cuanto al precio y a la calidad. Ello, junto con el hecho de que las ventas del canal Horeca son relevantes para darse a conocer en el mercado, implica que si el ingreso a un local comercial en formato *schop* se ve impedido o limitado, es posible perjudicar el posicionamiento y crecimiento a largo plazo de una marca en el mercado.
34. Ahora bien, la posibilidad de que una marca se pueda vender en formato *schop* en un local o establecimiento depende de varios factores. Por un lado, se debe evaluar la capacidad física del establecimiento para instalar la máquina de *schop*, ya que se requiere espacio tanto en la barra como en la cocina para ubicar el equipamiento necesario que garantice la calidad del producto. Por otra parte, se debe considerar la inversión en la máquina de *schop*, que muchas veces no puede ser asumida por el local comercial y, por tanto, debe ser solventada por el productor de cerveza, quien además debe encargarse del mantenimiento, la compra de algunos insumos para presentar su producto, capacitación del personal para el uso de la máquina, entre otros. Finalmente, los volúmenes de venta del producto deben ser suficientes para justificar la inversión en la máquina⁵², considerando que cada barril debe ser

⁵⁰ Ejemplos son los casos de la cerveza Szot, con su local en Talagante, la cerveza Guayacán con su local en Diaguitas, Valle de Elqui, también la cerveza Valtor con su local en Niebla y el bar El Duende ubicado también en Niebla, Valdivia; también se puede observar el caso de Kross a través de su "Kross Bar", que a la fecha ha inaugurado tres locales comerciales en Santiago.

⁵¹ El formato *schop* consiste en un vaso de vidrio generalmente de 500 cc, el cual es llenado por un barril de cerveza.

El barril es el único formato de los artesanales que es "carbonatado", que genera el gas, lo que se puede hacer inyectándole oxígeno o agregándole azúcar a su embotellado. Fuente: Toma de declaración cervecero artesanal de fecha 16 de octubre de 2016.

⁵² Se señaló a esta Fiscalía que se requiere un mínimo de tres barriles semanales para pagar la inversión que implica la máquina *schopera*. Fuente: Toma de declaración de cervecero artesanal de fecha 16 de octubre de 2016.

consumido dentro de un período acotado de tiempo para garantizar la frescura del producto⁵³.

III. ANÁLISIS DE LOS HECHOS DENUNCIADOS

35. Considerando los alcances de la denuncia y las principales conclusiones y medidas emanadas del Avenimiento entre la FNE y CCU (supra), esta División analizó los contratos y acuerdos comerciales suscritos entre la investigada y sus clientes comerciales en el canal Horeca⁵⁴, así como toda información sobre descuentos, pagos, premios, inversiones y otros incentivos que CCU entregaría a éstos. Asimismo, consultó a clientes y competidores de la investigada dentro de la industria de la cerveza, con el objeto de recabar antecedentes que den cuenta de un posible incumplimiento del Avenimiento, o bien de la existencia de otro tipo de conductas anticompetitivas.
36. En cuanto a un posible incumplimiento del Avenimiento, se observó que las relaciones comerciales de CCU con sus clientes en el canal Horeca se encuentran formalmente ajustadas a lo prescrito en éste.
37. En efecto, los contratos de exclusividad publicitaria cumplen con el límite temporal de hasta tres años acordados, contienen una contraprestación que generalmente consiste en un pago por la exclusividad, e incluyen la posibilidad de terminar anticipadamente el contrato, debiendo el cliente restituir aquella parte proporcional a lo pagado por CCU correspondiente al tiempo que resta para el término del contrato. Por otra parte, no se observan cláusulas que impidan, restrinjan o entorpezcan la exhibición y venta de bienes o servicios de otro u otros proveedores⁵⁵.
38. Asimismo, a través del análisis de otro tipo de comunicaciones y acuerdos tenidos a la vista, se constató que éstos no contienen cláusulas expresas que

⁵³ Toma de declaración de cervecero artesanal de fecha 2 de noviembre de 2017.

⁵⁴ En respuesta a Oficio Ord. N° 2012 de fecha 28 de octubre de 2016, Oficio Ord. N° 2235 de fecha 16 de diciembre de 2016 y Oficio Ord. N° 1837 de fecha 7 de septiembre de 2017.

⁵⁵ Ver supra punto (iii) párrafo 11.

limiten la venta o exhibición de cerveza de otros proveedores en el local, con excepción de los 2 casos que se describen a continuación.

39. Para descartar otro tipo de restricciones o limitaciones a la competencia no contenidas en contratos, y en el entendido de que las relaciones comerciales y negociaciones entre CCU y clientes del canal Horeca se generan en su mayoría en un contexto informal, esta División realizó tomas de declaración a varios clientes de CCU, quienes señalaron tener libertad para contratar con otros proveedores⁵⁶. Por tanto, tampoco se obtuvieron pruebas de la existencia de comportamientos de CCU que se desviaran de lo establecido en dichos contratos.
40. Sin perjuicio de lo anterior, de la totalidad de los contratos y acuerdos revisados, se encontraron dos contratos que contenían cláusulas con requisitos en cuanto a la compra de cerveza e incentivos económicos que podrían generar riesgos a la competencia en este mercado. Estos contratos se describen a continuación:
- (i) Contrato con monto mínimo de compra
41. Teniendo a la vista la importancia del formato *schop* en el canal Horeca, esta División observó que uno de los contratos acompañados por CCU durante la investigación⁵⁷, contiene una cláusula de montos mínimos de compra de cerveza en barril, asociado al comodato de una máquina de *schop* en el local. Si bien este caso es aislado, es una práctica que tiene el potencial de restringir la venta de cerveza de otras marcas en este formato⁵⁸.
42. El riesgo observado en este tipo de requisitos mínimos de compra es que se puede generar una exclusividad de hecho, si los volúmenes mínimos de venta exigidos son relativamente importantes respecto de las ventas totales del respectivo local.

⁵⁶ Tomas de declaración con clientes de CCU, realiadas entre octubre de 2016 a enero de 2017.

⁵⁷ Anexo Confidencial [1]

⁵⁸ Anexo Confidencial [2]

(ii) Contrato con descuento por fidelidad

43. El segundo contrato que generó aprehensiones a esta División⁵⁹ contiene un descuento por fidelidad, que corresponde a un incentivo mensual por crecimiento en ventas (hectolitros) en comparación con igual período (mismo mes) del año anterior. El cálculo del incentivo o descuento, se realizaba conforme a la siguiente Tabla incorporada al contrato:

Tabla de descuento (Rappel) aplicado a cliente de CCU Chile.

Crecimiento vs año anterior entre	Incentivo
101,0 % y 104,9 %	2%
105,0 % y 109,9 %	3%
110,0 % y más...	5%

Fuente: Acuerdo Comercial entre CCU y su cliente.

44. Se trata de un descuento de carácter retroactivo⁶⁰, ya que el incentivo o descuento entregado, aplica sobre todas las compras de cerveza del respectivo mes, siempre y cuando las ventas de dicho mes superen el porcentaje de crecimiento establecido respecto al mismo mes del año anterior⁶¹.
45. La principal preocupación que presenta este tipo de descuentos es que, cuando son utilizados por empresas con una participación relevante en el mercado, como lo es CCU⁶², tienen la potencialidad de debilitar, disuadir e, incluso, excluir a competidores igual o más competitivos, al incentivar a los clientes a abastecerse principal o exclusivamente de un único proveedor⁶³.

⁵⁹ Anexo Confidencial [3]

⁶⁰ El descuento retroactivo es una clase de descuento que se caracteriza en su aplicación, al incluir todas las compras que se realicen en determinado periodo para su cálculo. FNE, Guía para el análisis de restricciones verticales, junio de 2014, página 6. Disponible en URL: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/inpu_023_2017.pdf. [Última visita: 21-02-2019].

⁶¹ Anexo Confidencial [4]

⁶² Véase: Op. cit., Nota N° 1, página 20; op. cit., Nota N° 18, página 18; ver supra párrafo 21.

⁶³ Este tipo de descuento es considerado más lesivo de la competencia, ya que genera un incentivo a comprar más unidades al acercarse el final del periodo considerado para su aplicación (mensual, semestral, anual), al punto de generar un sobre *stock* de productos solo para evitar perder el descuento luego de haber realizado todas las compras.

46. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso particular se observa que el riesgo de producir efectos anticompetitivos es bajo. Ello, por cuanto la factibilidad de que se produzca un cierre de mercado depende de factores como (i) el número de locales sujetos a este tipo de descuentos, (ii) el porcentaje de mercado que puede ser contestable por empresas competidoras y (iii) el período de tiempo que abarca el descuento. En efecto, el presente descuento se identificó en un solo contrato y por ende su uso no es generalizado. Adicionalmente, el período de tiempo considerado para aplicar el descuento es breve (un mes) lo que debiera reducir su efecto fidelizador.

IV. MODIFICACIÓN DE CONTRATOS POR PARTE DE CCU

47. Del análisis de los antecedentes recopilados y en opinión de esta División, las dos cláusulas encontradas -el descuento por fidelidad y el establecimiento de montos mínimos de compra de cerveza por parte de CCU- no se ajustarían íntegramente a los términos y sentido del Avenimiento y, a su vez, son cláusulas que podrían generar un riesgo de exclusión respecto de otros agentes que operan en este mercado.
48. Ahora bien, atendido a que las cláusulas que generan riesgos de competencia fueron constatadas en sólo dos casos y respecto de dos locales comerciales⁶⁴, esta División considera que el potencial exclusorio de éstas es menor, al no tratarse de una práctica generalizada que ponga en riesgo la competencia en este mercado.
49. Sin perjuicio de lo anterior, cabe recordar que CCU se comprometió de buena fe en el Avenimiento a no establecer obligaciones o cargas a los Establecimientos que produzcan o puedan producir efectos o incentivos exclusorios⁶⁵. Adicionalmente, existe el riesgo de una posible expansión del uso de estas cláusulas a otros clientes de CCU en el canal Horeca.

⁶⁴ De un total de 533 clientes con contrato informados por CCU. En respuesta a Of. Ord. N° 1837 de fecha 7 de septiembre de 2017.

⁶⁵ Ver supra párrafo 13.

50. En razón de lo anterior, esta División se comunicó con CCU para informarle sus aprehensiones, quien accedió a modificar voluntariamente estos dos contratos, en el sentido de eliminar las cláusulas señaladas, lo que se concretó con el ingreso de un documento acompañando los nuevos contratos a esta Fiscalía, con fecha 30 de octubre de 2018⁶⁶.

V. CONCLUSIÓN

51. La investigación objeto de este informe se inició por la denuncia de un productor de cerveza artesanal, acusando exclusividades por parte de CCU en los locales comerciales pertenecientes al canal Horeca, que generarían una imposibilidad de competir en el mercado.
52. Del análisis llevado a cabo por esta División, se tuvo a la vista lo señalado por el Avenimiento entre CCU y la FNE, en el sentido de prohibir contratos de exclusividad, incentivos con efectos exclusorios y establecer ciertas condiciones para las exclusividades publicitarias respecto de clientes del canal Horeca.
53. De las diligencias realizadas durante la investigación y de los antecedentes aportados por distintos actores de esta industria, es posible señalar que, además de las cláusulas contractuales encontradas respecto de dos clientes de CCU, descritas precedentemente, no se encontraron otras condiciones (ya sean formales o informales) que pudieran, de momento, generar riesgos a la competencia.
54. A juicio de esta División, la modificación de estos contratos por parte de CCU constituye un cambio de conducta que permite reducir de manera suficiente los riesgos de competencia de índole exclusoria y, además, en opinión de esta División, permite dar cumplimiento íntegramente al Avenimiento.

⁶⁶ Ingreso correlativo N° 04585-18 de fecha 30 de octubre de 2018.

55. Sin perjuicio de ello, esta División se mantendrá atenta a la evolución de las condiciones de este mercado, a todo hecho o conducta que pudiera significar un incumplimiento del sentido y espíritu del Avenimiento.
56. En definitiva y salvo mejor parecer del señor Fiscal Nacional Económico, esta División sugiere archivar los antecedentes.

Saluda atentamente a usted,



**GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS**



JMW/AGU