

EN LO PRINCIPAL: Interpone Requerimiento en contra de Compañía Cervecerías Unidas S.A. **PRIMER OTROSÍ:** Designa receptores judiciales. **SEGUNDO OTROSÍ:** Personería. **TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y poder. **CUARTO OTROSÍ:** Forma de notificación.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

JORGE GRUNBERG PILOWSKY, Fiscal Nacional Económico, en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (en adelante, “**FNE**” o “**Fiscalía**”), ambos domiciliados para estos efectos en calle Huérfanos N°670, piso 8, comuna de Santiago, Región Metropolitana, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “**H. Tribunal**”), respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18 y siguientes, 26, 39 y en los demás pertinentes del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (en adelante, “**DL 211**”); el avenimiento celebrado en causa Rol C N°153-08 y aprobado por resolución del H. Tribunal de 23 de julio de 2008 (en adelante, “**Avenimiento**”); y fundado en los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que a continuación se expondrán, interpongo Requerimiento en contra de Compañía Cervecerías Unidas S.A. (en adelante, “**CCU**” o “**Requerida**”), sociedad dedicada a la producción, embotellamiento, venta y distribución de diversas bebidas, tanto alcohólicas como no alcohólicas, representada por su gerente general don Patricio Jottar Nasrallah, ingeniero comercial, ambos domiciliados para estos efectos en Av. Vitacura N°2670, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

El presente Requerimiento tiene por objeto que el H. Tribunal declare que CCU infringió el artículo 3° inciso primero del DL 211, al haber incumplido el Avenimiento, al menos desde el año 2019 a la actualidad. En efecto, según se detalla a continuación y como se acreditará durante el proceso, la Requerida, en sus relaciones con los establecimientos comerciales que venden cerveza para ser consumida en los mismos (en adelante, “**Establecimientos**”), ejecutó hechos, actos o convenciones que, *de facto*, generaron exclusividades de venta, restringieron o entorpecieron la venta y/o exhibición de cerveza de terceros, o produjeron iguales o similares efectos.

En razón de lo que se expondrá en esta presentación y de lo que se probará a lo largo del juicio, solicitamos que el H. Tribunal imponga a CCU la multa que se indica en el petitorio

de este Requerimiento, y establezca a su respecto las medidas preventivas, correctivas y/o prohibitivas que ahí se detallan, u otras que determine procedente conforme a derecho, con expresa condena en costas.

Como se verá a continuación, al igual que en los casos de las acciones ejercidas precedentemente por esta Fiscalía en contra de CCU durante los años 2008 y 2013, el presente Requerimiento tiene por objeto no sólo que se sancione a la Requerida por haber infringido el DL 211, sino que también resguardar la libre competencia en la comercialización de cervezas, particularmente en el canal de consumo inmediato compuesto principalmente por bares, pubs y restaurantes, por medio de las medidas solicitadas y en el ejercicio de las atribuciones que el legislador le ha conferido a la FNE para velar permanentemente por la libre competencia en los mercados.

En cumplimiento de este último fin, y considerando los hallazgos de la investigación realizada por esta Fiscalía, es que se solicita en el apartado V de este Requerimiento la imposición de medidas complementarias a las que ya existen en el Avenimiento, con el propósito de precaver comportamientos que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en la comercialización de cerveza en el canal de consumo inmediato, posibilitando el desenvolvimiento competitivo de actores de menor tamaño y supervisando de manera más eficaz el comportamiento de CCU en el mercado en su calidad de actor supradominante en este segmento.

I. ANTECEDENTES GENERALES

a. El Avenimiento entre la FNE y CCU

1. En el año 2008 la FNE interpuso un Requerimiento en contra de CCU por infracción al artículo 3° del DL 211, en particular su letra b), imputando que la Requerida, abusando de su posición dominante, había *“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”*¹. Esta acción dio origen a la causa Rol C N°153-08 caratulada “Requerimiento de la FNE contra Cervecera CCU Chile Ltda.”.

2. Con la finalidad de poner término anticipado a tal juicio, las partes debidamente representadas acompañaron ante el H. Tribunal el Avenimiento, cuyo texto fue aprobado

¹ Requerimiento presentado en causa Rol C N°153-18, p.1.

mediante resolución de foja 202, de 23 de julio de 2008². En entendimiento de ambas partes, el Avenimiento no solo no atentaba contra la libre competencia, sino que, por el contrario, *“la resguarda y hasta promueve, al cumplirse a cabalidad los objetivos del Requerimiento de la FNE y la intención competitiva declarada por CCU Chile”*³.

3. En virtud del Avenimiento, y en lo que concierne al presente Requerimiento, CCU se obligó a cumplir las medidas que se detallan a continuación. En el Acuerdo Primero, adquirió el deber de *“no establecer ni unilateralmente ni mediante acuerdos, ni de ninguna otra forma, en sus relaciones con los Establecimientos, sea que se rijan por actos, contratos o convenciones expresos o tácitos o de cualquier otra manera, ni Exclusividad Vertical, ni Incentivos Exclucorios”*⁴.

4. En el Acuerdo Segundo del Avenimiento, la Requerida se obligó a *“no establecer, ni unilateralmente ni mediante acuerdos, ni de ninguna otra forma, en sus relaciones con los Establecimientos, sea que se rijan por actos, contratos o convenciones expresos o tácitos o de cualquier otra manera, Exclusividad Publicitaria por un lapso superior a tres años”*⁵. Además del plazo indicado, esta Exclusividad Publicitaria quedó sujeta a una serie de condiciones, entre ellas, que no se establezca o ejerza de cualquier manera que impida, restrinja o entorpezca la venta de cerveza de terceros o su exhibición, en la medida necesaria para informar que se encuentra disponible en los Establecimientos para su venta⁶. Según el Avenimiento, los Establecimientos deben estar facultados para dar a conocer en un lugar visible la cerveza de terceros, así como incluirla siempre, sin excepción, en sus menús o cartas⁷.

² El Avenimiento fue celebrado entre la FNE y Cervecera CCU Chile Limitada, esta última, filial de la matriz CCU, quien posee el 99.8% de los derechos de la compañía. Memoria CCU 2022, p.127. Disponible en: <https://www.ccu.cl/publicaciones/memoria-anual-2022> (Última visita, 04-08-2023).

³ Avenimiento, I. Consideraciones, p.3.

⁴ Avenimiento, Acuerdo Primero, p.5. En el mismo instrumento, las partes definieron “Exclusividad Vertical” como: *“La exclusividad en el suministro de Cerveza de un proveedor a un Establecimiento, así como la prohibición al Establecimiento de adquirir o exhibir Cerveza de otros u otros proveedores”*; e “Incentivos Exclucorios” como: *“Las reducciones de precios o reembolsos en función del cumplimiento de metas de participación del proveedor de Cerveza en las adquisiciones o ventas del Establecimiento”*.

⁵ Avenimiento, Acuerdo Segundo, p.5 y siguientes.

⁶ El Avenimiento también estableció que respecto de la Exclusividad Publicitaria debía existir una contraprestación por parte de CCU, consistente en 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; y la posibilidad para el Establecimiento de, vencido el primer año de vigencia, poner fin al contrato en cualquier tiempo, sin expresión de causa y sin más trámite que la comunicación enviada a CCU con al menos un mes de anticipación, naciendo en dicho caso el deber del Establecimiento de restituir la proporción de lo pagado por CCU correspondiente al tiempo que restare para el término natural del mismo y el mobiliario o demás bienes que le hubieren sido entregados.

⁷ Avenimiento, Acuerdo Segundo, p. 6

5. Finalmente, en el Acuerdo Quinto del Avenimiento CCU se obligó a ejecutar los compromisos que asumió de buena fe, habiéndose en consecuencia pactado que el Avenimiento “no solo obliga a lo que en él se expresa, sino que a todas las cosas que emanan de la naturaleza de las obligaciones y cargas asumidas, que por ley o costumbre pertenecen a ella”⁸. En este sentido, se consigna de manera clara y expresa que CCU no podrá “establecer obligaciones o cargas a los Establecimientos cuya finalidad sea producir efectos iguales o similares a la Exclusividad Vertical, los Incentivos Exclucorios o a la Exclusividad Publicitaria en condiciones distintas a las permitidas en este avenimiento”⁹.

b. Investigaciones de la FNE vinculadas a fiscalizar el cumplimiento del Avenimiento por parte de CCU

6. Con posterioridad a la aprobación del Avenimiento, esta Fiscalía ha llevado adelante investigaciones orientadas a verificar su correcta ejecución¹⁰. La primera de ellas se inició el 22 de diciembre de 2008, bajo el Rol N°1304-08 FNE¹¹. Esta primera investigación, iniciada a los pocos meses de que el Avenimiento fuera suscrito, concluyó que, en base a los antecedentes analizados, CCU no había “vulnerado formalmente los términos” de este instrumento, recalcando, de todos modos, que “se hace necesario mantener permanente vigilancia del mercado, en razón de la alta participación de mercado que CCU aun presenta en el canal de consumo inmediato de cerveza”¹².

7. Posteriormente, en el año 2016 y a consecuencia de una denuncia realizada por un productor de cerveza artesanal, se inició por la Fiscalía una nueva investigación bajo el Rol

⁸ Avenimiento, Acuerdo Quinto, p. 8.

⁹ Ibid.

¹⁰ Esto es sin perjuicio de otras investigaciones desarrolladas por la FNE asociadas al mercado de la producción y venta de cervezas, como la Rol N°2076-12 FNE, que dio origen a la causa Rol C N°263-13 tramitada ante el H. Tribunal, en la que se imputó una infracción al artículo 3° inciso primero del DL 211 por haber utilizado la mantención de registros marcarios para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, y que terminó por conciliación aprobada mediante resolución de 28 de mayo de 2014, que rola a foja 398 de esos autos. Mediante la suscripción de este acuerdo, se buscó evitar la utilización de registros marcarios de variedades genéricas de cervezas con el fin de que puedan ser utilizados libremente por los distintos participantes de la industria.

¹¹ Esta investigación se centró en dos aspectos: (i) la revisión de las comunicaciones que CCU estaba obligada a realizar a los clientes que tenían contratos vigentes a la fecha de celebración del Avenimiento, tanto respecto a su oportunidad como a su contenido; y (ii) la revisión de los nuevos contratos suscritos por CCU desde que la resolución que aprobó el Avenimiento quedó firme o ejecutoriada.

¹² Investigación Rol N°1304-08 FNE, Informe de Archivo de 13 de septiembre de 2010.

Nº2408-16 FNE¹³, que tuvo por objeto revisar las condiciones de competencia que existían en ese momento. Con ocasión de esta investigación, se examinaron contratos celebrados por CCU con distintos establecimientos y su correspondiente adecuación al Avenimiento. Esta investigación concluyó con la dictación de un Informe de Archivo en el mes de febrero del año 2019, el que, luego de analizar los contratos y acuerdos comerciales suscritos por CCU, sostuvo que *“las relaciones comerciales de CCU con sus clientes en el canal Horeca se [encontraban] formalmente ajustadas a lo prescrito en este”*¹⁴, salvo 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 el mercado”*¹⁵, los que fueron modificados voluntariamente por la Requerida, eliminando las cláusulas señaladas.

8. En aquella oportunidad, y luego de tomar declaración a algunos clientes de CCU, este Servicio determinó que *“no se obtuvieron pruebas de la existencia de comportamientos de CCU que se desviarán de lo establecido en dichos contratos”*¹⁶. La FNE señaló en sus conclusiones que, sin perjuicio de lo mencionado, se mantendría *“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”*¹⁷.

c. Investigación Rol Nº2547-19 FNE que da origen a este Requerimiento

9. En el mes de abril del año 2019 se recibió una nueva denuncia en contra de CCU, que daba cuenta de la existencia de posibles conductas anticompetitivas desarrolladas por la compañía. Aquella presentación aludía a la celebración de acuerdos verticales o la imposición de restricciones verticales por parte de la Requerida, que impedirían o restringirían el ingreso o la expansión de competidores en el mercado, lo que se materializaría mediante la *“suscripción formal o la imposición informal de acuerdos verticales con distintos puntos de venta (...) que ha tenido como efecto que dichos locales no puedan comercializar cervezas de marcas competidoras de CCU”*¹⁸.

10. En conjunto con la denuncia se aportaron a la investigación una serie de antecedentes que no habían sido conocidos por la FNE con anterioridad. Esta Fiscalía

¹³ Resolución de Inicio de Investigación Rol Nº2408-16 FNE, de 31 de agosto de 2017.

¹⁴ Informe de Archivo, investigación Rol Nº2408-16 FNE, p.13.

¹⁵ Ibid. p.14

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Denuncia ingresada a la Fiscalía el 5 de abril del año 2019.

estimó necesario iniciar una nueva investigación bajo el Rol N°2547-19 FNE (en adelante, “**Investigación**”), en carácter reservado, con la finalidad de determinar la veracidad de las conductas denunciadas, así como de revisar las condiciones de competencia existentes en las relaciones entre CCU y sus clientes del canal de consumo inmediato y sus potenciales efectos en el mercado¹⁹.

11. Posteriormente, en el mes de febrero de 2022, se presentó ante esta Fiscalía una nueva denuncia en contra de CCU por potenciales infracciones a la libre competencia relativas a conductas exclusorias en la comercialización de cervezas en el formato *schop* para el canal *on premise*²⁰ (también denominado *on trade* o de consumo inmediato), que fue acumulada a la Investigación²¹.

12. Los hallazgos obtenidos por la FNE en el marco de la Investigación fundan la formulación del presente Requerimiento, tal como se explicará a continuación.

II. HECHOS QUE FUNDAN EL REQUERIMIENTO

13. Esta Fiscalía ha podido constatar que CCU incumplió el Avenimiento aprobado por el H. Tribunal el 23 de julio del año 2008, particularmente los Acuerdos Primero, Segundo y Quinto, al menos desde el año 2019, por cuanto la Requerida ejecutó hechos, actos o convenciones que, *de facto*, generaron exclusividades de venta de sus productos, restringieron o entorpecieron la venta y/o exhibición de cervezas de terceros, o produjeron iguales o similares efectos.

14. Los hallazgos de la FNE en el marco de la Investigación dan cuenta que los contratos y acuerdos comerciales suscritos entre CCU y sus clientes del canal *on trade* han sido utilizados –en los términos que se explicarán en este apartado– para generar los efectos anticompetitivos que el Avenimiento perseguía evitar. Lo anterior, aun cuando estos documentos formalmente se ajustan, en su tenor y redacción, a los términos autorizados por el Avenimiento, habiendo implementado la Requerida mecanismos informales que le permitieron ejecutar la conducta acusada y constitutiva de incumplimiento. Tal como consta, a modo ejemplar, en lo señalado por uno de los clientes de CCU en declaración prestada ante esta Fiscalía:

¹⁹ Resolución de Inicio de Investigación, de 15 de mayo de 2019.

²⁰ Denuncia ingresada a la Fiscalía el 7 de febrero de 2022.

²¹ Comunicada mediante Oficio Res. N°77, de fecha 10 de marzo de 2022.

“FNE 2: Perfecto. ¿Y con respecto a los diferentes equipos que se aprecian en el local, en particular los cooler, las máquinas schoperas y el mobiliario?

Declarante: Sí. Sí, lo que es sí, eso sí. Lo que es máquina schopera y los refrigeradores sí, eso sí.

FNE 2: Esos están... ¿esos se los entrega la empresa CCU?

Declarante: Sí, esos los entrega la empresa CCU, igual...

FNE 1: ¿Y en qué condiciones?

*Declarante: **Con un contrato que tenemos que trabajar en exclusiva su, su... su marca.***

FNE 2: Ah, ok.

FNE 1: Ya. ¿Y eso se lo dice el vendedor, o aparece en el contrato?

*Declarante: Ehh, no. Se lo dice, **lo dice el vendedor.***

FNE 1: Ya.

*Declarante: Pero no, **en el contrato no dice que trabajemos exclusivo.***

FNE 2: Ahh, perfecto”²².

15. De esta forma, esta Fiscalía logró constatar que, aunque en los contratos suscritos se declara en términos formales la libertad que tendrían los establecimientos para vender cualquier marca de cerveza²³, lo cierto es que en los hechos dicha libertad ha sido coartada y delimitada como consecuencia de los actos ejecutados por la Requerida. Ello, mediante acuerdos verbales, exigencias o condicionamientos a los Establecimientos, por fuera de los instrumentos formales referidos, en contravención a las obligaciones contenidas en el Avenimiento, generando *de facto* exclusividades de venta o restricciones en la venta y/o exhibición de cerveza de terceros.

16. Así, amparada normalmente en la existencia y ejecución de contratos de exclusividad publicitaria, en contratos de comodato de bienes, y/o en el otorgamiento de prestaciones en dinero u otros beneficios, la Requerida ha conseguido exclusividad de venta de sus cervezas o, en su defecto, ha restringido y entorpecido la venta de productos de sus competidores, en incumplimiento al Avenimiento.

17. Declaraciones prestadas ante la FNE por distintos Establecimientos, así como otro tipo de evidencia, dieron cuenta de: (i) la venta exclusiva, o prácticamente en su totalidad, de cervezas comercializadas por CCU en estos locales; y (ii) que esta circunstancia se deriva de acuerdos informales o “*pactos de caballeros*” con la Requerida, en virtud de los cuales los Establecimientos no pueden comercializar otras marcas distintas de aquellas del portafolio de CCU en sus locales, se encuentran restringidos a vender respecto de determinados formatos solo cervezas de CCU (normalmente, en formato *schop*), o solo

²² Declaración prestada ante la FNE el 12 de julio de 2019. Énfasis agregado. En lo sucesivo, las citas que incluyen pasajes destacados con negrita corresponden a énfasis agregados.

²³ Las cláusulas incluidas en los Contratos Imagen de CCU señalan: “*No obstante lo anterior EL CLIENTE podrá adquirir y vender en el Local cerveza producida y/o comercializada por terceros*”.

pueden comercializar aquellas que CCU les autorice, según se expondrá *infra*. A modo ejemplar, uno de los declarantes señaló durante la Investigación:

“Declarante: Hay un **acuerdo comercial** que está con la compañía, donde... por este acuerdo nos obligan como a tener sus marcas. No podemos traer como otro tipo de marcas por este acuerdo comercial”²⁴.

18. El acuerdo comercial mencionado en la declaración se refiere a un acuerdo de exclusividad publicitaria que CCU denomina “Contrato de Prestación de Servicios de Publicidad y Promoción, Local Imagen”²⁵ (en adelante, “**Contrato Imagen**” o “**Contratos Imagen**”). Este tipo de acuerdos son celebrados por la Requerida con determinados Establecimientos que cumplen con los criterios establecidos en sus “Planes Imagen”²⁶, y que son ejecutados por la Gerencia de Desarrollo de Imagen, área encargada de identificar potenciales nuevos clientes y hacer un seguimiento periódico a la ejecución de estos contratos, entre otras funciones.

19. Los Contratos Imagen consisten en acuerdos tipo o estándar de CCU con distintos Establecimientos que consagran como principal obligación de estos últimos la prestación de servicios de publicidad y promoción exclusiva para los productos de CCU, lo que implica, entre otras prestaciones, publicitar, promocionar y vender productos de la Requerida en los Establecimientos, debiendo otorgar para estos efectos “*espacios visibles y adecuados para la presencia de la o las marcas*” de CCU, de modo que “*exista para el público en general, una identificación preferente del Local y las marcas de los Productos*”²⁷. Así, en virtud de estos acuerdos comerciales, el Establecimiento “*se obliga a prestar a CCU los servicios de publicidad y promoción exclusiva para los Productos*”²⁸ de sus marcas, potenciando una o más de ellas, según se determine expresamente en el instrumento.

20. Conforme estipulan los Contratos Imagen, la publicidad y promoción se debe o puede prestar por medio de diversos mecanismos²⁹. Como contraprestación a esta

²⁴ Declaración prestada ante la FNE el 11 de julio de 2019.

²⁵ Contrato aportado por la Requerida en respuesta a Oficio Ord. 056 de fecha 11 de febrero de 2020 (“**Oficio Ord. 056-20**”).

²⁶ Documento “*2018 Plan Imagen CCU*”, aportado por CCU en respuesta a Oficio Ord. 056-20, da cuenta de la actividad desarrollada por CCU para identificar a los Locales que tienen la potencialidad de ser calificados como Clientes Imagen en ciertos polos gastronómicos.

²⁷ Corresponde al tenor de la cláusula primera del Contrato Imagen CCU.

²⁸ Ibid.

²⁹ Entre otros, se consideran, por ejemplo, (i) elementos de *merchandising* que CCU se obliga a proporcionar, a su costo, como neones, cajas de luz, etc.; (ii) mesas, sillas, equipos de refrigeración

exclusividad publicitaria, los Contratos Imagen contienen la obligación para CCU de efectuar el pago de una suma de dinero que varía según el cliente, habiéndose constatado diferencias de hasta 200 veces entre los montos mínimos y máximos pagados, para todo el período del contrato³⁰. Algunos contratos contemplan que estos montos se paguen en dinero al contado o en cuotas anuales, según el plazo de vigencia del contrato³¹, sin que se contemple alguna limitación a la utilización o destino de estos dineros. Otros, por su parte, establecen que parte del monto pagado debe destinarse a la adquisición de activos por parte del local³². Finalmente, una menor cantidad considera, además, la creación de un fondo promocional³³.

21. H. Tribunal, según se describió *supra*, el Avenimiento autoriza a CCU a suscribir contratos de exclusividad publicitaria con los Establecimientos. Sin embargo, como también se explicó, esto se encuentra condicionado al cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos, que ni su establecimiento ni su ejecución impida, restrinja o entorpezca la venta de cervezas de terceros. Esto se traduce en que no solo resulta necesario que su texto se adecue a los términos autorizados por el Avenimiento, sino que estos no provoquen exclusividades verticales o efectos iguales o similares, ya sea a raíz de su implementación o por su mera utilización con otro fin.

22. En este sentido, la evidencia recopilada en la Investigación da cuenta que las prestaciones entregadas en el marco de los Contratos Imagen, así como los bienes entregados en comodato y otros beneficios, han sido utilizados por CCU para limitar la presencia de otros competidores en los Establecimientos, traduciéndose en algunos casos en exclusividad de venta de las marcas que la Requerida comercializa. Reflejo de esto es

u otros equipos o elementos con la imagen o logotipo preferentemente de la marca respecto de la cual el establecimiento será imagen o de cualquier otra marca de las que trabaja CCU; (iii) un letrero instalado en el exterior del local; (iv) la inclusión de las diversas marcas que comercializa CCU en las cartas menú que se entregan al público consumidor.

³⁰ Esto, en base a los Contratos Imagen celebrados por CCU entre los años 2014 a 2021, que fueron aportados a la Investigación mediante respuesta a Oficios Ord. 056-20, 039-21, 209-22, 107-23 y 198-23.

³¹ Conforme al Avenimiento, el plazo de vigencia de estos contratos no puede superar los tres años.

³² En estos casos, los contratos incluyen cláusulas del siguiente tenor: “*Del total de [...] el Cliente destinará la suma de [...] a la adquisición de activos para el local. El Cliente otorga en este caso a CCU Chile un mandato especial e irrevocable con la finalidad de que esta última, quien acepta dicho mandato, efectúe el pago de los activos directamente a un tercero Proveedor, a definir de común acuerdo por las partes*”.

³³ Un ejemplo de este tipo de cláusulas contenida en Contratos Imagen es la siguiente: “*Asimismo, se contempla la creación de un Fondo Promocional, consistente en la suma de [...] para el desarrollo e implementación de actividades promocionales de los Productos en el Local. Dichas actividades deberán ser determinadas oportunamente y definidas de común acuerdo entre CCU CHILE y EL CLIENTE*”.

lo referido por el administrador de uno de los locales fiscalizados, quien, frente a la pregunta respecto a la oferta de cervezas del local, indicó en declaración prestada ante la FNE lo siguiente:

*“Declarante: A ver, **como cervezas que ofrezco, bueno, tengo una exclusividad con las marcas que distribuye Comercial CCU, Comercializadora CCU** [...]*

FNE 1: ¿Ustedes tienen otro proveedor que CCU?

Declarante: Sí.

FNE 1: ¿Qué otro proveedor tiene?

Declarante: ¿En caso de cerveza?

FNE 1: En caso de cerveza, sí.

*Declarante: ¡Ah! No. **Solamente CCU.***

[...]

FNE 1: ¿Por qué optaron por un solo proveedor?

*Declarante: Porque, bueno, hubo una **alianza comercial y ellos hicieron un aporte en que financiaron parte del proyecto**”³⁴.*

23. El Contrato Imagen suscrito con este local no contemplaba la obligación para el cliente de destinar un porcentaje determinado de lo pagado a la adquisición de activos para el local ni tampoco la creación de un fondo promocional, aun cuando se encontraba dentro de los diez Establecimientos con mayores aportes asociados a la exclusividad publicitaria contenida en este tipo de contratos.

24. Adicionalmente, en algunos casos los aportes realizados por CCU se traducen en remodelaciones a los locales comerciales, implementación de mobiliario esencial –como sillas y mesas, habilitación de zonas específicas dentro del local como terrazas, entre otros– materializando un modelo de negocios basado en la fidelización por medio de inversiones, todo lo cual ha traído como consecuencia que se impidan, restrinjan o entorpezcan las ventas de otras marcas de cerveza, que era precisamente lo que el Avenimiento procuraba impedir.

25. La FNE ha podido advertir en la Investigación que CCU, manteniéndose en algunos Establecimientos como el principal proveedor de cervezas, es quien determina la oferta alternativa que el local puede ofrecer a los consumidores, autorizando las marcas que pueden ser incluidas en sus cartas y, por ende, comercializadas al público. En estos casos, la autorización o permiso se encuentra limitada a un número reducido de marcas adicionales que el local puede adquirir y ofrecer, las que por regla general corresponden a cervezas de la categoría “artesanal” y/o de menor tamaño, o que conforme a sus

³⁴ Declaración prestada ante la FNE el 12 de julio de 2019.

características no compiten directamente con la marca o segmento que CCU esté potenciando en el referido local.

26. Al respecto, quienes manifestaron en el marco de la Investigación tener conocimiento de esta situación, indicaron que esto obedece únicamente a que las marcas autorizadas no son “grandes” como CCU y, por ende, no constituirían una competencia significativa para la Requerida:

“Declarante: Locales, nosotros son un 100% regionalistas, principalmente son las... lo único que hay de fuera es la CCU. El resto es todo acá.

FNE 1: Ya, entonces, y por ejemplo ¿otras marcas...?

*Declarante: **Han venido a ofrecernos montones de marcas, pero no. Como nosotros tenemos un contrato de, de exclusividad, por decirlo de alguna manera, con CCU, no tomamos otras cosas.** Vienen a ofrecernos muchas cosas, pero no...*

FNE 1: O sea, pero... ¿es exclusivo, pero con este permiso?

*Declarante: Claro, claro. **Es una exclusividad y nosotros vendemos mayoritariamente a ellos, y nos permiten unas otras tres, cuatro empresas más de la zona, por decir así.***

FNE 1: Ya, o sea, ustedes como con este tema como regionalista les dejan ese espacio.

*Declarante: Claro, claro, ahora **si fuera uno a nivel nacional... no sé, por decir algo, Corona, cuestiones que son más grandes, ahí no; porque es la competencia de ellos.** Pero como estas otras son artesanales, regionales, compartimos el espacio”³⁵.*

27. De esta manera, la Requerida se constituye en una especie de arbitrador del mercado, generando como primer objetivo la comercialización exclusiva de sus marcas y, como segunda opción –cuando lo primero no sea posible–, la determinación de las marcas de la competencia que podrán vender sus clientes, en lugar de que sean éstos quienes libremente lo decidan. Así, la entrega de prestaciones por parte de CCU ha implicado, en algunos casos, que se excluyan derechamente determinadas marcas, como lo indica uno de los declarantes ante la FNE, quien, consultado por los contratos que tenía con sus proveedores, señaló lo siguiente:

*“Declarante: [...] en este caso, hicimos un **contrato por imagen**, y ese contrato por imagen tiene un acuerdo que dice que **nosotros no podemos tener otras marcas.***

FNE 1: Mhm.

*Declarante: ¿Ya? Al cual nosotros accedimos hasta ciertas partes, porque cuando tuvimos esa conversación con CCU lo que, al menos yo le dije: “no estoy de acuerdo con eso”, y **llegamos al acuerdo que tenía que sacar a Cervecerías Chile, pero podía tener cervezas artesanales**”³⁶.*

³⁵ Declaración prestada ante la FNE el 11 de julio de 2019.

³⁶ Declaración prestada ante la FNE el 12 de julio de 2019.

28. El relato recién transcrito no es un antecedente aislado. En efecto, H. Tribunal, otro establecimiento dio cuenta ante la FNE de una práctica similar vinculada directamente con la ejecución de los Contratos Imagen:

*“Declarante: Sí, normalmente se había hecho así, **nosotros tenemos casi marca registrada con ellos en el sentido que no podemos optar a otras marcas a menos que ellos nos permitan por el tema como de la, o el contrato, contrato que nos obliga como a trabajar con ellos solamente.***

[...]

*“FNE 1: Perfecto. Ya nos comentabas un poco antes, pero, para poder, en el marco de este acuerdo con CCU, **para poder vender otro tipo de cervezas ¿tendrían que pedir autorización a CCU?***

Declarante: Sí.

[...]

*Declarante: Sí, ahí son tratos, son contratos que ellos como que registran que la marca [...], digamos, en este momento está trabajando con ellos sí o sí. **No pueden en esos cinco años entrar con otra persona, a menos que ellos incumplan alguna parte del contrato y cosas así, y nosotros queramos cambiarlo**³⁷.*

29. En este mismo orden de ideas, esta FNE identificó que algunos Establecimientos no incluyen otras marcas distintas a CCU porque saben que existe un riesgo de perder beneficios, o bien, la no renovación de los Contratos Imagen y los aportes que estos traen aparejados. Aquello fue referido por un productor de cerveza artesanal, quien, en el marco de la descripción de los aportes de CCU a los locales y la posibilidad de estos de incorporar otras cervezas, especificó lo siguiente:

“FNE 1: Y lo que comentaste ahí sobre esa situación, ¿qué problemas podrían tener ellos con CCU?

Declarante: Que CCU les quite el financiamiento po.

FNE 1: Ya.

*Declarante: Claro, cuando toque renovar, **“oye, la última vez me hiciste esta, metiste otra cerveza, no te voy a dar plata para el próximo año”, y al final, imagínate lo que es para un restaurantero, que sobre todo estos años que lo han pasado mal, que te quiten, que siempre te llegaban varios millones por CCU y que ahora CCU te diga no te los voy a dar, o sea, chao, la mayoría lo que hace, saca toda la otra cerveza de la carta y te queda**’ con CCU*³⁸.

30. Las conductas descritas, H. Tribunal, no constituyen casos excepcionales, sino que son una práctica conocida por la industria, según revelaron en el marco de la Investigación dueños y/o administradores de Establecimientos que, no habiendo celebrado un Contrato

³⁷ Declaración prestada ante la FNE el 14 de julio de 2021.

³⁸ Declaración prestada ante la FNE el 27 de enero de 2023.

Imagen con CCU, también daban cuenta de la exclusividad de venta que en muchos casos este tipo de contratos trae implícita:

“FNE 1: [...] ¿por qué razón no entraron a la carta?

*Declarante: Porque **no logramos acuerdo con las condiciones que yo estaba pidiendo.***

FNE 1: ¿Y tú qué les pediste en particular?

*Declarante: Les pedí **dejar un par de cervezas en la carta.***

FNE 1: Ah, ya, ¿y ellos no estuvieron de acuerdo con eso?

*Declarante: O sea, **no estaban de acuerdo, en el caso de llegar a obviamente que un acuerdo comercial, de marca. Ellos quieren tener más presencia de marca y veían a las cervezas artesanales como algunas como que le jugaban en contra suyo, a su competencia, algo así**³⁹.*

31. Como resulta evidente, las conductas referidas dan cuenta de un incumplimiento al Avenimiento, el que no solo prohíbe establecer por cualquier medio, formal o informal, una Exclusividad Vertical total o parcial, sino que además prohíbe a CCU generar, a través de los contratos de exclusividad publicitaria, efectos que se traduzcan en impedir, restringir o entorpecer la venta de terceros.

32. Al respecto, y si bien es un aspecto que se abordará en el apartado III, anticipamos desde ya que el canal de consumo inmediato constituye una puerta de entrada de gran relevancia en el mercado y es clave para el posicionamiento de las marcas de cerveza, pues permite al consumidor final conocer y probar los productos, incidiendo directamente en su demanda en otros canales de venta, como supermercados, almacenes y botillerías⁴⁰. Adicionalmente, en este canal se observa la particularidad de que una marca pueda vender sus productos en formato *schop*, el que por razones de conveniencia en cuanto al precio y calidad tiene alta preferencia en los consumidores y es el formato más costo-efectivo para el ingreso de un nuevo competidor.

33. En este contexto, las prácticas ejecutadas por CCU han generado limitaciones a otros productores de cervezas, incluyendo artesanales, que a consecuencia del actuar de la Requerida se vieron impedidos de ingresar en los locales respecto de los cuales se aplicaron estas conductas, lo que fue referido en el marco de esta Investigación por un productor artesanal.

“(...) los grandes restaurantes, en general los que manejan mucho volumen siempre tienen acuerdos comerciales con, con las grandes cervecerías. Y esos acuerdos comerciales siempre los sacan a relucir, en el fondo, ¿y de qué

³⁹ Conforme a declaración prestada ante la FNE el 14 de marzo de 2023.

⁴⁰ Véase Informe de Archivo Rol N°2408-16 FNE, p.14.

*se tratan esos acuerdos comerciales?, **principalmente las grandes cervecerías les pasan plata, plata en efectivo a esos locales para que ellos vendan su cerveza y ojalá sólo su cerveza; si bien eso no siempre está por escrito, a veces está por escrito, yo lo he visto; y cuando no está por escrito, está hablado con los dueños de los restaurantes. Entonces eso lo hace muy difícil para una empresa chica, una cervecería chica poder entrar***⁴¹.

34. Como se advierte, y según ya se refirió *supra*, esta exclusividad de venta o la restricción de marcas de terceros para comercializar en los locales no constituye una estipulación contractual consignada en los instrumentos suscritos entre CCU y sus clientes, sino que se encuentra establecida bajo formulas “informales”, como lo es la instrucción impartida por el vendedor o un acuerdo de palabra del cual no debe quedar registro, generando una actuación paralela a la suscripción de sus contratos. Aquello fue expresamente señalado por el representante de uno de los locales, quien, al ser consultado por la materia, señaló:

*“FNE 1: Y eso en el marco de... ¿de la suscripción del contrato?, **¿está reflejado en el contrato?***

Declarante: No.

FNE 1: Ya.

*Declarante: **No, no puede estar, si no ellos mismos se meten en un tremendo lío. Es un acuerdo de palabra que en el fondo te dicen: ‘si... si tu metí a la marca, después yo no voy a hacer nunca más un contrato contigo***⁴².

35. Finalmente, algunas de las declaraciones prestadas ante la FNE en el contexto de la Investigación dieron cuenta de restricciones provocadas por CCU a la inclusión de marcas de cervezas de terceros en las cartas de Establecimientos. En particular, en uno de esos casos se indicó:

“FNE 1: Perfecto, y una pregunta, ¿te comentaron en algún momento que al momento de tú suscribir este acuerdo con ellos no podías vender otras cervezas nacionales? ¿otro tipo de marcas?

Declarante: Claro.

FNE 1: Ya.

*Declarante: Generalmente lo que se hace, lo que se hace como... ellos no me prohíben de vender con la competencia. **Lo único que tengo que respetar es que el contrato que tengo con ellos no puede aparecer la marca en la carta***⁴³.

⁴¹ Conforme a declaración prestada ante la FNE el 27 de enero de 2023.

⁴² En este sentido, declaración prestada ante la FNE del 12 de julio de 2019.

⁴³ Declaración prestada ante la FNE el 19 de julio de 2021.

36. En consecuencia H. Tribunal, existe evidencia clara y concluyente que revela que CCU incumplió los términos del Avenimiento, a través de diversos mecanismos como el establecimiento de exclusividad de venta de sus productos a sus clientes, la restricción de venta de otras marcas de cervezas en los Establecimientos –ya sea autorizando un número limitado de marcas o circunscribiendo la venta de estas a un formato en específico–, o incluso, prohibiendo la inclusión de marcas competidoras en las cartas menú de los locales. El comportamiento de la Requerida ha impedido que los efectos favorables a la competencia pretendidos con el Avenimiento se hayan materializado, debiendo el H. Tribunal sancionar a la Requerida por esta conducta anticompetitiva y, asimismo, proceder a la revisión, modificación y actualización de las medidas contenidas en el Avenimiento de manera que el mismo resguarde de modo más eficaz la libre competencia.

III. INDUSTRIA Y MERCADO RELEVANTE

37. Desde hace décadas la industria nacional de la cerveza ha mostrado un alto grado de concentración⁴⁴, siendo ampliamente liderada por CCU en la producción y comercialización del producto⁴⁵, la que además desarrolla operaciones en otros mercados de bebestibles en el territorio nacional. El segundo competidor en la industria nacional es Cervecería Chile S.A. (en adelante, “**CCH**”), que opera a una escala menor en relación con el líder de la industria⁴⁶. Participan también en ella una serie de cerveceros artesanales, así como algunas empresas importadoras y distribuidoras del producto⁴⁷.

38. La producción de cerveza se encuentra regulada por la Ley N°18.455. Aunque conforme a la normativa su elaboración ha de realizarse a base de agua, cebada, levadura, lúpulo y malteada, se admite la incorporación de otros componentes, lo que permite su diferenciación y ha propiciado la proliferación de cerveceros artesanales en la industria⁴⁸,

⁴⁴ Cuestión que ya se verificaba en el año 2008 cuando esta FNE presentó su Requerimiento contra CCU y, asimismo, en el año 2002 cuando la Comisión Preventiva Central emitió su Dictamen N°1223 a propósito del ingreso de Heineken Internacional B.V. a la propiedad de CCU.

⁴⁵ A febrero de 2023 CCU concentró el [65%-75%] del volumen total comercializado en la industria cervecera. Fuente: Respuesta de CCU a Oficio Ord. 107-23.

⁴⁶ A febrero de 2023 CCH concentró el [25%-35%] del volumen total comercializado en la industria cervecera. Fuente: Respuesta de CCU a Oficio Ord. 107-23.

⁴⁷ A febrero de 2023 estos actores concentran tan solo entre [0%- 5%] del volumen total comercializado en la industria; situación que se ha mantenido inalterada al menos desde el año 2018. Fuente: Respuesta de CCU a Oficio Ord. 107-23.

⁴⁸ Según señala la Asociación de Productores de Cerveza de Chile (en adelante, “**ACECHI**”), “*de acuerdo a datos del SII, el número de empresas con giro de producción de cerveza ha mostrado un gran crecimiento, pasando de 30 en 2005 a 587 en 2015*”. Sitio web: <https://acechi.cl/nuestra-industria/> (Última visita, 04-08-2023).

introduciendo nuevas variedades y estilos de productos⁴⁹. Sin embargo, esa proliferación no ha logrado reflejarse en una mayor cuota de mercado o penetración de este grupo en el canal en que tiene lugar el incumplimiento imputado⁵⁰.

39. En términos generales, la comercialización de cerveza se realiza a través de varios canales, entre los cuales se pueden identificar: (i) canal “*compra*”, compuesto especialmente por botillerías, las denominadas “*convenience stores*” y algunas tiendas especializadas; (ii) canal “*on trade*”, “*consumo inmediato*” u “*on premise*”, compuesto principalmente por bares, pubs, restaurantes, entre otros; (iii) canal “*mayoristas*”, que corresponde a comercios que abastecen directamente a puntos de venta minoristas intermediando entre estos y productores; (iv) canal “*supermercados*”, que corresponde a pequeñas y grandes cadenas que comercializan estos productos en sus góndolas; y (v) canal “*e-commerce*”, que corresponde a ventas vía internet. Cabe señalar que la incidencia de los canales *compra* y *supermercados*, conjuntamente, alcanza el 70% del volumen de ventas de cerveza a nivel nacional, mientras que en el canal *on trade* se comercializa en torno al 10% del producto.

40. Tanto CCU como CCH comercializan sus productos a través de todos los canales de venta disponibles y ambas compañías desarrollan una producción más bien industrializada de la cerveza, para lo cual disponen de una importante red de distribución y fuerza de venta que se extiende prácticamente a todo el territorio nacional⁵¹. Los cerveceros artesanales –cuya producción se da a una escala o volumen muy inferior al de las industriales– realizan una distribución más bien localizada de sus productos, focalizando su comercialización principalmente a través del canal de consumo inmediato y, parcialmente, en el de supermercados o tiendas especializadas.

41. En la industria pueden distinguirse, además, diferentes segmentos de productos, identificándose principalmente cuatro⁵²: (i) segmento “*descuento*”, que corresponde a

⁴⁹ Las cervezas pueden diferenciarse en base a su tipo o clase, -lager, ale, red ale, ipa, bock, entre otras-, su graduación alcohólica, su proceso de elaboración, su formato de presentación, etc.

⁵⁰ De acuerdo a datos de Nielsen, los cerveceros artesanales, conjuntamente, han mantenido una participación estable en rangos del orden de [0%-3%] de volumen de venta del canal de consumo inmediato para el periodo 2018-2022.

⁵¹ Cabe señalar que, durante agosto del 2020, CCH firmó un acuerdo de distribución con embotelladoras Andina y Embonor -ambas del grupo The Coca Cola Company- que les permitía ampliar su cobertura de distribución en el territorio nacional. Fuente: Respuesta de CCH a Oficio Ord. 427-20, p.6.

⁵² En otras oportunidades y fundada en circunstancias específicas, esta Fiscalía ha clasificado los productos en solo 2 segmentos (Masivo y Premium). Ver: FNE. Informe de Archivo de Investigación

productos de conveniencia de una calidad o refinación moderada y de menor precio⁵³; (ii) segmento “*masivo*” o “*mainstream*”, en que se encuentran cervezas que presentan mayores volúmenes de venta, de una calidad y precio intermedio⁵⁴; (iii) segmento “*premium*”, en el que se ubican cervezas que se caracterizan por ser de una mayor calidad y precio⁵⁵; y (iv) el segmento “*súper premium*” en que se pueden agrupar algunas microcervecías y cervecías artesanales, tanto nacionales como importadas⁵⁶.

42. En cuanto a la demanda por cerveza, la información pública disponible da cuenta que ésta ha mostrado un crecimiento sostenido en el tiempo⁵⁷. Los antecedentes recabados apuntan a que los consumidores están cada vez más dispuestos a experimentar nuevos sabores y tipos de cervezas, especialmente de la categoría artesanal o importadas⁵⁸.

43. En línea con dicha tendencia, desde hace un tiempo CCU ha venido ampliando su portafolio hacia esta categoría de cervezas, incluso adquiriendo propiedad en algunas artesanales que operaban en el mercado, como es el caso de Austral, Kunstmann, Guayacán o Volcanes del Sur⁵⁹ –entre otras–, por lo que actualmente cuenta con un portafolio que presenta variedades en cada uno de los segmentos que se pueden distinguir en la industria. Esta posibilidad de ampliación de portafolio o de abarcar las diversas categorías no se advierte en productores más pequeños.

sobre conductas exclusorias en el mercado de la cerveza a nivel nacional. Rol N°2408-16 FNE, párr. 17. Sin embargo, considerando la distancia, precio y calidad entre los productos es posible precisar más segmentos (Descuento, Masivo o Mainstream, Premium y Súper Premium). Véase: Requerimiento de FNE en contra de CCU 2013, párrafo 12.

⁵³ Algunos ejemplos son Dorada (de CCU) y Báltica (de CCH).

⁵⁴ Algunos ejemplos son Cristal y Escudo (de CCU), así como Becker (de CCH).

⁵⁵ Algunos ejemplos son Heineken, Royal Guard y Sol (de CCU), así como Budweiser, Corona y Stella Artois (de CCH).

⁵⁶ Algunos ejemplos son: Austral, Kunstmann, Guayacán, Volcanes del Sur (todas de CCU), Negra Modelo, Hoegaarden, Goose Island (todas de CCH), Kross, Tübinger, Tamango, entre otras.

⁵⁷ ACECHI, “Consumo per cápita de cerveza en Chile, 2005 a 2021”: “*El consumo de cerveza en Chile ha aumentado entre el año 2005 y 2021 desde 30 a casi 66 litros per cápita. En este período de 16 años, el crecimiento ha sido de un 118%*”. Sitio web: <https://acechi.cl/nuestra-industria/> (Última visita, 04-08-2023).

⁵⁸ Véase: <https://www.elmostrador.cl/revista-jengibre/2023/03/17/los-cambios-que-ha-tenido-la-publicidad-y-el-consumo-de-cervezas-en-la-ultima-decada/>

⁵⁹ El año 2000, CCU adquiere el 50% de Cervecería Austral S.A. y, durante el año 2002, el 50% de Compañía Cervecería Kunstmann S.A., hoy Cervecería Kunstmann S.A. Posteriormente, el año 2018 -a través de Kunstmann- CCU adquiere el 50% de Cervecería Guayacán y recientemente, durante el año 2022, CCU adquiere -también a través de Kunstmann- Volcanes del Sur. Disponible en Memoria de CCU 2022, pp. 10-11. Véase <https://www.ccu.cl/publicaciones/memoria-anual-2022> (Última visita, 04-08-2023).

44. El Avenimiento, cuyo incumplimiento se imputa en este Requerimiento, se vincula al canal de consumo inmediato, por lo que en lo sucesivo nos referiremos a este segmento, que constituye el mercado afectado por la conducta de CCU.

45. Pese a su moderada incidencia en las ventas totales de la industria, el canal de consumo inmediato es sumamente relevante por cuanto a través de los locales que lo conforman se dan a conocer los productos que posteriormente son adquiridos a través de botillerías o supermercados y, por tal motivo, los productores de cerveza buscan instalar una experiencia de consumo para los clientes finales en este tipo de establecimientos a fin de crear un posicionamiento de su marca.

46. De hecho, CCU, por ejemplo, lleva a cabo un importante gasto bajo el concepto de “marketing y publicidad”, para así generar un concepto de marca de sus cervezas a fin de fidelizar al punto de venta y, en definitiva, al cliente final. Si bien en el periodo 2016-2022 el canal de consumo inmediato secundó el gasto total de CCU en marketing y publicidad –alcanzando un valor que se encuentra en el rango [5%-20%]–, este canal pasa a ser el de mayor gasto por unidad de ingreso al comparar los respectivos ratios *gasto/venta*, según se acreditará en el proceso.

47. En este canal los productores suelen comercializar sus productos a los puntos de venta en tres formatos: envases retornables, *schop* en barriles y envases desechables (botellas o latas). De acuerdo con lo señalado por actores de la industria, la presentación en formato *schop* resulta ser la más costo-efectiva para el ingreso al mercado –particularmente al canal de consumo inmediato, que es el único en que es posible la comercialización de este formato⁶⁰–, por cuanto es mucho más conveniente que envasar el producto en botellas o latas⁶¹. De hecho, según han indicado cerveceros artesanales, el *schop* es el principal formato empleado para la comercialización por este segmento de productores⁶².

⁶⁰ De los antecedentes recabados, en estos puntos, el mayor volumen de ventas de cerveza en los locales se da bajo esta presentación. En este sentido, declaración prestada ante la FNE el 11 de julio de 2019 y declaración prestada ante la FNE el 14 de julio de 2021.

⁶¹ Declaración prestada ante la FNE el 06 de enero de 2021: “*el Schop te mueve volumen y tus costos de producción disminuyen también porque te das cuenta que lo más caro al final es todo el insumo seco, la botellita, la tapita, la etiqueta, el pack, la caja. O sea, para meter la cerveza en una botella tú te gastas mucha plata, en cambio en el barril tu metes 30 litros en un barril que además es retornable [...]; llega el barril a la planta, nosotros lo lavamos, lo sanitizamos, lo volvemos a llenar, lo mandamos y así hacemos el círculo del barril*”.

⁶² Ibid. “*(...) antes de la pandemia yo creo que para toda la micro cervecería en general la principal venta era el Schop*”. En el mismo sentido, declaración prestada a la FNE el 27 de enero de 2023.

48. Tal es la importancia para los productores de cerveza de estos locales en la creación de imagen de marca, que algunas cervecerías artesanales han optado por abrir sus propios puntos de venta⁶³, a fin de dar a conocer su producto y lograr volúmenes de venta que posibiliten su permanencia en el mercado, como es el caso de Kross, Tamango y en su momento hasta la propia Kunstmann, hoy bajo la propiedad de CCU⁶⁴.

49. Ahora bien, tal como se adelantó, el canal de consumo inmediato constituye el principal canal de ingreso a la comercialización de cerveza en general. Sin embargo, respecto de los cerveceros artesanales esto es aún más notorio y, por ende, se configura como el principal medio de venta de sus productos. Así, y pese a que algunos artesanales pueden encontrarse en supermercados, estos productores se enfocan principalmente en bares, pubs y restaurantes, por cuanto sus volúmenes y red de distribución son limitados para abastecer cadenas de supermercados o botillerías.

50. En cuanto al ámbito geográfico, es preciso considerar que la conducta desarrollada por la Requerida tiene incidencia en todo el territorio nacional toda vez que CCU se relaciona comercialmente con puntos de venta del canal *on trade* de todo país, celebrando con estos Contratos Imagen que cuentan con cláusulas que, en lo medular, son idénticas para todos ellos, independientemente de su ubicación geográfica. En consecuencia, el mercado geográfico afectado por la conducta de CCU tiene un alcance nacional.

51. Según se refirió previamente, la industria nacional de la cerveza se ha caracterizado por presentar un alto grado de concentración, siendo CCU el líder indiscutido en todos los canales de venta disponibles. En el mercado en que incide directamente la conducta, esto es, el canal de consumo inmediato, la participación de CCU ha permanecido en el orden del 90% del volumen de venta entre los años 2018-2022, lo cual lo sitúa como un mercado de altísimo nivel de concentración, con un Índice de Herfindahl-Hirschman que fluctuó entre 7.900 y 8.500 puntos durante esos años, tal como consta en el cuadro siguiente:

⁶³ Conforme a declaración prestada ante la FNE el 06 de enero de 2021.

⁶⁴ Ibid.

Participación de CCU en canal Consumo inmediato 2018-2022

	2018	2019	2020	2021	2022
CCU	[85%-95%]	[85%-95%]	[85%-95%]	[85%-95%]	[85%-95%]
CCH	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]	[0%-10%]
Artesanales	[0%-5%]	[0%-5%]	[0%-5%]	[0%-5%]	[0%-5%]
Otros	[0%-5%]	[0%-5%]	[0%-5%]	[0%-5%]	[0%-5%]

Fuente: Elaboración propia en base a información obtenida en respuestas a Oficio Ord. 209-22 y Oficio Ord. 107-23.

52. Cabe tener en consideración que el rango de participación de mercado constatado respecto de CCU para los años 2018-2022 es el mismo que la Requerida tenía en el período 2003-2006, previo a la celebración del Avenimiento.

53. Lo anterior evidencia, junto con lo que se dirá sobre las condiciones de entrada a este mercado, la posición supradominante que ha mantenido CCU en este canal *on trade*, y que en su oportunidad justificó el establecimiento de las diversas medidas contenidas en el Avenimiento.

54. En cuanto a las condiciones de entrada al mercado, cabe señalar que el ingreso y permanencia de una firma en él depende en gran medida de la creación de una imagen de marca y posicionamiento de sus productos, motivo por el cual en esta industria se observa un importante gasto o costo hundido en marketing y publicidad, especialmente en el canal de consumo inmediato.

55. En efecto, una entrada suficiente⁶⁵ a este mercado requiere de inversiones y costos fijos relacionados a la disposición y mantención de una planta de producción⁶⁶, así como una red de distribución y logística⁶⁷ para su posterior venta y entrega a los diferentes puntos de venta⁶⁸ que permitan alcanzar economías de escala que viabilicen la operación a costo

⁶⁵ En el sentido que el ingreso de un competidor genere disciplina competitiva suficiente capaz de disuadir o imposibilitar el ejercicio del poder de mercado del incumbente, como se da a entender en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de la FNE, párrafo 132, disponible en: <https://www.fne.gob.cl/fusiones/normativa-guias-y-formularios/>

⁶⁶ CCU cuenta con cuatro plantas productivas Ubicadas en las ciudades de Santiago, Temuco, Valdivia (Kunstmann) y Punta Arenas (Austral). Disponible Memoria de CCU 2022, p. 118. Véase <https://www.ccu.cl/publicaciones/memoria-anual-2022> (Última visita, 04-08-2023).

⁶⁷ CCU se encarga de su propia distribución de productos principalmente a través de su filial CCU Transportes Ltda., y en la zona extremo sur del país la realiza a través de Comercial Patagona Ltda. CCU puede además aprovechar economías de ámbito derivadas de su operación en el mercado de otros bebestibles, como aguas y bebidas no alcohólicas.

⁶⁸ Estos puntos de venta se caracterizan por ser bastante atomizados, en particular botillerías y el canal de consumo inmediato.

competitivo; todo lo cual, depende a su vez del nivel de ventas del productor. A su vez, mayores volúmenes de producción y venta permiten ampliar el ámbito o cobertura de la distribución y, con ello, la presencia de una compañía en el canal.

56. Lo anterior explica el notorio gasto en marketing y publicidad que se da en este segmento y que tiene por objeto precisamente alcanzar esos volúmenes de venta. En el caso de CCU, el principal foco de estos gastos está dado por los pagos efectuados por concepto de exclusividad publicitaria realizada en una cantidad no despreciable de locales o puntos de venta, considerados estratégicos para dar a conocer productos y crear imagen de marca.

57. Adicionalmente, en este segmento se observan estrategias de entrega en comodato de equipos de frío, máquinas expendedoras de cervezas u otros artefactos, utensilios o mobiliario. Ello podría incentivar la fidelización de un locatario con un determinado proveedor en base a méritos distintos a la calidad de sus productos. Este tipo de estrategias puede impedir el ingreso o crecimiento de cerveceros artesanales o de microcervecerías que carecen de las espaldas financieras para incurrir en esos gastos.

58. Por otra parte, contar con un portafolio con suficiente variedad de marcas y tipos de cervezas en los diferentes segmentos de la industria también representa una ventaja en relación con un entrante o una firma que no posee suficiente variedad, toda vez que los Establecimientos pueden optar por contratar con una empresa que tenga más variedad de marcas, para así reducir costos de transacción y/o coordinación con proveedores. En ese sentido, CCU cuenta con más de veinte marcas de cervezas en su portafolio de venta⁶⁹, ventaja que es improbable que pueda ser alcanzada o replicada por un entrante.

59. Lo anterior se vincula con una característica propia de los locales del canal de consumo inmediato: el espacio para mantener cervezas y/o instalar máquinas de *schop* es limitado, lo que implica que CCU, dado su portafolio, puede abastecer y satisfacer a los locales respecto de todos sus requerimientos de distintas cervezas. Aquello desde luego no resulta en sí mismo contrario al Avenimiento, pero sí cualquier acción de CCU que tenga por objeto o efecto lograr, más allá de su mérito competitivo, una exclusividad de venta.

⁶⁹ Actualmente CCU cuenta con las siguientes marcas de cerveza para su comercialización: 1) Nacionales: Cristal, Dorada, Escudo, Morenita, Royal, Andes, Stones, Bavaria e Imperial; 2) Internacionales: Blue Moon, Edelweiss, Birra Moretti, Coors, Heineken, Sol y Polar; y 3) Artesanales: Austral, D'olbek, Guayacán, Kunstmann, Szot, Mahina, Patagonia y Volcanes del Sur. Disponible en Memoria CCU 2022, p.118. Véase: <https://www.ccu.cl/publicaciones/memoria-anual-2022> (Última visita, 04-08-2023).

60. Adicionalmente, CCU cuenta con una importante fuerza de venta en la mayor parte del territorio a través de la cual, mediante visitas periódicas a los Establecimientos, genera una relación permanente y fluida con los locatarios. Esto facilita, además, el constante monitoreo del comportamiento comercial del punto de venta en relación con los acuerdos contraídos con su proveedor.

61. Por lo demás, los Contratos Imagen suscritos por CCU con los Establecimientos contemplan, en el caso de su término anticipado, una obligación de restitución en favor de la Requerida de la parte proporcional de las sumas que hubiesen sido pagadas en virtud del Contrato Imagen respectivo. Lo anterior, constituye un costo de cambio en que el locatario debe incurrir para poner término al vínculo con CCU que, sumado a las circunstancias descritas en los párrafos anteriores, dificultan el ingreso de terceros al mercado o su expansión.

62. Como se ha visto, el canal *on trade* constituye la principal vitrina o puerta de entrada para una firma que desea dar a conocer sus productos. Si bien la inversión en marketing y publicidad es una herramienta legítima para incrementar ventas, la exclusividad publicitaria o el excesivo gasto en ella pueden utilizarse también como una estrategia para levantar barreras de entrada a nuevos competidores, o al menos dificultar el ingreso o posicionamiento de nuevos productos en el mercado.

IV. EL DERECHO

63. Los hechos descritos en el presente Requerimiento constituyen un incumplimiento al Avenimiento aprobado por el H. Tribunal en resolución dictada con fecha 23 de julio de 2008 en los autos Rol C N°153-08 y, por lo tanto, configuran una infracción al artículo 3° inciso primero del DL 211.

64. Atendida la necesidad de aprobación judicial que tiene esta figura, el H. Tribunal aplica como procedimiento y estándar de aprobación lo establecido en el artículo 22 inciso primero del DL 211 para la conciliación, considerando la común naturaleza que comparten ambas instituciones. Este aspecto fue reconocido por el H. Tribunal al aprobar el Avenimiento entre la FNE y CCU en que se refirió a que “*no atenta contra la libre competencia, en los términos preceptuados en el inciso primero del artículo 22 del Decreto Ley N° 211*”, aplicando justamente el estándar referido a una conciliación en esta sede.

65. En el marco de esta figura, el legislador permite a las partes arribar a acuerdos que constituyan soluciones alternativas al conflicto, evitando los costos asociados a la

substanciación del proceso⁷⁰ y estableciendo determinadas obligaciones a una o ambas partes, las que estarán destinadas a poner término a cualquier impedimento, restricción o entorpecimiento a la libre competencia, o bien, a mitigar riesgos existentes. Es justamente aquello lo que la FNE y CCU hicieron el año 2008, lo que fue respaldado por el H. Tribunal.

66. El Avenimiento celebrado entre la FNE y CCU el año 2008, al tener similar naturaleza a una conciliación aprobada por el H. Tribunal de conformidad con el artículo 22 inciso primero del DL 211, es un equivalente jurisdiccional, es decir, tiene los mismos efectos que una sentencia definitiva dictada en esta sede. Así lo ha resuelto el H. Tribunal, indicando:

“Que el artículo 22° del D.L. N° 211 establece la conciliación como equivalente jurisdiccional de una sentencia definitiva, debiendo este Tribunal pronunciarse sobre ella, dándole su aprobación siempre que no atente contra la libre competencia”⁷¹.

67. Las mismas partes del Avenimiento, esto es la FNE y CCU, entendieron que tal acuerdo, siendo aprobado por el H. Tribunal, pondría término al juicio *“con fuerza de sentencia definitiva, esto es, con autoridad de cosa juzgada”⁷².*

68. Para que la implementación de este tipo de mecanismos autocompositivos resulte eficaz, el efectivo cumplimiento del conjunto de obligaciones asumidas por las partes resulta esencial⁷³, al igual que lo es el cumplimiento de las obligaciones establecidas en una sentencia dictada por el H. Tribunal, especialmente si se considera que tales compromisos asumidos por las partes tienen por objeto el resguardo de la libre competencia. El H. Tribunal ha entendido que los compromisos de una conciliación, al igual que las medidas que se podrían establecer en un fallo, tienen por objeto prevenir o corregir situaciones que pudieran afectar la libre competencia:

“Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha sostenido que los procesos de conciliación ‘deben tener por objeto poner término al conflicto o limitarlo, sin que ello atente contra la libre competencia. Lo anterior implica, necesariamente, que el requerido o demandado asuma compromisos de

⁷⁰ WILS, Wouter P.J. 2008. Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement. Hart Publishing, p. 30.

⁷¹ Resolución de 10 de noviembre de 2016 en autos Rol C N°310-16. En el mismo sentido, resolución de 13 de julio de 2010, en autos Rol C N°198-09.

⁷² Avenimiento, p.3.

⁷³ Con ocasión de otro equivalente jurisdiccional, en la conciliación parcial en causa Rol C N°404-20, el H. Tribunal tuvo en consideración al momento de resolver la aprobación de la conciliación alcanzada por la FNE y The Walt Disney Company, el hecho que se ratificara la importancia de dar cumplimiento a las medidas que se adoptan.

conducta u otras obligaciones que sean acordes con el bien jurídico protegido por el Decreto Ley N° 211, previniendo o corrigiendo de esta forma situaciones de mercado que pudieran afectar la libre competencia' (Rol C N° 177-08, Rol C N° 248-13, Rol C N° 295-15)⁷⁴.

69. El DL 211 ha entregado a esta Fiscalía la atribución de velar por el cumplimiento de los fallos y decisiones que dicte el H. Tribunal o los tribunales de justicia en materia de libre competencia⁷⁵, entre los que se encuentran no solo las sentencias que resuelven un asunto contencioso, sino que también las resoluciones que se pronuncian sobre conciliaciones, avenimientos, acuerdos extrajudiciales, y cualquier otra decisión adoptada en las materias que regula el DL 211. En este caso, la FNE ha ejercido la referida atribución, dando origen a la Investigación Rol N°2547-19 FNE y a la interposición de la presente acción⁷⁶.

70. Ahora bien, la jurisprudencia del H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema ha resuelto que el incumplimiento a una decisión dictada en esta sede puede constituir una infracción al artículo 3° inciso primero del DL 211, por lo que un incumplimiento a un avenimiento o conciliación aprobada por el H. Tribunal, dado su carácter de equivalente jurisdiccional, también constituye una vulneración a tal norma. Según tal jurisprudencia, para sancionar la inobservancia a una medida establecida en una resolución judicial, se deben constatar dos aspectos: i) determinar la falta de cumplimiento de una obligación y ii) establecer la culpabilidad del infractor:

“(...) el proceso contencioso por incumplimiento de condiciones o medidas tiene dos objetos: (i) verificar si el agente económico ha cumplido las medidas impuestas por este Tribunal; y (ii) determinar la culpabilidad del agente económico en la infracción al D.L. N° 211. En el evento de ser acreditado un incumplimiento culpable, este Tribunal puede imponer alguna de las sanciones establecidas en el artículo 26° del D.L. N° 211. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal también puede aplicar nuevas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° del mismo cuerpo legal⁷⁷.”

71. Respecto al primer requisito, hemos descrito en el apartado II de esta presentación que CCU ha ejecutado actos o conductas que implican una inobservancia al Avenimiento, particularmente a su Acuerdo Primero, Acuerdo Segundo y Acuerdo Quinto. Vimos que, aunque los contratos de CCU con los Establecimientos no consideran formalmente una

⁷⁴ Resolución de 10 de noviembre de 2016 en autos Rol C N°310-16.

⁷⁵ Artículo 39 letra d) del DL 211.

⁷⁶ En particular, como se indicó anteriormente, se desarrollaron dos investigaciones previas destinadas a fiscalizar el cumplimiento del Avenimiento por parte de la Requerida, en las que no se encontraron antecedentes que revelaran la existencia de incumplimiento al Avenimiento, a diferencia de lo que ocurrió en la investigación Rol N°2547-19 FNE que motiva el presente Requerimiento.

⁷⁷ Sentencia N°147/2015, considerando 7°.

exclusividad de venta, estableciéndose incluso una supuesta libertad para contratar con cualquier productor de cerveza, en los hechos la Requerida ha provocado un impedimento, restricción o entorpecimiento a la venta o exhibición de cervezas de terceros.

72. El H. Tribunal ha resuelto en el pasado que, más que un cumplimiento formal, resulta necesario que se constate un cumplimiento real de la obligación o medida. Por ejemplo, en la Sentencia N°117/2011, se determinó que la Condición Primera de la Resolución N°1/2004 se encontraba incumplida, a pesar de las alegaciones de cumplimiento meramente formal⁷⁸. Cuestión que se repitió en la Sentencia N°147/2015, en que se resolvió que se incumplía la Condición Primera de la Resolución N°43/2012, descartándose que haya existido un cumplimiento de lo establecido, dado que éste se habría producido solo nominalmente⁷⁹.

73. Al identificar un incumplimiento a una obligación o medida, el H. Tribunal ha remarcado la importancia que tienen su finalidad y sentido económico, pues configuran los límites del deber aplicable al agente económico:

“(...) En este sentido, la interpretación adecuada de las medidas se rige por el antiguo aforismo de que conviene atender al sentido de la norma (“sensum”) más que a las palabras (“non verbum”), ya recogido por Ulpiano en el Digesto 34.4.3.9. Por consiguiente, para efectos de determinar el sentido de las medidas impuestas por este Tribunal – y de esa forma, dilucidar si el agente económico dio cumplimiento a las mismas – no solo debe recurrirse a

⁷⁸ En causa Rol C N°156-2008, el H. Tribunal acogió el Requerimiento presentado por la FNE en contra del señor John C. Malone por haber infringido la prohibición contenida en la Condición Primera de la Resolución N°1/2004 y, con ello, el artículo 3° inciso primero, del DL 211. La Condición Primera impedía la participación del controlador de VTR en la propiedad de otras compañías operadoras de televisión satelital y la defensa argumentó que el controlador de VTR, de acuerdo con la legislación chilena era Liberty Global Inc., añadiendo que el Sr. Malone era solo dueño del 31,8% del capital con derecho a voto, lo que no le permitía ser el controlador. Sin embargo, tras revisar una serie de antecedentes, como las participaciones accionarias, los derechos de voto y algunos formularios de información corporativa, el H. Tribunal concluyó que John Malone era el “grupo controlador” de VTR.

⁷⁹ En causa Rol C N°156-08, el H. Tribunal acogió el Requerimiento presentado por la FNE en contra de SMU S.A., solo en cuanto declaró que ésta incumplió las Condiciones Primera y Tercera de la Resolución N°43/2012, infringiendo de ese modo el artículo 3° del DL 211. En particular, la Condición Primera exigía la enajenación de una serie de locales como unidad económica en un plazo de 8 meses y a un adquirente no relacionado, que no tuviera una participación de mercado superior al 25% a nivel nacional. En su oportunidad, la Fiscalía alegó que SMU había eludido la condición a través de la celebración de un contrato de “operación transitoria de supermercados” que le permitía continuar operando los locales por cuenta propia por un plazo mayor al fijado por la condición. De esta manera, la Condición Primera no se había cumplido porque el desprendimiento de los locales fue solo nominal y SMU seguía dominando el comportamiento económico de dichos activos. Finalmente, el H. Tribunal resolvió que el incumplimiento de la Condición se produjo esencialmente como consecuencia de la celebración de dichos contratos. Por su parte, la Excma. Corte Suprema, en Rol N°821-2016 agregó que la condición no solo quedaba satisfecha con la venta, sino que resultaba perentorio que la empresa posibilitara la entrada al mercado de un competidor efectivo, lo que únicamente podía lograrse si se desvinculaba de toda decisión respecto de los locales en cuestión.

lo literal de las palabras (perspectiva formal o semántica), sino también a la finalidad económica o al propósito de dicha medida respecto del hecho, acto o convención revisado (perspectiva teleológica o funcional)”⁸⁰.

74. Como hemos visto, las obligaciones establecidas en el Avenimiento suscrito entre la Fiscalía y CCU el año 2008 tuvieron como finalidad evitar que CCU ejecutara cualquier hecho, acto o contrato que tuviera por objeto o efecto impedir, restringir o entorpecer la venta o exhibición de cerveza de terceros. De hecho, el Acuerdo Quinto es explícito en manifestar la finalidad del Avenimiento, pues indica que *“no solo obliga a lo que en él se expresa, sino que a todas las cosas que emanan de la naturaleza de las obligaciones y cargas asumidas, o que por ley o costumbre pertenecen a ellas”⁸¹*. Así, expresamente se reconoce que CCU no debe ejecutar ningún tipo de comportamiento que genere iguales o similares efectos que la exclusividad vertical, incentivos exclusorios o exclusividad publicitaria en condiciones diferentes a las permitidas.

75. Respecto al segundo requisito, vinculado al elemento de la culpabilidad, resulta evidente que fue CCU quien, en conocimiento de las obligaciones que sobre ella pesaban de acuerdo con el Avenimiento, provocó que se produjeran aquellas consecuencias que justamente tal acuerdo pretendía evitar. El Avenimiento fue claro al definir el sentido y alcance de sus objetivos y obligaciones, no pudiendo la Requerida alegar desconocimiento o falta de claridad de éstos a fin de justificar su comportamiento. CCU es culpable por cuanto ha tenido la capacidad y posibilidad de cumplir con el Avenimiento.

76. El H. Tribunal ha hecho aplicable el criterio de culpa infraccional para efectos de atribuir responsabilidad por un incumplimiento en esta sede, lo que significa que *“la mera inobservancia de una medida conductual o estructural permite presumir la culpa, aunque es admisible prueba en contrario”⁸²*. Corresponde en consecuencia a la Requerida acreditar la existencia de condiciones que le hubiesen impedido cumplir el Avenimiento, las que no se advierten en los antecedentes aportados por CCU en el marco de la Investigación.

⁸⁰ Sentencia N°147/2015, considerando 10°.

⁸¹ Avenimiento, Acuerdo Quinto.

⁸² Sentencia N°147/2015, considerando 8°.

V. LA SANCIÓN SOLICITADA Y OTRAS MEDIDAS

77. H. Tribunal, en el presente caso concurren circunstancias contempladas tanto en el artículo 26 letra c) del DL 211 como reconocidas por la jurisprudencia que deben considerarse al determinar el monto de la multa, tales como: (i) la gravedad del incumplimiento y (ii) el efecto disuasorio.

78. En cuanto a la gravedad de la conducta imputada, se debe tener en cuenta que el incumplimiento de un avenimiento es un acto grave –especialmente en los términos en que lo incumplió CCU– por cuanto la convención incumplida tenía por objeto reestablecer condiciones de competencia en el mercado y garantizar que el ingreso al mismo no se viera artificialmente obstaculizado o se afectara la expansión de competidores.

79. Más aun, CCU como líder indiscutido en la industria nacional cervecera, con una participación de mercado que le confiere una posición supradominante en el canal de consumo inmediato, debió adoptar un especial deber de cuidado y evitar que con su conducta se menoscabara la competencia, incidiendo aquello en un mayor reproche en su actuar anticompetitivo⁸³. El H. Tribunal ha reconocido que sobre las empresas dominantes recae una “responsabilidad especial” de no incurrir en actos contrarios al DL 211⁸⁴, como lo es el incumplimiento del Avenimiento. Por tanto, CCU no solo debía abstenerse de ejecutar conductas contrarias al Avenimiento, sino que tenía deberes positivos de actuación en el sentido de ser particularmente cuidadosa de no impedir el ingreso de competidores a ciertos locales mediante mecanismos que van más allá de su mérito competitivo.

80. Adicionalmente, los antecedentes de la Investigación dan cuenta que CCU ha desarrollado la conducta imputada con sigilo y precaución, de manera de aparentar un cumplimiento que no se da en los hechos de forma real y efectiva. En este sentido, habiendo participado directamente en la suscripción del Avenimiento, resulta evidente que la Requerida conocía los términos, sentido y alcance de las obligaciones en él contenidas, y, por ende, tenía plena conciencia de la ilicitud que conllevaba su actuar.

81. Por otra parte, considerando que el objetivo de la multa es sancionar a los infractores y al mismo tiempo desincentivar la comisión de futuros ilícitos anticompetitivos, y teniendo en consideración que la Requerida en este caso ha persistido en ejecutar conductas que

⁸³ Sentencia N°75/2008, c. 65°; Sentencia N°85/2009, considerando 189°; y Sentencia N°115/2011, considerando 62°.

⁸⁴ Sentencia N°174/2020, considerando 89° y Sentencia N°178/2021, considerando 170°.

se le encontraban expresamente prohibidas y asociadas a hechos por los cuales se le había requerido con anterioridad, es que en la determinación del monto de la multa esta Fiscalía ha ponderado el efecto disuasivo de la multa a fin de remover, definitivamente, los incentivos que la Requerida pudiera tener para incurrir a futuro en las mismas conductas. Al respecto, el H. Tribunal ha sostenido que:

“El efecto disuasivo de la sanción pecuniaria, cuyo importe ha de ser tal que resulte apta para encausar (sic) la conducta futura del agente económico sancionado, siendo razonable que, como mínimo, se prive al infractor de buena parte del beneficio obtenido”⁸⁵.

82. Finalmente, los antecedentes de la Investigación reflejan que no existen circunstancias que podrían atenuar la responsabilidad de CCU. Particularmente respecto de la implementación de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia, se pudo identificar que el implementado por la Requerida es deficiente e insuficiente para lograr un real y efectivo cumplimiento del Avenimiento. Así, por ejemplo, pese a haber sido solicitadas en la Investigación, CCU no aportó antecedentes de capacitaciones sobre el cumplimiento del Avenimiento realizadas en los años 2019, 2020, 2021 y 2022 (que son aquellos en que, al menos, ocurrieron las conductas que son materia de la imputación), y en las presentaciones generales de *compliance* en libre competencia se hace una mención bastante general al Avenimiento (con la excepción de una de ellas). A mayor abundamiento, el documento “Manual de Libre Competencia” no contiene una prohibición expresa respecto de exclusividades de venta, sino que la mera indicación de consultar al gerente de cumplimiento, lo que, a todas luces, resultó insuficiente.

83. En este sentido, más allá que un programa de cumplimiento no puede constituir una eximente de responsabilidad en esta sede conforme se ha resuelto por la Excm. Corte Suprema⁸⁶, aquel implementado por CCU no fue efectivo, entre otras razones, porque no fue capaz de prevenir la grave infracción al Avenimiento que se ha descrito en esta presentación⁸⁷. Resulta claro que los planes elaborados por CCU operaron como una figura meramente formal, sin un despliegue suficiente y robusto.

84. Debido a todo lo expuesto, resulta procedente que el H. Tribunal imponga a CCU una multa a beneficio fiscal ascendente a 6.700 unidades tributarias anuales. Igualmente, se solicitará al H. Tribunal que ordene a la Requerida cesar inmediatamente su conducta y,

⁸⁵ Sentencia Excm. Corte Suprema autos Rol N°94.189-2020, considerando 33°. En el mismo sentido Sentencia N°85/2009, considerando 193°.

⁸⁶ Sentencia Excm. Corte Suprema autos Rol N°9361-2019, considerando 51°.

⁸⁷ Ibid.

a su vez, que se proceda a la revisión, modificación y actualización de las medidas contenidas en el Avenimiento de manera que el mismo sea apto para resguardar la libre competencia.

85. En efecto, esta FNE considera que resulta necesario, dado los hallazgos que se han descrito en el presente Requerimiento y que serán acreditados durante este proceso judicial, que el H. Tribunal dicte medidas que complementen el Avenimiento, con el fin de proteger y promover adecuadamente la competencia en la comercialización de cerveza en el canal de consumo inmediato, y de evitar que en el futuro se produzcan comportamientos como aquellos ejecutados por la Requerida.

86. De esta forma, y sin perjuicio de que la inversión en marketing y publicidad es una herramienta legítima para competir eficazmente en este mercado, ha quedado en evidencia que CCU ha utilizado la exclusividad publicitaria vinculada a los Contratos Imagen para impedir, restringir o entorpecer la venta de cerveza de terceros competidores en el canal *on trade*, generando aquellos efectos que el Avenimiento quiso evitar, por lo que resulta procedente que los aportes entregados por la Requerida a los Establecimientos por este concepto cumplan con criterios de aplicación objetivos, generales y no arbitrariamente discriminatorios. Ello impedirá que, en los hechos, estos pagos se conviertan en impedimentos, restricciones o entorpecimientos a la venta de productos de los competidores de CCU, aumentándose finalmente la intensidad competitiva mermada por el comportamiento de la Requerida relatado en el presente libelo.

87. Asimismo, y dado que la utilización de infraestructura –como son los equipos de refrigeración y máquinas dispensadoras de cerveza proporcionados por CCU– resulta determinante para competir al interior de los Establecimientos considerando el limitado espacio que éstos tienen, es necesario que, persiguiendo los fines considerados en el Avenimiento, se asegure su acceso a productores de menor tamaño.

88. Finalmente, proponemos al H. Tribunal otras medidas accesorias, con el fin de evitar que CCU impida, restrinja o entorpezca la venta de cervezas de terceros, así como medidas de fiscalización para monitorear el comportamiento de la Requerida en este mercado de manera eficaz.

89. De esta forma, solicitamos al H. Tribunal que dicte las siguientes medidas preventivas, correctivas y prohibitivas en la comercialización de cervezas en el canal *on trade*:

- a) Que se mantengan vigentes las obligaciones contenidas en el Avenimiento, en todo lo que no se contraponga a las medidas que se indican a continuación y las que decreta el H. Tribunal.
- b) Que se ordene a CCU definir los aportes o pagos efectuados a los diferentes Establecimientos, por exclusividad publicitaria o publicidad, en base a criterios objetivos, generales y que no sean arbitrariamente discriminatorios, de manera que, en los hechos, tales aportes o pagos no impidan, restrinjan o entorpezcan la venta de cerveza de terceros.
- c) Que se ordene a CCU permitir que los Establecimientos utilicen un porcentaje de al menos un 20% del espacio de los equipos de refrigeración que la Requerida les proporciona en comodato o a cualquier otro título, para que aquellos puedan almacenar productos de otros proveedores de cerveza de su elección que no superen un 5% de participación de mercado en el canal *on trade*. Esta medida se solicita que se mantenga vigente durante el plazo de 5 años o el término que el H. Tribunal considere razonable, contado a partir de 30 días corridos desde que la sentencia que la imponga se encuentre firme o ejecutoriada.
- d) Que se ordene a CCU permitir que los Establecimientos utilicen al menos un 20% de las líneas en las máquinas dispensadoras de cervezas o *schoperas* que la Requerida proporciona en comodato o a cualquier título en aquellos Establecimientos en que tenga instaladas estas máquinas con a lo menos cuatro líneas, para que aquellos puedan ofrecer productos de otros proveedores de cerveza de su elección que no superen un 5% de participación de mercado en el canal *on trade*. Esta medida se solicita que se mantenga vigente durante el plazo de 5 años o el término que el H. Tribunal considere razonable, contado a partir de 30 días corridos desde que la sentencia que la imponga se encuentre firme o ejecutoriada.

Las medidas señaladas en los literales c) y d) precedentes deberán ser implementadas con independencia de la existencia de exclusividad publicitaria en el respectivo establecimiento.

- e) Que se ordene a CCU complementar y perfeccionar su programa de cumplimiento en materia de libre competencia, desarrollando capacitaciones anuales a los gerentes, jefes de las áreas comercial e imagen, vendedores y cualquier otro ejecutivo de CCU que se relacione regularmente con locales del canal *on trade*, con

una inclusión detallada de las obligaciones contenidas en el Avenimiento y del contenido del fallo que dicte el H. Tribunal en este caso, dejando registro de todos los antecedentes respectivos. Las referidas capacitaciones deberán hacer énfasis, especialmente, en la imposibilidad de exigir exclusividades de venta o de utilizar, de cualquier forma, los aportes o pagos efectuados a los diferentes Establecimientos por exclusividad publicitaria, o publicidad, u otros mecanismos para producir iguales o similares efectos.

- f) Que se ordene a CCU enviar a todos los Establecimientos con los que mantenga un Contrato Imagen o un acuerdo de publicidad vigentes, en un plazo máximo de 30 días corridos desde que la sentencia se encuentre firme o ejecutoriada, el Avenimiento y la sentencia que se dicte en estos autos, junto a una comunicación en la cual informe la posibilidad de los Establecimientos de vender cervezas de terceros sin represalia alguna, así como las demás medidas aplicables. Asimismo, los documentos y la comunicación antes mencionada deberán ser entregadas por CCU a todo nuevo Establecimiento con quien suscriba un Contrato Imagen o acuerdo de publicidad durante el plazo de 5 años o el término que el H. Tribunal considere razonable, contado desde que la sentencia que la imponga se encuentre firme o ejecutoriada.

- g) Que se ordene a CCU designar un supervisor imparcial e independiente, con experiencia y conocimientos demostrables en la industria o en otra que a juicio exclusivo de la FNE pueda considerarse equiparable, financiado por la empresa y aprobado por esta Fiscalía de una terna que aquella proponga, que semestralmente emita un informe evaluando el cumplimiento de las medidas indicadas en los literales a) a f) anteriores o aquellas que el H. Tribunal considere pertinentes. Dicho experto responderá exclusivamente a la FNE y deberá seguir sus instrucciones. CCU deberá proporcionarle toda la información que el experto requiera para el cumplimiento efectivo de su encargo. El supervisor desempeñará sus funciones en tanto se encuentren vigentes las medidas impuestas en los literales c), d) y f) precedentes y hasta su completa fiscalización, o durante el período que el H. Tribunal considere razonable.

- h) Que se imponga a CCU cualquier otra medida que el H. Tribunal considere adecuada y suficiente para resguardar la libre competencia y prevenir futuros incumplimientos del Avenimiento.

POR TANTO, con el mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18 y siguientes, 26 y 39 del DL 211, así como las demás normas legales citadas y aplicables;

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE

PIDO: Tener por deducido Requerimiento en contra de Compañía Cervecerías Unidas S.A., someterlo a tramitación y, en definitiva:

1. Declarar que CCU ha infringido el artículo 3° inciso primero del DL 211, al incumplir el Avenimiento en la forma descrita en el cuerpo de esta presentación;
2. Ordenar a CCU cesar de inmediato en la conducta descrita en el cuerpo de esta presentación, dando cumplimiento íntegro al Avenimiento, y prohibirle volver a incumplirlo en el futuro, ya sea directa o indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas, bajo apercibimiento de ser considerada como reincidente;
3. Imponer a CCU la multa ascendente a 6.700 unidades tributarias anuales o al monto que el H. Tribunal considere ajustado a derecho;
4. Imponer las medidas preventivas, correctivas y prohibitivas que han sido detalladas en esta presentación, y toda otra medida que el H. Tribunal considere adecuada y suficiente para resguardar la libre competencia y prevenir futuros incumplimientos del Avenimiento, de conformidad al artículo 3° inciso primero del DL 211; y
5. Condenar a CCU al pago de las costas del presente juicio.

PRIMER OTROSI: Solicito al H. Tribunal tener presente que, para efectos de practicar la notificación del Requerimiento de autos y de realizar todas aquellas diligencias en las que durante la prosecución del proceso sea necesaria la intervención de un ministro de fe público, y sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación o designar nuevos ministros de fe en cualquier momento, vengo en señalar a los siguientes receptores judiciales:

1. Carmen Balboa Quezada, RUT 10.367.686-K, domiciliada en calle Compañía N°1390, oficina 701, Santiago, correo electrónico cbalboaq@gmail.com.
2. Marcos Gacitúa Guerrero, RUT 10.892.643-0, domiciliado en pasaje Rosa Rodríguez N°1375, oficina 414, Santiago, correo electrónico receptormarcosgacitua@gmail.com.

3. Germán Camino Alzerreca, RUT 7.981.933-6, domiciliado en Compañía de Jesús N°1390, oficina 302, Santiago, correo electrónico germancaminoa@gmail.com.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta en el Decreto Supremo N°45 de 18 de mayo de 2023, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, mediante el cual se me nombra Fiscal Nacional Económico, y que acompaño en este acto.

TERCER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio y la representación judicial de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, don Víctor Santelices Ríos, don Eduardo Aguilera Valdivia, doña Camila Pincheira Pérez y don Gastón Gómez Aninat, todos de mí mismo domicilio, los que podrán actuar indistintamente de forma separada o conjunta, y que firman en señal de aceptación.

CUARTO OTROSÍ: En cumplimiento de lo prescrito por el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, fijo como medio de notificación electrónica de esta parte la siguiente casilla de correo electrónico: notificaciones@fne.gob.cl.