

ANT.: Denuncia contra Guallarauco
por prácticas exclusorias.
Rol N° 2427-17 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 12 JUL 2017

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por la presente vía, recomiendo a usted el archivo de la denuncia del Antecedente, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 15 de marzo de 2017 fue ingresada a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) una denuncia en relación a posibles prácticas exclusorias por parte de Guallarauco¹ en el mercado de la producción y distribución de pulpa de fruta al canal de Hoteles, Restaurantes y Cafés (en adelante, “Horeca”).
2. En la denuncia se expone que Guallarauco incurriría en prácticas que buscarían obtener exclusividades por parte de los clientes del mercado, en particular, a través de la entrega de equipos –dispensadores de jugos y conservadoras de frío– y la entrega de dinero a restaurantes de gran tamaño. Esto, a juicio del denunciante, impediría que la competencia se dé exclusivamente en términos de precio y calidad del producto, erigiéndose una barrera insalvable que impediría la participación de otros actores más pequeños en el mercado².

¹ La sociedad Comercializadora Novaverde S.A. (“**Novaverde**”) opera a través de diversas marcas, entre las cuales destaca Guallarauco y Huertos del Valle. Novaverde es una filial (66,67%) de Inversiones Siemel S.A., sociedad de inversiones del Grupo de Empresas Angelini. Dicha sociedad comercializa, a su vez, las marcas Häagen Dazs, Betty Crocker, Pillsbury y Nature Valley, entre otras, de la compañía estadounidense General Mills, líder global en el sector de alimentos. Para esto, véase la Memoria Anual 2016 de Inversiones Siemel S.A., p. 41.

² Cabe señalar que en la denuncia se indica que los equipos de frío solo se entregarían en el canal Horeca. No obstante, esta Fiscalía pudo constatar que también se entregarían a distribuidores y

II. MERCADO EN QUE INCIDEN LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

3. Al tenor del análisis que se presenta a continuación, no es necesario contar con una definición exacta del mercado relevante, sin perjuicio de lo cual, y solo para fines descriptivos, se asumirá que el mercado en que inciden las conductas denunciadas es el de pulpa de fruta envasada. Este producto es un insumo que se utiliza en la preparación de jugos de fruta, cócteles, postres, entre otras alternativas; tanto en forma diluida como congelada.
4. Debe tenerse presente que esto correspondería a la versión más restrictiva posible del mercado relevante, por lo que, de no ser anticompetitivas las conductas bajo tal definición, no lo serían tampoco en un mercado más amplio. En efecto, los demandantes de pulpa de fruta cuentan con sustitutos más o menos cercanos para la elaboración de dichos productos, como el concentrado de jugo, la fruta congelada y la fruta fresca (dependiendo en este caso de la temporada). Asimismo, dada la naturaleza de los productos mencionados, existe también la posibilidad de importar los insumos necesarios.
5. La distribución de la pulpa de fruta se realiza en forma directa o indirecta –a través de un tercero distribuidor–, lo que en general depende del tamaño del cliente. La distribución directa se utiliza para llegar a actores de mayor tamaño que, en general, pertenecen al canal de Horeca. La distribución indirecta se realiza a través de distribuidores y supermercados, y llega a un mercado más atomizado, constituido por clientes de menor tamaño que pertenecen también al canal de Horeca, u otros de bajo consumo.
6. Según antecedentes recabados en la etapa de admisibilidad³, los principales distribuidores de pulpa de fruta envasada son Guallarauco, Alimentos y Frutos S.A. (“**Alifrut**” o “**Minuto Verde**”), Watt’s S.A. (“**Watts**”), KBD SpA (“**Río Alto**”), Alimentos Rapifresh Ltda. (“**Rapifresh**”) e Importadora Altamira S.A. (“**Altamira**”), con una marcada preeminencia de los dos

supermercados, e iría en directa relación al tamaño del cliente: a mayor consumo, mayor probabilidad de recibir dichos incentivos.

³ Así se señaló en tomas de declaración de 23 de marzo de 2017 y 3 de abril de 2017.

primeros. Guallarauco y Alifrut participaron con el [1]⁴ y [2], respectivamente⁵, de las ventas a actores del canal Horeca durante el año 2016.

7. Lo anterior da cuenta de que Guallarauco es un actor relevante en la distribución de pulpa de fruta envasada. Asimismo, y según declaraciones de distribuidores y actores pertenecientes al canal Horeca –consumidores intermedios–, la marca Guallarauco se asocia a un producto y servicio de calidad⁶. No obstante, dicha posición se debilita de manera importante en la medida que se consideran los sustitutos mencionados anteriormente, o bien que, desde el punto de vista del consumidor final, no habría preferencias de marca.

III. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA

8. Como se indicó en el antecedente, la principal conducta denunciada consiste en la entrega, por parte de Guallarauco, de equipos de frío y dispensadores de jugo en modalidad de comodato, los cuales incentivarían la fidelidad de clientes del canal de Horeca. En adición, se indica que Guallarauco entregaría “dinero” a restaurantes de gran tamaño. Ambos incentivos tendrían por finalidad generar exclusividad con esos clientes y excluir del mercado a aquellos competidores que no pueden proveer el mismo beneficio.
9. Dentro de los elementos relevantes a considerar⁷ para determinar el carácter anticompetitivo o no de estas prácticas se encuentran: i) el grado de dominancia de la empresa que entrega el beneficio; ii) el modo en que está estructurado el incentivo; iii) la lealtad o fidelización que genera; iv) la

⁴ En adelante, [#] corresponde a información contenida en el Anexo Confidencial.

⁵ Se consideraron los principales actores del mercado, sin perjuicio que existen otros distribuidores de menor tamaño, de los cuales no se pudo recabar antecedentes en el transcurso de la admisibilidad.

⁶ En declaración de 24 de mayo de 2017 se indicó que, si bien se ha probado con otros proveedores, los precios y la calidad de los productos no son similares a los que ofrece Guallarauco. En declaración de 23 de mayo de 2017, el cliente indica que para ellos el criterio determinante es la calidad, antes que el precio u otros factores. En declaración de 18 de mayo de 2017, se señala que el cambio de proveedor (siendo el nuevo Guallarauco) se produjo, entre otros factores, por la mejor calidad del mismo.

⁷ Respecto a los requisitos establecidos por la Comisión Europea para considerar anticompetitivas las exclusividades, y en la línea de lo aquí señalado, véase en detalle *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, O'Donoghue, Robert y Padilla, Jorge, pp. 432-454.

Véase también la Comunicación de la Comisión "*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*".

existencia de un cierre de mercado a través de la conducta⁸; v) las características del competidor excluido⁹; y, vi) la existencia de justificaciones objetivas y/o de eficiencias que contrapesen la restricción generada por la exclusividad. En lo sucesivo, el análisis se centra principalmente en la forma en que están estructurados los incentivos y en la aptitud de los mismos para fidelizar clientes y, potencialmente, excluir competidores, pues de no cumplirse estas condiciones, no resulta relevante analizar las restantes.

10. En relación con el primer hecho denunciado, tanto los clientes citados a declarar como la misma denunciada reconocieron la existencia de equipos de frío y dispensadores de jugo entregados en comodato, lo cual sería –según señalan– una práctica común en el mercado¹⁰. Otros servicios mencionados incluyen la capacitación en el uso de los equipos proporcionados y en la preparación de productos finales que utilicen como insumo la pulpa de fruta. Los equipos entregados en comodato por Guallarauco corresponderían a [3] unidades, los cuales se reparten entre [4]

⁸ Entre otros elementos se considera si el producto se trata de un “producto imprescindible” (*must-stock item*), o si se trata de un socio comercial obligatorio por carecer sus restantes competidores de la capacidad de suministrar a todo el mercado. Aun existiendo una exclusividad, puede que esta no sea anticompetitiva en la medida que el mercado sea desafiante: “Si los competidores pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual, suele ser improbable que las obligaciones de compra exclusiva impidan la competencia efectiva a menos que el cambio de proveedor por parte de los clientes resulte complicado debido a la duración de la obligación de compra exclusiva.”, *Orientaciones sobre las prioridades...*, CE, p. 7.

⁹ En la medida en que lo que se busca es resguardar la libre competencia y el bienestar de los consumidores, la prohibición de prácticas exclusorias no puede transformarse tampoco en un subsidio o protección de competidores poco eficientes. Por lo mismo, debe analizarse el hecho de si el incentivo es replicable por un actor igual de eficiente, con lo que la práctica podría no ser anticompetitiva. Así, aunque a propósito de descuentos, la CE señala: “Cuanto menor sea el precio efectivo calculado sobre la gama de referencia en comparación con el precio medio del proveedor dominante, más fuerte será el efecto de fidelización. Sin embargo, mientras el precio efectivo se mantenga regularmente por encima del LRAIC de la empresa dominante, un competidor con igual grado de eficiencia podrá normalmente competir de forma rentable a pesar del descuento. En estas circunstancias el descuento no suele poder producir un cierre anticompetitivo.”, *Orientaciones sobre las prioridades...*, CE, p. 8..

¹⁰ Lo anterior se ve confirmado en diversas tomas de declaración, por ejemplo, aquellas de fechas 22 de mayo de 2017, 23 de mayo de 2017 y 24 de mayo de 2017, donde se señala que también se hace con otros rubros como el cervecero y el cafetero.

Cabe señalar que, si bien durante la investigación se hizo ver que la mayoría de las veces es el propio cliente quien solicita los equipos, esto no inhibe necesariamente su carácter anticompetitivo, como señaló hace décadas ya la Corte de Justicia Europea: “An undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers – even if it does so at their request – by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article [102] of the Treaty, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate”, *Hoffman-La Roche v. Commission*, Case 85/76, 13 de febrero de 1979, C° 89. Por lo mismo, el análisis en lo que sigue se centra en determinar si los incentivos generan o no exclusividad.

clientes¹¹. El valor de estos varía según tipo y capacidad, pero están en un rango de precios que oscila entre los [5] y los [6].

11. La entrega de dichos equipos no sigue un procedimiento uniforme y formalizado. No existe un contrato en el que se establezcan por escrito las obligaciones de ambas partes ni las condiciones a las que se encuentran sujetas, así como las formas de ponerle término al acuerdo o la duración del mismo. Lo anterior tiene tanto consecuencias positivas como negativas. Dentro de las primeras, reduce los costos de salida al poner término al comodato; dentro de las segundas, que la informalidad del mismo dificulta la verificación de si existen o no condiciones, aunque sean implícitas, a las que esté sujeta la entrega de equipos. Cabe señalar que la falta de un contrato o vínculo formal, y que el objeto del acuerdo no sea directamente la comercialización exclusiva con un único proveedor, no descarta que pueda tratarse de una exclusividad *de facto* sujeta al mismo tipo de análisis.
12. Según la información obtenida por esta Fiscalía durante el análisis de admisibilidad, se indica que el objeto por el cual se entregan este tipo de equipos a los clientes es para almacenar la pulpa de fruta –conservando su cadena de frío– y evitar “quiebres de stock” en la cadena productiva de los clientes del canal de Horeca. Ahora bien, tanto la denunciada como diversos clientes y actores del mercado señalan que Guallarauco no exige exclusividad en la compra ni en el almacenaje para entregar estos beneficios¹². En la misma línea, se indica que Guallarauco no envía personal a controlar el uso concreto que se le está dando al equipo en comodato, ni

¹¹ Según la respuesta de la denunciada al Ord. N° 1017, en ingreso N° 1863-17, de fecha 16 de mayo de 2017.

¹² Así lo indica la denunciada, quien en respuesta al oficio Ord. N° 1017, en ingreso N° 1863-17, de fecha 16 de mayo de 2017, señala: [7].

Así se indicó en toma de declaración de 24 de mayo de 2017: [8], y toma de declaración de 18 de mayo de 2017: [9]; entre otros.

Esto evidencia una diferencia esencial con lo planteado en el *Requerimiento de la FNE contra Embotelladora Andina y Coca Cola Embonor*, en cuyo acuerdo de conciliación de fecha 15 de noviembre de 2011 se indica: “5. Que, asimismo, la FNE estima que la entrega de Equipos de Frío a los Puntos de Venta, en comodato o de cualquier otra forma, condicionada al no uso de dicho equipo de frío para el almacenamiento o exhibición de Bebidas Carbonatadas de otros proveedores, puede impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a hacerlo.”, C 221-11. Así, según la información recopilada, en este caso faltaría dicha exigencia de exclusividad, además de no encontrarse los equipos de frío, en la mayoría de los casos, a la vista del público para poder usarse con fines publicitarios.

tampoco se utilizaría para hacer publicidad, ya que en general no se encuentran a la vista de los consumidores finales¹³.

13. Así, la única condición que existiría para obtener el equipo es adquirir pulpa de fruta a un volumen que justifique la necesidad de almacenaje —en el caso de una conservadora de frío— o de dispensa de jugo. En el caso que cese la relación comercial basada en la adquisición de pulpa de fruta, Guallarauco hace retiro del equipo entregado en comodato¹⁴.
14. Por otro lado, además de no verificarse una exigencia de exclusividad en el uso de los equipos, para determinar si los incentivos generan o no un cierre de mercado a los demás competidores es importante tener en consideración el valor de los mismos en relación a los niveles de ventas en este mercado. Así, vistos los volúmenes de compra y precio de los equipos para un cliente tipo, el beneficio de recibir un equipo nuevo sería equivalente a recibir un descuento del [10] en el precio de la pulpa de fruta durante un año, o un menor descuento si se tiene en consideración —y el descuento guarda relación con— la vida económica del equipo. Por tanto, al imputarse el beneficio al precio, un competidor igual de eficiente podría disputar la totalidad de la demanda de dicho canal.
15. En adición, múltiples clientes señalan que, si bien consideran relevantes para su decisión los beneficios obtenidos por parte de sus proveedores, esto no los inhabilita para realizar un cambio de proveedor cuando la relación

¹³ Y en los casos que sí se encuentran a la vista, Guallarauco indica que siempre son los clientes los que deciden si aceptan la publicidad o no. Esto plantea una diferencia importante con otros casos relacionados con este tipo de práctica. A diferencia del caso de los cigarrillos, los clientes no buscan una marca de jugo en específico, sino solo uno que sepa a jugo natural, disminuyendo, por tanto, su importancia. Asimismo, dado que las máquinas no necesitan estar a la vista, no se generan restricciones de capacidad respecto al número de máquinas o los productos exhibidos. Por lo mismo, no se ve acá un "cerrojo" como señalara el TDLC: *"las cláusulas de exclusividad e incentivos antes indicadas son, a la vez, fuente y medida de un ejercicio ilícito del poder que detenta CCT, toda vez que actúan como un verdadero cerrojo que impide, en los hechos, la venta de cigarrillos de otras marcas en los puntos de ventas High Trade, los que, además, no pueden negarse a pactarlas, pues, por una parte, no les es conveniente prescindir de la venta de cigarrillos de Chiletabacos, dado que, tal como se ha acreditado, éstos son los más consumidos por el público y, por la otra, reciben incentivos económicos evidentes por aceptarlas."*, en *Denuncia de Phillip Morris en contra de Chiletabacos*, TDLC, sentencia 26/2005, 5 de agosto de 2005, C° 22.

Algo similar puede observarse en *Van der Berg Foods Ltda. v. Commission*, Case 65/98, 23 de octubre de 2003, en un caso de préstamo de congeladores para helado que Van der Berg entregaba con la condición de que se utilizaran exclusivamente con los productos de su marca. Además de la cláusula de exclusividad en sí misma, en aquel caso los congeladores debían estar a la vista, lo que nuevamente limitaba la capacidad del local de contar con diversos congeladores.

¹⁴ Así lo indicó un cliente en toma de declaración de 22 de mayo de 2017. Este exigió la entrega de un congelador por sus compras, el cual fue proveído y posteriormente retirado por la denunciada cuando el cliente puso término a la relación comercial, y comenzó a obtener su pulpa por otro canal.

precio/calidad de un producto alternativo resulta más conveniente¹⁵, confirmando la desafiabilidad del mercado señalada en el párrafo precedente.

16. Luego, respecto a la existencia de pagos a restaurantes con el propósito de generar una exclusividad a favor de Guallarauco, no se lograron encontrar antecedentes que respaldaran dicha aseveración¹⁶.
17. No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, sí se encontró evidencia de la emisión, por parte de Guallarauco y de otros actores del mercado, de notas de crédito supeditadas al cumplimiento de metas de compra mínimas acordadas entre el proveedor y el actor Horeca que, por lo general, serían mensuales. Dichas notas de crédito actuarían como un descuento sobre el total de la compra. Al igual que en el caso anterior, habría que imputar estas notas de crédito como un descuento al precio cobrado por la pulpa, puesto que, al no existir contratos de largo plazo que condicionen la adquisición de pulpa a un único proveedor –generando la exclusividad–, la entrada está abierta a quien ofrezca mejores condiciones de mercado.
18. Por otra parte, no hay antecedentes que señalen que, actualmente, Guallarauco sea un socio comercial obligatorio o que su producto se trate de un *must-stock ítem*. Esto, pues como ya fue mencionado, si bien los clientes intermedios la consideran una marca importante que asegura la calidad del producto, se mantienen abiertos a la posibilidad de cambiarse de proveedor cuando la alternativa ofrece una mejor relación precio-calidad. En adición, no se observa que el valor de marca del bien intermedio o pulpa de fruta sea relevante para el consumidor de los productos finales –jugo de fruta, postres y cócteles, entre otros–, sobre todo en el canal de Horeca¹⁷.

¹⁵ Así se mencionó en distintas tomas de declaración, por ejemplo, una de 23 de mayo de 2017 y dos de 24 de mayo de 2017

¹⁶ Respecto a la Denuncia, en ésta se señala: [11].

¹⁷ Esto plantea una diferencia fundamental con el Caso Unilever, puesto que en aquel la marca del producto jugaba un rol primordial frente a las decisiones del consumidor, quien era fiel al producto y reacio a probar nuevas alternativas. Así, en el Requerimiento de esta Fiscalía se señaló: “57. La creación y posicionamiento de una marca juega un rol primordial en la categoría de detergentes, puesto que en general el consumidor es fiel al producto que utiliza y reacio a probar nuevas alternativas, especialmente en el canal supermercadista.” y “60. De esta manera, el posicionamiento de la Requerida en el mercado de detergentes y la relevancia de sus marcas convierten a sus productos en “productos imprescindibles” (*must-stock ítems*).”, en *Requerimiento de la FNE contra Unilever Chile S.A.*, C 249-13, Requerimiento presentado el 3 de abril de 2013, p. 19. Aquí, en cambio, la motivación principal del cliente final en el canal de Horeca es que el sabor del producto que es vendido como “natural” tenga efectivamente el sabor de fruta natural, y no la marca particular que el mismo tenga.

19. Atendidas las características de los productos transados y el diseño de los incentivos económicos entregados por la denunciada, particularmente en cuanto a su forma y su temporalidad, esta División considera que dichos incentivos no son del tenor suficiente como para impedir que un competidor igual de eficiente pueda disputar la totalidad de la demanda del mercado.

IV. CONCLUSIÓN

20. Por tanto, vistas las condiciones de mercado en las que se presentarían los incentivos antes citados, entre las cuales destacan la no exclusividad y la factibilidad de replicar los descuentos u ofrecer mejores precios, se recomienda al Sr. Fiscal Nacional Económico archivar la presente denuncia, salvo su mejor parecer. Lo anterior, sin perjuicio del derecho del denunciante de intentar acciones ante el H. Tribunal de la Libre Competencia, o en la sede que estime pertinente.

Saluda atentamente a usted,


GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS


FBT