



EN LO PRINCIPAL: Informa. EN EL OTROSÍ: Personería.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

JAIME BARAHONA URZÚA, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S), con domicilio en Agustinas N°853, piso 2, en los autos caratulados "**Demanda de Cervecería Artesanal Artiagoitía Hermanos Ltda. contra Cervecera CCU Chile Ltda.**", Rol N° 169 - 08, a ese H. Tribunal con respeto digo:

Que, conforme lo dispuesto en el artículo 39 letra e) del Decreto Ley N° 211, y lo ordenado por ese H. Tribunal mediante resolución de 29 de octubre de 2008, vengo en evacuar el siguiente informe.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 14 de julio de 2008, Cervecería Artesanal Artiagoitía Hermanos Limitada (en adelante "Cervecería Artiagoitía") presentó demanda en contra de Cervecera CCU Chile Limitada (en adelante "CCU"), porque a su juicio la demandada realizaría conductas que vulnerarían el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al abusar de su posición dominante en el mercado cervecero.

2. Señala al efecto la demandante que:

"En particular, CCU ha ejecutado las siguientes prácticas atentatorias de la libre competencia:

- i. Prohibiciones a los puntos de venta de comercializar productos de la competencia: Negativas de venta y amenazas de éstas.
- ii. Entrega de Incentivos económicos para impedir que se comercialicen productos de competidores de CCU.

- iii. Exigencias de publicidad y promoción exclusivas de productos de CCU.
 - iv. Celebración de contratos de exclusividad.
 - v. Otras conductas anticompetitivas:
 - Presiones para obtener la expulsión de puntos de venta.
 - Intervenciones para impedir el cierre de acuerdos comerciales con propietarios de puntos de venta.
 - Impedimentos a la exhibición y/o mantención de los productos de sus competidores en condiciones adecuadas.”
3. Por estas razones, la demandante pide al H. Tribunal que disponga:
- “1. Que CCU debe abstenerse inmediatamente de continuar realizando las prácticas exclusorias denunciadas, esto es, (a) discriminar entre sus compradores en cuanto a vender o no sus productos sujeto a que vendan o no productos de su competencia, (b) entregar incentivos económicos para impedir que se comercialicen productos de los competidores de CCU, (c) exigir a los establecimientos la publicidad y promoción exclusivas de los productos de CCU, (d) presionar para obtener la expulsión de sus competidores de puntos de venta, (e) intervenir para impedir el cierre de acuerdos comerciales con propietarios de puntos de venta, (f) Impedir la exhibición y/o mantención de los productos de sus competidores en condiciones adecuadas y (g) suscribir acuerdos de exclusividad con dichos establecimientos cuyo único propósito es impedir el acceso a competidores.
 2. Que se sancione a CCU con la multa más alta que permite la ley.
 3. Que se condene en costas a la demandada.”
4. Con fecha 8 de septiembre de 2008, la demandada, CCU, opuso a la demanda las excepciones dilatorias de cosa juzgada e incompetencia, aduciendo que el Avenimiento alcanzado por ella con la Fiscalía Nacional Económica, que fuera aprobado por ese H. Tribunal por resolución de 23 de julio de 2008, poniendo término a los autos Rol C N° 153-08, tiene fuerza de

cosa juzgada, aplicable a este caso, la que además produce la mentada incompetencia.

5. Luego de ponderar aquellos argumentos y los expuestos por la demandante al evacuar el traslado que se le otorgase, ese H. Tribunal, por resolución de 15 de octubre de 2008, acogió la excepción de cosa juzgada, por considerar, entre otras cosas, que:

“Octavo. Que según se desprende claramente de una simple lectura del requerimiento presentado por la Fiscalía en los autos Rol N° 153-08 y de la demanda presentada por Cervecera Artiagoitía en estos autos, en ambas presentaciones se imputa a CCU la ejecución de unas mismas conductas supuestamente atentatorias contra la libre competencia;”

6. Con fecha 28 de octubre de 2008, Cervecera Artiagoitía interpuso recurso de reposición en contra de la resolución del H. Tribunal que acogió la excepción de cosa juzgada.

II. EL AVENIMIENTO ENTRE LA FISCALIA Y CCU

7. Con fecha 3 de marzo de 2008, esta Fiscalía interpuso Requerimiento en contra de CCU, porque a su juicio ésta habría infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en particular su letra b), mediante el establecimiento de exclusividad en el suministro de cerveza provista por CCU y de prohibición de adquirir cerveza provista por terceros, en sus relaciones con distribuidores minoristas, tales como hoteles, restaurantes, pubs, bares y discotecas, lo que habría reforzado con el establecimiento de exclusividad en la promoción y publicidad de cerveza y la prohibición de promover o publicitar cerveza provista por terceros.
8. El Requerimiento dio origen al proceso Rol C N° 153-08, y fue contestado por CCU con fecha 16 de abril de 2008, solicitando su total rechazo, al considerar que el establecimiento de aquellas prácticas de negocio objetadas, en sus contratos de promoción y publicidad que denomina

"Contratos Imagen", no infringe el Decreto Ley N° 211, pues a su juicio constituiría una práctica lícita, no exclusoria y consistente con los requerimiento de la normativa sobre libre competencia aplicable.

9. Luego haberse suspendido el procedimiento con tal propósito, con fecha 9 de julio de 2008, las partes sometieron a la aprobación de ese H. Tribunal un avenimiento en virtud del cual:

“PRIMERO: CCU Chile se obliga 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, ni Exclusividad Vertical, ni Incentivos Exclucorios.

SEGUNDO: CCU Chile se obliga 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.

El establecimiento de Exclusividad Publicitaria en favor de CCU Chile quedará además sujeto a las siguientes condiciones, que se explicitarán junto con la Exclusividad Publicitaria:

2.1. Tendrá como contraprestación de CCU Chile 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.

2.2. Una vez transcurrido un año de vigencia de la Exclusividad Publicitaria, el Establecimiento podrá poner fin al contrato en cualquier tiempo, sin expresión de causa y sin más trámite que la comunicación a CCU Chile por carta certificada enviada con al menos un mes de anticipación, debiendo el Establecimiento restituir, en la fecha en que haya de expirar la Exclusividad Publicitaria, la proporción de lo pagado por CCU

Chile correspondiente al tiempo que restare para el término natural de la misma y el mobiliario y demás bienes que le hubieren sido entregados, en el estado en que fueron entregados, considerando el desgaste por el uso normal de los mismos.

2.3. La Exclusividad Publicitaria no podrá establecerse o ejercerse jamás de manera que impida, restrinja o entorpezca la venta de Cerveza de terceros.

Del mismo modo, la Exclusividad Publicitaria no podrá establecerse o ejercerse de manera que impida, restrinja o entorpezca la exhibición de Cerveza de terceros en la medida necesaria para informar que existe en el Establecimiento Cerveza de terceros para la venta.

Por ende, el Establecimiento podrá exhibir Cerveza de terceros en lugares visibles, en la medida que sea necesaria para informar a los clientes que existe en el Establecimiento Cerveza de terceros para la venta, así como incluirla siempre, sin excepción, en sus menús o cartas.

2.4. CCU Chile establecerá, para la resolución de conflictos, la delegación de la designación de árbitros en una institución independiente y calificada o la sujeción a la justicia ordinaria.

CCU Chile podrá volver a establecer Exclusividad Publicitaria con un Establecimiento, una vez expirada la que antes se hubiere establecido.

TERCERO: CCU Chile declara que están actualmente vigentes contratos de los que denomina Contratos Imagen con determinados Establecimientos, que contienen cláusulas de exclusividad en el suministro y de prohibición de adquisición y ventas de Cerveza de terceros, así como de exclusividad en la promoción y publicidad de Cerveza, las cuales configuran las aquí definidas como Exclusividad Vertical y Exclusividad Publicitaria, respectivamente, y a cambio de las cuales ha pagado sumas de dinero y/o prestado servicios o entregado a cualquier título bienes o elementos de publicidad.

Al efecto, CCU Chile:

3.1. Renuncia unilateral, pura y simplemente, y de manera gratuita e irrevocable a la Exclusividad Vertical allí pactada.

3.2. Otorga a los Establecimientos, unilateral, pura y simplemente, y de manera gratuita e irrevocable, sujeto únicamente al transcurso del plazo de dos años desde la entrada en vigencia de este avenimiento, el derecho de terminación a que se refiere la cláusula segunda precedente, numeral 2.2., en los términos allí previstos.

3.3. De igual modo, autoriza a los Establecimientos a exhibir Cerveza de terceros, en lugares visibles, en la medida que sea necesaria para informar a los clientes que existe en el Establecimiento Cerveza de terceros para la venta, así como incluirla siempre, sin excepción, en sus menús o cartas. Y,

3.4. CCU Chile faculta a los Establecimientos, desde ya, a recusar sin expresión de causa a los árbitros que hubiere designado en estos contratos.

Estas estipulaciones, y su carácter unilateral, puro y simple, gratuito e irrevocable, serán comunicadas a todos y cada uno de los respectivos Establecimientos, mediante cartas certificadas enviadas dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que quede a firme el presente avenimiento.

En todos los aspectos diversos a los señalados, los Contratos Imagen y cada una de sus cláusulas continuarán vigentes. Si existiere uno o más aspectos adicionales de algún o algunos Contratos Imagen con Establecimientos que CCU Chile tenga vigente y que requieran adecuarse a fin de dar cabal cumplimiento a la letra y espíritu de este avenimiento, CCU Chile realizará lo que sea necesario a fin de llevar a efecto la modificación que se requiera.

CUARTO: En caso de existir actualmente vigentes Exclusividades Verticales, Incentivos Exclucorios o Exclusividad Publicitaria para Cerveza en otras relaciones con Establecimientos, establecidas o regidas por cualquier otro acto, contrato o convención, expreso o tácito, CCU Chile se obliga a darles el mismo tratamiento del ordinal precedente, esto es, el otorgado a las establecidas en los que denomina Contratos Imagen, para cuyos efectos entiende que son equivalentes la Exclusividad Vertical y los Incentivos Exclucorios.

QUINTO: El avenimiento deberá ser ejecutado de buena fe, de manera que no sólo 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 ella. Así, entre otras cosas:

5.1. CCU Chile no podrá establecer obligaciones o cargas a los Establecimientos con que se relacione, cuya finalidad sea producir efectos iguales o similares a la Exclusividad Vertical, a los Incentivos Exclucorios o a la Exclusividad Publicitaria en condiciones distintas a las permitidas en este avenimiento, como por ejemplo, obligaciones de compra de volúmenes mínimos de cerveza significativos o renovaciones automáticas o a sola voluntad de CCU Chile de la Exclusividad Publicitaria.

5.2. CCU Chile queda obligada a extender los compromisos aquí asumidos a las personas que controle que elaboren, distribuyan o comercialicen Cerveza y a todo aquel que eventualmente la suceda.” (El subrayado es nuestro).

10. El tenor literal del avenimiento y el amplio alcance de las obligaciones y cargas asumidas al efecto por CCU, dan cuenta de los hechos comprendidos en el conflicto al que se le puso término, motivando, correctamente a juicio de esta Fiscalía, que ese H. Tribunal, en su resolución de 15 de octubre último, estimase que los hechos que motivan la demanda están subsumidos en aquel conflicto ya fallado.

11. Al efecto, estima esta Fiscalía que, conforme lo dispuesto por los artículos 22 y 29 del Decreto Ley N° 211, 277 y 177 del Código de Procedimiento Civil, el avenimiento aprobado por el H. Tribunal, produce el efecto de cosa juzgada, de manera que resulta contrario a Derecho el juzgamiento de CCU por los mismos hechos.
12. La objeción acerca de la exigencia de identidad legal de personas, deducida del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en opinión de esta Fiscalía, ha de ser superada considerando que el artículo 39 letra b) pone de cargo de la Fiscalía la representación del interés general de la colectividad, acorde con la naturaleza infraccional, sancionatoria, del Derecho de la Competencia.
13. Ahora bien, lo anterior no implica perjuicio alguno al derecho de acción de los particulares, menos aún cuando, conforme al artículo 20 del Decreto Ley N° 211, en esta sede tiene acción, además de la Fiscalía, el directamente afectado y, aún, la ciudadanía toda, desde que existe una suerte de acción popular, según consta en la discusión parlamentaria que diera origen a la Ley N° 19.911, última reforma al Decreto Ley N° 211.
14. Pero aquella amplitud de la legitimación activa no significa que, satisfecho el interés de la colectividad en que se juzgue el ilícito infraccional, cualquiera haya sido el demandante, pueda el imputado ser juzgado cuantas veces sea demandando, pues esto contraviene los cimientos del debido proceso, la naturaleza infraccional que se ha apuntado y la necesaria coherencia de las sentencias.
15. En nada obsta a lo anterior el que los terceros puedan tener otros intereses legítimos, como la indemnización de los daños causados por la infracción, cuestión que es ajena a esta sede, y cuya vinculación, útil y práctica a una condena, no resulta en todo caso imprescindible, pues la norma que la contempla, el artículo 30 del Decreto Ley N° 211, no le otorga a esa condena tal carácter necesario o imprescindible.

16. Asimismo, nada obsta a que, si el demandado incurre en hechos, actos u omisiones que vulneren las obligaciones y cargas impuestas por el avenimiento que ha causado cosa juzgada, como pudieren ser los imputados en la demanda de autos, sea sancionado por dichos incumplimientos, debiendo éstos considerarse infracciones a las normas sobre defensa de la libre competencia, al Decreto Ley N° 211, censurables en cuanto tales, con las multas y demás medidas correctivas y prohibitivas allí contempladas.

Es todo cuanto puedo informar.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 22, 29 y 39 letras b) y e) del Decreto Ley N°211,

SOLICITO A ESE H. TRIBUNAL tener por evacuado el informe de esta Fiscalía Nacional Económica.

OTROSÍ: Solicito a ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica emana de lo dispuesto en el Artículo 74 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo y de la Resolución N° 49 de 31 de octubre de 2006, que dispone mi nombramiento en el cargo y que se custodia en la Secretaría de ese Tribunal.



JAIME BARAHONA URZÚA
FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)