

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

Resolución N° 609 /

Santiago, a veintiocho de junio de dos mil uno.

VISTOS:

1°.- A fs. 1 rola el informe del señor Fiscal Nacional Económico dirigido a esta Comisión Resolutiva en el cual reseña la investigación originada con motivo de las denuncias interpuestas por las empresas Pepsi Cola Argentina S.A.C.I., en adelante también denominada Pepsi Cola, y por Embotelladoras Chilenas Unidas S.A., en adelante también denominada Ecusa, en contra de la empresa The Coca Cola Company, en adelante también denominada TCCC o Coca Cola.

El informe del señor Fiscal Nacional Económico, en resumen, expone lo siguiente:

1.1.- Por comunicación de fecha 15 de junio de 1999 la empresa Pepsi Cola Argentina S.A.C.I., empresa de propiedad de PepsiCo. Inc., presentó una denuncia en contra de TCCC por actos contrarios a la libre competencia en el mercado de las bebidas gaseosas en Chile, derivados del contrato de compraventa celebrado el 11 de diciembre de 1998 entre TCCC y la empresa Cadbury Schweppes plc., en adelante también denominada Cadbury.

1.2.- Por medio de este contrato Cadbury transfiere a TCCC las marcas y licencias de sus bebidas gaseosas en todos los países en que tiene presencia salvo Estado Unidos de América, Francia, Australia y Sudáfrica, y toma el control de las filiales de Cadbury, las empresas Canada Dry Corporation Limited y CS Beverages Limited, en adelante también denominadas CD Ltd. y CS Ltd., respectivamente.

1.3.- El contrato estipula que Cadbury tiene la obligación de terminar con todos los contratos de embotellamiento y/o licencia que pudiere tener vigentes con Pepsi Cola u otras embotelladoras distintas a TCCC.

La denunciante manifiesta, además, que el día 2 de noviembre de 1994, se celebró un contrato entre las filiales de Cadbury, CD Ltd. y CS Ltd., con Ecusa que permitía a esta última producir, envasar, distribuir y vender productos de Cadbury en el país.

2475


Asimismo, que de acuerdo a este contrato, su fecha de vencimiento es el 1° de noviembre de 2004, pudiendo renovarse por seis períodos consecutivos de cinco años cada uno, venciendo, definitivamente, el 1° de noviembre del año 2034.

1.4.- Agrega Pepsi Cola que como compradora de las marcas y licencias de Cadbury, TCCC se va a imponer de todo el mercado chileno de bebidas gaseosas ya que de acuerdo con el citado contrato Ecusa debe informar a sus licenciantes todo lo relativo a sus actividades de marketing en el país, generándose un problema de transparencia en este mercado ya que los productos licenciados por Cadbury - Orange Crush, Diet Orange Crush, Limón Soda, Ginger Ale y Agua Tónica Canada Dry - compiten directamente con los productos licenciados por TCCC.

Además, indica que el mercado relevante en este caso es el de las bebidas gaseosas y hace diversas consideraciones en el sentido que los jugos de fruta, aguas minerales, cervezas y otros productos, no son sustitutos de las bebidas carbonatadas manifestando que la operación concluida entre TCCC y Cadbury aumentará las barreras a la entrada al mercado de estas bebidas y no traerá mayor eficiencia.

1.5.- Por comunicación de 2 de julio de 1999 Ecusa interpone por su parte una denuncia fundada también en la suscripción del contrato de fecha 11 de diciembre de 1998 entre TCCC y Cadbury y, adicionalmente, en la existencia de contratos de licencia entre Ecusa y las filiales y subsidiarias de Cadbury. Acompaña diversos antecedentes relacionados con el mercado de las bebidas gaseosas carbonatadas y formula observaciones sobre los efectos que tendría el contrato cuestionado en relación a Ecusa y la libre competencia.

Expresa, entre otras argumentaciones, que Ecusa pasaría a depender de TCCC, su principal competidor, para los efectos del suministro de concentrados, de tecnología, asistencia técnica y planes comerciales.

1.6.- La Fiscalía Nacional Económica confirió traslado de ambas denuncias a Cadbury y a Coca Cola.

1.7.- Por comunicación de 16 de agosto de 1999 Coca Cola de Chile S.A., filial de The Coca Cola Company de Estados Unidos de América, informa sobre las denuncias e indica:

Que el objeto del contrato está limitado a la titularidad de las marcas que se transfieren de Cadbury a TCCC. En consecuencia, tanto TCCC como también Pepsi Cola, seguirán desarrollando en Chile las actividades propias de su giro, compitiendo con un amplia



2480

variedad de bebidas de distintas marcas y manteniendo los contratos de licencia con los embotelladores locales. Añade que la razón de este convenio por parte de Cadbury fue la idea de concentrarse en el mercado de los productos de confitería, abandonando el sector de las bebidas gaseosas, el cual, si bien rentable, carecía de la denominada masa crítica, con excepción del mercado de Estados Unidos, quedando el resto de los países fuera de los programas de crecimiento fijados por esa compañía.

Que, por el contrario, TCCC tiene una amplia y exitosa experiencia en el mercado de las bebidas lo que le ha permitido recuperar y expandir el mercado de algunas bebidas que ha adquirido en el pasado.

Señala que su intención es mantener los términos de los contratos de licencia existentes, siendo sus contrapartes los que se beneficiarían en la distribución y en las ventas con la aplicación de las políticas que implementará TCCC. Y que, además, la negociación con Cadbury no restringirá la competencia ya que no sólo debe considerarse el mercado de las bebidas gaseosas sino todo el mercado de las bebidas refrescantes, donde existen numerosos sustitutos, como lo son: los jugos y néctares, los jugos naturales, jugos de frutas destilados, las bebidas isotónicas para deportistas además del café o te frío, las cervezas y otros productos. Responde además los cargos relacionados con la existencia de altas barreras a la entrada, la baja elasticidad de la demanda por falta de sustitutos y la ineficiencia económica producto de la concentración.

Afirma Coca Cola que no tuvo acceso a información estratégica al suscribir el convenio y en cuanto a las obligaciones vigentes con las embotelladoras éstas se mantienen inalteradas, habiéndose comunicado este hecho en forma conjunta por TCCC y Cadbury a todas las embotelladoras licenciadas.

Finalmente, contradice la afirmación de las empresas denunciantes en el sentido de que en numerosos países se habría rechazado la negociación y entrega una lista de países en los cuales habría sido aprobada y otra en los cuales se encuentra en proceso de aprobación.

1.8.- Ecusa, por intermedio de una nueva presentación, hace presente a la Fiscalía Nacional Económica que las sociedades CS Ltd. y CD Ltd., antes filiales de Cadbury y hoy subsidiarias de TCCC, le han solicitado, de acuerdo con el contrato vigente, el Plan Anual Detallado de Ecusa, lo que significaría poner en conocimiento de su principal competidor las políticas comerciales y de mercadeo de la empresa, y solicitan a los Organismos de Defensa de la Competencia que, en ejercicio de sus atribuciones, declaren la inaplicabilidad



242A

de las cláusulas 11.1 de los convenios de fecha 2 de noviembre de 1994, todavía vigentes, celebrados entre Ecusa y las antiguas filiales de Cadbury.

1.9.- Por presentación de fecha 15 de octubre de 1999, el abogado Cristián Eyzaguirre Smart, en calidad de agente oficioso de Cadbury Schweppes Plc, o Cadbury, hizo llegar antecedentes relativos al contrato de compraventa celebrado entre TCCC, Atlantic Industries y su representada.

Afirma que la actuación de Cadbury ha sido correcta en el sentido de no revelar a los compradores, TCCC, antecedentes confidenciales que pudieran haberle proporcionado sus licenciados. Se refiere además a la características del mercado relevante, la no existencia de barreras a la entrada y a otros antecedentes que indicarían que el contrato no tendría efectos negativos sobre la competencia.

1.10.- En relación a los antecedentes antes expuestos, el señor Fiscal Nacional Económico estimó pertinente formular a esta Comisión las siguientes observaciones de carácter general en relación al mercado de las bebidas gaseosas carbonatadas:

Que las empresas que participan en este mercado, fabricando y distribuyendo bebidas gaseosas, producen algunos productos bajo marcas propias y otros bajo licencia. Esta última modalidad consiste en adquirir los concentrados, mezclarlos con edulcolorantes y agua carbonatada, llenar las botellas o latas y distribuir el producto final a los comerciantes minoristas.

Que en el país existían al mes de mayo de 1994 tres empresas o grupos de empresas embotelladoras de bebidas gaseosas, los que abarcaban mas del 98% del mercado: a) las que tenían licencia para producir Coca Cola y demás bebidas pertenecientes a TCCC; b) la Compañía Cervecería Unidas S.A. que producía bebidas bajo marcas propias y otras bajo licencia de Cadbury, y c) Embotelladora Chile S.A., de propiedad de Buenos Aires Embotelladora S.A., en cuyo capital participa Pepsi Cola y que había adquirido la planta de la ex Embotelladora Nobis.

En el informe se acompaña un cuadro que indica las participaciones de mercado en porcentaje de los diversos oferentes del rubro de las bebidas gaseosas, al mes de enero de 1999 y la participación accionaria de las empresas relacionadas con la venta de concentrados y la producción, distribución y venta de bebidas gaseosas.



En lo que dice relación con el mercado relevante, señaló el Fiscal Nacional Económico que sobre esta materia las partes han manifestado opiniones divergentes ya que los denunciados, a diferencia de TCCC, sostienen que el mercado relevante es sólo el de las bebidas gaseosas. Que en este sentido, los productos bajo licencia de TCCC tendrían una participación del 73%, la que llegaría a un 82% si produjera, además, las bebidas con las marcas adquiridas a Cadbury, alcanzando así, adicionalmente, casi el 100% de las bebidas sabor naranja y mixers.

Teniendo presente todas las consideraciones anteriores el Fiscal Nacional Económico expresó que procedería que esta Comisión, en ejercicio de las atribuciones que le otorga la ley, se avocara al conocimiento y resolución de la materia denunciada, a fin de que las partes pudieran acreditar debidamente los hechos en que fundan sus respectivos planteamientos y peticiones, a través de un procedimiento contencioso y reglado, como asimismo, pronunciarse acerca de otras cláusulas contenidas en los referidos contratos que podrían ser potencialmente dañinas para la libre competencia.

Añadió que de los antecedentes que se han aportado a la investigación, sería procedente que esta Comisión decretare la medida precautoria de suspensión de la aplicación de la cláusula 11.1 de los contratos, ambos de fecha 2 de noviembre de 1994, celebrados entre Ecusa y las filiales de Cadbury, así como las demás cláusulas de estos contratos relacionadas directamente con la misma materia; todo ello, con el propósito de prevenir efectos contrarios a la competencia y resguardar el interés común en el mercado de las bebidas gaseosas. Asimismo, solicitó una declaración expresa relativa a que los motivos de terminación contemplados en las causales IV y V de la cláusula 20.1 de los ya referidos contratos de licencia, no surtirán efectos en caso de adoptarse la medida cautelar.

2°.- Por Resolución N° 558, de 12 de enero de 2000, esta Comisión Resolutiva se avocó, de oficio y en virtud de sus propias atribuciones, al conocimiento y resolución de los hechos materia de esta causa y confirió traslado del auto cabeza de proceso a las empresas involucradas.

Asimismo, decretó como medida precautoria, la suspensión de la cláusula 11.1 de los contratos de licencia celebrados con fecha 2 de noviembre de 1994 entre Embotelladoras Chilenas Unidas S.A. y las sociedades Canada Dry Corporation Limited y CS Beverages Limited, y demás cláusulas directamente relacionadas con ella, por el término de 180 días a contar de la fecha de la resolución.



2483

Esta medida precautoria fue renovada con fecha 5 de julio de 2000 y actualmente se encuentra alzada, al cesar en sus efectos por no haberse renovado por el Tribunal, según consta a fojas 314 del cuaderno de medidas precautorias.

3°.- A fs. 371 evacúa el traslado Ecusa e indica, entre sus principales argumentos, que el contrato o acuerdo celebrado con fecha 11 de diciembre de 1998 no se limita a la transferencia a TCCC de "todas las licencias y las marcas comerciales de las bebidas gaseosas de propiedad" de Cadbury, sino que ésta última empresa, además, prometió vender a la primera las acciones de las dos sociedades irlandesas CS Beverages Limited y Canada Dry Corporation Limited que suscribieron con Ecusa los convenios de licencia de las marcas Crush y Canada Dry, para la elaboración y comercialización de éstas marcas en el territorio de Chile.

Que, además, Cadbury vendió a Coca Cola todas las marcas comerciales de propiedad de aquella que no estaban incluidas en la venta de la compañía dueña de Canada Dry y CS Beverages, y, por lo tanto, es un hecho cierto que Coca Cola es hoy día, en su calidad de propietaria de las marcas Canada Dry y Crush, su licenciante.

Que por otro lado, un aspecto importante que revela que el acuerdo alcanzado entre Coca Cola y Cadbury atenta en contra la libre competencia, es la definición del mercado relevante sobre el cual dicho acuerdo incide. Coca Cola ha pretendido ampliar el mercado relevante de las bebidas gaseosas al de las bebidas refrescantes e incluso bebidas alcohólicas como la cerveza y no alcohólicas como los lácteos, lo que equivaldría a sostener que los consumidores de bebidas gaseosas podrían sustituir el consumo de éstas por cualquier otro bebestible y viceversa.

Que al adquirir las empresas denunciadas, además de las marcas, las compañías dueñas de las mismas y los contratos de licencia se presenta un abanico de posibilidades en cuanto a la probable actitud futura en Chile de Coca Cola. Por un lado, tal vez, mantenga el status quo cumpliendo oportunamente los contratos con Ecusa y renovándolos a su debido tiempo; o tal vez ponga término a los contratos pero continúe produciendo las bebidas Cadbury ya sea directamente o licenciando la embotellación con otras empresas, de preferencia las embotelladoras actuales de Coca Cola. Otra hipótesis es que ponga término a los contratos y cese la producción de las bebidas Cadbury o sustituya los mixers de ésta última por los actuales de Coca Cola, que tienen una muy baja participación de mercado. Pero sea cual fuere la actitud que asuma Coca Cola, se prestará a abusos de una posición monopólica ya que al preferir la primera opción Coca Cola, como dueña de las marcas y licenciante de las mismas, tomará conocimiento de toda la información estratégica de Ecusa respecto de las

marcas, atendidas las obligaciones existentes en los contratos vigentes con esta última. Si optara por la segunda o tercera alternativa se ve manifiestamente una posición monopólica dado que Coca Cola pasaría a ser dueña del 100%, aproximadamente, del mercado de las bebidas gaseosas con sabor a naranja y del 100% del mercado de los mixers.

En definitiva, Ecusa solicita a esta Comisión tener por evacuado el traslado conferido y resolver que el acuerdo cuestionado entre TCCC y Cadbury no produzca efecto alguno en Chile, en atención a que constituye un grave atentado a la libre competencia en el mercado nacional.

4°.- A fs. 398 evacúa el traslado conferido Pepsi Cola Argentina S.A.C.I., compareciendo igualmente su matriz, PepsiCo. Inc, y señalan, entre otros argumentos, que la celebración del contrato de compraventa o acuerdo de fecha 11 de diciembre de 1998, entre TCCC y Cadbury, constituye un intento claro de Coca Cola de monopolizar el mercado de las bebidas gaseosas, a través del expediente de aniquilar o ahogar a su competencia en Chile.

Que antes de la celebración del contrato de compraventa Coca Cola, a través de sus embotelladoras autorizadas, detentaba una altísima participación de mercado equivalente a un 73,2%, siendo su único y serio competidor Ecusa con un 26,6% de participación; que después del acuerdo objetado Coca Cola pasará a controlar más del 82% del mercado de las bebidas gaseosas en Chile.

Dado además que es posible segmentar ciertos mercados relevantes específicos, dentro del mercado general de las bebidas gaseosas en nuestro país, el contrato de compraventa cuestionado consagrará, además de la indicada concentración, un monopolio exclusivo de Coca Cola en dos importantes segmentos del mercado de las bebidas gaseosas en Chile ya que detentará el 100% del segmento de las bebidas gaseosas con sabor a naranja y el 100% del mercado de los mixers.

Parece importante, señalaron, tener presente que el instrumento internacional de medición de concentración de mercado, denominado Índice de Herfindahl, el cual permite de una manera matemática evaluar los efectos de una concentración dentro de un mercado relevante determinado, actualmente es de 6.065,7 y que una vez perfeccionado el contrato será de 7.079,49.

Por otro lado, la numerosa jurisprudencia de los Organismos Antimonopolio ha señalado que la concentración excesiva en un mercado no es aconsejable cuando las barreras de

entrada al mercado relevante son altas, ya que impiden la presencia de nuevos competidores.

Que estas barreras se reflejan en la exigencia de nuevas inversiones en publicidad que permiten posicionar una marca y crear una imagen de la misma, además de requerir tener acceso a amplias redes de distribución y el hecho de que, aún contando con lo anterior, ésto no es garantía de que dicha marca será aceptada por los consumidores.

Concluyen señalando que la celebración del contrato de compraventa constituye un claro intento de Coca Cola de monopolizar el mercado de las bebidas gaseosas, afectando gravemente su transparencia al otorgarle a la denunciada acceso a información estratégica de su único competidor. Que Coca Cola detendrá una posición monopólica tanto en la propiedad de las marcas como en la distribución de las bebidas gaseosas; aumentará su concentración en el mercado de un 72% a un 82% y detendrá el monopolio exclusivo de dos importantes segmentos del mercado de las bebidas gaseosas en Chile, las bebidas gaseosas con sabor naranja y los mixers.

Solicitan, finalmente, tener por evacuado el traslado y, en definitiva, que esta Comisión declare que el contrato de compraventa precedentemente descrito, no produzca efecto alguno en Chile, disponiéndose que Coca Cola debe permitir que Cadbury asuma nuevamente la propiedad y control sobre las marcas en cuestión, para los efectos de que sigan vigentes los contratos de licencia por todo el plazo que corresponda, de conformidad a sus términos.

5°.- A fs. 540 evacúa el traslado Coca Cola de Chile S.A. y señala, en síntesis, que reproduce y reafirma el contenido completo de los informes que fueron evacuados ante la Fiscalía Nacional Económica y solicita, en definitiva, se rechacen en todas sus partes las denuncias de autos, por infundadas.

6°.- A fs. 801 evacúan el traslado The Coca Cola Company, CS Beverages Limited y Canada Dry Corporation Limited, en forma conjunta, y señalan, entre sus principales consideraciones, que conforme lo dispuso la Resolución N° 558, la materia de fondo a ser analizada y resuelta se refiere a los efectos que se podrían producir en Chile para la libre competencia, del contrato de 11 de diciembre de 1998, ya singularizado precedentemente; y que la avocación de oficio de esta Comisión nace de las denuncias de autos, las cuales deben ser rechazadas en todas sus partes pues se trata de reclamos amparados en pretendidas amenazas a la libre competencia que sólo buscan obtener determinadas ventajas comerciales y contractuales, no protegidas por nuestro ordenamiento jurídico.



221 86

Que en lo que dice relación con la denuncia de Pepsi Cola, señalan que resulta claro que la verdadera preocupación y objetivo de esta empresa es intentar frenar la eficiencia competitiva y la política de diversificación desarrollada por Coca Cola tanto en Chile como en el resto del mundo.

Que en cuanto a la denuncia de Ecusa, dicha presentación nada tiene que ver con el principio de la libre competencia que declara como de su interés preservar. Que, por el contrario, todo indica que la denunciante siente estar frente a una oportunidad comercial como consecuencia del cambio de propiedad de las marcas Orange Crush y Canada Dry, con miras a obtener ventajas y ganancias económicas que no forman parte de la realidad de los contratos de embotellador.

A continuación señalan que, a su juicio, por mercado relevante debe entenderse aquel que incluya todas las bebidas suaves refrescantes tales como el agua mineral, los jugos en polvo, néctares, jugos de fruta, etc. Que el segmento de las bebidas gaseosas carbonatadas en Chile está provisto de alta elasticidad y ausencia de barreras a la entrada de nuevos productos.

Analizan en seguida los efectos del acuerdo en relación con los licenciantes y reiteran que éste sólo ha generado cambios en lo que se refiere a la titularidad de las marcas y no en el segmento de los embotelladores.

Que Coca Cola, al tomar el control de las licenciantes, se planteó que el potenciamiento de las marcas Orange Crush y Canada Dry lo efectuaría la embotelladora de los productos en Chile, Ecusa, al menos mientras estuviere vigente el contrato de licencia celebrado en su oportunidad entre las filiales de Cadbury y Ecusa, y cuya fecha de terminación es el año 2004, de no darse las condiciones contractuales necesarias para su renovación.

Que Ecusa ha pretendido alterar el escenario antes descrito, instando por cambios en el segmento de los embotelladores ya que en noviembre de 1999 presentó una demanda de terminación de contrato, con indemnización de perjuicios, respecto de los contratos de embotellamiento celebrados con la licenciante. Que ha incurrido, además, en una clara causal de terminación de los contratos de licencia, la que se verificó como consecuencia de la compra que efectuó CCU de la totalidad de la participación de Baesa en Ecusa, disolviendo el "joint venture" entre CCU y Baesa con quien las licenciantes habían contratado. Que queda de manifiesto entonces que Ecusa quiere al mismo tiempo terminar y no terminar el contrato de embotellamiento.



2457
/

Que Ecusa se ha valido, además, de una serie de especulaciones y supuestas conductas de Coca Cola que comprometerían los postulados de una sana y leal competencia. Ecusa y Pepsi Cola han señalado que Coca Cola tendrá acceso a parte importante de las informaciones estratégicas de Ecusa, la cual sería usada en desmedro de dicho embotellador. La anterior aprensión tiene sentido en la medida que Ecusa continúe siendo el embotellador de los productos Orange Crush y Canada Dry ya que de perder vigencia el contrato, Coca Cola ya no tendría ninguna relación con Ecusa y tampoco acceso a información alguna de este embotellador.

Que suponiendo por otro lado que Ecusa mantenga la vigencia del contrato de embotellamiento, corresponde precisar que todas las amenazas de supuesta deslealtad competitiva por parte de Coca Cola carecen de base y sustento por lo siguiente: Coca Cola sólo tiene información estratégica de Ecusa relativa a la explotación de las marcas Orange Crush y Canada Dry y en ningún caso el contrato de embotellamiento le permite tomar conocimiento de información estratégica de las otras marcas que Ecusa embotella. Destacan que Coca Cola tiene el legítimo interés en participar en las decisiones estratégicas que inspiran el desarrollo de las marcas, pues sus ingresos dependen directamente del exitoso desempeño del embotellador. Así, tanto Pepsi Cola como Ecusa han pretendido fundar las supuestas amenazas a la leal competencia postulando dos consideraciones equivocadas. Primero, han denunciado que Coca Cola tendría interés en eliminar las marcas Orange Crush y Canada Dry para disponer de otras marcas en esos mismos segmentos de sabor (Fanta y Nordic), y segundo, han señalado que Coca Cola es competidor de Ecusa y por ende está interesada en que ésta última fracase en el embotellamiento de los productos. En lo que se refiere a la primera acusación, este comportamiento no tendría ninguna justificación ya que las marcas Fanta y Orange Crush, no obstante que ambas son de sabor naranja y tienen precios equivalentes, son percibidos como diferentes productos repartiéndose las preferencias los consumidores. Si hiciere desaparecer Coca Cola la marca Orange Crush, ella habría renunciado gratuitamente a parte de una participación de mercado. Y en lo que se refiere a la segunda aprensión, Coca Cola es titular de marcas y no embotellador, de manera que constituye un error calificarla como competidora de Ecusa.

Continúan exponiendo las empresas denunciadas que tienen total disposición a proponer las estructuras o modificaciones que la Comisión Resolutiva estimare convenientes respecto de la relación contractual, de modo que, preservándose los derechos constitucionales garantizados a todo titular del dominio, se despeje cualquier duda que se hubiere creado.



2488

Adicionalmente, señalan que, encontrándose vigente la demanda deducida por Ecusa y siendo probable que las licenciantes demandarán a su turno la terminación del contrato, no es inapropiado presentar ante esta Comisión cuáles son las consecuencias que se derivarían para la libre competencia de prosperar cualquiera de las acciones judiciales. Por una parte, Ecusa ha señalado que tiene la capacidad para sustituir las marcas Orange Crush y Canada Dry, de manera de llenar el eventual vacío que se produciría, sin que se resientan sus ingresos por estas circunstancias. Por otro parte, Pepsi Cola reaccionará vigorosamente manteniendo su tradicional política de no ceder espacios ni participación.

Finalmente, las empresas denunciadas solicitan en definitiva a la Comisión declarar sin lugar las denuncias y resolver que el acuerdo en virtud del cual The Coca Cola Company adquirió las marcas Orange Crush y Canada Dry no produce efectos contrarios a la libre competencia.

7°.- Estimando esta Comisión que existían hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que probar se recibió la causa a prueba por el término legal, resolución cuyo texto refundido consta a fojas 892.

8°.- A fs. 969, 995, 1036, 1073, 1081 y 1272, Ecusa presentó prueba documental dentro del término probatorio.

9°.- A fs. 1074, Pepsi Cola presentó prueba documental dentro del término probatorio.

10°.- A fs. 1037 y 1928, The Coca Cola Company, Canada Dry Corporation Limited y CS Beverages Limited presentaron prueba documental y evidencias dentro del término probatorio.

11°.- A fs. 996, 1007, 1039 y 1060, respectivamente, declararon los testigos señores Guillermo Luis Hernán Bustos Greene, Jorge Andrés Ibañez Tardel, José Manuel Silva Silva y Ricardo Daniel Paredes Molina, por la parte de Embotelladoras Chilenas Unidas S.A.

12°.- A fs. 2063, Embotelladoras Chilenas Unidas S.A., The Coca Cola Company, CS Beverages Limited, Canada Dry Corporation Limited y Coca Cola de Chile S.A. presentaron en conjunto una petición en orden a poner término a la avocación de la Comisión, por las razones que a continuación, en síntesis, expresaron:



2489

Que las empresas comparecientes han llegado a acuerdo en una serie de convenciones con el objeto de garantizar la explotación exitosa y competitiva de los productos licenciados por ellas, y que se basan en la mantención, a largo plazo, de Ecusa como licenciado y embotellador de las bebidas Orange Crush, Ginger Ale Canada Dry, Tónica Canada Dry y Limón Soda Canada Dry, en forma distinta e independiente de los productos embotellados por el sistema Coca Cola.

Se acompañaron los acuerdos suscritos, los que quedaron sujetos a la condición suspensiva de que la Comisión resuelva poner término a su avocación, ya que las partes estiman que los mismos solucionan suficientemente las consideraciones que se tuvieron en cuenta para dar inicio a esta causa.

Agregaron que, de no cumplirse la condición, los referidos acuerdos no tendrán aplicación ni efecto alguno y la investigación materia de autos continuará su curso como si dichos acuerdos no hubieran existido.

Añadieron que es de su máximo interés que este acuerdo y el contrato de embotellador entre a regir a la mayor brevedad, en un plazo inferior a 90 días, a fin de dotar de certeza la relación entre las partes, sin perjuicio del tiempo que esta Comisión estimare necesario para resolver.

Solicitaron, fianlemente, tener presente lo expuesto y que se declare el término de la avocación de autos, por haberse solucionado las cuestiones de hecho que dieron origen a esta causa.

13°.- A fs. 2083 Pepsi Cola evacuó el traslado que le fuera conferido respecto de la presentación anterior e indicó:

Que revisadas las secciones del Memorándum de Acuerdo y del contrato de embotellador acompañados, sostienen que dichos acuerdos no permiten asegurar una sana y libre competencia en el mercado de las bebidas gaseosas en el país ya que parece poco probable que la separación de unidades comerciales propuesta pueda llevarse a cabo en la práctica, ya que en definitiva Schweppes Holdings Limited es una sociedad subsidiaria de The Coca Cola Company y por lo tanto, no podrá concentrar sus esfuerzos en promover las marcas de bebidas gaseosas Crush y Canada Dry si dichos esfuerzos van en perjuicio de la promoción de las marcas de The Coca Cola Company.

24/10
/

Asimismo, tomando en cuenta la participación de mercado que detentan las marcas Crush y Canda Dry, en comparación con la participación de mercado de Pepsi Cola y Seven Up, parece claro que la influencia que ejercerá Coca Cola sobre Ecusa hará cada vez más difusa la competencia a nivel de embotelladores, toda vez que Coca Cola no sólo controlará su sistema de embotelladoras autorizadas sino que también ejercerá una fuerte influencia respecto de Ecusa, único embotellador que en la actualidad compite con el sistema Coca Cola.

Solicitó, adicionalmente, se acogieran las siguientes peticiones a objeto de aminorar los efectos que para la libre competencia tendría la aplicación del contrato de embotellador:

a) Modificar los acuerdos actualmente vigentes entre Pepsi Cola y Ecusa en el sentido que, en el evento que en cualquier año calendario la participación de mercado de Pepsi Cola y Seven Up en Chile, sea inferior a la participación de mercado del año inmediatamente anterior, medido como porcentaje de participación en el mercado de las bebidas gaseosas y según las mediciones de Nielsen, las designaciones de embotelladora exclusiva que autorizan a Ecusa a producir, vender y distribuir Pepsi Cola y Seven Up en Chile, sean modificadas de manera que, primero, éstas dejen de tener el carácter de exclusivo por el resto del tiempo en que dichos acuerdos se encuentren vigentes y, segundo, otorguen a Pepsi Cola el derecho a terminar anticipadamente dichas designaciones sin expresión de causa mediante aviso a Ecusa con 6 meses de anticipación.

b) Modificar el contrato de embotellador en el sentido que The Coca Cola Company y Ecusa acuerdan expresa y específicamente que Pepsi Cola podrá vender un rango completo de sabores, incluyendo bebidas gaseosas sabor naranja, limón, ginger ale y tónica, que serían producidos por Ecusa y distribuidos a nivel nacional a través del sistema de distribuidor de cerveza de CCU o a través de otro distribuidor independiente elegido por Pepsi Cola.

c) Modificar el contrato de embotellador en el sentido que The Coca Cola Company autorice expresamente a Ecusa para que, en relación con las cuentas internacionales adjudicadas por Pepsi Cola en el negocio de las bebidas gaseosas como parte de acuerdos globales, como KFC, Pizza Hut, Subway o Burger King, Ecusa pueda vender todos los productos de Pepsi Cola, incluyendo los sabores naranja, ginger ale y otros.

Pepsi Cola solicitó finalmente tener por evacuado el traslado, accediendo a lo solicitado precedentemente.



14°.- A fs. 2090 rola el informe del señor Fiscal Nacional Económico, solicitado por el Tribunal respecto de la presentación conjunta de fojas 2063, en el que señala que una revisión de los antecedentes y documentos acompañados permite a esa Fiscalía detectar diferentes cláusulas que parecen contrarias a la competencia en el mercado de las bebidas gaseosas:

1) El numeral N° 6 del Protocolo acompañado, titulado Unidades Independientes de Negocios: Indica que las medidas propuestas no aseguran una adecuada independencia entre Ecusa y The Coca Cola Company ya que persiste un riesgo significativo de que ambas empresas, a través del intercambio de información sobre los planes de comercialización de las marcas Crush y Canada Dry, deriven en acuerdos explícitos o implícitos que reduzcan la competencia en el mercado; y estima que no han variado sustancialmente las condiciones que motivaron la dictación de la medida precautoria de autos, que prohíbe el traspaso de información estratégica de Ecusa a The Coca Cola Company.

2) El numeral N° 7, letra b), del Protocolo: Ecusa y Compañía Cervecerías Unidas S.A. (CCU) declaran que mientras esté vigente el contrato de embotellador no celebrarán acuerdos o contratos con terceros para producir bebidas gaseosas de los mismos sabores que los licenciados y expresa que sólo en el evento que The Coca Cola Company o sus embotelladores introduzcan nuevos productos en los sabores, Ecusa estará facultada para lanzar productos adicionales, pero en ese evento las partes harán sus mejores esfuerzos para desarrollar en conjunto los nuevos productos.

3) Numeral 18 del contrato de embotellador: La condición descrita precedentemente para el lanzamiento de nuevos productos, en los sabores de las marcas licenciadas, se hace extensivo a CCU, sus filiales, subsidiarias o matriz.

4) Anexo E, numeral 17 del contrato de embotellador: Se establecen mayores restricción para Ecusa pues ya no sólo se refieren a los sabores de las marcas licenciadas sino que, en la letra a) del numeral, se señala que Ecusa acuerda no fabricar cualesquiera otros productos de bebidas sin alcohol, a menos que obtenga el consentimiento de Schweppes Holding Limited; asimismo, la letra c) es más estricta pues Ecusa acuerda por 2 años no fabricar cualquiera bebida que utilice el nombre Tonic sin siquiera dejar la posibilidad de obtener el consentimiento de Schweppes Holding.



2492
/

Estas condiciones, constituyen, a juicio de la Fiscalía, trabas de extrema gravedad a la competencia ya que pueden interpretarse como una figura de acuerdo horizontal entre las dos principales y casi únicos competidores del mercado.

5) Capítulo VIII, titulado Disposiciones Generales, numeral 32: Se estipulan algunas restricciones para una eventual venta de Ecusa. Un comprador de ésta se considera inaceptable para Schweppes Holding Limited cuando se trate de un competidor de The Coca Cola Company.

Esta cláusula refleja que a partir de este contrato de embotellador Ecusa ya no sería considerado un competidor de Coca Cola.

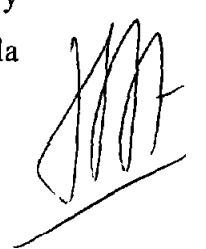
En relación al traslado que evacuara Pepsi Cola, el informe expresa que se aprecia coincidencia entre la visión de ésta última empresa y la de la Fiscalía en cuanto a los efectos anticompetitivos del potencial contrato entre Schweppes Holding Limited y Ecusa, coincidencia que termina ahí, ya que estima improcedente acoger la solicitud de medidas paliativas propuestas por Pepsi Cola mientras no exista un pronunciamiento de fondo de esta Comisión frente al grado de competencia en el mercado relevante de las bebidas gaseosas.

Finalmente, el señor Fiscal Nacional Económico solicitó no acceder al desistimiento planteado por Ecusa, Canada Dry Corporation Limited, CS Beverages Limited, The Coca Cola Company y Coca Cola de Chile S.A., y no acoger las solicitudes de Pepsi Cola presentadas en el traslado evacuado por dicha empresa.

15°.- A fs. 2195 esta Comisión Resolutiva mediante Resolución N° 589, de 27 de diciembre de 2000, acordó lo siguiente:

Que el contrato sometido a su conocimiento, suscrito por las partes peticionarias en su propio beneficio, por sí solo no contiene, aparentemente, cláusulas que signifiquen una conducta reprochable desde el punto de vista del Decreto Ley N° 211, de 1973. Que no obstante lo anterior, el Tribunal hace presente que en el futuro adoptará las medidas que en derecho procedan si de la aplicación del mismo resultaren conductas contrarias al Decreto Ley N° 211, de 1973.

Que con respecto a la solicitud planteada en orden a poner término a la avocación, se resolvió no dar lugar a ella, en consideración a que Pepsi Cola Argentina S.A.C.I. y PepsiCo. Inc., como asimismo la Fiscalía Nacional Económica, en calidad de partes en la



2493

avocación, han rechazado darla por terminada, dando curso a su tramitación hasta la dictación de la sentencia definitiva. Asimismo, el Tribunal rechazó las solicitudes de Pepsi Cola formuladas en el traslado evacuado a fs. 2083, citado en el visto N°14.

16°.- A fs. 2214 depone el señor Mario Patricio Inostroza Medina por la parte de Coca Cola de Chile S.A; y a fs. 2225 don Felipe Antonio Sandoval Martínez, por la parte de The Coca Cola Company, Canada Dry Corporation Limited y CS Beverages Limited.

17°.- Con fecha 25 de abril de 2001 tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose los alegatos de las partes y quedando la causa en estado de fallo.

CONSIDERANDO:

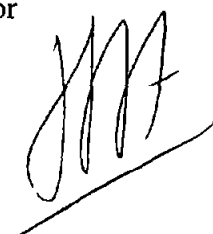
EN CUANTO A LA OBJECION DE DOCUMENTOS.

PRIMERO: Que a fs. 844 The Coca Cola Company, Canada Dry Corporation Limited y CS Beverages Limited objetan los documentos acompañados por Embotelladoras Chilenas Unidas S.A. a fs. 371, por ser documentos que emanan de terceros respecto de los cuales no consta su autenticidad e integridad;

SEGUNDO: Que a fs. 845 la parte de Pepsi Cola Argentina S.A.C.I. y PepsiCo. Inc. objeta los documentos acompañados por la parte de TCCC a fs. 801, por no constar la autenticidad ni la integridad de los mismos; además, por tratarse de fallos emanados de autoridades antimonopolios de países extranjeros y que, en consecuencia, siendo instrumentos públicos otorgados fuera de Chile deben ser agregados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil;

TERCERO: Que a fs. 847 Embotelladoras Chilenas Unidas S.A. objeta los documentos acompañados por TCCC a fs. 801. Respecto de los documentos signados con los números 1 al 8, se objetan por constituir fotocopias simples y por ser documentos privados que no emanan de la parte sino de terceros ajenos a la litis, no pudiendo hacer fe en su contra. Además, consigna que no le consta la autenticidad de los mismos, su veracidad ni integridad.

Que, adicionalmente, respecto de los documentos signados con los numerales 1, 2, 6 y 7, también los objeta por estar extendidos en idioma extranjero. En cuanto a los documentos singularizados con los numerales 3, 4 y 5, se expresa además que son objetados por constituir meros recortes de prensa;



24/95

CUARTO: Que si bien las impugnaciones presentadas por las partes, en su mayor parte, formalmente corresponden a causales de objeción legalmente establecidas, esta Comisión no dará lugar a ellas por no existir pruebas ni evidencias que permitan restarle valor a dichos antecedentes, como asimismo teniendo en especial consideración las facultades privativas de esta Comisión para apreciar los antecedentes y la prueba en conciencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18, letra K, del Decreto Ley N° 211, de 1973;

EN CUANTO AL FONDO.

QUINTO: Que las denuncias interpuestas por las empresas Pepsi Cola Argentina S.A.C.I. y Embotelladoras Chilenas Unidas S.A. ante la Fiscalía Nacional Económica, a cuyo conocimiento esta Comisión se avocó, versan sobre los efectos en Chile del contrato de fecha 11 de diciembre de 1998, celebrado entre The Coca Cola Company, Atlantic Industries y Cadbury Schweppes plc.;

SEXTO: Que en lo concerniente a las pretensiones iniciales de Embotelladoras Chilenas Unidas S.A., cabe consignar que con fecha 14 de septiembre de 2000, según consta a fojas 2063, esta empresa solicitó al Tribunal que cesara en el conocimiento de las denuncias, por lo que cabe dejar establecido que no ha perseverado en su accionar luego de dicha presentación, manifestando durante la posterior tramitación de esta causa, posiciones que confluyen con las de la empresa denunciada, The Coca Cola Company. Esto se desprende de su decisión de renunciar a la prueba confesional y pericial solicitadas, según consta a fojas 2236, como asimismo de las alegaciones orales expresadas en la vista de la causa, de las que dan cuenta la minuta de alegato acompañada a fojas 2369;

SEPTIMO: Que, sin desmedro de lo anteriormente manifestado, las pretensiones de Pepsi Cola Argentina S.A.C.I. y PepsiCo. Inc. han sido reafirmadas por ellas durante el transcurso del proceso, requiriendo del Tribunal un pronunciamiento de fondo. Por otra parte, la Fiscalía Nacional Económica, a raíz de la presentación conjunta de fojas 2063 y a la cual se refiere el considerando precedente, formalmente se hizo parte en esta causa, habiendo previamente presentado informe a raíz de las denuncias recibidas ante esa Fiscalía, como aparece de manifiesto en los vistos de este fallo;



2496

OCTAVO: Que, en lo concerniente a las aprensiones basadas en el nivel de concentración del mercado de las bebidas carbonatadas, cabe expresar que los antecedentes del proceso no revelan que con la ejecución de la operación en cuestión pueda producirse un aumento de dicha concentración que modifique sustancialmente las condiciones de competencia ya existentes al momento anterior a la firma del contrato de fecha 11 de diciembre de 1998, antes citado;

NOVENO: Que en este orden de consideraciones, esta Comisión no percibe que la actual participación de los embotelladores y competidores en el mercado de las bebidas carbonatadas constituya un escenario significativamente distinto al existente con anterioridad a la investigación de las denuncias que dieron motivo a formar causa;

DECIMO: Que, por otra parte, en la situación inmediatamente anterior a la celebración del contrato de fecha 11 de diciembre de 1998, no se comprobaron por los Organismos Antimonopolios situaciones que importaren abusos de la posición que detentaron los competidores dominantes en el mercado relevante bajo análisis;

UNDECIMO: Que, adicionalmente, los antecedentes aportados relativos a los efectos de la entrada al mercado de marcas propias o marcas distintas a las de renombre o de prestigio, constituyen presunciones bastantes para estimar que tales marcas representan productos que pueden ser catalogados como sustitutos importantes de las marcas establecidas. Estos, sin embargo, de conformidad con las pruebas de autos, no pueden calificarse de sustitutos perfectos de los productos que conforman la demanda del mercado relevante.

Que, por consiguiente, en lo concerniente a las barreras de entrada en este mercado, las probanzas agregadas por las partes permiten concluir que si bien la entrada de un competidor al mercado requiere de altos niveles de inversión, esta situación no impide el ingreso efectivo de nuevos actores o de nuevos productos, sea con marcas nuevas o con marcas o denominaciones existentes en otros mercados.

Que cabe considerar en este aspecto, como antecedente, las últimas informaciones aportadas relativas a las participaciones de mercado que fueron agregadas a fojas 2376 y que comprenden estadísticas de los meses de agosto de 2000 a enero de 2001;

DUODECIMO: Que el contrato de licencia o franquicia que fue conocido por esta Comisión y presentado con fecha 14 de septiembre de 2000, en forma conjunta por Embotelladoras Chilenas Unidas S.A., The Coca Cola Company, Canada Dry Corporation Limited, CS Beverages Limited y Coca Cola de Chile S.A., constituye un acuerdo que para este Tribunal soslaya de manera eficaz los cuestionamientos respecto del grado de independencia de los competidores y embotelladores en este mercado.

Que si bien es cierto que el contrato de fecha 11 de diciembre de 1998, citado en el considerando quinto, podría haber tenido efectos contrarios a la competencia dada la titularidad de The Coca Cola Company de las marcas Cadbury Schweppes y la consiguiente obligación de entrega de información comercial confidencial entre embotellador y licenciante, no es menos cierto que el nuevo acuerdo ha despejado las aprensiones iniciales que esta Comisión tuvo y que motivaron la dictación de la medida precautoria que rigió en este proceso.

Que la presencia de Embotelladoras Chilenas Unidas S.A. como embotellador y distribuidor es una situación que ha sido objeto de cuidadoso escrutinio en este proceso, teniendo en cuenta que en la actualidad dicha empresa actúa, primero, en carácter de embotellador de dos grandes competidores, The Coca Cola Company y PepsiCo. Inc., y en segundo lugar, como competidor de ambas, con productos propios;

DECIMO TERCERO: Que en este sentido, de las estipulaciones convenidas por las partes en el contrato de licencia acompañado con fecha 14 de septiembre de 2000, no se desprenden acuerdos ilegales entre competidores o cláusulas que pudieran dar lugar a abusos de una posición dominante. A su vez, el contrato responde a la necesidad de asegurar un nivel de independencia de las partes con el fin de evitar intervenciones o influencias que puedan entorpecer la competencia en el sector;

DECIMO CUARTO: Que, con todo, es el parecer de esta Comisión que no cabe sino reiterar lo ya manifestado por Resolución N° 589, de 27 de diciembre de 2000, en el sentido de prevenir a The Coca Cola Company y a las demás partes involucradas en este proceso que en el futuro este Tribunal adoptará las medidas que en derecho procedan en resguardo del interés común, si de la aplicación del mencionado contrato que actualmente rige las relaciones entre The Coca Cola Company - representada por Schweppes Holdings Limited - y Embotelladoras Chilenas Unidas S.A., resultaren conductas contrarias al



2498

Decreto Ley N° 211, de 1973; y de la misma forma que ya lo hizo al inicio de la presente causa según se desprende de la resolución de avocación y de medidas precautorias N° 558, de fecha 12 de enero de 2000;

Y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 6°, 17 y 18 del Decreto Ley N° 211, de 1973, esta Comisión **RESUELVE**:

1°.- Que se rechazan las objeciones de documentos formuladas, a las cuales se refiere este fallo en los considerandos primero, segundo y tercero;

2°.- Que se rechazan las denuncias de Pepsi Cola Argentina S.A.C.I., PepsiCo. Inc. y de Embotelladoras Chilenas Unidas S.A. en contra de The Coca Cola Company, Canada Dry Corporation Limited y CS Beverages Limited;

3°.- Que se previene a The Coca Cola Company y a las demás partes involucradas en esta causa, que este Tribunal adoptará las medidas que en derecho procedan en resguardo del interés común, si de la aplicación del contrato de licencia que actualmente rige las relaciones entre The Coca Cola Company - representada por Schweppes Holdings Limited - y Embotelladoras Chilenas Unidas S.A.. resultaren conductas contrarias al Decreto Ley N° 211, de 1973.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol N° 592-00.

The block contains five handwritten signatures in black ink. From left to right: a signature consisting of three vertical lines; a signature consisting of a vertical line and a horizontal line; a large, stylized signature; a signature that appears to be 'Arancibia'; and a signature that appears to be 'Zañartu'.

Pronunciada por los señores, José Luis Pérez Zañartu, Ministro de la Excma. Corte Suprema, Presidente de la Comisión; Alberto Undurraga Vicuña, Director del Servicio Nacional del Consumidor; Cristián Palma Arancibia, Director del Servicio Nacional de Aduanas; Arnaldo Gorziglia Balbi, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

22/9/01

de la Universidad Gabriela Mistral; y Gonzalo Edwards Guzmán, subrogando al Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.




JAIME BARAHONA URZUA
Secretario Abogado
COMISION RESOLUTIVA