



Oksandro Gonçalves^(*)

La **guerra de las botellas** en Brasil y Perú: un análisis económico de los casos **BACKUS** y **AMBEV**^(**)

*The War of the Bottles in Brazil and Peru: an economic analysis of the cases **BACKUS** and **AMBEV***

Resumen: El trabajo enfrenta el caso de las botellas objeto de conflicto entre empresas cerveceras en Brasil y también en el Perú. El trazo más destacado es que las cervecerías en conflicto son dominantes en sus respectivos mercados. Así, a través de los instrumentos de análisis económico del derecho se pretende demostrar los perjuicios de la conducta para la competencia con la elevación de los costos de transacción para los competidores y la creación de barreras de entrada y de permanencia en el mercado, lo que puede conducir a la formación no deseada, en este caso, de monopolios.

Palabras clave: Derecho de la Competencia - Análisis Económico del Derecho - Abuso de posición dominante - Costos de transacción - Acuerdo de exclusividad de hecho

Abstract: The paper confronts the case of bottles object of conflict between brewers in Brazil and Peru. The striking feature is that breweries in conflict are dominant in their markets. Through the tools of economic analysis of law is intended to demonstrate the damages for the conduct of the competition with high transaction costs for competitors and create barriers to entry and stay on the market, which can lead to undesired formation the monopoly in this case.

Keywords: Antitrust Law - Law and Economics - Abuse of dominant position - Transactions costs - Exclusive agreement of fact

1. Introducción

El mercado brasileño de bebidas frías (cerveza, refrescos y agua mineral) tiene particularidades propias, pues, tanto el mercado de refrescos, como el mercado de cervezas, son controlados por empresas que poseen

(*) Abogado. Doctor en Derecho Comercial por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Profesor del Programa de post-graduación de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Paraná, niveles de Maestría y Doctorados.

(**) Trabajo seleccionado y presentado en la 16th Annual Meeting of the Latin American and Iberian Law and Economics Association, realizado en Perú, en junio de 2012. Agradezco a los traductores de este texto: Ricardo Antonio Serrano Osório, Magíster en Derecho Económico y Socio ambiental en la PUC/PR, Brasil. Magíster en Derecho Ambiental en la UCS/RS, Brasil, Especialista en Derecho Corporativo y formado en la USMP. Actualmente es miembro del Centro de Investigación de Derecho Minero, Energético y de Recursos Hídricos de la USMP.

La guerra de las botellas en Brasil y Perú: un análisis económico de los casos BACKUS y AMBEV *The War of the Bottles in Brazil and Peru: an economic analysis of the cases BACKUS and AMBEV*



posición dominante en los respectivos ambientes (Coca Cola con aproximadamente el 56% para refrescos y AMBEV con casi el 70% para cervezas).

El presente trabajo restringe su análisis al mercado de cervezas y la conducta a ser estudiada se refiere al uso de botellas intercambiables entre los diferentes competidores. Esa conducta influye en el ambiente económico-social brasileño, contribuyendo negativamente para el desarrollo regional porque: (i) impide el surgimiento de nuevos competidores; y, (ii) el crecimiento de aquellos ya existentes. Comparativamente, será analizado el caso semejante al que ocurrió con la empresa líder del mercado cervecero en el Perú, con aproximadamente el 88% de participación.

Serán expuestos los problemas derivados del abuso de posición dominante, así como se demostrará que la práctica también posee efectos colaterales. Al final, se busca señalar algunas soluciones para los problemas enfrentados.

2. Rescate fáctico para posicionar el problema

2.1. Breve apunte histórico de la creación de AMBEV en Brasil

La creación de la American Beverage Company (AMBEV) fue parte de una política brasileña derivada de la institución del Plano Real, responsable por la estabilización económica del País, que tenía por objetivo incentivar el crecimiento económico a través de la creación de aquello que sería la primera multinacional genuinamente brasileña.

En suma, la fusión envuelve las dos mayores cervecerías del Brasil en el momento, Antartica Paulista y Cervecería Brahma que, juntas, controlaban casi el 75% del mercado, con sus tres principales marcas: Skol, Brahma y Antartica⁽¹⁾.

Para mejor comprensión del texto, el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (SBDC) era compuesto en la época de los siguientes órganos: la SDE (Secretaria de Derecho Económico), la SEAE (Secretaria de Acompañamiento Económico) y el CADE (Consejo Administrativo de Derecho Económico), que votaron favorablemente por la fusión, con algunas salvedades sin mayor relevancia para el proceso en su conjunto⁽²⁾.

Así, se creó una empresa que posee aproximadamente el 70% de todo el mercado de cervezas en Brasil:

(1) CORREA, Paulo y Federico AGUIAR. *Merger control in developing countries: lessons from the Brazilian experience*. En: United Nations Conference on Trade and Development. 2002; p.15.

(2) CADE. *Decisão do Ato de Concentração No. 08012.005846/1999-12*. Referencia de 01 de setiembre de 2011. Por otra parte, la ley posterior alteró la estructura del SBDC. Disponible en web: <http://www.cade.gov.br>.



Oksandro Gonçalves

Tabla 1: *Market share* en el mercado brasileño de cervezas (2010 - AC NIELSEN)

EMPRESAS	MARKET SHARE
Ambev	70,13%
Heineken	7,76%
Petrópolis	9,42%
Schincariol	11,20%
Otras empresas	1,49%
Total	100,00%

Además de la cuota de mercado, las marcas más importantes del mercado brasileño también pertenecen a AMBEV: Skol abarca el 32,7%, Brahma el 18,5% y Antartica el 12,3%⁽³⁾.

Por último, como consta del proceso administrativo, *fuertes marcas y sofisticado sistema de distribución hacen que AMBEV responda por el 67% del total del volumen de las ventas de cervezas en Brasil*⁽⁴⁾.

Este es, actualmente, el contexto del mercado brasileño de cervezas.

2.2. Breve contexto histórico de BACKUS en Perú⁽⁵⁾

Aunque la historia de la cerveza en Perú sea vasta, se debe hacer un recorte a partir de 1994, cuando Backus y Johnston compran Pilsen Callao volviéndose el mayor productor de cerveza de Perú. En 1995 se aprueba la fusión de la Cervecería Backus y Johnston, Compañía Nacional de Cerveza, Cervecería del Norte, y Sociedad Cervecera Trujillo, formando así la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A., con una participación de mercado de aproximadamente el 80%. Ese proceso de concentración concluyó en el 2000, cuando la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston, adquirió la Cervecería del Sur⁽⁶⁾.

En el 2004 llega al mercado peruano la empresa AMBEV. El año siguiente AMBEV PERÚ lanzó en el mercado la botella de Brahma de 1.1 litros, desarrollando una estrategia basada en precios bajos. A partir de 2004 comenzaron los debates judiciales y administrativos entre las dos empresas buscando rediscutir el mercado peruano de cervezas.

Como es posible observar, el mercado de cervezas peruano es extremadamente concentrado, así como el brasileño.

2.3. Breve resumen del caso de las botellas en Brasil

Se trata del caso que quedó conocido como “Guerra de las Botellas”. En abril de 2008 la AFREBRAS (*Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil*) logró representación en la SDE (Secretaría de Derecho Económico) enfrentándose contra la introducción en el mercado de cervezas en botella de vidrio retornable, diferentes de la botella de 630 ml. color ámbar, en la cual había grabada la marca “AMBEV”, este hecho tomó a la botella como “propietaria” para cervezas⁽⁷⁾. Ocurre que el mercado de refrescos, que es muy fuerte regionalmente, utiliza esa misma botella para envasar sus productos, un sistema que existe hace más de 100 años en Brasil.

El sistema de cambios de botellas se basa en el intercambio, o sea, las empresas comparten las botellas de vidrio color ámbar de 600 mililitros⁽⁸⁾. Esas botellas son de

(3) Fuente: 2009 - AC NIELSEN.

(4) Proceso Administrativo No. 08012-006439/2009-65; p. 220.

(5) Una de las fuentes consultadas: <http://www.historiacocina.com/historia/cerveza/peru.htm>. Referencia de 28 de marzo de 2012.

(6) Para mayores detalles económicos, como producción y facturación, véase: JOCHAMOWITZ, Muroi; 2005.

(7) CADE. *Recurso Voluntário No. 08700.002874/2008-81*. Referencia de 01 de setiembre de 2011. Disponible en web: <http://www.cade.gov.br>.

(8) Importante aclarar que no hay diferencia entre la botella de 600 mililitros y la de 630 mililitros, hecho este que fue tomado en el proceso administrativo como una estrategia para intentar justificar una diferenciación de envases basado en la volumetría.

La guerra de las botellas en Brasil y Perú: un análisis económico de los casos BACKUS y AMBEV *The War of the Bottles in Brazil and Peru: an economic analysis of the cases BACKUS and AMBEV*

uso común, y cualquier fabricante de cerveza o refrescos, de cualquier marca, puede hacer uso de ellas y, dados los usos y costumbres, volviéndose imposible saber quién es el propietario de cada una de ellas. La presunción vigente en el mercado es que el consumidor que tiene la posesión de la botella es el propietario porque en la primera adquisición pagó por ella, siendo así, las empresas que usan los envases para acondicionar sus productos no son vistas como propietarias. En suma, el fabricante entrega cierto número de botellas llenas y recibe la misma cantidad de botellas vacías que son llevadas para las fábricas, y después del proceso de limpieza, son nuevamente envasadas y recolocadas en el mercado de forma cíclica⁽⁹⁾. Cada botella comporta 19 a 25 envases o *giros*.

Ese sistema disminuye los costos de transacción, en la medida en que: (i) reduce los costos de distribución, pues no necesita promover la separación de las botellas en los puestos de venta; (ii) garantiza el derecho a la libre opción para los puntos de venta y también para los consumidores finales; (iii) reduce los costos con producción, pues, no hay necesidad de cambio del insumo en las líneas; (iiii) garantiza el libre acceso a nuevos participantes en el mercado que deben comprar un número de botellas suficiente para el intercambio, pero que después tendrá el sistema de retroalimentado; y, (iiiii) garantiza la permanencia de los actuales competidores en el mercado que ya posee una cantidad de botellas intercambiables.

Como la conducta de AMBEV perjudica al sistema centenario de intercambio⁽¹⁰⁾, fue determinada la abertura de proceso administrativo delante de los fuertes indicios de infracción al orden económico derivados de la introducción de esta nueva botella y la consecuente quiebra del sistema de intercambio. Además, se concedió una medida judicial preventiva para imponer a AMBEV que dejara de utilizar la nueva botella hasta que el proceso fuera decidido, recogiendo las ya distribuidas y cambiándose por botellas comunes aquellas ya recogidas

por los demás competidores. Posteriormente, ante la interposición de recursos se autorizó la utilización de la botella de forma restricta y para una marca sin mayor expresión.

El voto en el proceso administrativo destacó que la conducta de la AMBEV retiraría del mercado el stock existente de botellas y dificultaría el acceso de los demás competidores a un parque de materias primas de uso común⁽¹¹⁾.

Así, la primera “Guerra de las Botellas” acabó en 2012, delante de la posibilidad concreta de condena, con la firma de Términos de Compromiso de Cesión (TCC), formado entre el CADE y AMBEV, por el cual fueron establecidas condiciones mediante las cuales la empresa debería abstenerse de envasar y comercializar la botella de 630 mililitros en todo el territorio nacional, así como cambiar sus botellas vacías en posesión de los competidores y puntos de venta por botellas comunes vacías⁽¹²⁾.

No obstante, otra “guerra” fue iniciada por AMBEV.

La segunda guerra de las botellas: el caso del “litron” en Brasil

En agosto de 2009 ABRABE (*Associação Brasileira de Bebidas*) presentó representación y pedido de medida preventiva en detrimento de AMBEV, alegando que esta practicó infracción al orden económico, al introducir en el mercado de cervezas una botella de vidrio retornable de un litro, de color ámbar, grabada con la marca “AMBEV”⁽¹³⁾.

(9) Proceso Administrativo No. 08012-006439/2009-65; p. 220.

(10) SDE. Nota de instauración del Proceso administrativo No 08012.002474/2008-24. Disponible en web: <http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ44407D46PTBRNN.htm>. Referencia de 02 de septiembre de 2011.

(11) CADE. *Voto do Conselheiro Relator no Recurso Voluntário No. 08700.002874/2008-81*. Disponible en web: <http://www.cade.gov.br>. Referencia de 02 de setiembre de 2011.

(12) CADE. *Requerimento de Termo de Compromisso de Cessação No. 08700.001238/2010-57*. Disponible en web: <http://www.cade.gov.br>. Referencia de 02 de setiembre de 2011.

(13) SDE. *Nota de instauração do Processo administrativo Nº 08012.006439/2009-65*. Disponible en web: <http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ44407D46PTBRNN.htm>. Referencia de 02 de septiembre de 2011.



Oksandro Gonçalves

Aunque, existan diferencias puntuales, tanto la primera como la segunda conducta se dieron de forma prácticamente igual, pues, en ambas fueron introducidas en el mercado botellas que imposibilitan o dificultan el funcionamiento del sistema de cambios y promueven el agotamiento de las botellas tradicionales.

En razón de su poder de mercado, no hay cómo negar que esas supuestas innovaciones crearon serias consecuencias a todos los fabricantes de bebidas frías que dependen del sistema de cambios para mantener su eficiencia en la distribución y venta de sus productos.

A pesar de esto, con la semejanza de los dos casos expuestos, los órganos de control de la competencia apreciaron el caso de manera totalmente distinta. En cuanto en el primero tomaron la conducta como anticompetitiva, en el segundo la colocaron en sentido opuesto, permitiendo el mantenimiento de la conducta⁽¹⁴⁾. El Ministerio Público Federal opinó por la condenación de la representada, por entender que la conducta caracteriza abuso de posición dominante y de *special responsibility*, pero el Plenario del CADE rechazó el pedido de ABRABE⁽¹⁵⁾.

2.4. Breve resumen del caso de las botellas en el Perú

La cuestión en el Perú fue debatida sobre dos enfoques distintos, aun interconectados. El primero envuelve el sistema intercambiable sobre el cual se encuentra la distribución de cerveza, pues en ambos predomina el sistema de cambio de botellas vacías por botellas llenas, pagándose apenas el líquido. El segundo se dio sobre la óptica de la marca y de la propiedad industrial de la botella, pues ambas empresas, en sus respectivos países, sostienen que son titulares de propiedad industrial de la botella de un litro, conocida como “litrón” en Brasil.

En el juicio del Proceso No. 082-IP2008, en el que figuró como demandante Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (Perú), como demandado el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de

la Propiedad Intelectual (INDECOP), y como tercero interesado la Compañía Cervecera AMBEV PERÚ S.A.C., se trabó la discusión en torno del registro de una botella. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina concluyó que:

“(i) Un signo puede ser registrado como marca, cuando distingue productos o servicios en el mercado y reúne el requisito de ser susceptible de representación gráfica; (ii) un signo distintivo debe presentar características que la diferencien suficientemente de la usual o necesaria, de modo que el consumidor la perciba como indicadora del origen del producto, y no como la simple representación de este. Es así que, no se debe tener en cuenta el etiquetado impreso como elemento de distintividad del signo tridimensional; (iii) el signo tridimensional se refiere a un cuerpo que ocupa las tres dimensiones del espacio y que es perceptible no solo por el sentido de la vista sino por el del tacto. En efecto, será registrable como marca la forma del producto, o su envase, si en su diseño existe distintividad por la inclusión de elementos arbitrarios o especiales que permitan que éste provoque en quienes lo perciban una impresión diferente a la que se obtiene al observar otros envases destinados a identificar la misma clase de productos en el mercado; (iv) si un determinado signo está compuesto por formas usuales, no obstante encontrarse aparentemente comprendido en una causal de irregistrabilidad, si incorporara en su estructura elementos o componentes adicionales, que le otorguen suficiente distintividad y que, además, no concurra

(14) SDE. *Nota de instauração do Processo administrativo Nº 08012.006439/2009-65*. Disponible en web: <http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ44407D46PTBRNN.htm>. Referencia de 05 de septiembre de 2011.

(15) Disponible en web: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>. Referencia de 10 de noviembre de 2012.

La guerra de las botellas en Brasil y Perú: un análisis económico de los casos BACKUS y AMBEV *The War of the Bottles in Brazil and Peru: an economic analysis of the cases BACKUS and AMBEV*

respecto de él ninguna causal de irregistrabilidad, su registro podrá ser declarado procedente, caso contrario el signo es irregistrable por no ser apto para funcionar como marca; (v) la figura de la distintividad adquirida debe entenderse en el sentido de que un signo que ab initio no tiene carácter distintivo, o bien porque es genérico, descriptivo, común o usual, o un color aisladamente considerado; por su uso constante, real y efectivo en el mercado puede adquirir dicha distintividad. Para que opere la figura de la distintividad adquirida, el Juez Nacional o la Oficina de Registro Marcario deben determinar, en primer lugar, el uso constante, real y efectivo del signo y, en segundo lugar, si ese uso constante, real y efectivo genera la distintividad del signo, de conformidad con lo expresado en la parte considerativa de esta interpretación; y, (vi) el examen de registrabilidad que debe realizar la Oficina Nacional Competente es de oficio, integral, motivado y autónomo, de conformidad con lo expresado en la presente providencia”.

En el expediente No. 001-2004/CLC del órgano de protección a la competencia del Perú, se afirmó que el sistema de intercambio es fundamental para la colocación del producto en el mercado, motivo por el cual la negativa de acceso al sistema de cambios impone restricción de acceso al mercado.

La situación es la misma en los dos países: la dificultad creada por las empresas que tienen la mayor parte del mercado a través de medidas que buscan evitar el intercambio de envases. A pesar de no haber encontrado respaldo en los órganos de protección de la competencia, AMBEV PERÚ obtuvo judicialmente el derecho de utilizar las botellas aunque estén aún gravadas con la expresión propiedad de “Backus” en especial porque la conducta afectaría también a los

consumidores que no podrían escoger entre varios productos porque estarían limitados por la botella “de propietario” (que es de propiedad de alguien).

Según lo expuesto anteriormente, AMBEV Perú buscó salvaguardar los derechos que AMBEV Brasil quiere negar a sus competidores.

3. Los alcances del antitrust y el sistema de cambios de botellas (sistema intercambiable)

3.1. ¿La competencia como fin?

La escuela de Harvard es estructuralista y por eso los mercados eran considerados no competitivos en todo momento en que sus estructuras se apartaban de las condiciones básicas de competencia⁽¹⁶⁾. El estructuralismo fue bastante influenciado por la teoría del economista francés Antoine Augustin Cournot. De acuerdo con su teoría del oligopolio⁽¹⁷⁾, cada firma en un mercado maximiza sus propios lucros al analizar y aceptar la cantidad de productos colocada en el mercado por las otras firmas competentes, y hace con eso que determine, posteriormente, su comportamiento en lo referente al precio estipulado⁽¹⁸⁾. En razón de esta influencia, la preocupación de esa escuela está más concentrada en las manifestaciones estructurales del oligopolio⁽¹⁹⁾, con la cantidad de agentes económicos en

(16) HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2008; p. 35.

(17) La Teoría de Cournot en relación al análisis del punto de equilibrio en las estrategias de las empresas, puede ser considerada la base para la moderna teoría de los juegos, la cual fue oficialmente implementada por John Von Neumann y Oskar Morgenstern.

(18) Motta explica, utilizando el análisis económico, el modelo de Cournot. MOTTA, Massimo. *Competition Policy: theory and practice*. Nueva York: Cambridge University Press, 2009; p. 556.

(19) Sobre la influencia de la Teoría de Cournot en la Escuela de Harvard: “That school rested on a fairly rigid theory of Cournot oligopoly, exaggerated notions about barriers and impediments to entry, and a belief that certain types of anticompetitive conduct were more-or-less inevitable given a particular market structure. As a result, the best course for antitrust was to go after the structure and the conduct would take care of itself”. HOVENKAMP, Herbert. *The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm*. University of Iowa Legal Studies Research Paper, 2007; pp. 1 y 2. Disponible en web: <http://ssrn.com/abstract=10141553>.



Oksandro Gonçalves

el mercado, que con la conducta de esos agentes. Para sus teóricos, las concentraciones en el poder de mercado podrían generar disfunciones que perjudiquen las propias relaciones económicas entre los agentes⁽²⁰⁾. Así, es posible decir que en la visión tradicional de la Escuela de Harvard, la competencia podría ser vista en cuanto un fin en sí.

A partir de la década del 70 del siglo pasado, los principales representantes de esa teoría acabaron por aceptar gran parte de los supuestos de la Escuela de Chicago, por ejemplo, superando el pensamiento de que sería posible controlar exclusivamente la estructura y la conducta podría ser dejada de lado⁽²¹⁾.

En Brasil no hay propiamente predominancia de una escuela sobre la otra, pero considerar a la competencia como vigilante exclusivo del *antitrust* en la realidad brasileña, un país aún en desarrollo, es anacrónico, motivo por el cual no adoptamos este entendimiento.

3.2. La eficiencia como meta: protección de los consumidores

La Escuela de Chicago, conocida por priorizar la eficiencia en el derecho de la competencia⁽²²⁾, contribuyó descaradamente para la actual visión de la política *antitrust*⁽²³⁾, porque trajo el análisis económico como método para definir los tipos de entorno de mercado que luchan por eficiencia en la asignación para asegurar el mayor bienestar para los consumidores⁽²⁴⁾.

Las mayores críticas de la Escuela de Chicago a los pensamientos de la Escuela de Harvard eran en el sentido de que el mercado tiende a corregir sus propias imperfecciones en el largo plazo, no siendo necesaria la intervención constante por parte del Estado⁽²⁵⁾. Con relación a estas intervenciones ocurridas, defienden que el histórico de agresividad

(20) FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; pp. 156 y 165.

(21) En ese sentido, expone Salomão Filho: "sin embargo, atribuye el cambio sufrido por la Escuela de Harvard a la experiencia de Donald F. Turner, que, en los primeros volúmenes de *Antitrust Law*, publicados entre 1978 y 1980, había superado la visión ortodoxa de Harvard, sin adoptar de forma completa la posición de Chicago. De acuerdo con el autor, estos volúmenes demostraron un abandono de la visión de que la conducta anticompetitiva era necesariamente consecuencia de la estructura". SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002; p. 23.

(22) De acuerdo con Mercurio y Medema, la eficiencia es una de las principales características de la Escuela de Chicago: "*The third defining characteristic of the Chicago approach to law and economics is that legal decision-making and the evaluation of legal rules should be grounded in economic efficiency*". MERCURIO, Nicholas y Steven MEDEMA. *Economics and the Law: from Posner to postmodernism and beyond*. Princeton: Princeton University Press, 2006; p. 105.

(23) Sobre la importancia de la Escuela de Chicago para la literatura y práctica del antitrust: "The Chicago School has produced many significant contributions to the antitrust literature of the last half century. Thanks in part to Chicago School efforts today we have an antitrust policy that is more rigorously economic, less concerned with protecting noneconomic values that are impossible to identify and weigh, and more confident that markets will correct themselves without government intervention". HOVENKAMP, Herbert. *The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm*; p. 1.

(24) Bork, en la nueva introducción hecha para la edición de 1993 de su obra *The Antitrust Paradox*, expone las principales características de la Escuela de Chicago "The primary characteristics of the Chicago School of antitrust are two. The first is the insistence that the exclusive goal of antitrust adjudication, the sole consideration the judge must bear in mind, is the maximization of consumer welfare. The judge must not weigh against consumer welfare any other goal, such as the supposed social benefits of preserving small companies against superior efficiency. Second, the Chicagoans applied economic analysis more rigorously than was common at the time to test the propositions of the Law and to understand the impact of business behavior on consumer welfare". BORK, Robert. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nueva York: The Free Press, 1993; p. xi.

Forgioni expone en el mismo sentido: "La Escuela de Chicago trae para el antitruste, de forma indeleble, el análisis económico, instrumento de una búsqueda mayor: la eficiencia asignativa del mercado, que siempre beneficia a los consumidores. Ese hecho es verdadero estando el agente económico en posición monopolista o sujeto a la competencia". FORGIONI, Paula. *Óp. cit.*; pp. 160 y 170.

(25) Sobre las críticas hechas a la Escuela de Chicago, al intenso intervencionismo vivido en los Estados Unidos, Motta: "Several authors connected to the University of Chicago heavily criticized the interventionism of the anti-trust authorities and courts,

La guerra de las botellas en Brasil y Perú: un análisis económico de los casos BACKUS y AMBEV *The War of the Bottles in Brazil and Peru: an economic analysis of the cases BACKUS and AMBEV*

judicial, por ellas originada, acabó por volverse completamente insostenible. Argumentan que las cortes norteamericanas por mucho tiempo condenaron prácticas de empresas sin al menos entenderlas, siendo que muchas de esas prácticas, en verdad, tendrían explicaciones y razones a favor de la competencia. Estos pensamientos acabaron por generar una onda de desconfianza con relación a las autoridades norteamericanas, pues cualquier tipo de intervención era vista como absolutamente negativa para la competencia⁽²⁶⁾.

Así, la propia Corte Suprema norteamericana acabó por decidir que las restricciones verticales no relacionadas con el precio (*non-price vertical restraints*) deberían ser sujetas a la regla de la razón.

El raciocinio continuó en ese sentido, especialmente durante los años de la administración de Reagan (1981-1988), quien introdujo el *hands-off approach*, de acuerdo con el cual las fuerzas del mercado serían capaces de, por sí mismas, escoger las firmas más eficientes que en ella deberían permanecer⁽²⁷⁾.

A diferencia de la Escuela de Harvard, para los adeptos de la Escuela de Chicago una competencia efectiva no demandaba un alto número de firmas en el mercado; muy por el contrario. De acuerdo con ese pensamiento, tres o cuatro empresas suficientemente eficientes serían bastante. Además, prácticas que anteriormente eran consideradas pasibles de generar exclusión indebida eran encaradas como competencia agresiva o innovación⁽²⁸⁾.

Así se estabilizó la doctrina de la Escuela de Chicago: eficiencia en primer lugar, lo cual generaría, automáticamente, el mayor bienestar para los consumidores.

3.3. La competencia como instrumento: una visión constitucional para el Brasil

Ninguna de las dos Escuelas, Harvard o Chicago, puede ser ampliamente aplicada en Brasil, porque, en ese país, el Derecho a la Competencia debe ser analizado como una expresión de un todo social, de un ambiente reflejo de valores y anhelos de la sociedad, susceptible de cambios en razón de factores políticos como ya había sido admitido en otros países⁽²⁹⁾.

En Brasil, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos o en muchos países de Europa, el mercado necesita tener un control más correcto. Y eso se da no en razón de aspectos estrictamente de competencia, pero en razón de aspectos constitucionales. El *antitrust* brasileño es instrumental y debe ser interpretado conforme la Constitución Federal, pues la competencia no es un fin en sí mismo⁽³⁰⁾.

En la visión brasileña, el objetivo primordial de la legislación *antitrust* es la garantía de la existencia digna para todos los ciudadanos, conforme los dictámenes de la justicia social y la dignidad de la persona humana. Uno de sus objetivos es el bienestar y la protección del consumidor porque es el receptor último del servicio prestado o producto colocado en el mercado⁽³¹⁾.

Además, un segundo objetivo que puede ser admitido como propio del Brasil es la

and stressed instead the efficiency rationale behind vertical restraints and mergers. These views started to have an impact on judges and commentators during the 70s". MOTTA, Massimo. *Op. cit.*; p. 8.

(26) HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*; p. 33.

(27) MOTTA, Massimo. *Op. cit.*; p. 8.

(28) HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*; p. 32.

(29) En ese sentido expone Whish: "In particular, competition policy does not exist in a vacuum: it is an expression of the current values and aims of society and is as susceptible to change as political thinking generally". WHISH, Richard. *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009; p.19.

(30) FORGIONI, Paula. *Op. cit.*; p.179.

(31) Sobre la importancia de la protección del consumidor en el Derecho de la Competencia, Whish: "Several different objectives other than the maximization of consumer welfare in the technical sense can be ascribed to competition law. The first is that



Oksandro Gonçalves

redistribución de riquezas⁽³²⁾, tanto que la Constitución Federal, en el inciso VII; del artículo 170, establece que la política económica competencial debe buscar la reducción de las desigualdades regionales y sociales.

Así, aunque exista doctrina relevante en sentido contrario⁽³³⁾, es imposible dejar de considerar la necesidad de la interpretación de las reglas en conformidad con la Constitución Federal y sus principios orientadores, razón por la cual el Derecho de la Competencia debe buscar también proteger a los consumidores, la distribución de riquezas y los competidores, especialmente aquellos de pequeño porte.

3.4. Los beneficios del sistema de cambio de botellas

Fijadas las premisas teóricas para el estudio del caso, cumplimos ahora con enfrentarlas a la práctica apuntada como infracción del orden económico y como ella afecta al sistema intercambiable de envases entre los fabricantes de cervezas y por vía oblicua al mercado de refrescos regionales que también utilizan esas botellas.

El problema central de la introducción de botellas “de propietarios” en el sistema de intercambio, está en su efecto, que es el promover la retirada de las botellas comunes del sistema de cambio lo que genera la retirada de los productos de los pequeños fabricantes de los puntos de venta.

El sistema cervecero brasileño está centrado en el sistema de intercambio de botellas, pues, 70% del mercado utiliza la botella de vidrio, una vez que ellas pueden ser reutilizadas de 19 a 25 veces, generando un gasto menor con la compra de insumos.

El sistema de cambios es extremadamente importante para los competidores porque garantiza precios menores en la medida en que hay un menor gasto en envases y su separación, además de eso, hay una mayor variedad de productos. Sin el sistema de cambios en Brasil, muchos competidores estarían obligados a disminuir la cantidad de productos vendidos, o incluso a cerrar sus puertas en razón de la creación de una barrera de entrada extremadamente gravosa, una vez que el líder del mercado posee una participación del 70%, o sea, los distribuidores y puntos de venta serían desestimulados a separar botellas de uso común de los litrones propiedad de la marca líder porque estos son de números mayores. Así, los puntos de venta serían leales al envase litrón y, por consiguiente, el mercado sería cerrado para nuevos entrantes y también para los actuales *players* en razón de la sustitución progresiva de la materia prima esencial que pasaría de uso común a propiedad de la empresa que ya detenta una posición dominante en relación a los demás competidores.

El cierre de empresas reduciría puestos de trabajo y la disminución de la circulación del capital local. Tales factores son absolutamente maléficos para la economía separada de las grandes metrópolis, la cual tiene grandes dificultades de crecimiento. Así, la conducta

its essential purpose should be to protect the interest of consumers, not by protecting the competitive process itself, but by taking direct action against offending undertakings, for example by requiring dominant firms to reduce their prices”. WHISH, Richard. *Óp. cit.*; p. 19.

(32) Whish constata que la redistribución de riquezas también puede ser encarada como uno de los principales objetivos del *antitrust*: “A second possible objective of competition Law might be the dispersal of economic Power and the redistribution of wealth: the promotion of economic equity rather than economic efficiency”. WHISH, Richard. *Óp. cit.*; p. 20.

(33) Para Salomão Filho, por ejemplo: el tratamiento favoreciendo a las micro o pequeñas empresas no debe ser un interés tutelado por el Derecho de la Competencia. En ese sentido, expone: “Ao contrário dos outros interesses aqui mencionados, a proteção da pequena e média empresa, ainda que prevista na Constituição como princípio geral da ordem econômica (art. 170, inc. IX), não vem repetida na lei concorrencial. A consequência dessa omissão não é a inconstitucionalidade da lei. Os princípios do art. 170 são orientadores da ordem econômica como um todo, e não necessariamente apenas do direito concorrencial. Princípios constitucionais especificamente concorrenciais podem ser considerados apenas os do art. 173, § 4º. Em consequência, não se pode considerar as pequenas e médias empresas titulares privilegiadas dos interesses tutelados pela lei”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Óp. cit.*; p. 39.

La guerra de las botellas en Brasil y Perú: un análisis económico de los casos BACKUS y AMBEV *The War of the Bottles in Brazil and Peru: an economic analysis of the cases BACKUS and AMBEV*

impacta directamente sobre el desarrollo económico regional porque afecta medianas y pequeñas empresas, las cuales no pueden competir nacionalmente.

4. El caso del “litrón”: análisis de la conducta

4.1 El mercado relevante y la posición dominante de AMBEV

Al tratar del “Caso Litrón”, los órganos *antitrust* consideraron para la definición de los mercados relevantes, las conclusiones de los Procedimientos Administrativos No. 08012.003805/2004-10 (referente al caso “Tô contigo”) y No. 08012.002474/2008-24 (referente al caso de la primera “Guerra de las Botellas”).

En el mercado relevante para análisis de prácticas horizontales, el producto en cuestión es el de cerveza, teniendo en cuenta la baja elasticidad cruzada existente entre ella y otras bebidas alcohólicas. Además, según el estudio econométrico citado por el CADE en el Acto de Concentración 83/96, el mercado no debería ser segmentado de acuerdo con el tenor alcohólico de las cervezas, su sabor y precio.

En cuanto al mercado relevante geográfico⁽³⁴⁾, fue aplicado el Test del Monopolista Hipotético⁽³⁵⁾, llegándose a la conclusión

de que serían definidas cinco regiones dentro de Brasil, adoptándose, de esa forma la definición regional⁽³⁶⁾.

Al tratar del mercado relevante analizado, objeto de las conductas anticompetitivas en el ámbito vertical, la SDE, en la nota de instauración del Proceso Administrativo referente al propio “Caso Litrón”, afirmó que existen diferencias entre los canales de consumo, bar, tradicional y autoservicio, pues en este último hay más variedad de marcas y predominio del envase lata, en cuanto en los dos primeros el predominio es de los envases retornables de vidrio. En la misma decisión, se afirmó que existen elevadas barreras a la entrada, en razón de la gran necesidad de propaganda, lo que lleva a gastos excesivos y posibilita que determinadas marcas sean comercializadas a precios más elevados; así como por la gran importancia de las redes de distribución, especialmente para los canales denominados de tradicional y bar. En razón de eso, se concluyó que “en vista de la logística y costos involucrados, en los canales bar y

(34) Explicando la importancia de la definición de un mercado geográfico: “The delineation of the geographic market helps to indicate which other firms impose a competitive constraint on the one(s) under investigation. The cost of transporting goods are an important factor: some goods are so expensive to transport in relation to their value that it would not be economic to attempt to sell them on distant markets”. WHISH, Richard. *Op. cit.*; p. 37.

(35) Rápida explicación en lo que consistiría tal test puede ser encontrada en la Ordenanza Conjunta SEAE/SDE No. 50, de 1 de agosto de 2001 (publicada en el Diário Oficial da União No. 158-E, de 17 de agosto de 2001, Seção 1, páginas 12 a 15). En el mismo sentido establecen las *Horizontal Merger Guidelines* hecho por el U.S. Department of Justice e Federal Trade Commission: “The Agencies employ the hypothetical monopolist test to evaluate whether groups of products in candidate markets are sufficiently broad to constitute relevant antitrust markets. The Agencies use the hypothetical monopolist test to identify a set of products that are reasonably interchangeable with a product sold by one of the merging firms. The hypothetical monopolist test requires that a product market contain enough substitute products so that it could be subject to post-merger exercise of market power significantly exceeding that existing absent the merger. Specifically, the test requires that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future seller of those products (‘hypothetical monopolist’) likely would impose at least a small but significant and non-transitory increase in price (‘SSNIP’) on at least one product in the market, including at least one product sold by one of the merging firms. For the purpose of analyzing this issue, the terms of sale of products outside the candidate market are held constant. The SSNIP is employed solely as a methodological tool for performing the hypothetical monopolist test; it is not a tolerance level for price increases resulting from a merger”. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*. Disponible en web: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html#4b>. Referencia de 14 de setiembre de 2011.

(36) De acuerdo con el análisis de la SDE mencionado en PA N° 08012.003805/2004-10, los cinco mercados serían divididos de la siguiente forma: Mercado 1 (RS, SC y PR); Mercado 2 (SP, RJ, MG, ES, GO, DF); Mercado 3 (MT y MS); Mercado 4 (BA, SE, AL, PE, PB, RN, CE, PI, MA, AC, PA, TO y AP); Mercado 5 (AM, AC, RO, RR).



Oksandro Gonçalves

parte del tradicional hay un incentivo a la concentración de las compras en un único proveedor (muchas veces, ese proveedor es AMBEV, por su posición de mercado (...)⁽³⁷⁾.

Demarcado el mercado relevante, así como algunas de sus principales características, se pasa a la configuración de la posición dominante.

4.2. Posición dominante

4.2.1. Concepto

En la legislación en vigor cuando el proceso fue iniciado, ocurría posición dominante cuando una empresa o grupo de empresas controla parte sustancial del mercado relevante, como proveedor, intermediario, adquiriente o financiador de un producto, servicio o tecnología a él relativa, presumiéndose esa situación cuando la firma controla el 20% de mercado relevante. En la nueva legislación la definición no se alteró sustancialmente, pero se acrecentó que ella es presumida siempre que una empresa o grupo de empresas fuera capaz de alterar unilateral o coordinadamente las condiciones de mercado o cuando controla el 20% (veinte por ciento) o más del mercado relevante⁽³⁸⁾. Esa posición rescata en parte la definición anterior contenida en la Ley No. 4.137/1962, y está basada en la idea de que una empresa domina el mercado si tiene autoridad e influencia sobre él independientemente de su porcentaje de participación en un determinado mercado⁽³⁹⁾.

La idea de “posición dominante” no tiene uso tan común en los Estados Unidos, donde el término más utilizado es “poder económico” o “poder de mercado”⁽⁴⁰⁾. En el régimen europeo, sin embargo, el uso es mucho mayor, teniendo en cuenta la disposición del artículo 82 del Tratado de las Comunidades Europeas en la Regulación de Concentración, que regula los casos de abusos de posición dominante, exponiendo una lista no exhaustiva⁽⁴¹⁾.

Según Motta el concepto de “dominación de mercado” envuelve una situación en que una firma posee un alto grado de poder de mercado, lo que le permite cargar los precios suficientemente cerca a los precios que un monopolista cobraría, en posición semejante a aquella adoptada por parte de la doctrina brasileña⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾. En el derecho norteamericano, para caracterizarse el monopolio, no es necesario que la firma sea la única, lo que cuenta es que la firma tenga un poder de mercado extenso capaz de posibilitar la práctica de conductas abusivas. Así, no hay como separar, de forma clara, el tamaño del *market share* de propiedad de la empresa,

(37) SDE. *Nota de instauração do Processo administrativo N° 08012.006439/2009-65*. Disponible en web: <http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ44407D46PTBRNN.htm>, Referencia de 14 de setiembre de 2011.

(38) Artículo 36 de la Ley No. 12.529/2011.

(39) SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico: Direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966; p. 51.

(40) Evans conceptualiza de forma muy particular la expresión *market power*: “Antitrust jurisprudence recognizes that whether a particular suspect practice harms consumers, benefits them or has no material effect on them depends on the facts and circumstances of the case. Economics shows that the answer hinges on the strength of the “competitive constraints” on the ability and incentives of the firm(s) at issue to increase its profits by engaging in the practice at hand. Sometimes the practice involves removing a competitive constraint. In that case the antitrust question revolves around the significance of the competitive constraint that has been, or will be, eliminated and the strength of the competitive constraints that will remain. The courts, and economists that specialize in antitrust, sometimes use the notion of “market power” to summarize the net effect of these constraints. A firm is said to have significant market power if it faces relatively weak competitive constraints and is therefore able to raise prices above the level that would prevail under competition. The main goal of market definition is to help understand these competitive constraints and thus the degree of market power”. EVANS, David. *Lightening Up Market Definition*; pp. 7 y 8. Disponible en web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1599270. Referencia de 15 de setiembre de 2011.

(41) MOTTA, Massimo. *Op. cit.*; p. 34.

(42) MOTTA, Massimo. *Ídem.*; p. 41.

(43) FORGIONI, Paula. *Op. cit.*; p.278.

La guerra de las botellas en Brasil y Perú: un análisis económico de los casos BACKUS y AMBEV *The War of the Bottles in Brazil and Peru: an economic analysis of the cases BACKUS and AMBEV*

y la conducta practicada, la cual se caracterizará como *monopolization*⁽⁴⁴⁾.

Para este trabajo, adoptamos la noción de posición dominante que es la que se produce siempre que un *player* tenga no apenas un porcentaje elevado del mercado, pero poder suficiente para actuar de forma independiente para alterarlo.

4.2.2. Configuración

AMBEV y BACKUS tienen una posición dominante en los mercados relevantes de producción y distribución de cerveza en sus respectivos países, con participaciones que varían del 70% al 88%, respectivamente.

Por lo tanto, es imposible no percibir la posición dominante y el poder de mercado que ambas poseen porque no dependen, de forma alguna, del comportamiento de los demás *players* del mercado, actuando como verdaderos monopolistas⁽⁴⁵⁾, haciendo que los demás competidores se sujeten a sus decisiones aunque no quieran o deseen eso.

4.3. El abuso de posición dominante

4.3.1. Notas conceptuales

A diferencia de lo que ocurre con el concepto de "posición dominante", explícito en nuestra codificación *antitrust*, el abuso de esa posición no es bien definido⁽⁴⁶⁾. Aunque la

posición dominante no sea una conducta anti-competencia de por sí, el abuso ocurre cuando los métodos utilizados para obtener ganancias de mercado son diferentes de aquellos normalmente practicados o aceptados en el segmento, impidiendo, con eso, el mantenimiento de un cierto grado de competencia⁽⁴⁷⁾.

En lo que se refiere a la doctrina norteamericana, hay cierta similitud entre los términos "abuso de posición dominante", que en Brasil es considerado infracción al orden económico, y la monopolización, condenado por el § 2° del *Sherman Act*⁽⁴⁸⁾, y definida a partir de la demostración de que una firma dominante con sustancial poder de mercado adopta una práctica excluyente comprobada⁽⁴⁹⁾.

Para Hovenkamp esta práctica excluyente podría ser definida con: (i) algo que sería razonablemente capaz de crear, aumentar o prolongar el *monopoly power*, por limitar las oportunidades de los rivales; (ii) algo que o no beneficia a los consumidores, o es innecesario para un beneficio particular de

(44) HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*; p. 157.

(45) Sobre mercados monopolizados, y el uso de esta expresión por la ley antimonopolio brasileña: "O monopólio caracteriza-se pela existência de uma única empresa apta a satisfazer a demanda do mercado por determinado produto, sem a ameaça de entrada no mercado de qualquer outro agente para concorrer com o monopolista. Observa-se que a existência de um só produtor num mercado também é muito rara, salvo nos casos de proteção legais, como as patentes. Para efeitos da aplicação de leis antitruste, porém, considera-se monopolizado o mercado que tem uma empresa dominante e outras concorrentes comparativamente pequenas, que não têm condições de enfrentar a monopolista. Esta última, assim, age de forma independente e indiferente com relação às demais". NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002; p. 38.

(46) FORGIONI, Paula. *Op. cit.*; pp. 286-303.

(47) MOTTA, Massimo. *Op. cit.*; p. 35.

(48) De acuerdo con el mencionado dispositivo: "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court".

(49) De acuerdo con Hovenkamp: "The offense of monopolization requires proof of a dominant firm with substantial market Power and at least one qualifying 'exclusionary' practice. The law of attempt to monopolize requires proof of specific intent to create a monopoly by improper means, conduct manifesting that intent, and a 'dangerous probability' that the conduct, if permitted to run its course, will succeed in creating a monopoly". HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*; p. 151.



Oksandro Gonçalves

los consumidores; y, (iii) produce un mal desproporcionado comparado con los beneficios que trae⁽⁵⁰⁾.

El abuso de posición dominante en el caso demanda la existencia de poder de mercado sustancial y una práctica abusiva característica excluyente⁽⁵¹⁾. No hay, sin embargo, como enumerar esas hipótesis, aunque alguna doctrina intente hacerlo a partir de una distinción entre *non-pricing abusive practices* y *pricing abusive practices*. La práctica ahora analizada se encuentra en el primer grupo y son citados como ejemplos: acuerdo de exclusividad, *tying*, y recuso de proveer⁽⁵²⁾.

El objetivo de estas observaciones es ofrecer un instrumento variado y no quedarse en una posición exclusiva para explicar el comportamiento bajo análisis.

4.3.2. Lealtad de los puntos de venta y sus consecuencias

4.3.2.1. La lealtad

La conducta analizada permite tres interacciones peligrosas: (i) las marcas comercializadas por AMBEV ya son las de preferencia del consumidor final; (ii) tiene una posición dominante en los mercados relevantes; y, (iii) para los puntos de venta es menos costoso negociar apenas con un único distribuidor, incluso cuando ella posee las marcas preferidas y tiene posición dominante. Así, la propia SDE reconoce que los dueños de puntos de venta pasaron a comercializar apenas marcas vendidas por AMBEV⁽⁵³⁾.

Los puntos de venta no dejaron espacio para los fabricantes de las demás marcas que poseen acceso a la botella “de propietario”, y que no podrán más ser cambiadas por botellas de los demás fabricantes: apenas AMBEV podrá dominar

aquella parte del mercado a través de lealtad de los puntos de venta.

Por lo tanto, dos consecuencias serán mencionadas: (i) exclusión de los actuales competidores del mercado por la falta de envase; y, (ii) creación de barrera de entrada infranqueable por la lealtad por el tipo de envase utilizado por el líder de mercado.

No es racional la conducta exigida a los puntos de venta para romper esa barrera y comercializar productos fuera de los dominios de AMBEV. De hecho, para que los puntos de venta dejen de comercializar cervezas de AMBEV en una parte del mercado, tendrían que: (i) deshacerse de las botellas de un litro referente a esta parte, y comprar nuevas de 600 mililitros.; (ii) promover la clasificación de las botellas; (iii) realizar el almacenaje diferenciado; y, (iv) no permitir la flexibilidad para nuevos pedidos de productos. Por lo tanto, no es económicamente racional exigir del punto de venta el tomar una decisión en este sentido⁽⁵⁴⁾.

Se concluye que el punto de venta al escoger comercializar las marcas líderes del mercado, todas pertenecientes a AMBEV, acaban siendo leal a ella. En consecuencia, los consumidores finales tendrán menos alternativas de oferta y estarán sujetos al aumento arbitrario de los precios.

(50) HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*; p. 152.

(51) FORGIONI, Paula. *Op. cit.*; p. 281.

(52) WHISH, Richard. *Op. cit.*; pp. 672 y siguientes.

(53) SDE. *Nota de instauração do Processo administrativo No. 08012.002474/2008-24*. Disponible en web: <http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ44407D46PTBRNN.htm>. Referencia de 15 de setiembre de 2011.

(54) Sobre todo teniendo en cuenta que sus competidores que se unen al *Litrão* se salvan con la distribución, y por lo tanto pueden cobrar un precio más barato en más cervezas consumidas por los consumidores finales (marcas vendidas por AMBEV). En consecuencia, Motta y Fumagalli: “When buyers are final consumers (or sell in independent markets), the demand and the payoff of a buyer depend exclusively on the price it pays for the good (input). When, instead, buyers compete in a downstream market, the market share of a buyer, its input demand and its profits depend on the own input price but also on the price paid by the rival buyer(s). This introduces an additional externality which will affect the scope for entry deterrence”. FUMAGALLI, Chiara y Massimo, MOTTA. *Exclusive dealing and entry when buyers compete*; p. 2. Disponible en web: http://www.barcelonagse.eu/tmp/pdf/motta_exclusivedealing.pdf. Referencia de 19 de setiembre de 2011.

La guerra de las botellas en Brasil y Perú: un análisis económico de los casos BACKUS y AMBEV *The War of the Bottles in Brazil and Peru: an economic analysis of the cases BACKUS and AMBEV*

Importante resaltar el aspecto del regateo. Como la posición dominante es muy elevada, y las marcas preferidas están todas bajo el dominio de AMBEV, no existen sustitutos de esos productos en el mercado. Así, en tres esferas distintas habrá perjuicio para el poder de negociar: (i) pierden los proveedores de materia-prima; (ii) pierden los canales de distribución; y, (iii) pierden los consumidores finales. Todos tendrán su poder de regateo/negociación anulado por la extrema concentración producida por la lealtad de los puntos de venta a partir del envase.

Aunque se diga que la utilización de botellas “de propietarios” es muy común en los demás países del mundo, no es el caso de su aplicación en el sistema brasileño porque este está basado en el intercambio, y no en un sistema de cambios propios.

Esa conducta genera lealtad que caracteriza una situación de abuso de posición dominante porque produce un efecto que no es obtenido mediante ganancias de escala o eficiencia en la competencia. El efecto se debe de la dominación de un insumo esencial y específico que es la botella y que, hasta aquel momento, era de uso común de los demás competidores. Así, hay lealtad por un envase específico con el drenaje de los demás envases de uso común que son cambiados por el nuevo y se da la ruptura del sistema de intercambio.

4.3.2.2. Acuerdo de exclusividad de hecho

La situación se asemeja a los acuerdos de exclusividad donde el adquiriente es impedido de comprar productos de los competidores de la firma dominante, con el posible cierre del mercado y también creación de barrera de entrada. Para Whish, casos de esta naturaleza son denominados: *single branding, exclusive purchasing, requirements contracts* y *non-compete obligations*⁽⁵⁵⁾.

De acuerdo con los precedentes europeos, especialmente en el caso *den Bergh Foods*, habría la posibilidad de condena por abuso de posición dominante, no apenas en las situaciones de exclusividad contractual (*contractual exclusivity*), sino también en los casos en que la exclusividad que ocurre fácticamente⁽⁵⁶⁾.

En el derecho norteamericano, los casos de acuerdos de exclusividad son tratados en base a la regla de la razón. Para una condena es necesario que exista poder significativo en dos mercados diferentes: el primero, que constituiría el mercado en que el productor estaría produciendo; y el segundo, en el cual la exclusión ocurriría. Por otra parte, ese alto porcentaje de obstrucción del mercado sería necesario, pero no suficiente, ya que la dominación de mercado debería generar costos más altos a los rivales, o negar a ellos acceso necesario para que el mercado sea más competitivo⁽⁵⁷⁾. Hovenkamp cita el caso *United States vs. American Can*, en el que el acusado habría realizado contratos de exclusividad haciendo que la mayoría de las empresas fabricantes de latas suministraran a ella, y a ningún otro rival. Por lo tanto, los demás *players* estarían relegados a métodos inferiores de producción de latas. Así, cuando las latas de los rivales eran o de calidad peor, o más caras, el acusado podía cobrar más por su producto, prolongando su periodo de monopolio⁽⁵⁸⁾. Este ejemplo demuestra que si una compañía pasa a tener monopolio sobre un tipo de envase, y con eso aumenta los costos de los competidores, la conducta puede ser caracterizada como abuso de posición dominante.

Por otra parte, en cuanto a los parámetros generales exigidos por los tribunales americanos para caracterizar el acuerdo de exclusividad, es posible verificar que el caso en estudio se encuadra en absolutamente todos ellos. En primer lugar, AMBEV posee una parte significativa del mercado relevante, tanto en lo que se refiere al mercado de cervezas, como a los puntos de venta que comercializan estos productos, generando

(55) WHISH, Richard. *Óp. cit.*; p. 674.

(56) *Ibidem.*; p. 677.

(57) HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*; pp. 198 y 199.

(58) *Idem.*



Oksandro Gonçalves

obstrucción de mercado. En segundo lugar, su conducta genera aumento de los costos de los rivales, así como niega a ellos el acceso a las botellas de uso común.

Así, además de otras posibles configuraciones que serán demostradas, la conducta de lealtad puede ser encuadrada como acuerdo de exclusividad.

4.3.2.3. Barreras a la entrada y la permanencia

La lealtad de los puntos de venta plantea obstáculos a la entrada⁽⁵⁹⁾ y la permanencia en el mercado de bebidas frías, la cual ya cuenta con barreras naturales bastantes elevadas⁽⁶⁰⁾. La existencia de una barrera puede ser medida en los casos en que los factores tornan la entrada imposible, o no rentable, incluso en los casos en que algunos *players* que ya se encuentran en el mercado cobren precios encima del nivel competitivo⁽⁶¹⁾.

Con la retirada de AMBEV del sistema de intercambio, el costo de su funcionamiento será elevado para los demás participantes y para los que pretenden ingresar en el mercado. El problema se agrava con la utilización de la botella “de propietario” de un litro para servir como insumo de sus principales marcas, pues así AMBEV pasa a crear un nuevo mercado de cambios de botellas particular, que puede generar la monopolización de los puntos de venta.

Vale destacar que la nueva campaña de la Skol, una de las principales marcas de AMBEV, transmitida en los medios de comunicación más relevantes, gira en torno de la existencia de un sistema de intercambio “propietario” para el “litron”⁽⁶²⁾. De acuerdo con la propaganda, el consumidor podría llevar una botella vacía al supermercado y volver para su casa con una botella llena, pagando apenas por el líquido. Este sistema, no es más que el ya vigente sistema de cambios de botellas, que ocurre especialmente en los canales “bar” y “tradicional”.

Así, no hay duda que la conducta crea fuertes barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores⁽⁶³⁾.

Además de las barreras a la entrada, se crearon barreras a la permanencia de los rivales que ya se encuentran en el mercado. La posición dominante y la percepción de que las marcas más importantes pertenecen a AMBEV, asociado a la creación de un sistema de cambios basado en una botella “de propietario” desestabilizó a los *players*

(59) Sobre las barreras a la entrada, expone Hovenkamp: “Thus the importance of entry barriers, which are factors that make entry unattractive even when the firms in the market are earning profits above the competitive level. When entry barriers are high, market power can be inferred simply from a large market share or high levels of industry concentration, coupled with evidence that the firms already in the market are not competing aggressively. Economists and antitrust decisions have identified economies of scale, high entry risk or capital requirement, intellectual property rights, branding and advertising, and government-imposed entry restrictions as entry barriers”. HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*; p. 192.

(60) Decidió el SDE en el propio “Caso Litron”: “Elevadas barreiras à entrada constituídas principalmente pelo binômio marca-distribuição. Há expressivos gastos relativos à propaganda, com vistas à fixação de preferência do consumidor por uma marca, fazendo com que determinadas marcas possam ser comercializadas a preços mais elevados (...). Some-se a isso a necessidade de haver uma ampla e eficiente rede de distribuição, notadamente nos canais tradicional e bar, pois de nada adianta a fixação da marca se o produto não estiver disponível nos canais de consumo. Ressalte-se que há hoje cerca de um milhão de pontos de venda cervejas no Brasil”. SDE. Nota técnica relativa ao Processo administrativo No. 08012.006439/2009-65. Disponible en web: <http://www.cade.gov.br>. Referencia de 21 de setiembre de 2011.

(61) De acuerdo con Whish la Comisión Europea se expresa en este mismo sentido: “The Commission considers that barriers to expansion or entry are factors that make entry impossible or unprofitable while permitting established undertakings to charge prices above the competitive level”. WHISH, Richard. *Óp. cit.*; p. 42.

(62) Además de estar disponible en las mayores redes televisadas del País, la campaña también es expuesta en Internet, en un lugar de destaque en el *sítio* de Skol. Disponible en web: <http://www.skol.com.br/litrao>. Referencia de 26 de setiembre de 2011.

(63) SALOMÃO FILHO, Calixto. *Óp. cit.*; p. 167.

La guerra de las botellas en Brasil y Perú: un análisis económico de los casos BACKUS y AMBEV *The War of the Bottles in Brazil and Peru: an economic analysis of the cases BACKUS and AMBEV*

que ya estaban establecidos, usufructuando del sistema de cambios, y con una relación estable con los dueños del punto de venta. De esa forma, no hay como negar que la conducta bajo análisis caracteriza un abuso de posición dominante y, por lo tanto, infracción al orden económico.

4.3.2.4. *Transferencia del costo de transacción: AMBEV y los demás players del mercado*

La teoría de los costos de transacción, desarrollada, entre otros, por Coase y Williamson, básicamente investiga acciones de empresas que causan efectos perjudiciales a terceros⁽⁶⁴⁾.

A partir de ese estudio se pasó a aplicar el objeto del contrato-gobernanza para las integraciones verticales, y se constató que los contratos, entre las empresas, que estaban incompletos, teniendo en cuenta la racionalidad limitada de los agentes, pasarían por problemas en la adaptación, en caso de que las partes fueran bilateralmente dependientes teniendo en cuenta la transacción de activos con alta especificidad, en base de problemas (*disturbances*) con alta posibilidad de incidencia.

A partir de estos estudios se comenzó a aplicar el objetivo del contrato-gobernanza para las integraciones verticales, y se constató que los contratos entre las empresas que estuvieran incompletos, en vista de la racionalidad limitada de los agentes, sufrirían problemas de adaptación si las partes eran bilateralmente dependientes en vista de que la transacción de activos es alta. En el período denominado *semi-formal stage* (1980) fue dada mayor importancia a las cualidades de los modos de gobernanza, teniendo en cuenta la verificación de la necesidad de crear instituciones dedicadas a

la gestión y coordinación de las transacciones objetivando la reducción de los costos a ellas asociados⁽⁶⁵⁾. Así, en la economía de los costos de transacción se utiliza la idea de la hipótesis de alineación eficiente, para prever cuál transacción iría para el mercado, o cuál utilizaría la jerarquía⁽⁶⁶⁾.

En primer lugar, es necesario verificar las características intrínsecas a la transacción particular en foco, para después concluir cual de los modos sería más interesante para su uso. Las variables que deben ser llevadas en consideración son tres: la frecuencia de las transacciones, la incertidumbre y el grado de especificidad de los activos⁽⁶⁷⁾.

En el caso del mercado de bebidas frías se puede verificar que el grado de especificidad de los activos es alto, teniendo en vista que los equipos de las fábricas tienen una función muy limitada y la demanda de inversión es muy alta, luego, la exigencia de racionalidad limitada en este caso parece irrefutable.

Las restricciones verticales, siguiendo esta misma perspectiva, son en su mayoría vistas no como conductas vinculadas a la exploración indebida del poder de mercado, sino como conductas que buscan ganancias de eficiencia a través de la coordinación y mejor organización de las interacciones entre

(64) El propio Williamson explica que esta sería la principal cuestión que el proyecto del costo transaccional tentaría explicar, y que deriva de la cuestión propuesta por Coase, sobre los límites de la firma. Según ellos "I addressed this by taking the vertical integration decision to be the focal transaction and, upon reformulating it as a contracting problem, asked the following question: When and why should a firm acquire a technologically separable component by outsourcing rather than producing to its own needs - where outsourcing entails contracting out and own-production contracting within". WILLIAMSON, Oliver. *Transaction cost economics: the natural progression*. 2009; p. 465. Disponible en web: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/williamson_lecture.ppt. Referencia de 22 de septiembre de 2011. Véase también: COASE, Ronald. *The Problem of the Social Costs*. En: *Journal of Law and Economics*. 1960, octubre.

(65) En ese sentido expone FAGUNDES, Jorge. *Economia Institucional: Custos de Transação e Impactos sobre Política de Defesa da Concorrência*; p. 12. Disponible en: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/custos_de_transacao_e_impactos_sobre_politica_de_defesa_da_concorrncia.pdf. Referencia de 22 de setiembre de 2011.

(66) WILLIAMSON, Oliver. *Loc. cit.*; p.465.

(67) RIBEIRO, Márcia y Vinícius KLEIN (Coordinadores). *O que é a análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011; p. 83.



Oksandro Gonçalves

los agentes implicados⁽⁶⁸⁾. Siendo así, la conducta analizada es absolutamente racional, y generará, seguramente, mayores eficiencias. Sin embargo, la eficiencia no puede ser tomada como único objetivo del *antitrust*.

La verticalización pasa a ser negativa en el momento en que impide la actuación de *players* que también puedan mostrarse eficientes, caracterizando a partir de ahí una barrera a la entrada. El abandono del sistema de cambios actual no generará, perjuicio para AMBEV, ni traerá ninguna consecuencia negativa. En realidad ella consiguió transferir sus costos de transacción al mercado y a los rivales.

Esa conducta acaba con un sistema centenario, y tiene como su principal objetivo utilizar el modo de gobernanza jerárquico para disminuir sus costos de transacción transfiriéndolos a sus competidores.

5. Posibles alternativas: deberes de AMBEV

Delante de la conducta estudiada, se sugieren algunas medidas para evitar la práctica abusiva.

5.1. El deber de liberar el uso de las botellas de un litro para un sistema propio de cambios

Lo primero es el deber de liberar la utilización de las botellas de un litro para un sistema propio de cambios, pasando a ser de uso común de todos con condiciones de comprarlas, o adquirir una maquinaria compatible con su utilización en cuanto insumo.

Para participar de ese nuevo sistema el agente económico tendría que comprar botellas de un litro, llenándolas con su producto, y cambiar, en los puntos de venta, por botellas de un litro llevadas por otros fabricantes, evitándose un comportamiento del tipo *free rider*.

En ningún caso, sin embargo, podrían ser cambiadas botellas de 600 mililitros por botellas "litron" para evitar el drenaje de aquel sistema de intercambio.

Así, la variedad de marcas y productos estaría garantizada a los consumidores, los cuales también podrían escoger entre varias marcas existentes en el mercado, así como también se estaría garantizando a los demás competidores el acceso a la materia prima.

5.2. El deber de permitir que parte de los puntos de venta continúe utilizando el sistema de cambios de botellas de 600 mililitros

El segundo deber consiste en permitir que parte de los puntos de venta continúe utilizando el sistema de cambios de botellas de 600 mililitros. En ese sentido, AMBEV podría tanto participar de este sistema, o no; con todo, una parte del mercado de cervezas debería permanecer vinculada al sistema de compartir de botellas de 600 mililitros.

Aquí lo que se defiende es una equiparación al caso juzgado por la Comisión Europea el día 22 de junio de 2005, contra la Coca Cola, relacionado a la conducta de abuso de posición dominante, del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea⁽⁶⁹⁾. Entre otras conductas, Coca Cola hacía imposición de exclusividad a los puntos de venta. Eso ocurría teniendo en cuenta que, al suministrarlos para el depósito de bebidas, exigía que apenas productos de su marca fuesen expuestos allí. De acuerdo con lo decidido por la Comisión, en lo referente a la utilización de los refrigeradores donados, solamente podrían ser utilizados por productos de aquella empresa desde que el punto de venta tuviese otros refrigeradores. De lo contrario, al no tener otros refrigeradores, el dueño del punto de venta podría utilizar por lo menos el 20% de aquello(s) refrigerador(es) como mejor le parezca. En consecuencia, al

(68) FORGIONI, Paula. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; p. 31.

(69) Caso COMP/A.39.116/B2 - Coca Cola. Disponible en web: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39116/39116_258_1.pdf. Referencia de 27 de septiembre de 2011.

La guerra de las botellas en Brasil y Perú: un análisis económico de los casos BACKUS y AMBEV *The War of the Bottles in Brazil and Peru: an economic analysis of the cases BACKUS and AMBEV*

menos el 20% de ese “mercado” no permanecería fiel a los productos de Coca Cola⁽⁷⁰⁾.

Es importante destacar que esos deberes no corresponden a un deber de negociar de AMBEV (o *duty to deal*), pero sí un deber de preservación de un sistema centenario que viabiliza la continuidad y el desarrollo de un gran número de fabricantes competidores.

6. Conclusiones

Un análisis comparativo entre los casos indica problemas y soluciones comunes que podrían ser aplicadas por los órganos de protección y defensa de la competencia, conforme se destaca a seguir:

- a) En Brasil, AMBEV tiene una participación en el mercado de 70%.
- b) En Perú, BACKUS tiene una participación en el mercado de 88,97%.
- c) AMBEV detenta legalmente una posición dominante porque posee un porcentaje superior al exigido por la actual ley. En cuanto a la nueva ley, también existe su marco porque ella es capaz de alterar unilateral o coordinadamente las condiciones de mercado. Eso ocurre cuando se altera el sistema de intercambio de botellas.
- d) Con una participación tan elevada, BACKUS también es capaz de alterar unilateral o coordinadamente cualquier condición del mercado peruano. Importante destacar que ella controla el sistema de intercambio llegando a indicar su nombre en las botellas, y buscó impedir que la empresa brasileña lo utilizase. En cuanto a eso, en Brasil, el sistema de intercambio no es exclusivamente de la empresa

brasileña porque las botellas no poseen una marca gravada.

- e) El sistema de intercambio de las botellas es estructural para el sistema de distribución de cervezas en Brasil.
- f) De forma un poco diferente, es posible discutir la posibilidad de que AMBEV use las botellas gravadas con la marca de otra empresa. En el mercado de cerveza, el consumidor acostumbra a fijar sus preferencias por la marca específica, Cristal, por ejemplo, o Skol en el caso brasileño. Las marcas AMBEV o BACKUS no interfieren en nuestra opción. Además de eso, en ese mercado la elasticidad cruzada entre las marcas es grande. Así, una botella común favorece la competencia porque permite al consumidor final y al punto de venta tener libertad de escoger a partir de otros criterios, como sabor, marca, etcétera; y no porque está vinculado a un envase propietario.
- g) Los costos de transacción en el sistema intercambiable son muy inferiores. Al iniciar por la distribución que es más ágil porque no precisa realizar una selección previa de las botellas en los puntos de venta para identificar botellas “de propietarios”. Para el punto de venta el costo también es reducido, pues no hay la necesidad de promover la separación y ni crear *stock* separadamente; también puede escoger la mejor compra en un

(70) En ese sentido, parte de la decisión de la Comisión: “Rent-Free Placement. Where a Company provides a Beverage Cooler on a rent-free basis, a customer may be required to stock that Beverage Cooler only with beverages distributed by the Company placing the equipment, provided the customer has other installed chilled beverage capacity in the outlet to which the consumer has direct access and which is suitable for stocking CSDs other than those of the Company. Where a Beverage Coolers provided on a rent-free basis and the customer does not have other installed chilled beverage capacity in the outlet to which the consumer has direct access and which is suitable for stocking CSDs other than those of the company, the customer will be free to use at least 20% of that Beverage Cooler’s capacity for any products of its choosing”. *Case COMP/A.39.116/B2 vs. Coca-Cola*; p. 25. Disponible en web: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39116/39116_258_1.pdf. Referencia de 27 de septiembre de 2011.



Oksandro Gonçalves

determinado momento, sea en función de la preferencia de su público, sea por el precio.

- h) En el caso de la experiencia peruana, el mercado disputa partes del mismo en la estrategia del precio. Así, la lealtad del punto de venta a partir del envase “de propietario” elimina la competencia por el precio y transfiere la discusión hacia la imposibilidad del cambio de envase en el momento de la adquisición del producto. Siendo así, pierden los puntos de venta porque son obligados a la compra de un determinado agente económico solamente en razón del envase que posee y no por el precio practicado, por ejemplo: pierden los consumidores, que quedan presos a un agente económico y son sujetos a la práctica de precios abusivos porque no les es ventajoso deshacerse de la botella y comprar otra.
- i) En Brasil AMBEV pretende hacer lo mismo que BACKUS hizo en el Perú. Esa estrategia está bien delineada a partir de tres procesos recientes en los órganos de protección y defensa del consumidor: (i) el programa “estoy contigo” crea lealtad con el punto de venta a partir de premios concedidos por el aumento de las ventas, y generó la mayor condenación hasta entonces en el Brasil por práctica anti-consumidor; y, (ii) la tentativa de implantar una botella de propietario de 600/630 mililitros, objeto de un término de cesión de conducta; a través del “litrón” en su principal marca, Skol.
- j) En el Perú AMBEV defiende posición opuesta a aquella practicada y bajo fuerte discusión en Brasil. En ese mercado el sistema intercambiable también existe, pero las botellas están gravadas con la expresión: “propiedad de BACKUS”. Sumando a eso, la empresa peruana busca el registro del “litrón” (usando la medida de 1,1 l para diferenciarla del padrón brasileño) como propiedad industrial para detener no solamente la intercambiabilidad, sino también la propiedad del envase. En Brasil, el envase de 600/630 mililitros ya cayó en el periodo de uso común, o sea, cualquier agente económico puede comprar de los fabricantes de botellas la cantidad que desee.
- k) Esas conductas obligan a los puntos de venta a una racionalidad particular. Como a ellos son imputados los mayores costos de transacción por la implantación de un nuevo sistema por el líder de mercado, acaban naturalmente

optando por quedar apenas con la empresa que posee el mejor conjunto de marcas frente al consumidor, disminuyendo, así, los costos de transacción porque no necesitan más recipientes separados, y también porque concentran sus pedidos en un único proveedor. No es difícil concluir que a medio plazo optarán por la conducta más racional, que es comprar apenas a un (o mayor) proveedor.

- l) La situación en Perú es un poco diferente porque las botellas ya son de BACKUS. Todavía, aquí la barrera es más evidente para los nuevos que entran al mercado (AMBEV). Los puntos de venta ya son fieles a partir del tipo de envase y no pueden optar por nuevos competidores. La liberación de uso de las botellas por otros competidores torna al mercado más abierto y permite el implemento de la competencia con ganancias para los dos tipos básicos de consumidor: (i) el punto de venta, consumidor en relación al proveedor del producto, porque puede variar sus compras libremente adquiriendo el producto que mejor le conviene para el negocio (puede ser la mejor marca, o el mejor precio); y, (ii) el consumidor final, que adquiere del punto de venta, también tendrá mayor libertad de escoger y aún podrá ser beneficiado en cuestión de precio, porque en ese mercado el principal tipo de competencia se da a través de los precios.
- m) Es posible cuestionar si AMBEV está obligada a permanecer en el sistema de compartir. En el caso, por ser detentadora de una posición dominante en todos los segmentos posibles del mercado (*share*, marca, distribución) sus conductas pueden generar efectos indeseables para los demás competidores. De esa forma, la conducta aún no ilícita, es abusiva porque genera, como mínimo,

La guerra de las botellas en Brasil y Perú: un análisis económico de los casos BACKUS y AMBEV
The War of the Bottles in Brazil and Peru: an economic analysis of the cases BACKUS and AMBEV

la obligación de una negociación compulsiva por el punto de venta; así como la conquista de más mercado se da a partir de prejuicios artificiales a los demás competidores.

- n) En ese caso, la discusión es si BACKUS está obligada o no a liberar el acceso

de AMBEV al sistema de compartir. Sobre la óptica del grupo peruano las botellas son una esencial *facility* para la otra empresa, así cómo es posible cuestionar el *free rifer*, al final, el insumo estaba casi en su totalidad a cargo del monopolista. Así, para la competencia el mejor camino es liberar la acción de compartir, pero exigiendo que los entrantes adquieran botellas en proporción a su participación en el mercado. 