

Los Acuerdos de Exclusividad y sus efectos sobre La competencia: el Caso del Hipoclorito de Sodio

Jorge Fernández-Baca Llamosas*

SUMILLA

La Teoría de la Organización Industrial plantea que los Acuerdos de Exclusividad son, por lo general, eficientes cuando solo se ve afectada una fracción pequeña del mercado relevante. Sin embargo, cuando existe una posición de dominio por parte de una o de las dos, o más, empresas involucradas, los daños sobre las empresas competidoras y los consumidores pueden ser significativamente mayores que las eficiencias. En este artículo se analiza el acuerdo que se realizó a fines de la década de 1990 entre la única empresa que produce el hipoclorito de sodio, el insumo principal para la elaboración de lejía, y el principal productor de lejía. Cuando dos empresas denunciaron este acuerdo en el año 2003, la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI inició una investigación que tomó seis años para que el caso pueda ser resuelto en forma definitiva.

1. Antecedentes

Hasta el año 1997 existían en el Perú dos empresas productoras de hipoclorito de sodio: Quimpac S.A. y Paramonga. En dicho año la empresa Quimpac adquirió el complejo químico-papelero de la empresa Paramonga lo cual no solamente le permitió duplicar su capacidad de producción de productos químicos, sino también convertirse en la única empresa productora de hipoclorito de sodio¹.

Posteriormente, en enero de 1998, Quimpac firmó un contrato de tres años con la empresa Clorox, la cual produce y comercializa diversos productos de limpieza para el hogar, incluida la lejía. Este contrato estipulaba que Clorox adquiriría un volumen mínimo del hipoclorito de sodio de Quimpac y, a cambio de ello, Clorox adquiriría la exclusividad en la distribución del hipoclorito de sodio para la producción de lejía. Es decir, ninguna otra empresa productora de lejía podría adquirir

este producto a través de Quimpac, sino solo a través de Clorox. Únicamente se encontrarían excluidas de dicha prohibición las empresas que no compitan directamente con Clorox.

De este modo, Quimpac trasladó su posición de dominio en la producción de hipoclorito de sodio a la empresa Clorox, la cual adquirió el monopolio de la distribución de este importante insumo para el mercado de lejía. En virtud del contrato de distribución exclusiva, la empresa Quimpac se negó a satisfacer las demandas de compra de dicho insumo a la empresa Dispra E.I.R.L. Esta empresa se dedica a la comercialización de lejía elaborada por la empresa Group Multipurpose S.R.L (Gromul) en los departamentos de Huánuco y Ucayali. De acuerdo con las declaraciones de Dispra, Quimpac se habría negado a satisfacer su solicitud de brindarle las cotizaciones para el hipoclorito de sodio, a pesar de haberle proporcionado la información para el resto de sus productos.

* Profesor del Departamento Académico de Economía de la Universidad del Pacífico y miembro del Centro de Investigación de dicha casa de estudios.

Ph.D. (c) en Economía por la Universidad de Paris I, con especialidad en Economía de la Investigación y Desarrollo y Bachiller y Licenciado en Economía por la Universidad del Pacífico. Ha sido Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI y Director del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

¹ Además de productos químicos, como el hipoclorito de sodio, Quimpac también produce y comercializa papel y unidades de sal. Actualmente, la unidad de químicos representa el 84,5% del total de ingresos y la unidad de sales el restante. Cabe señalar que en el año 2007, la empresa dejó de producir bobinas de papel, al ceder esta planta en arrendamiento financiero a la empresa Papelera Nacional S.A.

Por otro lado, Clorox estaría aplicando condiciones desiguales con otras empresas envasadoras de lejía, al venderles el hipoclorito de sodio a un precio mucho mayor al cual esta empresa se abastece por medio de Quimpac, producto del acuerdo de exclusividad mencionado. Al mismo tiempo, sin embargo, estaría aplicando descuentos a otras empresas compradoras en forma discrecional y sin ninguna justificación aparente.

2. La denuncia formulada por Gromul y Dispra

Gromul y Dispra presentaron una denuncia ante la Comisión de Libre Competencia (CLC), contra Quimpac y Clorox, el 16 de abril de 2003, por la presunta comisión de conductas anticompetitivas en infracción del Decreto Legislativo N° 701, vigente durante la comisión de los hechos denunciados, con los siguientes fundamentos:

- Quimpac goza de posición de dominio, al poseer el monopolio en el mercado de producción y comercialización de hipoclorito de sodio, que es el principal insumo para la elaboración de lejía.
- Quimpac y Clorox celebraron un contrato de distribución exclusiva, adquiriendo esta última posición dominante en el segmento de la distribución del hipoclorito de sodio.
- Como consecuencia, se produjo una negativa injustificada por parte de Quimpac para satisfacer demandas de compra de hipoclorito de sodio.
- En virtud del contrato de distribución exclusiva, Clorox se abastece del insumo a precios bajos, mientras que las denunciadas deben hacerlo a un precio de US\$ 215.00 por tonelada. Esto los coloca en una situación de desventaja frente a Clorox en el mercado de envasado de lejía, ya que este puede reducir sus precios de venta de lejía al consumidor final.
- En promedio, el consumo nacional de hipoclorito de sodio es de 2.000 toneladas mensuales, de las cuales Clorox consume solo 20%, mientras que el 80% restante lo revende a sus competidores a precios inflados.
- Los envasadores de lejía no pueden trasladar al mercado el alto costo del insumo, dado que enfrentan la competencia de las marcas de lejía de Clorox a un precio más bajo.

- Clorox es el envasador de lejía más grande, siendo el objetivo del contrato de exclusividad desplazar a los otros envasadores del mercado.

La discriminación aplicada por Clorox le permitiría vender la lejía a precios apreciablemente más bajos que sus competidores:

“Lo anterior puede demostrarse de cómo un producto Clorox de 20 botellas de 200 grs, cuyo peso total era de 4 kgs y costaba S/. 18, es decir a S/. 4,5 por Kg, este producto por arte de magia y, por el solo hecho de suprimirle la tapa, pudo reducirse a lo siguiente: 40 botellas x 250 grs (10 kgs) a solo S/. 16,51; es decir, S/. 1,65 el kg. Una reducción del 63,33% de S/. 4,50 el Kg. a S/. 1,65 el Kg. Un producto de la misma concentración del 5,25%. Un frasco que al público se vendía a S/. 1, ahora puede venderse a S/. 0,50”.

Las denunciadas también señalaron que no existía posibilidad de que las empresas productoras de lejía se abastecieran de hipoclorito de sodio vía importaciones, debido a razones técnicas y económicas. De acuerdo con lo manifestado por las empresas denunciadas en su escrito del 16 de abril de 2003:

“De una parte el hipoclorito de sodio es un producto altamente corrosivo y que requiere de tanques especiales para su almacenamiento. Para su traslado por vía terrestre se requeriría una flota especial de cisternas con revestimiento especial, vehículos que no existen en el mercado para ese propósito o en su defecto el flete del mismo es excesivamente costoso. De otra parte, importar ello requiere de volúmenes muy altos, pero nosotros y los otros envasadores no podríamos importar un producto altamente corrosivo y de rápida degradación que hacen injustificable tal opción”.

Por otro lado, en el mismo escrito de la denuncia se solicitó que se realice una evaluación del incremento de precios del hipoclorito de sodio, desde el inicio de la distribución exclusiva en favor de Clorox; asimismo, que se otorgue una medida cautelar que prohíba a Quimpac y Clorox limitar a las empresas denunciadas el aprovisionamiento de hipoclorito de sodio.

Como se verá a continuación, resulta sorprendente el que, durante toda la etapa de las investigaciones preliminares, la CLC no se preocupó por indagar sobre la existencia del contrato de distribución exclusiva. Es decir, no solicitó a las empresas denunciadas ninguna declaración formal al

respecto. Este descuido fue aprovechado por dichas empresas para negar la existencia del acuerdo en sus réplicas a los escritos de las denunciadas. Asimismo, Quimpac señaló que nunca había mantenido relación comercial con Gromul y que “hasta la fecha de la denuncia desconocía de su existencia”. Agregó que “Quimpac nunca le ha vendido hipoclorito de sodio a los denunciados antes de que interpusieran su denuncia, no porque Quimpac se haya negado a ello, sino, porque los denunciados nunca antes lo solicitaron”. Durante todo un año, la CLC tomó por ciertas estas declaraciones, sin realizar ningún esfuerzo para comprobar su veracidad.

3. Las investigaciones preliminares de la Secretaría Técnica y de la Gerencia de Estudios Económicos

3.1 Las investigaciones preliminares de la Secretaría Técnica

Mediante Resolución N° 012-2003-INDECOPI/CLC del 23 de julio de 2003 la CLC admitió a trámite la denuncia presentada por Gromul y Dispra en los siguientes extremos:

- a) Por supuesto abuso de posición de dominio contra:
 - Quimpac en la modalidad de negativa injustificada de satisfacer demandas de compra de hipoclorito de sodio, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701;
 - Quimpac y Clorox en la modalidad de acuerdo de distribución exclusiva de hipoclorito de sodio, de conformidad con lo establecido en el literal f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701; y
 - Clorox en la modalidad de discriminación de precios en la comercialización de hipoclorito de sodio, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.
- b) Por práctica colusoria contra Quimpac y Clorox en la modalidad de acuerdo de distribución exclusiva de hipoclorito de sodio, de conformidad con lo establecido en el literal j) del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701.

Es interesante remarcar que las posibles infracciones que la CLC admitió a trámite no coincidían exactamente con las que las Gromul y Dispra señalaron en su denuncia. En efecto, la negativa injustificada a satisfacer demandas

de compra y la discriminación de precios fueron consideradas por la CLC como prácticas de abuso de una posición de dominio. Las empresas denunciadas las habían considerado, por su parte, tanto como abuso de posición de dominio (artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701) como prácticas colusorias. El criterio de la CLC fue ciertamente, que ambas prácticas suelen darse dentro de una relación vertical, tal como la que mantienen Quimpac y Clorox, donde las partes tienen posición de dominio en el mercado. Sin embargo, todo parece indicar que la CLC no tenía todavía una idea clara respecto a si el acuerdo de distribución exclusiva constituía un abuso de una posición de dominio o de una práctica colusoria.

La resolución también declaró improcedente la medida cautelar solicitada por las empresas Gromul y Dispra por considerar que los denunciados no habían aportado elementos de prueba suficientes que permitieran sopesar los beneficios y perjuicios de las prácticas anticompetitivas denunciadas, por lo que no se habría cumplido con acreditar la verosimilitud de la denuncia.

Gromul y Dispra reiteraron su solicitud de medida cautelar mediante un escrito del 15 de agosto de 2003, donde se señalaba que estaba acreditada la verosimilitud de la denuncia, puesto que existían indicios razonables de violación de las normas de Libre Competencia. La medida cautelar solicitaba la cesación de las siguientes prácticas y acuerdos:

- La negativa injustificada de satisfacer demandas de compra de hipoclorito de sodio, por parte de la empresa dominante Quimpac y que se disponga satisfacer las demandas de compra de dicho producto a las empresas que lo requieran;
- El acuerdo de distribución exclusiva de hipoclorito de sodio mantenido entre las empresas dominantes Quimpac y Clorox;
- La discriminación de precios en la comercialización de hipoclorito de sodio efectuada por la empresa dominante Clorox.
- La práctica colusoria consistente en el acuerdo de distribución exclusiva de hipoclorito de sodio mantenido entre Quimpac y Clorox.

Luego, el 2 de octubre del mismo año, las denunciadas solicitaron celeridad en el trámite de la solicitud de medida cautelar. Las principales razones de este pedido fueron el incremento artificial de los precios; el mercado cautivo por parte de Clorox; la guerra de precios realizada por las denunciadas apoyadas en su abuso de posición

de dominio; la disminución de la calidad de los productos finales y el perjuicio a los consumidores; la eliminación de la competencia en el canal de distribución y el perjuicio para los envasadores de menor volumen.

Asimismo, señalaron que se habría acreditado la inexistencia de beneficios y el perjuicio que representarían las prácticas anticompetitivas denunciadas, por lo que solicitan se declare fundada su pretensión cautelar.

La CLC, en la resolución N° 053-2003-INDECOPI/CLC del 14 de noviembre, entendió que los cuatro extremos de la medida cautelar solicitada podían ser reducidas a solo dos pretensiones: (i) ordenar que Quimpac venda a las denunciadas el hipoclorito de sodio, y (ii) ordenar que Clorox venda a las denunciadas el hipoclorito de sodio al mismo precio que se vende a sí misma. En la misma resolución denegó ambos extremos de la solicitud.

En cuanto al primer extremo, la negativa de Quimpac para satisfacer las demandas de compra de las denunciadas, estuvo fundamentada en los descargos que hizo la misma empresa en su escrito del 26 de agosto, donde planteaba los siguientes argumentos:

- El mercado del hipoclorito de sodio es un mercado controlado debido a que dicho insumo, además de servir para la producción de lejía, es utilizado para la elaboración de pasta básica de cocaína, clorhidrato de cocaína y otras drogas derivadas;
- Lo anterior obligaría a Quimpac a tener cuidado en la producción y venta del hipoclorito de sodio, pues además de las sanciones administrativas, sus funcionarios podrían ser considerados como partícipes del delito de tráfico ilícito de drogas;
- La venta de hipoclorito de sodio por parte de Quimpac no puede ser efectuada a cualquier persona natural o jurídica, sino únicamente a quienes cumplan con los requisitos que debe consignar Quimpac en sus registros especiales;
- Por ello, las denunciadas deben acreditar que cumplen con los requisitos exigidos por el Decreto Ley N° 25623 y su Reglamento para poder adquirir hipoclorito de sodio. Es decir, contar con Registro Especial de Descripción de Uso y el Acta de Verificación, entre otros;
- Según se verifica en INFOCORP, las denunciadas cuentan con una cantidad

considerable de protestos. Al respecto, en virtud a una decisión comercial de no malograr los "Ratios de Gestión de Cobro y Pago", Quimpac consideró pertinente no vender los productos a empresas que muestran protestos en los registros de INFOCORP;

- Debido al régimen especial de fiscalización del hipoclorito de sodio, que implica verificar constantemente si cada cliente cumple con lo que manda la Ley, a medida que aumenta el número de empresas o personas a las que Quimpac vende el hipoclorito de sodio, mayor es el costo administrativo de la comercialización; y
- Es una "decisión empresarial" no asumir mayores costos y vender el hipoclorito de sodio a unas cuantas empresas grandes de reconocido prestigio, debiendo ser estas, como en el caso de Clorox (quien adquiere la mayor parte de su producción), las que asuman tales costos.

Gromul y Dispra habían formulado sus réplicas a estos descargos mediante un escrito del 17 de setiembre, donde se señalaba lo siguiente:

- Quimpac pretende sorprender a la Comisión debido a que el Decreto Ley N° 25623 tiene una serie de normas complementarias, entre ellas, el Decreto Supremo N° 021-98-ITINCI que señala que la comercialización del hipoclorito de sodio solo se encuentra controlada en las zonas cocaleras;
- En consecuencia, la comercialización del hipoclorito de sodio en la ciudad de Lima es libre, pues se trata de una zona no cocalera y, por lo tanto, no está controlada como afirma la empresa Quimpac en sus descargos. Por tal razón, Clorox jamás pide Acta de Verificación a sus clientes actuales, pues al estar en la ciudad de Lima no lo necesitan.

Las verificaciones realizadas por Secretaría Técnica, mediante entrevistas a los funcionarios del Ministerio de la Producción y de la Policía Nacional del Perú sobre el control y fiscalización del hipoclorito de sodio, dieron resultados contradictorios. Una funcionaria de la Dirección de Insumos y Productos Químicos Fiscalizados, del Ministerio de la Producción señaló que en Lima y Callao la empresa transformadora no está obligada a presentar documento alguno a la empresa productora, pues en esta zona la comercialización del hipoclorito de sodio no está controlada. En cambio, un funcionario de la

DIRANDRO afirmó que la empresa transformadora sí tiene que presentar el Acta de Verificación a la empresa productora. Asimismo, cuando se interrogó a representantes de algunas de las empresas clientas de Quimpac, algunas señalaron que no estaban obligadas a presentar documento alguno al momento de comprar hipoclorito de sodio, mientras que una de ellas afirmó que sí estaba obligada a presentar el Acta de Verificación.

LA CLC consideró, por lo tanto, que otorgar la medida cautelar a los denunciantes sin tener la certeza que la obligación de Quimpac de vender el insumo químico a cualquier empresa que así lo solicite, podría ocasionar perjuicios y declaró improcedente la medida cautelar formulada por Gromul y Dispra, en el extremo de negativa injustificada de venta de Quimpac.

En lo que se refiere al segundo extremo de la medida cautelar, es decir, el tema de la discriminación de precios, la CLC comprobó que Quimpac vendía a Clorox el hipoclorito de sodio al precio de US\$ 65,00. No obstante, el precio cobrado a otras empresas que no producían lejía, oscilaba entre US\$ 130,00 y US\$ 195,00.

Estas empresas eran productoras de minerales, alimentos, productos de limpieza y agua potable. Por otro lado, se pudo comprobar que, de acuerdo con la información proporcionada por Clorox, esta empresa vendía el hipoclorito de sodio a diversas empresas a un precio de US\$ 250,00, menos algunos descuentos que oscilaban entre el 25 y 30 por ciento. Las empresas compradoras eran productoras de lejía, detergentes, jabón líquido, entre otros artículos de limpieza.

Es curioso observar que, a pesar de que la CLC tenía toda la información disponible a la mano, no se pronunció sobre la discriminación de precios aplicada por Quimpac, sino únicamente sobre el diferencial entre el precio que esta cobraba a Clorox por el hipoclorito y el precio al que esta última empresa lo revendía a los fabricantes de lejía, detergentes y jabones. Con respecto a este extremo, la CLC señaló que no se encontraba facultada para ordenar a Clorox a vender el hipoclorito de sodio a las empresas denunciantes a US\$ 65,00, pues “la agencia de competencia no puede impedir que una empresa tenga utilidades... Ahora bien, podría señalarse entonces no que Clorox venda a US\$ 65,00 el hipoclorito de sodio, sino quizá a US\$ 70,00, US\$

80,00, US\$ 90,00, US\$ 100,00 o a cualquier otro monto menor a US\$ 250,00. Sin embargo, el problema es determinar cuál es el precio “justo” al que debería vender Clorox el hipoclorito de sodio. Al respecto, resulta cuestionable que la Comisión determine cuál es el precio ‘justo’ al que Clorox debería vender el hipoclorito de sodio²”.

Como resultado de este razonamiento, la CLC declaró que se encontraba imposibilitada de otorgar la medida cautelar solicitada por las denunciantes, pues consideraba incierta la forma en la que esta medida podría corregir las distorsiones que sobre el mercado y la competencia habrían producido la discriminación. Asimismo, señaló que no podía anticipar si debería intervenir corrigiendo el segmento del mercado relacionado con la producción (aguas arriba) o con la comercialización (aguas abajo) del hipoclorito de sodio. Esto, debido a que en la etapa de investigación del procedimiento resultaría difícil prever las medidas correctivas que se deberían tomar en la resolución final, en caso se declare fundada la denuncia, para enmendar los efectos anticompetitivos de una discriminación efectuada entre el precio que Clorox utiliza para su producción y el precio con el que vende a terceros el hipoclorito de sodio³.

Sin embargo, pocas semanas después, la Dirección de Insumos y Productos Químicos Fiscalizados del Ministerio de la Producción remitió el Oficio N° 1021-2003-PRODUCE/VMI/DNI-DIPQF, con fecha 2 de diciembre, en el cual absolvía el cuestionario requerido por la Secretaria Técnica a través de los Oficios N° 147-2003/CLC-INDECOPI y N° 148-2003/CLC-INDECOPI. En dicho documento se señala que dentro de la ciudad de Lima solo se controla la producción, importación, exportación, transporte interprovincial y almacenaje de hipoclorito de sodio, lo anterior, en virtud de lo establecido en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 021-98-ITINCI. Y, al mes siguiente, la Primera Fiscalía Antidrogas Provincial de Lima mediante Oficio N° 392-2003-TFS-MP-FN-1FEAL, del 6 de enero de 2004, absolvió la consulta formulada por la Secretaria Técnica de la Comisión a través del Oficio N° 156-2003/CLC-INDECOPI. Allí, se señala que la comercialización de hipoclorito de sodio configura delito, únicamente, cuando quien comercializa dicho insumo químico tiene conocimiento que este será destinado a la elaboración de drogas.

Con estos nuevos elementos de juicio a la mano, Gromul volvió a solicitar una medida cautelar,

² Resolución N° 053-2003-INDECOPI/CLC, p. 17, numerales 47 y 48.

³ Idem, p. 17 numeral 51.

con fecha 8 de enero, para que se obligue a Quimpac a satisfacer la demanda de compra de hipoclorito de sodio bajo precios competitivos, con los descuentos acordes al volumen a adquirir y a la forma de pago planteada. Esta vez la CLC sí aceptó el requerimiento de Gromul, mediante la resolución N° 007-2004-INDECOPI/CLC del 3 de marzo de 2004. De acuerdo con dicha resolución, Quimpac debía vender el hipoclorito de sodio a Gromul en los siguientes términos:

- Forma de pago: al contado
- Precio y volumen de venta: el que surja de la libre negociación entre Quimpac y Gromul

Asimismo, la CLC dispuso que la resolución sea puesta en conocimiento de las partes, de la Dirección de Insumos Químicos Fiscalizados del Ministerio de Producción y de la División de Investigación y Control de Insumos Químicos de la Dirección Antidrogas del Ministerio del Interior.

Sin embargo, en vista de que Quimpac siguió negándose a acceder a la solicitud de compra por parte de Gromul en los términos establecidos por esta medida cautelar, la Comisión resolvió ampliar de oficio la denuncia contra Quimpac por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación en la venta, mediante Resolución N° 046-2004-INDECOPI/CLC del 5 de agosto de 2004.

Quimpac también interpuso un recurso de apelación señalando que: (i) no era cierto que en Lima no haya control alguno sobre insumos químicos fiscalizados como el hipoclorito de sodio, (ii) Gromul se encuentra vinculada a Dispra, empresa que opera en una zona cocalera y sobre la cual no existe duda alguna que se aplica el Decreto Ley N° 25623, en toda su extensión, y (iii) la CLC no había sustentado los argumentos por los cuales considera que la situación de Gromul podría convertirse en irreparable.

El Tribunal de Defensa de la Competencia declaró fundada la apelación y revocó la medida cautelar, mediante la resolución N° 0286-2004/TDC-INDECOPI del 7 de julio. Esta resolución estuvo basada en los siguientes fundamentos:

- La CLC no ha acreditado la verosimilitud del carácter ilegal del daño, puesto que no se encuentran elementos suficientes para afirmar que Quimpac cuenta con una posición de dominio en el mercado. Esto último dado que, en este estado del procedimiento, no se cuenta

siquiera con información superficial sobre cuál sería el mercado relevante, información que es indispensable para la formación de verosimilitud sobre la posible existencia de una posición de dominio. En efecto, la CLC habría indagado sobre la existencia de sustitutos del hipoclorito de sodio, ni tampoco la presencia de barreras de entrada a la instalación de plantas productoras de dicho insumo.

- La falta de verosimilitud del carácter ilegal del daño hace innecesario el análisis del peligro en la demora. Sin embargo, se puede observar que la situación descrita por Gromul vendría sosteniéndose durante bastante tiempo -lo cual resta verosimilitud a la existencia de peligro en la demora, es decir, resta verosimilitud a un presunto daño irreparable como consecuencia de esta situación-, no debido a la acción de Quimpac sino, por el contrario, por las propias acciones de Gromul.
- La Sala únicamente está verificando, mediante un análisis superficial de los elementos que existen en este estado del procedimiento, si existe verosimilitud de peligro en la demora y no se está pronunciando sobre la cuestión de fondo, lo cual es competencia primaria de la Comisión.

Sin embargo, en el momento de la emisión de esta resolución, la CLC ya contaba con mejor información de la que había tenido en un primer momento. Quimpac ya había remitido una copia del contrato, a solicitud de la CLC⁴. En dicho contrato, adjunto al del 14 de mayo de 2004, destacan las siguientes cláusulas:

Primera: De los Antecedentes.

(...) "Clorox" y "Quimpac" convienen en que "Quimpac" asumirá la obligación de suministrar a "Clorox" el "COMPONENTE" y "Quimpac", a su vez, conviene en nombrar a "Clorox" como su distribuidor exclusivo en el Perú, de acuerdo con los términos y condiciones de este contrato.

Segunda: Objeto del Contrato

Por el presente "CONTRATO" "Quimpac" se obliga a suministrar a "Clorox" el 100% del volumen del "COMPONENTE" requerido por "Clorox" (producido en las instalaciones de "Quimpac" y Paramonga actuales), de acuerdo con condiciones de primera calidad que se precisan en la cláusula

⁴ Cartas N° 169-2004/CLC-INDECOPI y 212-2004/CLC-INDECOPI dirigidas a Quimpac y Clorox, respectivamente.

siguiente, que al momento de suscribirse el presente "CONTRATO", fluctúa alrededor de 2.500 TM por mes, que incluyen el 100% del referido "COMPONENTE" que pudiera obtener a través de acceso directo o indirecto mediante compra, participación en el accionariado de empresas productoras o comercializadoras del "COMPONENTE" sea directamente, a través de afiliadas o indirectamente, por medio de sus accionistas o afiliadas de estos, dentro o fuera del territorio de la República del Perú, mediante la utilización de nuevos activos destinados a dicha producción".

Quinta: De las proyecciones de los pedidos.

(...)

Queda sin embargo establecido que "Clorox" adquirirá el volumen mínimo mensual de asegurado de 1.500 TM por mes en la concentración del 10% durante todo el período de vigencia del presente "CONTRATO" (...).

Sétima: De la distribución por parte de "Clorox"

Una vez que "Clorox" haya cubierto el 100% de sus necesidades de suministro del "COMPONENTE" en la concentración del 10%, "Clorox" será el distribuidor exclusivo para el Perú de la totalidad del "COMPONENTE" remanente producido por "Quimpac" (en sus propias instalaciones y en las de PARAMONGA) y solicitado por "Clorox", ya sea utilizando sus actuales activos u otros que pudiere adquirir en el futuro de acuerdo con lo establecido por la cláusula Décimo Sexta del presente "CONTRATO", quedando "Clorox" incluso facultado a exportar el "COMPONENTE" remanente. La participación de "Quimpac" en distribución se realizará a lo establecido por la cláusula Décima.

Queda establecido, sin embargo, que en el caso de las industrias papeleras y/o mineras que no sean competitivas con "Clorox", éstas serán atendidas directamente por "Quimpac" para el suministro del "COMPONENTE" para el propio uso de tales industrias papeleras y/o mineras no competitivas y "Quimpac" asumirá la gestión de la venta del "COMPONENTE" a granel a dichos clientes, estando a cargo de "Clorox" toda la gestión de facturación y despacho del "COMPONENTE" a dichas entidades. La remuneración de "Clorox" por las gestiones que se encuentren a su cargo en relación a la facturación y gestiones administrativas previas al despacho físico de la mercadería asciende a US\$1.00 por tonelada métrica despachada.

Décimo Segunda: De algunos compromisos de "Quimpac"

En atención a la naturaleza exclusiva de la distribución contenida en el presente contrato, "Quimpac" acuerda no iniciar ni mantener ningún tipo de relación comercial (ventas, negocios, arrendamientos, intercambios o alguna otra actividad comercial), relativa al suministro, comercialización de hipoclorito de sodio (el "COMPONENTE"), con personas naturales y/o jurídicas, cualesquiera estas sean, salvo lo específicamente acordado en este "CONTRATO". Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior los clientes de "Quimpac" pertenecientes a las industrias papeleras y/o mineras, siempre y cuando no sean o puedan ser, en el presente y en el futuro, competidores de Clorox. Para el caso de las relaciones comerciales (ventas, negocios, arrendamientos, intercambios o alguna otra actividad comercial) relativa al suministro, comercialización o distribución de subcomponentes de hipoclorito de sodio, "Quimpac" acuerda no iniciar ni mantener ningún tipo de relación comercial directa o indirectamente con personas naturales y/o jurídicas de las cuales sabe no tienen razonable sospecha que utilizarán directa o indirectamente tal producto para competir con "Clorox" en la manufactura o venta de lejía u otros limpiadores base-cloro, ya sea para uso doméstico, institucional o industrial.

Con esta información en la mano, la CLC decidió ampliar de oficio la denuncia por abuso de posición de dominio interpuesta contra Quimpac y Clorox, mediante la resolución N° 046-2004-INDECOPI/CLC del 5 de agosto, donde se solicita a la Gerencia de Estudios Económicos de INDECOPI un informe con respecto a las prácticas anticompetitivas imputadas a las empresas denunciadas.

3.2 El informe de la Gerencia de Estudios Económicos

La Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI contó con información mucho más completa, puesto que tuvo en sus manos no solamente la copia del contrato, sino también declaraciones de las empresas denunciadas; y, por otro lado, se preocupó por realizar un estudio más profundo sobre los mercados del hipoclorito de sodio y de la lejía.

En efecto, en un escrito del 4 de mayo de 2004, Quimpac no solamente remitió una copia del contrato firmado en 1998, sino que además explicó que, de acuerdo con la cláusula tercera, el acuerdo tenía una vigencia de tres años, es decir, hasta el año 2001 y podía ser prorrogado durante tres períodos consecutivos de un año.

Sin embargo, “dicho contrato... en la práctica no se cumplió y no rige entre las partes, ya que la realidad del mercado lo desbordó. Lo que sí existía, de acuerdo con las declaraciones de Quimpac, era un acuerdo “take or pay”:

“En la actualidad, entre ambas empresas existe una relación contractual que no proviene del documento contractual (el contrato) cuya copia se adjunta, sino de una relación de hecho que no es igual a la expresada en el contrato. La mejor prueba de que el contrato hoy por hoy no rige las relaciones entre Quimpac y Clorox, es que Quimpac vende hipoclorito de sodio a Intradevco, empresa que compete directamente con Clorox en el mercado de lejías, y a QUIMEXSA, empresa que compete con Clorox en la distribución de hipoclorito de sodio. Ello ha quedado plenamente acreditado en el expediente; consecuentemente, este simple hecho demuestra que el contrato tal y cual como fue suscrito no rige.

También acreditan lo indicado anteriormente, las copias de las facturas por ventas de hipoclorito de sodio, que en calidad de anexo 2 se adjuntan al presente escrito, que Quimpac ha efectuado tanto a A&D Químicos y Diversos S.A. y QUIMEX S.A., empresas que también compiten con Clorox en el mercado de distribución de hipoclorito de sodio.

En la actualidad, la relación que Quimpac y Clorox mantienen (...), se deriva en parte de la inercia del contrato, en cuanto a que a la fecha Clorox sigue adquiriendo de Quimpac un mínimo de 1.500 toneladas de hipoclorito de sodio mensuales al 10% de concentración.

En ese sentido, existe un compromiso de Quimpac de otorgar en venta a Clorox gran parte de su producción de hipoclorito de sodio y de Clorox de comprarla. Sin embargo, no existe exclusividad alguna por parte de Clorox en la distribución de hipoclorito de sodio, y Quimpac sigue participando de un porcentaje de la distribución de hipoclorito de sodio que Clorox hace a terceros, sin tener Quimpac intervención alguna en la fijación del precio de venta del hipoclorito de sodio que Clorox efectúa a terceros.

Es decir, Clorox entrega a Quimpac una cantidad de dinero, que finalmente hace

que para Clorox el precio promedio neto del hipoclorito sea de aproximadamente US\$ 120 (Ciento Veinte y 00/100 Dólares Americanos) por tonelada. Dicho monto proviene de una parte fija que Clorox paga a Quimpac y que asciende a US\$ 65, así como de otra variable que depende de las condiciones de mercado y los precios internacionales. Asimismo, es importante destacar que el precio fijado en el contrato se aplica única y exclusivamente a las relaciones comerciales privadas entre Quimpac y Clorox.

La duración de esta relación es indefinida y suponemos continuará en tanto la misma sea beneficiosa para ambas partes (...).⁵

En el informe que la Gerencia de Estudios Económicos remitió a la CLC, el 4 de mayo de 2005, se hace una comparación entre el contrato de distribución exclusiva y el contrato “take or pay”, tal como se puede apreciar en el cuadro N° 1.

Sin embargo, el mismo informe señala que la aseveración de Quimpac respecto a que ya no habría relación de exclusividad, quedaría desvirtuada por la información remitida por la misma empresa en su escrito del 14 de mayo del 2004, donde se pueden apreciar copias de diez hojas de reporte en las cuales Clorox efectúa una liquidación del hipoclorito de sodio vendido por esta empresa a terceros (como distribuidor). Las referidas liquidaciones incluirían un descuento o “castigo” que Clorox aplicaría a Quimpac por las ventas de hipoclorito de sodio a empresas competidoras de la primera en el mercado de envasado de lejía. Es decir, habría un pago de Quimpac hacia Clorox por la venta directa de hipoclorito de sodio a un competidor, de acuerdo con lo establecido por la cláusula séptima del Contrato de Suministro y Distribución Exclusiva. El pago de una penalidad o “castigo” por realizar dicha venta directa sería consecuencia del incumplimiento de la obligación de exclusividad asumida por Quimpac frente a Clorox.

Por otro lado, el informe también establece que existen, por lo menos, cuatro tipos de limitaciones a la entrada de un competidor en la producción de hipoclorito de sodio para envasado de lejía, las cuales reducen las posibilidades de entrada de un potencial competidor⁶:

⁵ Texto citado en el informe N° 064-2007/INDECOPI-CLC, p. 43

⁶ Informe N° 025-2005/GEE, numeral 264

Cuadro N°1: Principales diferencias alegadas por Quimpac y Clorox entre el contrato de distribución exclusiva firmado inicialmente y el contrato "take or pay"

Contrato de Distribución Exclusiva	Contrato Take or Pay
1. Contrato escrito	1. Acuerdo verbal
2. Quimpac vende el 100% de su producción a Clorox, quien adquirirá mensualmente, como mínimo, 1.500 TM.	2. Quimpac vende un volumen de alrededor de 1.500 TM mensualmente.
3. Clorox remite a Quimpac especificaciones técnicas del insumo.	3. Clorox realizó una transferencia tecnológica a Quimpac, para que el insumo cumpla con cierta calidad.
4. Quimpac participa del 65% de los beneficios por venta a terceros realizado por Clorox.	4. Quimpac participa del 65% de los beneficios por venta a terceros realizado por Clorox. Esta condición determina el precio del siguiente punto.
5. Precio: Fijo de US\$ 65 + monto variable producto de la participación señalada en el punto anterior.	5. Precio: Fijo de US\$ 65 + monto variable según el mercado. (Aproximado de US\$ 120)
6. Quimpac puede vender el insumo a empresas que no compitan con Clorox.	6. Quimpac puede vender el insumo a empresas que no compitan con Clorox.
7. Quimpac <u>no</u> puede vender el insumo a competidores de Clorox.	7. Quimpac <u>sí</u> puede vender el insumo a competidores de Clorox.

*Fuente: Gerencia de Estudios Económicos-Indecopi.

- a) Existen barreras legales en términos del tiempo necesario para que un entrante cumpla con determinados requerimientos como el estudio de impacto ambiental, permisos de las municipalidades distrital y provincial, mapa de la zonificación del Perú, adecuación a las normas de control y fiscalización de insumos controlados, entre otros, los cuales toman más de un año. Basta mirar el caso de la empresa Intradevco Industrial S.A., potencial entrante según las empresas denunciadas, que después de dos años no ha logrado todavía superar estas barreras.
- b) Existen barreras económicas relacionadas con:
 - (i) altos costos hundidos que demandan la inversión en activos y tecnologías necesarios para ingresar al negocio de la producción del insumo. De acuerdo con la investigación realizada, empezar desde la Etapa 1 implica no solo ingresar al negocio de hipoclorito de sodio, sino además al de soda cáustica y cloro; y (ii) si bien es cierto que existe la opción de ingresar al mercado produciendo el insumo desde la Etapa 2, además de una inversión aproximada de US\$100.000, el acceso a insumos como el gas cloro resultaría una gran limitante.
- c) Existen barreras estratégicas vinculadas principalmente con la relación comercial entre Quimpac y Clorox y el grado de utilización de la capacidad instalada por parte de Quimpac, las cuales son suficientemente altas como para disuadir la entrada de algún competidor.

- d) A pesar que Intradevco Industrial S.A. se constituye en un potencial competidor de Quimpac en la producción de hipoclorito de sodio, lo cierto es que transcurridos cerca de dos años, esta empresa no ensambla su planta de cloro-soda, lo que sugiere que le estaría siendo actualmente más económico abastecerse del único productor en la actividad, Quimpac, dados los volúmenes mensuales de hipoclorito de sodio (cincuenta toneladas, en promedio) que requiere para su proceso de envasado de lejía de marcas Sapolio y Patito) y, al mismo tiempo, le estaría siendo costoso pretender ingresar actualmente a la actividad de producción. En general, podría suponerse más económico optar por el abastecimiento del insumo desde Clorox que decidir realizar las inversiones requeridas para el autoabastecimiento, dadas las barreras de entrada analizadas.

A esto se suma la ausencia de sustitutos, dado que el hipoclorito de calcio, que es mencionado por los denunciados como un insumo alternativo es principalmente destinado a otras actividades distintas del de la fabricación de lejía. De hecho, en el periodo 1993-2003, una sola empresa, Rex Peruana S.A, importó el insumo para fabricar lejía en polvo, pero que tuvo que salir del negocio por las desventajas económicas y técnicas que enfrentó.

Por lo tanto, dada la participación de Quimpac en la producción de hipoclorito de sodio para envasado de lejía y la baja probabilidad de entrada de un nuevo productor en el mercado relevante, la Gerencia consideró que esta empresa poseía

la capacidad de actuar independientemente de competidores y clientes, luego de haber suscrito e implementado el contrato de distribución exclusiva con Clorox. Es decir, Quimpac ostenta una posición de dominio dentro del mercado relevante⁷.

Asimismo, el informe señala que todo lo analizado muestra que, desde el ingreso de Clorox (en 1994) al Perú y el inicio de su relación comercial con Quimpac, en el abastecimiento del insumo, Clorox gozaba de una posición dominante en la actividad de distribución del hipoclorito de sodio para envasado de lejía. En efecto, ella misma tenía la capacidad de vender y fijar el precio del insumo de manera independiente a sus propias competidoras en el negocio⁸. La posición de dominio de Clorox se ve reforzada con la baja probabilidad de entrada de un nuevo competidor en la distribución de hipoclorito de sodio para envasado de lejía, sobre todo por las barreras de entrada identificadas. En particular, el Acuerdo Take or Pay con Quimpac le dio la capacidad de distribuir aproximadamente el 76% del hipoclorito de sodio para envasado de lejía producido por Quimpac. Asimismo, el hecho que Clorox sea una subsidiaria o filial de la Clorox Company, le da el respaldo financiero (“*deppocket*”) necesario para reforzar su posición dominante en la actividad.

4. Los argumentos de las partes

4.1 Fundamentos de las empresas denunciadas

Las denuncias planteadas tanto por Dispra como por Gromurse basaban en tres argumentos centrales. En primer lugar, las empresas denunciadas no solo habrían firmado, sino que también habrían mantenido y aplicado un acuerdo de exclusividad que no generaba ningún tipo de eficiencia económica que las partes no podrían haber logrado mediante otro tipo de contrato. En segundo lugar, como resultado del abuso de la posición de dominio de Quimpac, el acuerdo habría causado un daño muy grande a los competidores de Clorox, tanto en el mercado de distribución como de envasado de lejía. Finalmente, se habría aplicado una supuesta discriminación de precios por parte de Clorox, mediante dos modalidades. La primera, por medio del cobro de precios más altos a los otros distribuidores, en comparación

con el precio al cual esta misma empresa adquiriría el producto y, la segunda, mediante el cobro de precios diferenciados entre las propias empresas distribuidoras.

a) La inexistencia de mejoras en la eficiencia

Las supuestas eficiencias del acuerdo, planteadas por las denunciadas, tales como el aumento en la rapidez y el ahorro en el costo de colocar el hipoclorito de sodio en el mercado, serían mínimas. Esto se debe a que la gestión de Clorox se limitaba a la emisión de facturas y el producto se seguía comercializando desde las instalaciones de Quimpac, sin ocupar espacio alguno en las plantas de Clorox⁹.

Asimismo, las condiciones de pago de Clorox tampoco mejoraron, puesto que Quimpac le seguía ofreciendo un crédito a 30 días.

Las empresas denunciadas también resaltaron el hecho de que habría pruebas claras, como el pago por parte de Quimpac a Clorox por ventas directas del primero a un competidor del segundo, que reconfirmarían la validez de dicho contrato, que monopolizaba el mercado aguas abajo. Este hecho ratificaría el argumento de que el referido contrato no habría tenido como finalidad principal la generación de eficiencias, sino más bien la eliminación de la competencia. Específicamente, el acuerdo habría buscado eliminar a los participantes del mercado de lejías de lavar con marca, favoreciendo el ingreso de las marcas de Clorox y causando daño a los distribuidores iniciales del insumo, para convertirlos en redistribuidores.

b) La existencia de un Abuso de Posición de Dominio

Quimpac cuenta con una clara posición de dominio en el mercado de hipoclorito de sodio, puesto que concentra el 99,88% de la oferta de este insumo en el mercado nacional, mientras que las importaciones representan solo el 0,12%. Además, dicho insumo no puede ser sustituido por otros químicos, salvo el hipoclorito de calcio, cuyo precio es demasiado alto para poder considerarlo como una alternativa razonable. Esta posición de dominio en la etapa de producción fue trasladada hacia la etapa de distribución, por medio del acuerdo de exclusividad.

⁷ Idem, numeral 265.

⁸ Idem, numeral 278

⁹ Informe N° 064-2007-INDECOPI/ST-CLC, p. 19.

Es en este contexto que el margen de ganancia operativo de Quimpac habría aumentado de 66%, antes de que esta empresa concentre la totalidad del mercado de hipoclorito de sodio¹⁰, hasta 616% en el momento de los hechos denunciados¹¹. Con este amplio margen de ganancias, aunado a su posición de dominio en el mercado, la empresa estaría en capacidad de bajar rápidamente sus precios y utilizar precios predatorios en el caso de que cualquier potencial competidor intente importar el producto pagando los fletes y enfrentando los problemas técnicos relacionados con los requerimientos de una infraestructura especial. Esto explicaría la ausencia de competidores en el mercado.

Como resultado de este poder en el mercado, los competidores de Clorox en el mercado de distribución o envasadores de lejía, solo podían comprarle el hipoclorito de sodio a esta empresa, pagando un sobreprecio, debido a la creación innecesaria de un nuevo eslabón en la cadena de comercialización, sin tener otras alternativas para adquirir este insumo que no sean prohibitivamente costosas. Este punto es especialmente importante, si se toma en cuenta que Clorox redistribuye alrededor del 80% de la producción nacional de hipoclorito de sodio para la producción de lejía; es decir, casi la totalidad del producto en cuestión llegaría con precios superiores a los competitivos. La única alternativa sería importar el insumo, pero esto implicaría pagar un precio incluso mayor al cargado por Clorox, si se toma en cuenta los fletes de importación.

Si bien es cierto que Clorox disminuyó sus precios de venta al consumidor de S/.4,5 por Kg. a S/.1,65 por Kg., es decir, en un 63,33%, podría argumentarse que, de no haber existido la práctica anticompetitiva, estos precios podrían haberse reducido en mayor medida¹².

c) La discriminación de precios

La supuesta discriminación de precios, por parte de Clorox, se habría realizado mediante dos modalidades distintas. La primera, se refiere al hecho que, gracias al acuerdo de distribución

exclusiva, Clorox se autoabastece de hipoclorito de sodio a un precio muy por debajo del precio al cual revende este insumo. Esta práctica perjudica gravemente a sus competidores en el mercado de producción de lejía, disminuyendo ilícitamente sus costos en la fabricación de la misma y ofreciendo un menor precio de venta al consumidor, con el objetivo de expulsar del mercado a la competencia.

La segunda de las modalidades se refiere al otorgamiento de descuentos con respecto al precio de lista oficial del hipoclorito de sodio, de hasta US\$ 250, a las empresas demandantes del insumo sin ningún criterio económico objetivo, además de atender a solo doce empresas en el mercado. De estas empresas, solo Liguria y Punto Blanco SAC, acceden a créditos por 30 y 45 días, además de pagar solamente US\$ 174,60, el precio más bajo por TM. Esto a pesar de sus bajos volúmenes de compra: 4,21%, y 5,26%, respectivamente, es decir, menos de 100 TM por mes. Otras empresas con un consumo mucho más alto, como Quimex S.A. y A&D Químicos S.A., cuyas compras ascienden a 500 y 250 TM, respectivamente (26% y 13%) tienen que pagar por adelantado un precio más alto de US\$ 180 por TM.

En cambio, el precio al que Clorox se abastece del hipoclorito de sodio para su propia producción de lejía es de US\$ 65 por TM, a pesar de que ella utiliza solo 373 TM mensuales, es decir, menos de lo que consume Quimex.

La situación ventajosa de Liguria y Punto Blanco se debería al hecho de que la primera es la distribuidora de la línea de productos Clorox en el norte del país, mientras que la segunda proporciona los camiones cisterna que trasladan el hipoclorito de sodio comercializado por Clorox, desde las instalaciones de Quimpac hasta las plantas de envasadores. Esto ratificaría la afirmación de que los precios y facilidades de pago no se explican por el hecho de que algunas empresas tengan ventajas sobre las otras en volúmenes de compra, sino que serían un resultado del abuso de la posición de dominio, que resulta del reparto del mercado y la distribución exclusiva¹³.

¹⁰ Las empresas denunciadas señalaron que a la empresa Quimpac producir una tonelada de hipoclorito de sodio le costaría, como máximo, US\$30. Antes de la compra de Paramonga, el producto se comercializaba en US\$50 y, luego de este hecho, el producto se vendería en US\$215. Si, por ejemplo, tomamos en cuenta el poder de mercado, podríamos observar que antes de la compra de Paramonga el índice de Lerner ascendía a 0,40, mientras que luego de esta adquisición y manteniendo constantes los costos de producción, dicho índice se incrementa a 0,86.

¹¹ Es decir, sin tomar en cuenta los costos de ventas, comercialización, administrativos, entre otros. Solo tomando en cuenta los costos relacionados a la producción directa.

¹² Escrito presentado por Gromul y Dispra, el 2 de octubre de 2007.

¹³ Escrito de la empresa Gromul, 12 de octubre de 2003. En este documento, dicha empresa menciona, englobando los hechos mencionados, que "Clorox discrimina en la venta del hipoclorito de sodio, manejando a su "antojo" los descuentos otorgados a las empresas demandantes del insumo.

Cuadro N° 2: Participación y condiciones comerciales de algunas de las empresas que adquieren el hipoclorito de sodio a Clorox

	Cantidad (TM)	Participación en compras	Crédito	US\$/TM
Quimex	500	26,32%	No	180.00
A&D	250	13,16%	No	180.00
Shiroi	130	6., 4%	No	174,60
Jomatur	120	6,32%	No	174,60
Prod. Lave	120	6,32%	No	174,60
Punto Blanco	101	5,32%	Sí	175.00
Liguria	80	4,21%	Sí	175.00
Proquimpe	20	1,05%	No	174,60

*Fuente: INDECOPI.

4.2 La defensa de Quimpac y Clorox

En respuesta a las imputaciones de las denunciantes, Quimpac y Clorox buscaron fundamentar cinco puntos importantes: la verdadera naturaleza del contrato; las eficiencias que el contrato producía; la incorrecta delimitación del mercado relevante y las supuestas barreras a la entrada; los beneficios a la competencia observados y, finalmente, la ausencia de discriminación de precios injustificada.

a) El contrato: solo take or pay

Si bien es cierto que ambas empresas firmaron el acuerdo de distribución exclusiva, este no habría sido puesto en práctica y tampoco se encontraría vigente, puesto que la dinámica del mercado no lo habría permitido. Esto significa que las ventas totales del insumo no dependerían completamente del volumen que Clorox exigiese, sino de la cantidad que Quimpac podía poner a su disposición, dado que también atendería a otras compañías.

Las empresas denunciadas señalaron que la acción comercial vigente, producto del contrato en cuestión, sería una del tipo "take or pay", no escrita. Esta relación se diferenciaría del acuerdo de distribución exclusiva inicial en siete puntos importantes, conforme al cuadro N°1 que se muestra más arriba:

En dicho cuadro se puede observar que el precio de adquisición del insumo por parte de Clorox no sería tan bajo como alegan las empresas denunciantes. Esto se debe a que Quimpac participa de un porcentaje de la distribución de hipoclorito de sodio que Clorox hace a terceros,

de tal manera que para esta última empresa el precio promedio neto de este insumo sea de US\$120 por TM. Esto se debe a que, en realidad, el pago fijo de Clorox a Quimpac por tonelada es de US\$65, pero existe un precio variable que "depende de las condiciones del mercado y los precios internacionales"¹⁴.

Con respecto al pago realizado por Quimpac a Clorox por concepto de ventas directas a empresas competidoras¹⁵, producto de una supuesta violación del contrato de distribución exclusiva o, como luego lo denominaría la Secretaría Técnica, el "castigo" por ventas a terceros, las empresas denunciadas alegaron que dicho pago únicamente sería una comisión por ventas. Es decir, habría sido la empresa Clorox quien desarrolló la relación comercial con clientes, como Intradevco, y el referido pago solo sería una compensación por dicho concepto.

Finalmente, la prueba más categórica de que el acuerdo "take or pay" es el que se encuentra vigente, y que entre las empresas no rige un acuerdo de distribución exclusiva, sería que Quimpac transa hipoclorito de sodio con empresas competidoras directas de Clorox. Por ejemplo, una de estas empresas es Intradevco, productora y comercializadora de productos de limpieza para el hogar, la cual comercializa las marcas muy bien conocidas Sapolio y Patito, por medio de las cuales compite directamente con Clorox en el mercado de lejías y desinfectantes. Además, Clorox también ha vendido el hipoclorito de sodio a Quimex S.A. y a A&D Químicos Diversos S.A., empresas distribuidoras y comercializadoras de insumos químicos, entre los cuales se encuentra el insumo en cuestión.

¹⁴ Escrito de defensa de Quimpac, 14 de mayo de 2004. Expediente N° 003-2003-CLC

¹⁵ Ver el acápite 3.1.

b) Eficiencias producidas por el contrato

El contrato en cuestión permitía a la empresa Quimpac tener un ingreso fijo mínimo por la venta de gran parte del hipoclorito de sodio que producía, disminuyendo así los costos de transacción que implicaba el esfuerzo de distribución del insumo. Además, esta práctica sería una estrategia empresarial coherente, en tanto el hipoclorito no es la línea de producción principal de la empresa, ni la fuente principal de sus ingresos, sino que es un subproducto de menor importancia. En efecto, el mercado de hipoclorito de sodio representa para Quimpac ventas de alrededor de US\$ 3 millones anuales, frente a mercados de otros químicos que produce la empresa, como la soda cáustica, donde las ventas solamente en el primer semestre de 2006 fueron de US\$ 19 millones¹⁶.

Ahora bien, cabe resaltar que el hipoclorito de sodio no es un insumo de libre comercialización, sino que es un insumo controlado, por el hecho de que puede ser utilizado en la elaboración de pasta básica de cocaína. En consecuencia, la comercialización del hipoclorito de sodio es fiscalizada por las autoridades, tal como lo establece el Decreto Legislativo N° 25623. Esto significa que se tiene que llevar un registro especial de ventas donde se detalla minuciosamente toda clase de información, desde los datos de todo el equipo de mensajeros y recibidores, hasta la documentación que avala la constitución legal de la empresa que adquiere el insumo. Tanto los costos de adquirir la información necesaria para comercializar con los clientes, como el riesgo de tener algún malentendido por delitos de narcotráfico, habrían sido demasiado elevados para Quimpac, lo cual justificaría el traslado este costo administrativo a Clorox, a cambio de la distribución exclusiva y una participación en las ventas a terceros. Asimismo, es importante mencionar que el hipoclorito de sodio no solo es un insumo controlado, sino que también es altamente corrosivo, por lo cual su manejo implica riesgos tales como la responsabilidad civil por algún daño o los costos de su disposición, los cuales se derivan de las "externalidades ambientales que se derivan de la ausencia de regulaciones para la buena disposición de los excedentes de producción"¹⁷.

Otra de las eficiencias del contrato se encuentra relacionada con el prestigio y el soporte que recibe la empresa Clorox de su casa matriz norteamericana,

The Clorox Company, la cual opera desde 1913 y, hoy en día, produce en más de 15 países, aunque comercializa sus productos en más de 100, con ventas que ascienden a US\$ 5.500 millones¹⁸. Como resultado de este prestigio, confiabilidad y capacidad de pago, el riesgo de default para con Quimpac sería casi nulo. Asimismo, una compañía de la importancia de *The Clorox Company*, exige altos estándares de calidad a sus subsidiarias en la elaboración de sus productos. De este modo, Quimpac habría obtenido el "know how" para la producción de dicho insumo, un intangible de gran valor, con respecto a los procesos técnicos y administrativos obtenidos. Así también, esta transferencia no solo habría beneficiado a ambas empresas, sino también al consumidor, que podría adquirir productos elaborados con hipoclorito de sodio de mejor calidad.

Por el lado de Clorox, la entrega de este intangible le aseguraría no solo que, en efecto, los estándares de calidad mencionados se cumplieren, sin correr el riesgo de desprestigiar la imagen de su marca, sino que también se cercioraba de contar con un suministro constante y confiable de hipoclorito de sodio, el cual era esencial para la fabricación de sus productos.

c) Errores en la definición del mercado relevante: ¿barreras a la entrada o falta de iniciativa empresarial?

Con respecto a la supuesta posición de dominio de Quimpac en el mercado de producción del hipoclorito de sodio, esta empresa recalcó que el mercado relevante estaría mal delimitado. Las empresas denunciadas consideraron al hipoclorito de sodio como un insumo irremplazable para la producción de lejía, sin considerar que en otros países como China o India, el hipoclorito de calcio también es utilizado como insumo para la producción de desinfectantes, blanqueadores, además de la lejía.

Por lo tanto, si se considera la sustituibilidad del hipoclorito de sodio, el mercado relevante sería mucho más amplio que el analizado. En este punto, es interesante resaltar que, cuando un producto cuenta con sustitutos cercanos, la elasticidad precio de la demanda de dicho producto tiende a ser elevada, puesto que los consumidores pueden reaccionar a incrementos en el precio consumiendo más cantidad del

¹⁶ Resolución N° 005-2008-INDECOPI/CLC, 22 de febrero de 2008

¹⁷ Informe N° 064-2007-INDECOPI/ST-CLC, p. 28.

¹⁸ *The Clorox Company*. "Informe anual 2009 para accionistas y empleados".

sustituto y disminuyendo el consumo del producto en cuestión. Ahora bien, para definir un mercado relevante es importante tomar en cuenta que un producto o grupo de productos no se consideran un mercado relevante hasta que las elasticidades de oferta y demanda sean lo suficientemente bajas. Por lo tanto, las empresas investigadas, en realidad, estarían argumentando que, de tomar solamente el mercado de hipoclorito de sodio como mercado relevante, la elasticidad-precio de éste sería demasiado elevada como para que sea un mercado relevante como tal. Sin embargo, si en el mercado relevante se consideran tanto al hipoclorito de calcio como al hipoclorito de sodio, la elasticidad precio sí sería bastante reducida, puesto que no se han detectado otros insumos que puedan suplir a los considerados para la producción de desinfectantes.

Quimpac presentó una relación de veinticinco empresas nacionales que tendrían la producción de hipoclorito de sodio dentro de su giro comercial. Estas empresas, inscritas en el Registro de Productores Industriales Nacionales (RPIN), además de reducir la participación de Quimpac al 90% del mercado nacional, resultarían importantes competidores potenciales, en tanto posean capacidad ociosa instalada que, en un futuro relativamente cercano, podrían utilizar para ingresar al mercado.

Por otro lado, la hipótesis de la existencia de altas barreras de ingreso al mercado, propuesta por las empresas denunciadas, también carecería de sustento. Por ejemplo, las supuestas "barreras de entrada estratégicas" serían solamente una conjetura de las denunciadas, puesto que no se ha demostrado que Quimpac haya pretendido realizar o haya realizado acciones que incrementen el costo de ingreso de nuevos competidores. Asimismo, tampoco existirían barreras a la importación, puesto que, producto de acuerdos bilaterales, el arancel a las importaciones del insumo es de 0%.

Finalmente, la inversión requerida para la producción de hipoclorito de sodio en plantas de reducida escala tampoco sería prohibitiva, puesto que el costo estimado de una planta pequeña sería de aproximadamente US\$ 13.200¹⁹.

De este modo, se podría considerar que existe una competencia potencial en el mercado, producto de la relativa facilidad de ingreso al mismo. Por lo tanto, el hecho de que dicha competencia

potencial no se haya materializado no podría ser atribuido a Quimpac, sino más bien a la falta de investigación, elevada aversión al riesgo y carencia de iniciativa empresarial.

En suma, dada la posibilidad de sustitución del insumo y la inexistencia de barreras de ingreso al mercado, se podría concluir que Quimpac no tiene posición de dominio en el mercado de producción de hipoclorito de sodio. De este modo, el acuerdo en cuestión tampoco podría haber generado que Clorox adquiriera una posición de dominio en el mercado de distribución de dicho insumo. Consecuentemente, en el supuesto de haber existido un acuerdo de distribución exclusiva –hecho que es rechazado por las denunciadas, pues este habría sido del tipo "Take or pay"–, este acuerdo no habría tenido la capacidad de dañar la competencia y, por lo tanto, tampoco debería ser sancionado.

d) Los beneficios y la ausencia de perjuicios en el mercado

El acuerdo no habría causado daño alguno a las empresas a lo largo de la cadena de producción de la lejía. Más aún, se habría visto un claro beneficio para el consumidor que, producto de la competencia en el mercado, habría podido acceder a un producto de mayor calidad y a un menor precio.

Por ejemplo, las empresas denunciadas señalan probar la existencia del abuso de posición de dominio, refiriendo como prueba la modificación de la presentación de la lejía a botellitas y no cojines, todo esto a un precio de S/.0.50 el cual sería "demasiado bajo". No obstante, este nuevo producto fue resultado de las investigaciones de Clorox, que permitieron no solo disminuir sus costos de producción, sino también mejorar el producto acorde con las preferencias del consumidor. En resumidas cuentas, el supuesto "daño" para los competidores de Clorox no habría hecho más que promover la competencia y beneficiar al consumidor.

Finalmente, Quimpac y Clorox resaltaron que el acuerdo de distribución exclusiva tampoco habría causado daño alguno ni a los envasadores ni tampoco a los ahora redistribuidores de hipoclorito de sodio. En efecto, la participación de los redistribuidores no habría caído de manera significativa y los volúmenes de comercialización

¹⁹ Declaración de Oscar Pérez Salas, representante de una de las empresas denunciadas, citada por Quimpac. Ver Resolución N° 005-2008-INDECOPI/CLC, p.18

se habrían mantenido constantes, a pesar de las prácticas de Clorox. Más aún, las ventas directas del insumo por medio de Clorox a los envasadores también se habrían mantenido estables.

e) Cargos de discriminación contra Clorox

Con respecto a la primera de las modalidades de discriminación de precios que se le imputan a Clorox, esta empresa señaló que el gran volumen de hipoclorito de sodio que adquiere de Quimpac, además de su prestigio y buena relación comercial, permiten que esta empresa pueda acceder a un mejor precio que el de las empresas denunciadas. Además, en el momento de venta del insumo de Quimpac a Clorox, la primera empresa no discrimina cuántas TM se destinarán a la producción de la propia Clorox y cuántas serán distribuidas en el mercado. Por lo tanto, el precio que realmente se paga es un promedio entre el total pagado, adicionándole los beneficios de las ventas obtenidas por Clorox que se trasladan a Quimpac, y el total, en TM, del insumo adquirido.

En relación a la segunda de las supuestas modalidades de discriminación, Clorox afirmó que los descuentos y créditos otorgados a las empresas demandantes del insumo no solamente se basan en la cantidad que estas adquieren, sino también en otros criterios como su comportamiento de pago, las garantías que pudieran ofrecer y la duración y solidez de la relación comercial, por lo cual no podría argumentarse discriminación alguna en la venta del insumo a estas empresas.

5. La opinión de la Secretaría Técnica y la decisión de la CLC

5.1 Sobre el mercado relevante y la posición de dominio

La CLC afirmó que, si bien el hipoclorito de sodio es técnicamente sustituible por el hipoclorito de calcio, no lo es en el plano económico, dado que tanto su precio como los costos de distribución serían bastante más elevados, tal como lo señala el estudio de la GEE. En segundo lugar, la delimitación del ámbito geográfico también presentaría errores, ya que la importación del

insumo tampoco es económicamente viable producto de los fletes que deben pagarse, a pesar del arancel de 0%. En efecto, tomando en consideración los costos de transporte, el precio del hipoclorito de sodio sería entre 120% a 340% mayor al precio de venta de Quimpac y, hasta 61% más elevado que el precio de reventa de Clorox²⁰. Más aún, se destacó que, como resultado de este elevado flete, las importaciones representaron menos del 1% del hipoclorito de sodio transado en total.

Es así como el mercado relevante quedaría delimitado como "el mercado de venta o suministro de hipoclorito de sodio (como insumo para la producción de lejía) a distribuidores o envasadores de lejía en el territorio nacional"²¹.

Ahora bien, sobre la base de este mercado relevante, la CLC planteó que, efectivamente, existirían importantes barreras a la entrada de nuevos competidores. En primer lugar, los costos de inversión para una nueva planta de cloro-soda²² serían bastante elevados, oscilando entre US\$ 5 a US\$ 10 millones.

Así, la CLC desestimó el posible ingreso de competidores con una pequeña escala de producción, como sustentan las empresas investigadas, puesto que no sería una alternativa económicamente rentable. En efecto, el problema con esta tecnología es que requeriría como insumo esencial el gas cloro, el cual solamente es provisto por Quimpac y cuyo precio habría aumentado de US\$ 300 a US\$ 1.100 por TM. Por este motivo es que la pequeña empresa a la que Quimpac hizo referencia en sus descargos dejó de producir hipoclorito de sodio en 1997 para empezar a adquirirlo de Clorox²³.

Tomando en cuenta el mercado relevante, y considerando las altas barreras de entrada, tanto para los productores nacionales como para los importadores del insumo, la Secretaría Técnica calculó que la participación de Quimpac en el mercado se encontraría por encima del 90% y, consecuentemente, un IHH también por encima del orden de 0,8. En este punto, se resaltó que este valor sería muy superior al nivel máximo del IHH permitido en los Estados Unidos, ascendente a 0,18, según los criterios desarrollados en las "Horizontal

²⁰ Resolución N° 005-2008-INDECOPI/CLC, 22 de febrero de 2008.

²¹ Resolución N° 005-2008-INDECOPI/CLC, 22 de febrero de 2008, p. 17.

²² Cabe recordar que el hipoclorito de sodio no se produce en plantas especializadas para este insumo, sino que se obtiene como uno de los productos remanentes de la producción de cloro-soda.

²³ Ver numeral 227 del Informe N° 025-2005/GEE.

Merger Guidelines” del Departamento de Justicia y la Federal Trade Commission. Sobre la base de estos argumentos, la CLC ratificó la existencia de una clara posición de dominio en el mercado de producción del hipoclorito de sodio a escala nacional, durante todo el periodo de investigación, desde el año 1998 hasta el año 2003.

5.2 Sobre los alcances del contrato celebrado entre Quimpac y Clorox

a) Sobre el contrato de exclusividad

Uno de los puntos clave del proceso fue determinar la naturaleza del contrato firmado por Quimpac y Clorox. La Secretaría Técnica, al igual que las empresas denunciadas, determinó que este sería un contrato de distribución exclusiva, y no uno del tipo “take or pay”, como afirmaban las empresas denunciadas. En efecto, la Secretaría Técnica subrayó que los contratos de este último tipo se caracterizan por fijar un pago mínimo por la disponibilidad de cierta cantidad de un producto, bajo el riesgo de que sea este utilizado o no por el adquiriente. No obstante, el acuerdo en cuestión no solo ponía a disposición de Clorox una cantidad referencial del insumo, con el fin de asegurar un ingreso mínimo para Quimpac, sino que también impedía que esta última empresa distribuya el hipoclorito de sodio a competidores de Clorox, dejando la distribución de este nicho de mercado en manos de esta última, de manera exclusiva.

La referida condición eliminaría el riesgo inherente a los contratos del tipo “Take or Pay”, es decir, que el comprador requiera una cantidad menor a la cantidad mínima pactada inicialmente, a pesar de que tiene que pagar por esta última cantidad. En efecto, el hecho de asegurarse la distribución del hipoclorito de sodio que no utilice, eliminaba la posibilidad de este último escenario para Clorox²⁴. En consecuencia, no puede considerarse al acuerdo como uno del tipo “Take or Pay”, puesto que Clorox operaba como distribuidor exclusivo del hipoclorito de sodio y no como un adquiriente de este insumo para su propia producción, sin ser vulnerable a los riesgos producto de un contrato con las condiciones de uno “Take or Pay”.

b) Sobre la existencia de eficiencias

La Secretaría Técnica reconoció que el contrato de distribución exclusiva originaba algunas

eficiencias, tales como la disminución de los costos de transacción, el aseguramiento de un monto mínimo de ingresos o un flujo constante del insumo y la realización de transferencias de tecnología, entre otros las cuales aparecen detalladas en el cuadro N° 3.

La reducción del riesgo en la comercialización del hipoclorito de sodio habría sido, sin embargo, mínima, puesto que Quimpac también comercializaba ácido clorhídrico, insumo que también se encontraba controlado. Esto significa que la empresa podría haber aprovechado los modelos de sistemas de obtención y procesamiento de información que aplicaba con este insumo.

Otra posible eficiencia que también es considerada insignificante sería la disminución de los costos de comercialización. Este hecho se debe a que Quimpac ya cuenta con una organización en cuanto a la distribución y ventas del resto de sus productos químicos, por lo que el comercializar el hipoclorito de sodio no supondría costos adicionales ni grandes inversiones para esta empresa.

Sin embargo, estas eficiencias, vitales o no para el desarrollo del mercado, también habrían poderse logrado por alguna otra relación comercial de largo plazo, que no incluya cláusulas exclusivas que excluyan del mercado a otros competidores.

5.3 Análisis de proporcionalidad de los efectos en el mercado

La restricción vertical en cuestión influyó directamente en dos eslabones de la cadena productiva de lejía. Por un lado, el mercado de producción de hipoclorito de sodio, donde opera Quimpac, y, por otro lado, el mercado de distribución de este insumo, donde opera la empresa Clorox. Asimismo, dicha restricción también terminó afectando el mercado del producto final, el envasado y venta de lejía.

En primer lugar, cuando se analizan las participaciones locales en el área geográfica donde opera Gromul y que corresponde a las ciudades de Huánuco y Pucallpa, en el departamento de Huánuco, y Tingo María, en Ucayali, se puede concluir que Clorox no ganó participación en el mercado de envasadores de lejía en el periodo investigado. En efecto, la participación de ventas

²⁴ Cabe resaltar que un contrato del tipo “Take or pay” tampoco impide al adquiriente distribuir el insumo remanente por sus propios medios, con el objetivo de no caer en pérdidas por la transacción. No obstante, se estaría cuestionando la distribución exclusiva (monopólica y no competitiva) de dicho insumo remanente.

de Gromul frente al de Clorox, se mantuvo relativamente estable entre 1998 y 2003. Fue sólo a partir del año 2003 que el crecimiento de Clorox frente a Gromul se intensificó, a pesar de que, en términos absolutos, la empresa Gromul creció de manera importante y que, además, el precio del hipoclorito de sodio se incrementó.

Asimismo, la participación de las empresas redistribuidoras tampoco habría caído de forma significativa frente a Clorox. Es decir, a pesar de que el volumen transado en el mercado de redistribución de hipoclorito de sodio era menor al total producido, puesto que Clorox consumía un aproximado de 373 TM al mes, los volúmenes de compra de las redistribuidoras se mantuvieron estables entre los años 1999 y 2003, así como las ventas directas de Clorox a los envasadores.

La CLC concluyó que esta estabilidad en las compras de los redistribuidores implicaría que sus ventas tampoco habrían caído.

Con respecto al mercado de venta de lejía al consumidor final, la Secretaría Técnica tampoco habría detectado daño alguno a la competencia. En efecto, el precio de la lejía,

manteniendo la misma concentración, no solo no se habría incrementado, sino que más bien habría disminuido de S/. 1.00 a S/ 0,50 por el frasco de 250 gr. Este hecho hizo que los competidores también tengan que disminuir sus precios, además de realizar innovaciones en los envases de cojines a botellas. Además, el crecimiento de la participación de Clorox no ha sido sostenida luego de la implementación del contrato, sino más bien el incremento de su participación se nota a partir del año 2003.

5.4 La discriminación realizada por Clorox

Con respecto a la primera modalidad de discriminación, es decir, la diferencia entre el precio al que Clorox adquiere el hipoclorito de sodio y el precio al cual lo revende, la GEE había determinado que sí existiría una infracción. Esta decisión se basó, en primer lugar, a que Clorox adquiere el insumo a US\$ 65 y utiliza solamente 373 TM, es decir, un volumen mucho menor que otras empresas. En segundo lugar, la GEE resaltó el gran incremento de precios del insumo desde la celebración del acuerdo, en 1999, hasta el año 2003, donde el precio pasó de US\$180 a US\$ 250.

Cuadro N° 3: Eficiencias alegadas por Quimpac y Clorox

Eficiencia alegada	Sustento	Evaluación
Reducción de riesgo del producto controlado (hipoclorito) para Quimpac.	Las ventas a pequeñas empresas eran realizadas por Clorox, que asumía el costo de verificar los requisitos de las normas de control de productos químicos.	Quimpac vendía otro producto controlado (ácido clorhídrico) directamente y se le ofreció a Dispra (bajo disponibilidad inmediata), por tanto, no se sustenta un trato especial para el hipoclorito de sodio. No obstante, puede asumirse que existió algún ahorro en costos de transacción para el productor del insumo.
Reducción de costos de transacción para Quimpac.	Quimpac podía colocar gran parte de su producción de hipoclorito con un gran cliente, lo que implicaba menores costos que contratar con numerosas empresas pequeñas.	El mismo efecto se pudo obtener sin la exclusividad (i.e. mediante un contrato de suministro o de un take or pay).
Eficiencias del take or pay para Clorox.	Aseguraba la entrega del insumo.	No era necesaria la exclusividad.
	Solidez de la empresa y transferencia de know sobre hipoclorito de sodio.	No era necesaria la exclusividad.
Reducción de costos ambientales para Quimpac.	Por el contrato Quimpac colocaba su producción, reduciendo costos de almacenamiento y evitando desechar los mismos (costos).	No era necesaria la exclusividad.

Fuente: Resolución N° 005-2008-INDECOPI/CLC

Sin embargo, la Secretaría Técnica determinó que esta diferencia de precios no es susceptible de ser evaluada según el supuesto de discriminación, puesto que no se puede suponer que existen transacciones de venta del insumo en el interior de Clorox. Es decir, el hecho de que Clorox sea, al mismo tiempo, distribuidor de hipoclorito de sodio y demandante del mismo, al ser productor de lejía, no implica que esta empresa pueda venderse el insumo a sí misma. Ahora bien, las desventajas a las que hacen referencia las empresas denunciantes es producto del cierre del mercado, causado por el contrato de distribución exclusiva. Por lo tanto, al eliminarse este contrato, el proceso competitivo podría volver a la normalidad.

Con respecto a la segunda de las modalidades de discriminación, tanto la Secretaría Técnica, como la GEE estuvieron de acuerdo en que las diferencias en los precios de venta a las empresas distribuidoras no serían significativas. Además, cabe resaltar que Clorox cobraría un único precio de lista, aunque aplicando descuentos similares, que varían entre 26% y 30% del valor de venta.

5.5 Resolución final del caso

a) Las recomendaciones de la Secretaría Técnica

La Secretaría Técnica emitió el informe N° 064-2007-INDECOPI/ST-CLC, con fecha 24 de septiembre de 2007, donde recomendaba sancionar a Quimpac por abuso de posición de dominio, producto del acuerdo de distribución exclusiva, en tanto no se habría demostrado que la exclusividad fuese necesaria para que se produzcan las eficiencias producto de la restricción. Asimismo, también determinó que las denuncias por discriminación contra Clorox no se encontrarían justificadas.

En consecuencia, la Secretaría Técnica recomendó sancionar a la empresa Quimpac, excusando a Clorox de las prácticas discriminatorias. La principal razón para excusar a Clorox era que, a pesar de que ella también había participado del acuerdo, esta empresa no tenía posibilidades de afectar la competencia por sí misma, en tanto no contaba con posición de dominio en el mercado. Es decir, habría sido Quimpac quien en forma unilateral decidió implementar del acuerdo de exclusividad, producto de su posición de dominio. Por lo tanto, Clorox únicamente habría podido alcanzar la referida posición de dominio por medio de este acuerdo, que es al causante de las lesiones a la competencia. En consecuencia, no se le podría imputar responsabilidad alguna a Clorox por abuso de posición de dominio.

Dado que Quimpac no solo ostentaba posición de dominio en el mercado de producción de hipoclorito de sodio, sino que mantenía el monopolio de la producción nacional de dicho producto químico, se consideró que la infracción debe ser considerada como grave. Para efectos del cálculo de la multa a ser impuesta a la empresa infractora se tomó en cuenta el beneficio ilícito esperado de la comisión de la infracción al Decreto Legislativo N° 701, aplicando la probabilidad de detección de la misma.

El beneficio ilícito que Quimpac esperaba obtener de la implementación del acuerdo de exclusividad está representado por la participación que le correspondía sobre el beneficio percibido por Clorox como distribuidor, la misma que, conforme a la cláusula Décimo Primera del Contrato de Suministro y Distribución Exclusiva, ascendía a un 65%. La fórmula utilizada fue la siguiente:

$$\text{Beneficio esperado de Quimpac} = (P_v Q_v - P_c Q_c) \times 65\%$$

Donde:

- P_v : Precio mínimo de reventa de la tonelada de hipoclorito por parte de Clorox (igual a \$ 146).
- Q_v : Volumen total revendido por parte de Clorox (1200 tm por mes)
- P_c : Precio de compra de Clorox a Quimpac (igual a \$ 65).
- Q_c : Volumen total comprado por parte de Clorox a Quimpac (1200 tm por mes dado el contrato take or pay).

En consecuencia, el beneficio ilícito esperado de Quimpac por la implementación de la relación de exclusividad sería de US\$ 2 274 480.00; que al tipo de cambio vigente en enero de 1998 (S/. 2.72), equivaldría a S/. 6 186 585.60, que divididos por el valor actual de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT, equivalente a S/. 3 450.00) da como resultado 1 793.21 UIT.

De acuerdo con los criterios establecidos por la Comisión en pronunciamientos anteriores, este importe debe ser dividido por la probabilidad de detección, la cual puede ser considerada alta y fijada en 90%, teniendo en cuenta que los instrumentos elegidos por la empresa para cometer la infracción no tuvieron un carácter secreto o clandestino y que la exclusividad se trata de una conducta implementada por una empresa con posición de dominio, cuya existencia podía ser identificada por los distintos agentes económicos en el mercado de hipoclorito.

En consecuencia, la multa resultante ascendería a 1992.46 UIT, obtenidos de la siguiente manera:

$$\text{Multa} = \text{Multa base} / \text{probabilidad de detección} \\ = 1\,793,21 / 0,9 = 1,992.46 \text{ UIT}$$

De otro lado, considerando que, en el presente caso, se acreditaron algunas ganancias de eficiencia para la infractora, aun cuando pudieron haberse obtenido recurriendo a un instrumento que no lesionara la competencia, corresponde reducir a multa obtenida en 75%, con lo que se obtiene una multa de 498,11 UIT.

Asimismo, teniendo en cuenta que no se ha acreditado daño a los consumidores en el mercado de lejía, y más bien se ha podido verificar una reducción en el precio final del producto –que podría ser parcialmente atribuible a las ganancias en eficiencia mencionadas–, corresponde reducir la multa obtenida en el numeral anterior en 50%, con lo que se obtiene una multa de 249,06 UIT.

Finalmente, se recomendó a Quimpac, como medida complementaria, abstenerse de establecer futuras relaciones de exclusividad que puedan lesionar la competencia, considerando su amplia participación en el mercado de hipoclorito de sodio y de otros insumos, así como conductas que tengan efecto discriminatorio.

b) La Resolución de la CLC

El 22 de febrero de 2008 la CLC emitió la resolución N° 005-2008-INDECOPI/CLC, donde se recogió la mayoría de las recomendaciones de la Secretaría Técnica, salvo el aspecto relacionado con excusar a Clorox de haber abusado de la posición de dominio adquirida, así como el monto de la multa. Es decir, se estableció que sí habría habido un contrato de exclusividad, el cual permitía generar algunas eficiencias, las cuales fueron resumidas en el cuadro N° 3, pero que estas no justificaban la exclusividad, puesto que “los mismos pudieron ser alcanzados mediante mecanismos menos restrictivos para la competencia”²⁵.

La decisión de no excusar a Clorox basó en el hecho de que el acuerdo había sido una decisión de las dos partes para desarrollar una estrategia empresarial conjunta. Es decir, no se habría tratado de una relación comercial impuesta a Clorox por parte de Quimpac, a pesar del monopolio de esta última del hipoclorito de sodio, sino que nos

encontraríamos frente a un acuerdo conjunto, que beneficiaba a ambas partes.

El procedimiento para calcular el monto para la multa fue distinto. El incremento de precios resultante del acuerdo, de acuerdo con el criterio de la CLC, fue de US\$ 20, que corresponde al aumento de US\$ 160 a US\$ 180 en el máximo precio cobrado por Clorox., en los años 1999 y 2000. Al multiplicar este incremento de precios por los volúmenes comercializados en dichos años, se obtuvo un “beneficio resultante del acuerdo” de US \$ 754,907.40. Luego, al dividir este monto entre la probabilidad de detección que fue fijada en 90%, se obtuvo como multa base un total de US\$ 838 786,00 que, al tipo de cambio vigente en enero de 1998 (S/. 2,72)41, equivaldría a S/. 2 281 497.93, monto que al ser dividida por el valor actual de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT, equivalente a S/. 3 500,00), da como resultado 651,86 UIT.

En síntesis, la resolución de la CLC se puede resumir en tres grandes puntos:

En primer lugar, la CLC resolvió declarar fundada la denuncia por la implementación de restricciones verticales, en la modalidad de acuerdo de distribución exclusiva, tanto contra Quimpac como contra Clorox. En consecuencia, cada una de las empresas tendría que pagar una multa de 325.93 UIT, es decir, la mitad de la multa de 651.86 UIT, inicialmente propuesta por la Secretaría Técnica sólo para Quimpac.

En segundo lugar, declaró infundada la denuncia por la presunta negativa de venta injustificada contra Quimpac, en tanto esta negativa se habría dado en el marco de la restricción vertical ya sancionada. Además, declaró infundada la denuncia contra Clorox por discriminación de precios del hipoclorito de sodio y desestimó la pretensión de las empresas denunciadas de imputarle una infracción por precios abusivos.

Finalmente, se ratificó la medida complementaria sugerida por la Secretaría Técnica y se ordenó a Quimpac y a Clorox asumir el pago de los costos en los que hubiesen incurrido las denunciadas, Gromul y Dispra, a lo largo del procedimiento.

c) La Resolución del Tribunal

El 18 y el 24 de marzo de 2008, Quimpac y Clorox interpusieron recursos de apelación contra la Resolución de la Comisión, en los siguientes términos:

²⁵ Resolución N° 005-2008-INDECOPI/CLC, numeral 69, p. 22.

- El Decreto Legislativo N° 701 no tipifica que los acuerdos de exclusividad, por sí mismos, constituyan prácticas restrictivas de la libre competencia o abusos de posición de dominio.
- Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión debió evidenciar si la relación de exclusividad ha afectado realmente a la competencia, causando mayores perjuicios que beneficios al mercado, a sus competidores y, en particular, a los consumidores. Por el contrario, la Comisión reconoce que la supuesta restricción no ha causado un efecto significativo sobre los redistribuidores del insumo, los competidores de Clorox, envasadores de lejía o el consumidor final.
- El ingreso de operadores en el mercado de lejías demuestra que el mercado viene funcionando de manera adecuada debido a que no existen barreras a la entrada. Prueba de ello es el incremento de las ventas de empresas como Intradevco y Liguria.
- En el 2003 los denunciantes pierden cuota de mercado en Ucayali y Huánuco como consecuencia de la introducción por parte de Clorox de la lejía en botellita sin tapa de 250 gr, que significó una reducción en sus costos de producción y, por ende, la fijación de un menor precio ascendente a S/. 0,50 por cada botellita.

El Tribunal confirmó la resolución de primera instancia, en el extremo quede clara fundada la denuncia formulada por Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A. por la comisión de prácticas colusorias verticales en la modalidad de contratos de distribución exclusiva en infracción de los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo N° 701; toda vez que se ha evidenciado que la conducta podría haber generado efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Los argumentos fueron, en gran medida, recogidos de la resolución de primera instancia, pero se introdujeron algunos elementos adicionales que es importante mencionar. En primer lugar, con relación a lo sostenido por Quimpac respecto a que el acuerdo de exclusividad le permitía ahorrar costos administrativos al tratar solo con clientes grandes y reconocidos, dado su interés de colocar una gran parte de su producción, la Sala consideró que ello no guardaba relación con el comportamiento observado por dicha empresa, toda vez que según los reportes de venta de hipoclorito de sodio remitidos por la denunciada, se observa que, a excepción de Clorox, los otros clientes de Quimpac adquirían volúmenes inferiores a las 20 toneladas que fue lo que en un inicio solicitaron los denunciantes.

En segundo lugar, el Tribunal consideró que el mantenimiento de una relación de exclusividad, en un contexto en el que Quimpac gozaba de posición de dominio en el mercado de producción y suministro de hipoclorito de sodio, como único insumo para el envasado de lejía en el territorio peruano, probablemente hubiera podido generar un resultado negativo al proceso competitivo. Esto, debido a que, al cerrar la posibilidad de provisión directa del insumo, se han incrementado artificialmente los costos de permanencia en el mercado a los competidores y, eventualmente, ello hubiera podido significar la exclusión arbitraria, no basada en eficiencias, de los otros envasadores de lejía. Esta potencialidad de resultado lesivo también se generó cuando Clorox, en su calidad de distribuidor exclusivo, incrementó el precio de lista del hipoclorito de sodio para los otros envasadores de lejía, mientras que el precio que Clorox pagaba a Quimpac para su giro como envasador de lejía era de US\$ 65,00 por tonelada. En efecto, en 1999 Clorox cobraba un precio de US\$ 180,00 por toneladas de hipoclorito de sodio, pasando a US\$ 250,00 por tonelada en el 2003; este hecho eventualmente podría haber generado que algunos competidores se vean marginados del mercado como resultado de la conducta de Clorox.

Asimismo, se consideró que el hecho de que Intradevco S.A. apareció en el mercado posteriormente a la celebración del acuerdo de exclusividad adquiriendo hipoclorito de sodio directamente a Quimpac, no atenuaba la potencialidad de los efectos negativos para la competencia, dado que cualquier nuevo entrante tenía que adquirir el insumo a un precio más alto, incrementando sus costos de permanencia en el mercado de manera artificial.

Sin embargo, el Tribunal consideró que, en vista de que el acuerdo colusorio no tuvo un efecto material negativo sobre el mercado (entendido como un resultado negativo para la competencia y los consumidores) y que la dimensión del mercado que potencialmente habría podido ser afectado ha sido poco significativa, debían reducirse las multas impuestas por la primera instancia en un (75%), de tal manera que la multa a imponerse sería equivalente a ciento sesenta y dos coma noventa y seis (162,96) UIT.

La razón para señalar que el acuerdo no tuvo un efecto material negativo sobre el mercado es que la salida del mercado de Gromul (y, eventualmente, de otras empresas) no se habría debido a la relación de exclusividad entre Quimpac y Clorox, sino principalmente a la mejora y estrategia empresarial de esta última empresa que ofreció un

producto barato y más atractivo. En efecto, Gromul comenzó a perder participación de mercado cuando Clorox ingresó con su presentación de botellita de lejía sin tapa a S/. 0,50.

Asimismo, se consideró el hecho que Clorox no incrementó sustancialmente sus niveles de ventas inmediatamente luego de la firma del contrato, dado que existen otras empresas productoras de lejía que no solamente lograron mantenerse en el mercado, sino que también pudieron incrementar su participación en el mercado de lejía para lavar, ofreciendo a los consumidores un producto que ha podido competir con los de Clorox. Así, por ejemplo, se observa que la empresa Liguria ha ido incrementando su participación de mercado en los últimos años.

Por otro lado, se tomó en cuenta el hecho de que el mercado de hipoclorito de sodio en todo el país representa ventas anuales de aproximadamente 22.000 toneladas, lo cual a un precio de US\$ 180.00 por tonelada ascienden a un total aproximado de US\$ 3 960,000.00 por año. Quimpac, por su parte, había señalado que las ventas de hipoclorito de sodio oscilaron entre US\$ 1 600,000.00 y US\$ 1 700,000.00 en el periodo 2001–2003, lo cual representó un valor menor al 0,01% del Producto Bruto Interno nacional para dicho periodo. El Tribunal consideró, por lo tanto, que la conducta no habría sido desarrollada en un mercado sustancialmente grande en comparación con la producción de otros insumos dentro del sector de químicos; especialmente si se tiene en consideración que el hipoclorito de sodio no es el principal producto que elabora Quimpac.

Finalmente, el Tribunal confirmó, de la resolución de primera instancia, el ordenar que Quimpac, en tanto mantenga su posición dominante en la producción y distribución de hipoclorito de sodio, se abstenga de establecer relaciones de exclusividad que puedan constituir restricciones verticales a la competencia, así como otras conductas que pudiesen tener un efecto excluyente. Por lo tanto, cuando Quimpac coloque el hipoclorito de sodio en el mercado, deberá cumplir con brindar un trato no discriminatorio a aquellos agentes económicos que demanden el producto.

6. Comentarios finales

6.1 Sobre los aspectos teóricos del caso

Es importante señalar, en primer lugar, que lo que está de por medio en este caso no es un acuerdo de

exclusividad típico, donde el comprador (Clorox) se compromete a no comprar el bien en cuestión (el hipoclorito de sodio) a otro vendedor distinto del fabricante (Quimpac). En este tipo de acuerdos el fabricante restringe la competencia al interior de su misma marca (competencia intramarca) y, tal como lo ha señalado la escuela de Chicago, y en especial Bork (1978) y Posner (2007), el principal efecto es la promoción de la eficiencia. Es decir, el fabricante se asegura de que el distribuidor concentre sus esfuerzos de venta en la promoción de su marca y, de esta manera, se mantenga la buena reputación de la misma para que esta pueda competir en buen pie con las marcas de los otros competidores. Es decir, se restringe la competencia intra-marca para promover la competencia inter-marcas.

El acuerdo entre Quimpac y Clorox no restringe la competencia intra-marca, sino que sustituye un monopolio en el nivel de un fabricante-distribuidor (Quimpac) por otro monopolio, con el agravante de que el nuevo distribuidor (Clorox) es la vez un competidor de los otros compradores del hipoclorito de sodio, es decir, los fabricantes de lejía. Esto es, el nuevo monopolio en manos de Clorox no fomenta la competencia inter-marcas sino que la restringe, puesto que permite aumentar su posición de dominio en detrimento de sus competidores. Este aumento en el poder de mercado de Clorox no se estaría dando como consecuencia de una eficiencia, sino del acaparamiento del hipoclorito de sodio para venderlo a un mayor precio a sus competidores en el mercado de lejía, llegando incluso a negarse a vender a las dos empresas denunciadas.

A este respecto, Areeda y Hovenkamp (2004, 19-81) señalan claramente que, “bajo el principio de la regla de la razón que se aplica en los casos de acuerdos de exclusividad, la evidencia estructural es decisiva solo cuando los números son pequeños, indicando que la restricción es legal. Cuando los números son suficientemente grandes para representar una amenaza, se puede inferir la ilegalidad *prima facie*, de tal manera que la carga de la prueba recae sobre el denunciado para demostrar que la exclusividad se justifica bajo las circunstancias del caso”. Más adelante señalan que con una participación de 30% la empresa denunciada puede demostrar que las eficiencias alcanzadas son suficientemente importantes para justificar el acuerdo, pero cuando la participación es mayor a 50% los acuerdos suelen ser declarados ilegales. En este caso es obvio que la participación de Quimpac y de Clorox tanto en el mercado aguas arriba (hipoclorito de sodio) y aguas abajo (lejía) superaba largamente el 50%.

En segundo lugar, cabe mencionar un caso similar, ocurrido en Colombia en el año 2008, donde Clorox se opuso a la compra de Prodesal, la principal empresa productora de derivados de la sal, incluyendo el hipoclorito de sodio, por parte de Mexichem, una de las empresas químicas más importantes de América Latina. Lo curioso del caso es que el principal accionista de Prodesal es nada menos que Quimpac. Dado que en Colombia existe una ley de fusiones, y la autoridad competente es la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), Mexichem solicitó la autorización de este organismo. Clorox argumentó que “el hipoclorito de sodio es un producto de difícil importación y la apertura de una planta no es atractiva, por los márgenes que deja el negocio de blanqueadores y limpiadores y debido a que no está dentro de sus focos de negocios”. Es decir, sostuvo todo lo contrario a lo que planteó en su recurso de defensa ante Indecopi, para justificar la concentración de la industria.

La solicitud de compra fue denegada en un primer momento, pero luego se condicionó a que Mexichem Colombia (Mexcol) vendiese una planta que produce hipoclorito de sodio en Cajicá (a 39 Kms de Bogotá), y apta para generar 13.300 toneladas anuales y los cuales iban a traspasarse a una nueva firma mediante una escisión. Ahora que Mexichem ha iniciado el proceso de compra de Prodesal, la primera empresa ha entrado en conversaciones con Quimpac para adquirir las acciones de esta última.

6.2 Sobre el procedimiento seguido por la CLC y el Tribunal

Uno de los aspectos que debe destacarse es la dificultad que tienen tanto la CLC como el Tribunal para apreciar la verdadera magnitud de una práctica anticompetitiva, cuando los denunciantes son pequeñas empresas como Gromul y Dispra, y donde la primera de las nombradas tenía incluso la reputación de ser una mala pagadora. Cuando las empresas denunciantes solicitaron una medida cautelar que ordene a Quimpac a venderles el hipoclorito de sodio, la CLC se mostró primero reticente, pero después dispuesta a otorgarla; sin embargo, el Tribunal revocó la medida alegando que no había evidencias claras de daño. Se tuvo que solicitar a la Gerencia de Estudios Económicos un estudio del caso para que, dos años después de la denuncia, se tenga un informe sobre las implicancias del acuerdo de exclusividad entre Quimpac y Clorox. Aun así, la CLC tardó tres años más en emitir una resolución y el Tribunal un año adicional. Es decir, las autoridades del Indecopi tardaron seis años para resolver un caso que pudo

y debió ser resuelto en forma mucho más rápida.

En segundo lugar es notorio cómo tanto la Secretaría Técnica como la CLC y el Tribunal fueron reduciendo el monto total de la multa de casi 2,000 UIT's a un poco más de 160 UIT alegando las “eficiencias” resultantes del acuerdo y la reducida magnitud del daño. Sobre esto cabe remarcar que la única eficiencia que queda clara fue la reducción del riesgo de no pago para Quimpac, puesto que el argumento del ahorro de los costos administrativos fue desvirtuado por el Tribunal. La única eficiencia que realmente podría haber sido importante fue la supuesta transferencia tecnológica realizada por Clorox, la cual nunca fue acreditada. Por otro lado, la reducida magnitud del daño al mercado, alegada por el Tribunal, no se encuentra acreditada, puesto que no se realizó ningún estudio al respecto.

En efecto, resulta difícil creer que no hubo daño en un mercado, como el del hipoclorito de sodio para la lejía, que ha sido totalmente monopolizado por Clorox, como consecuencia del acuerdo con Quimpac. Si bien es cierto que el precio del producto final, es decir, la lejía, no parece haberse elevado, habría que haber demostrado que, en un contexto de libre competencia, el resultado hubiera sido el mismo.

Bibliografía

AREEDA, Phillip y Herbert HOVENKAMP (2004[2008]). *Fundamentals of Antitrust Law*.

AUSTIN, Aspen Publishers, Wolster Kluwer Law and Business

BORK, Robert H (1978 [1993]). *Antitrust Paradox*. Nueva York: Basic Books, Inc. [Nueva York: The Free Press].

HOVENKAMP, Herbert (2005). *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its practice*. St. Paul, MN:West Group Publishing (tercera edición)

PIRAINO, Thomas A. (2007) “Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21th Century”, en *Indiana Law Journal*, vol. 82, pp. 344-409.

POSNER, Richard A. (2007). *Antitrust Law*. University of Chicago Press, 2007 (segunda edición).

SULLIVAN, Lawrence A. y WARREN S. GRIMES (2006). *Hornbook on the Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. Thompson West (segunda edición).