

Oscar Súmar Albújar*

Public Choice y Derecho de la Libre Competencia 171

A propósito del caso Clorox y los acuerdos colusorios verticales

1. Introducción

En el presente artículo planeamos introducir a nuestro medio una relativamente novedosa idea acerca del derecho de libre competencia. La idea es que este derecho responde a intereses privados y no al interés público. Es un medio para restringir la competencia, en lugar de garantizarla y, como tal, beneficia a algunas empresas en desmedro de los consumidores y el libre mercado.

Sin lugar a dudas, no es nuevo criticar el derecho de libre competencia. Esta rama del derecho ha sido ampliamente criticada por no cumplir sus fines y esto ha llevado a que algunas de sus normas más perniciosas sean derogadas. Lo curioso es que estas normas, a pesar que tenían como efecto restringir la competencia, habitualmente han sido percibidas como “errores”, mas nunca como intentos deliberados de empresas de obtener ganancias a través del proceso político.

En nuestro medio se ha dado algunos pasos, aunque aun tímidos, a fin de considerar la regulación directa como producto de la presión de grupos. Esta idea, sin embargo, no es muy difundida y rara vez es utilizada como fundamento del análisis de normas. Este trabajo pretende ir incluso un paso más allá y analizar una norma que rara vez es percibida como un producto de la presión de grupos de interés; aun donde sí es habitual el análisis basado en la teoría económica de la regulación (*i.e.* Estados Unidos o Inglaterra).

2. El caso Clorox

En el caso materia del presente comentario, la empresa Quimpac (monopolista de un insumo) celebró un contrato con Clorox (fabricante de productos derivados del insumo) por medio del cual la primera se comprometió a venderle el insumo exclusivamente a la segunda.

* Abogado por la PUCP, 2008. Profesor del curso Economía y Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Pacífico.

El caso ha sido resuelto de tal modo que se ha sancionado dicha práctica, tanto en la primera, como en la segunda instancia¹. El fundamento de la sanción a ambas empresas fue el que –según la el Decreto Legislativo 701- en el Perú estarían prohibidos los acuerdos colusorios de la competencia en los que participara por lo menos una empresa con posición de dominio.

3. *Public Choice* y Derecho de la Libre Competencia

Tal como ha sido destacado en otros lugares, el derecho de la competencia habitualmente ha sido entendido como uno que responde al interés público, que es una categoría que fue tradicionalmente usada en el Derecho Administrativo para justificar los casos de intervención del Estado en la Economía. Supuestamente, cuando el Estado interviene en la Economía, sea regulando, expropiando o prestando un servicio público, lo hace porque es del interés de la sociedad que así sea.

Esta teoría, como lo señalan Viscusi y otros², puede ser considerada una etapa en el Derecho Regulatorio, pero que ha sido superada en gran medida por la *Public Choice* y la Teoría Económica de la Regulación que, con una visión menos ingenua, postulan que una de las explicaciones –la más habitual- de la regulación o la intervención estatal en general, es la propia acción de grupos de interés que funcionan en la arena política con la misma racionalidad *maximizadora de beneficios* que utilizarían en el mercado.

Esta lógica, sin embargo, solo se ha extendido a los ámbitos donde es más obvio entender que se está restringiendo la competencia; pero no a los demás casos en los que el Estado interviene de manera más “débil”.

De este modo, suele haber una oposición entre lo que entendemos por “regulación” y otras maneras menos restrictivas de intervenir en la Economía, como el derecho antimonopólico; y, dicha distinción ha tenido efectos en lo que entendemos como las motivaciones, justificaciones o sustento de cada uno de estos ámbitos³.

Así, mientras la regulación tiene, en términos generales, una consideración negativa y –aunque no tanto en nuestro medio- se le suele asociar a la presión de los grupos de interés; las normas más generales, como las de competencia, reciben una consideración general positiva, aunque se entienda que ámbitos particulares tengan errores; por lo que son más asociadas al interés o bienestar público.

Esto ha sido expresado por autores como DiLorenzo:

“Hoy en día la regulación es generalmente entendida como un mecanismo mediante el cual grupos de interés influyen en el gobierno para crear barreras de entrada u otros privilegios. Investigaciones han demostrado, por ejemplo, que la Civil Aeronautics Board creó un cartel en la industria aérea, la Interstate Commerce Commission ayudó a establecer un monopolio sobre los rieles y la industria de los camiones, la Federal Deposit Insurance Corporation limitó ampliamente la entrada en los negocios bancarios, y las licencias de ocupación crearon barreras de entrada en cientos de profesiones. Mucha de la historia de la regulación reseña privilegios monopólicos adquiridos a través del auspicio del Estado, como Adam Smith señaló hace más de 200 años en The Wealth of Nations.

De manera extraña, la regulación anti-monopólica aun es ampliamente percibida como una benévola respuesta del gobierno a las ‘fallas’ e ‘imperfecciones’ del mercado. Incluso economistas que son usualmente escépticos a la regulación promulgada en nombre del interés público parecen perder su perspectiva cuando se trata de la legislación anti-monopólica. George Stigler, por ejemplo, ha dicho: “Hasta donde puedo decir, (the Sherman Act) es una norma basada en el interés público... en el mismo sentido que creo que tener propiedad privada, cumplimiento de los contratos y supresión de los crímenes son fenómenos relacionados al interés público... Me gusta la Sherman Act”⁴.

1 Expediente 003-2003-INDECOPI/CLC.

2 VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E. y John M. VERNON. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge: The MIT Press. 2005. pp. 322-349.

3 Alfredo BULLARD ha puesto bastante énfasis en esta distinción, lo que puede ser consultado aquí: BOZA, Beatriz (editora). *Invirtiendo en el Perú*. Guía Legal de Negocios. Lima: Apoyo. 1994. Sección de regulaciones antimonopólicas.

4 DILORENZO, Thomas. *The Antitrust Economists’ Paradox*. Austrian Economics Newsletter. Ludwig von Mises Institute. 1991. pp. 1-6. <http://www.mises.org/journals/scholar/DiLorenzo.PDF> Traducción libre de: “Today regulation is generally recognized as a mechanism by which special interests lobby the government to create barriers to entry or other special privileges. Research has shown, for example, that the Civil Aeronautics Board cartelized the airline industry, the Interstate Commerce Commission helped monopolize the railroad and the trucking industries, the Federal Deposit Insurance Corporation sharply limited entry into the banking business, and occupational licensing created entry barriers into hundreds of occupations. Much of the history of regulation chronicles monopoly privileges procured through the auspices of the state, as Adam Smith pointed out more than 200 years ago in The Wealth of Nations. Oddly, antitrust regulation is still widely viewed as government’s benevolent response to the “failures” and “imperfections” of the marketplace. Even economists who are usually skeptical of regulations enacted in the name of the public interest seem to lose their perspective when it comes to antitrust. George Stigler, for example, has stated: “So far as I can tell, [the Sherman Act] is a public-interest law ... in the same sense in which I think having private property, enforcement of contracts, and suppression of crime are public-interest phenomena.... “I like the Sherman Act.” [Quoted in Thomas Hazlett, “Interview with George Stigler,” Reason, January 1984: 46]).”

De manera similar, en el Perú, pese a que la legislación de competencia nació⁵, coexistió⁶ y devino⁷ en regulación directa de precios; reconocidos autores como Luis Diez-Canseco⁸ no han dudado en considerarla como un sistema de restricciones a la libertad que tienen como fin último –paradójicamente– asegurarla⁹.

En realidad, en nuestro país, rara vez una regulación es considerada o estudiada desde la lógica de la Teoría Económica. Ni siquiera en el campo de la regulación, en el que los profesores de Derecho Administrativo consideran que la regulación estatal se debe al interés público. Y no es que discrepen con las teorías económicas de la regulación, simplemente siguen otra escuela (la “Europeo-Continental”) –donde éste concepto se habría acuñado– en contraposición a las doctrinas anglosajonas¹⁰.

Lo que estos profesores fallan en ver es que el propio concepto de interés público es precisamente una derivación del *commonwealth* norteamericano, nacido allá por 1800 y moldeado por sentencias de jueces como Lemuel Shaw¹¹. Esta teoría, conocida como la Teoría Normativa de la Regulación, sin embargo, como bien ha reseñado Kip Viscusi¹², fue superada luego de decenas de años, pasando por la idea de las fallas de mercado, la Teoría de la Captura, la *Public Choice* y la Teoría Económica de la Regulación; que es lo que se sigue actualmente en los lugares donde se estudia el tema con cierto nivel de seriedad, desde hace más o menos 50 años.

Sumado a esto, aún en Estados Unidos, con excepciones que hemos tomado como fuente para la elaboración de este artículo¹³, existe una inclinación sistemática a considerar las políticas de libre competencia –sean legislativas o jurisprudenciales– como simplemente erróneas, antes que intentos deliberados por restringir la competencia. Lo anterior, como

ya comentamos, parte del hecho de considerar a las normas de libre competencia como alineadas con el interés público: se les considera como un arma del gobierno que sirve para alinear el comportamiento egoísta y oportunista de las empresas con el interés de la sociedad¹⁴.

En el caso específico de la primera legislación propiamente de libre competencia en el Perú (el Decreto Legislativo 701), como ha sido destacado por diversos autores en nuestro medio, ésta puede encontrar su origen más en la necesidad del Estado peruano de adaptarse a los mandatos del “Consenso de Washington”¹⁵ que en la presión de grupos de interés locales. Representativamente, la novísima legislación de libre competencia (Decreto Legislativo 1034) se da en el marco de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo para la implementación de medidas que sirvan para asegurar la eficacia del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica.

Esto, no quita, sin embargo, el hecho de que estas normas favorecen a empresas en casos específicos en desmedro de la sociedad y tampoco el hecho de que es conveniente para la propia administración mantenerla, en cuanto es un instrumento de poder y una excusa para la burocracia.

“Las normas anti-monopólicas son intentos deliberados de empresas de obtener ganancias a través del proceso político.”

4. Los acuerdos colusorios verticales en la doctrina

Existen diversas maneras en las que se puede “afectar” verticalmente la competencia. Una de ellas, la más clara, es mediante una fusión o adquisición de una empresa de alguna o todas sus distribuidoras, por ejemplo. Otras maneras son mediante contratos, en los que se fije un precio de reventa, se repartan los territorios en los que cada distribuidor puede operar

5 GAGLIUFFI, IVO. “Viaje a la semilla: ¿cómo era regulada la competencia en el Perú hasta antes del Decreto Legislativo 701?”.
 6 DIEZ CANSECO, José Luis y Enrique PASQUEL. “Precios Excesivos: Una mirada a la luz del Derecho comparado”. En: *Advocatus* 10. 2004. p. 347 y ss.
 7 BULLARD, Alfredo. “La década de los 90: la experiencia peruana en Libre Competencia”. En: *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Themis. 2005. pp. 39-53.
 8 DIEZ CANSECO, José Luis. “¿Qué protege la Libre Competencia? Una perspectiva histórica”. En: *La evolución... Op. Cit.* pp. 17-29.
 9 En el mismo libro de la nota anterior, GONZALO ZEGARRA ha tomado en cuenta los fines políticos (en el sentido de preservación de ideologías) de una norma como la de libre competencia y Enrique Ghersi ha puesto en evidencia el oxímoron que supone hablar de “derecho de la libre competencia”; pero ninguno se ha referido expresamente a la presión de grupos interesados como el sustento de esta norma.
 10 En una reunión con un reconocido profesor de Derecho Administrativo, quedé perplejo ante su respuesta a mi pedido de ayuda en la elaboración de mi tesis (que trata acerca de derecho regulatorio). Me dijo: “no te puedo ayudar mucho en ese campo, dado que no leo doctrina anglosajona”. Dado que los conceptos actuales de Derecho Administrativo son todos desarrollados por la doctrina anglosajona, esto es el equivalente a que un amante de la ópera no tenga idea acerca de lo que pasa con ésta en Italia, no sepa qué cantan los italianos, ni tenga el más remoto interés en saberlo. Sería un curioso experto en ópera.
 11 LEVY, Leonard. *The Law of the Commonwealth and Chief Justice Shaw*. Nueva York/Oxford: Oxford University Press. 1987 (1957).
 12 VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E. y John M. VERNON. *Op. Cit.*
 13 Ver, para una muy buena recopilación: *Antitrust Skeptic’s Bibliography*: <http://cei.org/gencon/030,05269.cfm>
 14 SCHERER, F. M. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Chicago: Rand McNally, 1980. p. 491. Citado por TOLLISON, Robert. “Public Choice and Antitrust”. En: *The CATO Journal* 4. 1985. pp. 905-916.
 15 WILLIANSON, John. “What should the World Bank think about the Washington consensus?”. En: *The World Bank Observer* 2. 2000. pp. 251-264.

o se establezca la exclusividad en la venta o compra de un producto.

Es conocido y ya ha sido expresado por otros autores, como un reciente artículo de Carlos Patrón¹⁶ analizando este mismo caso, que la doctrina tiene en general una valoración positiva acerca del impacto de los acuerdos colusorios verticales en la eficiencia social. Hay, sin embargo, dos ideas extra que quisiéramos destacar, ambas derivadas del trabajo de Robert Bork:

- i) Los contratos “colusorios” son una forma asociativa menos completa que las fusiones o adquisiciones, pero en nada sustancialmente distinta de éstas. En efecto, si un productor decide venderle solo a un distribuidor, de algún modo solo está aplazando la fecha salida de su producto al mercado, que sería el mismo efecto de una integración¹⁷; y, ligado a esto:
- ii) Casi todas las empresas tienen diferentes etapas en su cadena de producción. Por ejemplo, una empresa de gaseosas primero crea el líquido llamado gaseosa, luego lo pone en una botella, luego tapa la botella, luego la etiqueta; etcétera. ¿Quién decide cuál es el momento en que ese producto sale al mercado?¹⁸ ¿Coca-Cola no podría decidir vender sólo el líquido a quienes estuvieran interesados en embotellarlo? Si puede hacer eso, ¿por qué no podría ir un poco más allá y dedicarse también a la distribución de sus productos?

Siendo esto así, la norma no solo no tiene por propósito eliminar una práctica ineficiente; sino que no guarda concordancia consigo misma (probablemente de ahí el subtítulo de la obra de Bork: “Una política en guerra consigo misma”). Esto es así en cuanto el propio sistema admitiría la posibilidad de que una empresa más grande se escinda o que dos se unan o, más aún, que decidan ampliar su proceso productivo para entregar al mercado un producto más “acabado”, sin que exista un control de estas actividades; pero no permite que hagan lo mismo de manera menos “intensa”, es decir a través de contratos parcialmente asociativos.

En este escenario, cabe preguntarnos si, al hacer eso, los legisladores y los encargados de aplicar la norma simplemente están profundamente equivocados o si estas políticas son movidas por intereses subalternos a la protección de valores del sistema, como la eficiencia.

5. Regresando al caso: ¿error o *Public Choice*?

Algo que llama la atención en la manera en la que ha sido resuelto en caso Clorox es que, tal como ha destacado Patrón¹⁹, se toma en cuenta la *posición de dominio* de la empresa productora (Quimpac) a efectos de establecer si el acuerdo colusorio debe o no ser sancionado. Dado esto, Patrón concluye que la autoridad considera explícitamente que, por lo menos parcialmente, los acuerdos colusorios no deberían ser sancionados. En lo que se habría equivocado la autoridad es en sancionar los acuerdos de empresas con posición de dominio, dado que todos ellos, sin que pueda hacerse una distinción objetiva respecto a los acuerdos realizados por empresas que no gozan de tal posición, son eficientes para la Economía.

Así, en la medida en que no habría ninguna distinción relevante entre los acuerdos provenientes de empresas con posición de dominio y sin posición de dominio, la distinción hecha mediante esta aplicación de la norma sería una violación al principio de igualdad.

Sin embargo, existe una potencial diferencia entre las dos situaciones. Si el productor tiene un monopolio (como lo tiene Quimpac), su negativa a contratar con las empresas distribuidoras podría tener un efecto distinto a que si se tratase de varias empresas productoras. En efecto, dado que Quimpac es el único vendedor posible, su negativa a contratar puede prácticamente sacar a los otros distribuidores del mercado.

Nos explicamos, si Quimpac no fuese el único vendedor, su negativa a contratar no afectaría a las distribuidoras de la misma manera, pues siempre podría contratar con algún otro productor. Esto no tendría relación con lo eficiente o no que sea un acuerdo colusorio en abstracto, sino con el impacto de ese acuerdo en las empresas distribuidoras. Y decimos que puede afectar a “esas” empresas y no a los distribuidores en general; dado que, si es lo eficiente para el mercado, entrarán otros distribuidores más competitivos en su reemplazo.

Si, como hemos visto, los acuerdos colusorios son eficientes, ¿a quién se intentaría proteger si se evitan en este caso? Dado lo reseñado en el párrafo anterior, resulta evidente que a los otros distribuidores, que querrían lograr mediante normas y apoyo del Gobierno lo que no han podido lograr mediante su

16 PATRÓN, Carlos. “Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de Represión de Conductas Anti-competitivas”. En: *Ius et Veritas* 36. 2008. pp. 122-144.

17 BORK, Robert. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nueva York: The Free Press. 1993. p. 298.

18 *Ibid.* p. 226.

19 PATRÓN, Carlos. *Op. Cit.* p. 133.

actuación en el mercado: generar condiciones competitivas para la adquisición del producto.

Si el interés de las distribuidoras no fuera relevante para el INDECOPI, entonces tendría que tratar igual ambos supuestos, sea que el productor tenga o no posición de dominio en el mercado; pues esto no tiene una relación directa con la eficiencia social derivada de ese tipo de acuerdos, sino con el impacto de estos en un grupo en particular: los destinatarios de los productos producidos por Quimpac.

6. Conclusiones

El derecho antimonopólico habitualmente ha estado asociado al bienestar común; pero también ha existido un amplio consenso acerca de su incapacidad para alcanzar los objetivos que idealmente se supone que está llamado a cumplir. De esta manera, es el error y no la intención deliberada a la que se ha atribuido las fallas del derecho antimonopólico.

Por otro lado, en los lugares donde se estudia regulación -aunque rara vez en nuestro país- se entiende que la mayor parte de ésta se explica en la presión de grupos de interés. Sin embargo, aun en estos lugares, ámbitos del Derecho más generales, que supuestamente establecen marcos normativos amplios para el actuar de las empresas, han escapado, de manera general, a estas apreciaciones.

No obstante, como ha sido destacado por otros autores y puede ser comprobado en nuestra práctica e historia, no hay ningún motivo sustancial para dejar

de aplicar esas teorías acerca de la creación de normas a las que establezcan marcos más generales.

De este modo, podríamos concluir que las normas de libre competencia se explican en gran medida en la presión de grupos de interés y que no responden ni están destinadas a responder a las demandas del interés común, cualquiera que sea éste.

En el supuesto que sirvió de excusa para este artículo, el caso Clorox, se puede apreciar cómo el INDECOPI ha sancionado una práctica que, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, sería beneficiosa para la sociedad y los consumidores, al ser eficiente. Y, en caso no sea eficiente, el mercado hubiera estado en capacidad para solucionar el problema por sí mismo. De esta manera, sólo podemos arribar a dos conclusiones respecto a la actuación del INDECOPI: o bien están profundamente equivocados o bien su actuación responde a la presión del grupo de interés constituido por las otras distribuidoras del producto elaborado por Quimpac.

En nuestro país, lamentablemente, la ignorancia respecto a las teorías que constituyen el “estado del arte” en una materia muchas veces se disfraza de escepticismo; por lo que, probablemente, se seguirá pensando que los funcionarios del INDECOPI simplemente estaban equivocados. Nosotros proponemos tomar en cuenta la otra alternativa y no esperar a que el derecho anti-monopólico desaparezca simplemente por inercia o, lo que es peor, sea reemplazado por alguna otra regulación que subyugue nuestra libertad.