

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA
DENUNCIANTE : GROUP MULTIPURPOSE S.R.L.
DISPRA E.I.R.L.
DENUNCIADO : QUIMPAC S.A.
CLOROX DEL PERÚ S.A.
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
PRÁCTICAS COLUSORIAS VERTICALES
CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA
ACTIVIDAD : PRODUCCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE
HIPOCLORITO DE SODIO

SUMILLA: *Los acuerdos de distribución exclusiva constituyen una modalidad de las prácticas colusorias verticales, que son susceptibles de causar perjuicios en el mercado cuando por lo menos una de las partes que intervienen en el acuerdo goza de posición de dominio. Sin embargo, las prácticas colusorias verticales no son ilícitas en sí mismas, sino que en cada caso concreto se debe evidenciar que la conducta tiene, o podría tener, efectos perjudiciales para la competencia y, consecuentemente, para el bienestar de los consumidores. En ese sentido, se ha aprobado el siguiente Precedente de Observancia Obligatoria sobre la metodología de análisis que corresponde seguir para determinar si un acuerdo colusorio vertical es anticompetitivo o no:*

1. El Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas –tipifica las prácticas colusorias horizontales y verticales en sus artículos 11 y 12, respectivamente; es decir, a diferencia del dispositivo normativo derogado en donde la tipificación de las prácticas colusorias se encontraba en el artículo 6 aplicable a ambas clases de colusiones (v.g. verticales y horizontales), en la norma vigente el legislador ha considerado necesario tipificar ambas clases separadamente, atendiendo a su naturaleza y elementos típicos particulares.

2. En tal sentido, el referido artículo 12 describe el tipo de prácticas colusorias verticales estableciendo que “se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución, o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia (...) La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas”.

3. Bajo la normativa vigente las colusiones verticales tienen dos elementos típicos particulares: (i) que la conducta sea realizada entre dos o más agentes económicos independientes que actúen en diferentes niveles de la cadena de producción; y (ii) que uno de los agentes infractores involucrados tenga posición de dominio en uno de los mercados de la cadena productiva.

4. La norma señala, además, que las prácticas colusorias verticales deben tener por “objeto o efecto” restringir, impedir o falsear la libre competencia. En este sentido, se considera que una práctica colusoria vertical tendrá un “objeto” restrictivo cuando de las condiciones y términos del acuerdo se desprenda de manera objetiva que su finalidad o propósito es afectar de manera directa el proceso competitivo en el mercado. La referencia al “objeto” no debe ser entendida como la intención o la finalidad subjetiva de las partes al momento de celebrar el acuerdo, sino como la finalidad y propósito objetivo que se desprende del mismo acuerdo en un contexto económico determinado en el que será aplicado. En la Unión Europea, se ha considerado que las restricciones verticales que tienen un “objeto” restrictivo son: la fijación mínima de un precio de reventa; las cláusulas de asignación de clientela (salvo algunas excepciones); y la imposición de prohibiciones de exportación (cuando la finalidad es la integración de mercados).

5. De otro lado, las prácticas verticales que tienen un “efecto” restrictivo son aquellas que si bien no tienen una finalidad o propósito anticompetitivo (en los términos descritos en el párrafo precedente), sin embargo, como consecuencia del acuerdo de las partes y el contexto concurrente, producen un perjuicio al proceso competitivo.

6. Finalmente, el artículo 12 citado establece que las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas. Esto quiere decir, conforme al artículo 9 del Decreto Legislativo 1034, que “para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores”.

7. Desde este punto de vista, las colusiones verticales constituyen “infracciones de resultado”. Esto quiere decir que para la configuración de la infracción y, por tanto, la vulneración al principio de libre competencia como bien jurídico tutelado, es necesario no sólo la ejecución de la conducta imputada (v.g. la celebración de un acuerdo de distribución exclusiva restrictivo), sino que se acredite la existencia de un resultado negativo, o la potencialidad concreta de dicho resultado (cierto e inminente), sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En otras palabras, el acuerdo colusorio vertical debe generar una lesión efectiva, o puesta en peligro de lesión (cierto e inminente), a la competencia y el bienestar de los consumidores, para

que la conducta sea sancionable como infracción a las normas de defensa de la competencia.

8. Lo señalado tiene un símil en el ámbito del Derecho Penal (que junto al Derecho Administrativo Sancionador forma parte de la Potestad Punitiva del Estado), en donde existen tipos delictivos que se caracterizan por la individualización de un resultado diferenciado que se encuentra separado en el tiempo y espacio de una determinada acción, a los cuales, se les denomina “delitos de resultado”. Estos delitos se consuman cuando se verifica la acción y el resultado antijurídico (v.g. el homicidio en el cual el delito se consuma con la muerte de otra persona), pero, además, son punibles incluso cuando no se alcanza consumación alguna y, por lo tanto, no se ha afectado el bien jurídico mediante un resultado efectivo, sino sólo a través de la puesta en peligro o la potencialidad de un resultado dañino.

9. Es en este contexto que debe interpretarse la frase “tengan por objeto o efecto” contenida en el citado artículo 12. En efecto, cuando la norma hace referencia a “tener por objeto” se entiende que se trata de aquellas colusiones verticales que, poseyendo una finalidad anticompetitiva, tienen la potencialidad de causar un resultado lesivo concreto sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En este caso, la concreción de la conducta es de suma importancia, de tal manera que la autoridad de competencia “debe ponerse en la situación del agente y ver si en concreto el acto ejecutado (...) pudo tener la eficacia causal en relación con el resultado que se tuvo en la mira”. El análisis de concreción debe realizarse de manera ex ante, lo cual implica “retrotraerse al momento en que la acción ha sido realizada y juzgar de acuerdo a las circunstancias si la conducta fue estimada idónea [por el imputado] en orden a ocasionar el resultado.

10. De otro lado, cuando la norma hace referencia a “tener por efecto” se entiende que incluye a aquellas colusiones verticales que sin tener una finalidad anticompetitiva, tienen un resultado o efecto consumado negativo sobre la competencia y el bienestar de los consumidores.

11. No basta con que un acuerdo colusorio vertical tenga un “objeto” anticompetitivo, sino que se debe determinar que éste generó un peligro o potencialidad de resultado “concreto” sobre la competencia y el bienestar de los consumidores para considerar que se ha configurado el supuesto de infracción, sin que la autoridad de competencia tenga la necesidad de comprobar la consumación de algún efecto o resultado negativo para la competencia y los consumidores

12. Conforme a lo expuesto, esta Sala considera que a efectos de analizar la licitud (o no) de una práctica colusoria vertical, la autoridad de competencia debe realizar el análisis según la metodología siguiente:

- (i) **determinar si alguna de las partes denunciadas goza de posición de dominio en el mercado relevante;**
- (ii) **establecer la existencia del acuerdo restrictivo imputado a las denunciadas;**
- (iii) **ponderar los objetivos restrictivos de la competencia frente a las eficiencias pro-competitivas derivadas de la práctica colusoria vertical bajo análisis; y**
- (iv) **en caso que los objetivos restrictivos sean mayores que las eficiencias, determinar si la práctica colusoria vertical efectivamente tuvo un resultado negativo, o tuvo la potencialidad de causar un resultado lesivo concreto, para la competencia y el bienestar de los consumidores (lo cual traduce una afectación al interés económico general). Si no se observan dichos efectos, o potencialidad de efectos, la restricción vertical no será declarada como infracción, pese a que pudiera tener el objeto de restringir la competencia.**

En el presente caso, esta Sala ha considerado que el contrato de distribución exclusiva atribuido a las empresas infractoras podría haber tenido efectos negativos para los envasadores de lejía competidores de Clorox y, consecuentemente, para los consumidores finales. En efecto, la relación de exclusividad significó que los otros envasadores de lejía se vieran imposibilitados de proveerse de hipoclorito de sodio directamente de Quimpac (único productor en el Perú) y, por lo tanto, acceder al insumo a través del pago de un precio de distribución menos ventajoso fijado por Clorox, lo cual podría haber incrementado sus costos totales de producción y, eventualmente, haber determinado su exclusión del mercado. De otro lado, esta conducta podría haber tenido efectos perjudiciales para el bienestar del consumidor en la medida que implicaba una potencial reducción en sus alternativas u opciones de compra de lejía para lavar.

En consecuencia, corresponde confirmar la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC que declara fundada la denuncia planteada por Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A, por presunta comisión de prácticas colusorias verticales en la modalidad de la celebración de un acuerdo de distribución exclusiva en infracción de los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 701.

SANCIÓN: ciento sesenta y dos coma noventa y seis (162,96) Unidades Impositivas Tributarias

Lima, 24 de febrero de 2009

I ANTECEDENTES

I.1 Agentes económicos involucrados en el procedimiento

Denunciantes

2. Group Multipurpose S.R.L. (en lo sucesivo, Gromul) es una sociedad mercantil constituida en 1999 conforme a la normativa peruana y cuyo objeto social es el envasado y comercialización de lejía.
3. Dispra E.I.R.L. (en adelante, Dispra) es una empresa unipersonal constituida en 1999 en la ciudad Pucallpa y cuyo objeto es la comercialización de las lejías producidas por Gromul, en los departamentos de Huánuco y Ucayali.

Denunciados

4. Quimpac S.A. (en lo sucesivo, Quimpac) es una sociedad mercantil que inició sus operaciones en 1964 cuyo objeto social es la producción y comercialización de soda cáustica, cloro, fosfato bicálcico, y otros productos químicos y sales para uso industrial y doméstico.
5. Clorox del Perú S.A. (en adelante, Clorox) es una sociedad mercantil constituida en el Perú como una empresa filial de The Clorox Company (fundada en el Estado de California, en los Estados Unidos de América en 1913). Inició sus operaciones en 1994 con el objeto social de producir y comercializar productos de limpieza para el hogar.

I.2 Procedimiento administrativo

6. Mediante escrito del 16 de abril de 2003 Gromul y Dispra formularon una denuncia contra Quimpac y Clorox por la presunta comisión de conductas anticompetitivas en infracción del Decreto Legislativo 701¹ —vigente durante la comisión de los hechos denunciados—, conforme a los fundamentos siguientes:

¹ Decreto Legislativo 701 mediante el cual Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la Libre Competencia, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 07 de noviembre de 1991.

En virtud del literal a) de la Segunda Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo 1034, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de junio de 2008, se dispuso la derogación expresa del Decreto Legislativo 701.

- (i) Quimpac goza de posición de dominio al poseer el monopolio en el mercado de producción y comercialización de hipoclorito de sodio (principal insumo para la elaboración de lejía)².
 - (ii) Quimpac y Clorox celebraron un contrato de distribución exclusiva, adquiriendo esta última posición dominante en el segmento de la distribución del hipoclorito de sodio.
 - (iii) Como consecuencia, se produjo una negativa injustificada por parte de Quimpac para satisfacer demandas de compra de hipoclorito de sodio³.
 - (iv) 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 (Doscientos quince y 00/100 Dólares Americanos) por Ton. Esto los coloca en una situación de desventaja frente a Clorox en el mercado de envasado de lejía, ya que éste puede reducir sus precios de venta de lejía al consumidor final.
 - (v) En promedio, el consumo nacional de hipoclorito de sodio es de 2000 Ton. mensuales, de los cuales Clorox consume sólo 20% mientras que el 80% restantes lo revende a sus competidores a precios inflados.
 - (vi) 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.
 - (vii) Clorox es el envasador de lejía más grande, siendo el objetivo del contrato de exclusividad desplazar a los otros envasadores del mercado.
7. En tal sentido, las empresas denunciadas solicitaron a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) lo siguiente:
- (i) Prohibir el acuerdo de distribución exclusiva a favor de Clorox.
 - (ii) Obligar a Quimpac a vender el hipoclorito de sodio de forma directa a los envasadores de lejía y a precios similares a los cuales vende a Clorox.
 - (iii) Aplicar las sanciones de ley.
 - (iv) Hacer una evaluación del incremento de precio del insumo desde el inicio de la distribución exclusiva a favor de Clorox.

² Al respecto, las denunciadas señalaron que la importación no es una alternativa viable, toda vez que para ello se requiere de una flota de camiones cisternas con tanques espaciales para su almacenamiento, al tratarse de un producto altamente corrosivo y de rápida degradación. En tal sentido, su importación sería muy costosa dado los volúmenes requeridos por los envasadores de lejía.

Adicionalmente, las denunciadas señalaron que cualquier agente podría verse desincentivado a incurrir en cualquier costo de importación dado que los denunciados podrían rápidamente reducir sus costos por debajo de un precio de paridad de importación.

³ Los denunciadas adjuntaron un fax por medio del cual Quimpac dio respuesta a Dispra sobre un requerimiento de cotización de diversos productos. En dicho documento Quimpac omitió remitir una cotización sobre el hipoclorito de sodio.

8. Mediante Resolución 012-2003-INDECOPI/CLC del 23 de julio de 2003 la Comisión resolvió admitir a trámite la denuncia formulada por:

Abuso de posición de dominio⁴ contra:

- (i) 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 701;
- (ii) 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 701; y
- (iii) 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 701.

Práctica restrictiva de la libre competencia⁵ contra:

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 701, Artículo 5.-** Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

Son casos de abuso de posición de dominio:

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.
- b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarios que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) *(derogado en virtud del Decreto Legislativo 807).*
- e) *(derogado en virtud del Decreto Legislativo 807).*
- f) Otros casos de efecto equivalente.

⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 701, Artículo 6.-** Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

- a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;
- c) El reparto de las cuotas de producción;
- d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor.
- e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos que existan iguales condiciones;
- f) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

- (i) 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 701.
9. Mediante Resolución 046-2004-INDECOPI/CLC del 5 de agosto de 2004, 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 de hipoclorito de sodio. Esta conducta habría tenido lugar en el marco de las negociaciones sostenidas entre Gromul y Quimpac en cumplimiento de la medida cautelar dictada por la Comisión mediante Resolución 007-2004-INDECOPI/CLC del 3 de marzo de 2004, que dispuso la venta de hipoclorito de sodio en los términos siguientes: (i) forma de pago al contado y (ii) precio y volumen conforme a la libre negociación entre Quimpac y Gromul.
10. El 4 de mayo de 2005, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi emitió el Informe 025-2005/GEE que contiene sus conclusiones referidas al análisis del probable ejercicio de prácticas anticompetitivas en el mercado de hipoclorito de sodio.⁶
11. Mediante Informe 064-2007-INDECOPI/ST-CLC del 24 de septiembre de 2007, la Secretaría Técnica de la Comisión llegó a las siguientes conclusiones:
- (i) En 1998, las denunciadas celebraron un contrato de distribución exclusiva. Quimpac sólo vendió hipoclorito de sodio a Intradevco envasador de lejía que no distribuye el insumo, por lo cual Quimpac tuvo que pagar una compensación a Clorox. Por tanto, ello acredita que las denunciadas mantuvieron una relación de exclusividad en la distribución de hipoclorito de sodio.
 - (ii) Quimpac mantiene posición de dominio en el mercado de producción de hipoclorito de sodio, trasladando dicha posición a Clorox en el mercado de distribución del insumo en virtud del acuerdo de exclusividad.
 - (iii) La negativa de venta de hipoclorito de sodio por parte de Quimpac a Dispra fue consecuencia de la ejecución del acuerdo y, por lo tanto, no corresponde analizarla como un cargo independiente.

g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.

h) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

j) Otros casos de efecto equivalente.

⁶ Ello de acuerdo al pedido realizado por la Secretaría Técnica de la Comisión (en lo sucesivo, la Secretaría Técnica) mediante Memorandum 145-2003/CLC.

- (iv) El acuerdo de distribución exclusiva infringe los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, toda vez que se trata de una restricción vertical a la competencia impuesta por Quimpac que goza de posición dominante.
 - (v) Las eficiencias atribuidas a la relación de exclusividad pudieron haber sido obtenidas mediante un contrato *take or pay* que no contuviese una cláusula de exclusividad. En consecuencia, se recomendó a la Comisión declarar fundada la denuncia contra Quimpac por abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdo de distribución exclusiva tipificado en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.
 - (vi) No se ha probado que Clorox haya cometido un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación en la venta de hipoclorito de sodio en perjuicio de subdistribuidores del insumo como a envasadores de lejía.
 - (vii) Quimpac no es imputable por la presunta discriminación en la venta de hipoclorito de sodio con respecto a Gromul, toda vez que la denunciada inició negociaciones con la denunciante en cumplimiento de una medida cautelar dictada por la Comisión.
 - (viii) De conformidad con los criterios de graduación de la sanción establecidos en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701, se recomienda imponer una multa de 249,06 UIT's
 - (ix) Recomendó a la Comisión ordenar como medida complementaria que Quimpac se abstenga en el futuro de establecer relaciones de exclusividad que puedan constituir restricciones verticales a la competencia, así como otras conductas que pudiesen tener un efecto discriminatorio.
 - (x) Se disponga que Quimpac asuma el pago de costas y costos del procedimiento en los que hubiesen incurrido las denunciantes.
12. El 22 de febrero de 2008, teniendo a la vista el informe de la Secretaría Técnica y los alegatos de las partes al referido informe, la Comisión emitió la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC, mediante la cual resolvió lo siguiente:
- (i) Denegar los pedidos de informe oral formulados por Quimpac, Clorox y Gromul.
 - (ii) Desestimar las defensas de forma planteadas por Quimpac con respecto a la formulación de cargos.
 - (iii) Declarar improcedente las pretensiones planteadas por Gromul y Dispra luego de la admisión a trámite de la denuncia.
 - (iv) Declarar fundada la denuncia contra Quimpac y Clorox por infracción a los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 701, consistente en la implementación de prácticas restrictivas verticales en la modalidad de acuerdos de distribución exclusiva de hipoclorito de sodio.

- (v) Declarar infundada la denuncia contra Quimpac por el cargo de presunta negativa injustificada de venta del insumo.
- (vi) Declarar infundada la denuncia contra Clorox por la presunta discriminación de precios del hipoclorito de sodio que utilizaba para su propio uso como envasador de lejía, frente a los precios que cobraba a sus clientes como distribuidor.
- (vii) Declarar que no existe infracción por parte de Quimpac por el cargo formulado de oficio, por la supuesta discriminación de precios en la venta de hipoclorito de sodio.
- (viii) Sancionar a Quimpac y Clorox con una multa de 325,93 UIT's, respectivamente.

13. En esta Resolución la Comisión consideró lo siguiente:

- (i) En el presente caso se investiga un presunto acuerdo entre empresas que desarrollan sus actividades en distintos eslabones de la cadena productiva; por tanto, la conducta imputada se trata de una supuesta práctica colusoria vertical, tipificada en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701.
- (ii) Sólo cuando una de las partes goza de posición de dominio en uno de los mercados relacionados, las prácticas restrictivas verticales podrán tener efectos negativos sobre el mercado.
- (iii) El mercado relevante está delimitado como la venta o suministro de hipoclorito de sodio a distribuidores o envasadores de lejía en el territorio nacional. Durante el periodo de investigación, Quimpac ha gozado de posición de dominio pues el producto no ha presentado sustitutos para la elaboración de lejía y la importación no ha resultado económicamente viable.
- (iv) En virtud del contrato de distribución exclusiva, Quimpac se comprometió a no suministrar hipoclorito de sodio a competidores de Clorox en el mercado de envasado de lejía.
- (v) La restricción a la competencia constituida por la exclusividad no se encuentra justificada en la consecución de los objetivos beneficiosos indicados por las empresas involucradas, dado que los mismos pudieron ser obtenidos mediante mecanismos menos restrictivos.
- (vi) Las pretensiones planteadas por las denunciadas con posterioridad a la resolución admisorias consistentes en el incremento excesivo del precio de hipoclorito de sodio y los presuntos precios predatorios de Clorox en la venta de lejía, deben declararse improcedentes en tanto implica una modificación de los cargos imputados, lo cual afecta el derecho de defensa de los denunciados.
- (vii) Sobre el autoabastecimiento de hipoclorito de sodio por parte de Clorox a un precio más barato que lo favorecería frente a sus competidores, la Comisión consideró que se trataría de una estrategia concertada que

forma parte de la celebración del acuerdo de exclusividad. Por lo tanto, corresponde desestimar esta pretensión que implica un análisis de una conducta unilateral.

- (viii) Sobre el cargo contra Quimpac por discriminación de precios, se consideró que la decisión de venta por parte de la denunciada se dio como parte del cumplimiento de una medida cautelar y no de la libre determinación de su estrategia empresarial. Por lo tanto, no corresponde que la conducta imputada sea evaluada como parte de las cuestiones de fondo del presente procedimiento.
 - (ix) Tomando en consideración la modalidad de la conducta, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de las empresas imputadas y la duración de la restricción, se consideró que la infracción consistente en la celebración de un acuerdo de exclusividad debe ser calificada como muy grave.
 - (x) Considerando el efecto de la restricción, la reiteración de las conductas prohibidas, y la existencia o no de intencionalidad, corresponde multar a Quimpac y Clorox con una multa ascendente a 325,93 UIT's, respectivamente.
14. El 18 de marzo de 2008, Quimpac interpuso recurso de apelación contra la Resolución de la Comisión, en los siguientes términos:
- (i) La Resolución recurrida es nula por infringir el principio de tipicidad, dado que de la lectura del artículo 3 y 6 del Decreto Legislativo 701 no se desprende que la celebración de contratos de distribución exclusiva se encuentren prohibidos.
 - (ii) Existe nulidad por infracción a las garantías del debido procedimiento y el derecho de defensa de Quimpac debido a que en el Informe 064-2007-INDECOPI/ST-CLC se consignó información que sirvió de base para el cálculo de la sanción que no ha sido conocida por la recurrente por haber sido declarada información reservada. Esta nulidad no es subsanable aunque la Comisión manifieste que no uso dicha información.
 - (iii) Existe nulidad por infracción al principio de presunción de licitud, dado que la Comisión ha sancionado a Quimpac por una práctica que *presuntamente* ha generado efectos anticompetitivos. Además, se señala en la Resolución apelada que en el presente caso se trata de un aparente acuerdo de empresas que realizan actividades en distintos niveles de la cadena productiva; por lo que, se configura una supuesta práctica colusoria vertical.
 - (iv) Quimpac no cuenta con posición de dominio en la medida que no existen barreras significativas de entrada al mercado relevante.
 - (v) No ha existido un contrato de exclusividad dado que Quimpac ha vendido el insumo a otros envasadores de lejía.

- (vi) La relación que existió fue la de un contrato *take or pay* que permite a Quimpac vender el insumo a terceros sin perjudicar los intereses de Clorox.
 - (vii) Sin perjuicio de lo anterior, si se considera que la relación de exclusividad efectivamente existió, ésta no habría sido capaz de afectar la competencia toda vez que Quimpac no ostenta posición de dominio.
 - (viii) No existió intención de infringir la norma de competencia, por lo que nunca se ocultaron el acuerdo objeto de análisis.
 - (ix) No se analizó adecuadamente la eficiencia alegada referida al ahorro de costos de transacción en la distribución de hipoclorito de sodio, al tratarse de un insumo controlado.
 - (x) De ser el caso, la Comisión debió haber considerado la presunta infracción como una leve o muy leve y no como muy grave.
15. El 24 de marzo de 2008, Dispra formuló recurso de apelación contra la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC, señalando lo siguiente:
- (i) El contrato estipulaba que tenía una vigencia de tres (3) años, pudiendo ser prorrogado hasta en tres (3) periodos sucesivos de un (1) año cada uno, salvo que una parte curse una carta notarial a más tardar con seis (6) meses de anticipación manifestando su deseo de no continuar con la relación contractual.
 - (ii) Al no existir un aviso por conducto notarial se puede inferir que el contrato tuvo una vigencia de seis (6) años, es decir, desde 1998 – 2004 (no obstante que en realidad tuvo una vigencia hasta el 2006). Por lo tanto, se apela el cálculo de la multa base que toma en cuenta como beneficio ilícito esperado un periodo de tres años.
 - (iii) Pese a que está de acuerdo con que se haya declarado improcedente las pretensiones planteadas luego de la admisión a trámite del presente procedimiento; se apela el hecho de que la Comisión no haya señalado expresamente que ello no enerva el derecho de Dispra a plantear dichas pretensiones en otro procedimiento.
16. El 24 de marzo de 2008, Clorox formuló recurso de apelación contra la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC, en los términos siguientes:
- (i) Se declare la nulidad de la Resolución recurrida en el extremo que denegó el pedido de informe oral solicitado mediante escrito del 28 de agosto de 2008, en la medida que constituye una afectación al debido procedimiento y el ejercicio del derecho de defensa.
 - (ii) El Decreto Legislativo 701 no tipifica que los acuerdos de exclusividad, por sí mismos, constituyan prácticas restrictivas de la libre competencia o abusos de posición de dominio.

- (iii) 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.
 - (iv) 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.
 - (v) En el 2003 los denunciantes pierden cuota de mercado en Ucayali y Huanuco 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.
17. El 21 de octubre de 2008, Gromul presentó un escrito de alegatos a los recursos de apelación formulados, señalando lo siguiente:
- (i) Antes de 1997 se proveían de hipoclorito de sodio de la empresa Inversiones Itaparica S.A. a un precio de US\$ 140,00 por Ton. Posteriormente, se abastecieron de A & D Químicos S.A. llegando el precio a US\$ 215,00 por Ton. No obstante, era posible la competencia dado que el incremento del precio del insumo era trasladado al consumidor final.
 - (ii) Con el fin de excluir a sus competidores de lejía aprovechando su condición de distribuidor exclusivo, Clorox incrementó el precio del hipoclorito de sodio en la distribución y redujo el precio de la botellita de lejía marca Clorox de S/. 1,00 a S/. 0,50, aumentando además el peso de 200 gr. a 250 gr.,
 - (iii) Intradevco obtuvo un trato preferencial por parte de Quimpac porque amenazó con instalar su propia planta de producción de hipoclorito de sodio.
 - (iv) El contrato estuvo vigente por acción de sucesivas prórrogas ante la ausencia de un aviso por conducta notarial desde el 27 de noviembre de 1997 hasta 27 de diciembre de 2003.
 - (v) El contrato fue suscrito con el propósito de impedir que los competidores de Clorox en el envasado de lejía fueran abastecidos directamente por Quimpac con el hipoclorito de sodio.
 - (vi) Los envasadores de mayor volumen han podido permanecer en el mercado a pesar que sus ganancias han disminuido. Los envasadores de menor volumen como Gromul han sido desplazados del mercado.

- (vii) Dado que el procedimiento no contempla el abuso de posición de dominio de Clorox y Quimpac que se mantuvieron desde el 2003 hasta la fecha, solicita a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, la Sala) que ordene el inicio de un procedimiento de oficio.
18. El 29 de octubre y 6 de noviembre de 2008, Clorox presentó su posición respecto a los recursos de apelación interpuestos, manifestando, entre otras cosas, lo siguiente:
- (i) En el presente caso, el contrato de distribución exclusiva dejó de surtir sus efectos inmediatamente por mutuo acuerdo, no habiendo sido necesaria la notificación por conducto notarial con una anticipación de seis (6) meses conforme lo sostiene Dispra, toda vez que ello era requerido en el caso de que sólo una de las partes no estuviera de acuerdo con la prórroga inmediata del contrato.
 - (ii) En virtud del contrato de distribución exclusiva Quimpac se obligó a suministrar el 100% del hipoclorito de sodio que fuera requerido por Clorox y que fluctuaba en alrededor de 2500 Ton. por mes. Sin embargo, en la realidad surgió una relación *take or pay* en la cual Clorox se obligó a adquirir los volúmenes que Quimpac le ofreciera hasta por un máximo de 2000 Ton. El excedente sobre este volumen podía ser adquirido por Clorox o no.
 - (iii) Clorox reconoce que Quimpac no puede garantizar un volumen mensual fijo del insumo, dado que se trata de un producto residual que depende de los volúmenes de demanda de soda cáustica.
 - (iv) Clorox no es distribuidor exclusivo de Quimpac, dado que esta empresa realiza ventas directas de manera unilateral a empresas como Intradevco y Quimex.
 - (v) Si hubiera existido un acuerdo de exclusividad, Clorox hubiera podido resolver el contrato como consecuencia de las ventas directas de hipoclorito de sodio realizadas por Quimpac, lo cual no se observó precisamente porque no existió exclusividad alguna.
 - (vi) El precio de la lejía comercializada por Clorox bajó a S/. 0,50, como consecuencia de un ahorro de costos traducida en la introducción de la botellita de lejía sin tapa de 250 gr.
19. Mediante escrito del 21 de enero de 2009, Gromul remitió el informe de parte denominado "Análisis de la situación existente en el mercado peruano de lejías de lavar en el año 2003 y los factores que determinaron el posicionamiento de la marca Clorox".
20. El 27 de enero de 2009, se realizó la audiencia de informe oral ante la Sala con la participación de los representantes de las partes denunciadas y denunciadas.

21. Mediante escrito del 2 de febrero de 2009 Gromul y Dispra remitió un escrito de alegatos sobre los argumentos esgrimidos en el informe oral.
22. Mediante escrito del 16 de febrero de 2009, Quimpac presentó un escrito sobre los alegatos sobre los argumentos esgrimidos en el informe oral.

II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Determinar lo siguiente:

- (i) Si la Resolución recurrida adolece de algún vicio de nulidad.
- (ii) Si existe evidencia que sustente que las empresas imputadas han celebrado y mantenido un contrato de distribución exclusiva restrictiva de la competencia.
- (iii) Si, de ser el caso, el contrato ha tenido, o podría haber tenido, efectos perjudiciales sobre la competencia y el bienestar de los consumidores.
- (iv) Si, de ser el caso, corresponde graduar la sanción.
- (v) Si, de ser el caso, corresponde disponer que la Comisión inicie un procedimiento de oficio por presuntas conductas anticompetitivas llevadas a cabo con posterioridad a la presentación de la denuncia.

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Nulidad planteada por Quimpac por infracción al principio de tipicidad

23. En su escrito de apelación, Quimpac ha cuestionado que la Comisión la haya sancionado por una presunta infracción a los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 701, en la modalidad de celebración de acuerdos de distribución exclusiva, toda vez que, a su entender, dicha conducta no se encuentra tipificada expresamente como un supuesto de infracción a la norma de competencia.
24. Sobre el particular, la empresa denunciada ha señalado que de la lectura de los artículos señalados en el párrafo anterior, no se puede inferir de manera inequívoca la prohibición de la celebración de contratos de distribución exclusiva, ni se puede conocer con predeterminación la infracción y la sanción a que hubiere lugar, así como la correlación entre una u otra, como lo afirma la Comisión.
25. Sostiene, además, que conforme lo ha considerado el Tribunal Constitucional, en su Sentencia del 11 de octubre de 2004, recaída en el Expediente 2192-2004-AA/TC:

*El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que **las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente** que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.*

26. Al respecto, el numeral 4) del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444 – contempla el principio de tipicidad señalando lo siguiente:

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades esta regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

- 4. Tipicidad.-** *Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.*

27. En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, este colegiado coincide con lo señalado en la doctrina en el sentido de que una descripción rigurosa del supuesto típico de infracción es materialmente imposible. En tal sentido, se ha sostenido que:

*...El detallismo del tipo tiene su límite. Las exigencias maximalistas sólo conducen, por tanto, a la parálisis normativa o a la nulidad de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar. De aquí que la doctrina alemana se contente, como ya sabemos, con la simple exigencia en “la mayor precisión posible”.*⁸

(El subrayado es nuestro)

28. De esta manera, a efectos de cumplir con lo señalado en el artículo 230 previamente citado, una adecuada labor de tipificación del ilícito

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html> (visitada el 5 de enero de 2009)

⁸ Al respecto vid., NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos, segunda edición, Madrid, 2000, pág. 293. En el mismo sentido vid., MORON, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Editorial Gaceta Jurídica, sexta edición, Lima. 2007, págs. 654 y ss.

administrativo implicará que se pueda predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracciones y además, conocer a qué atenerse en cuanto a la eventual responsabilidad y, consecuente, sanción administrativa⁹.

29. La suficiencia de la tipificación en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador se concretará, si bien no en la certeza absoluta del tipo, sí en una predeterminación o inferencia razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta típica, de tal forma que: *la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra*¹⁰.
30. La flexibilidad de la tipificación debe ser tal que permita a la autoridad administrativa un cierto espacio de actuación al momento de determinar la conducta infractora y la sanción concreta. Como se ha señalado en la jurisprudencia española:

*...la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como las correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta (...) el establecimiento de dicha correspondencia puede dejar márgenes más o menos de discrecionalidad administrativa; lo que en modo alguno puede ocurrir es que quede “encomendada por entero a ella”, ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio...*¹¹

(El subrayado es nuestro)

31. Incluso en el ámbito del Derecho Penal, en el cual el principio de tipicidad exhaustiva se torna más riguroso o exigente por su carácter de disciplina jurídica de *última ratio*¹² y la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado expresamente en la Sentencia del 3 de enero de 2003, recaída en el Expediente 010-2002-AI/TC, lo siguiente:

Esta exigencia de “lex certa” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y

⁹ Ídem. 293.

¹⁰ Loc. cit., Pág. 293.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español 260/2007 del 20 de diciembre. Disponible en: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2007-0260

¹² Sobre el Derecho Penal como *ultima ratio* vid., SALZAR, Mario. *Teoría del Delito. Con fundamento en la Escuela Dialéctica del Derecho Penal*. Editorial Ibáñez, primera edición, Bogotá, 2007, pág. 370.

vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equívocidad. Por eso se ha dicho, con razón, que “en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje”

45. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos.

(El subrayado es nuestro)

32. En este mismo sentido el Tribunal Constitucional Español ha considerado que:

...si bien los preceptos legales o reglamentarios que tipifiquen las infracciones deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de la lex certa que incorpora el artículo 25.1 la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada...¹³

(El subrayado es nuestro)

33. Considerando lo expuesto, en opinión de esta Sala, el artículo 3 del derogado Decreto Legislativo 701 tipificaba de manera general las conductas que, bajo nuestra legislación, constituían conductas anticompetitivas y que, por ende, podían ser sometidas a una investigación y, eventual, sanción por parte de la autoridad de competencia. En efecto, el mencionado artículo establecía textualmente lo siguiente: “están prohibidos y serán sancionados (...) los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen [primero] abuso de una posición de dominio en el mercado o [segundo] que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia”.¹⁴
34. Al igual que los denominados “tipos en blanco” del Derecho Penal, la cláusula general del artículo 3 requería ser complementada con otras normas

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional español 69/1989 del 20 de abril. Disponible en: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1989-0069.

¹⁴ Al respecto, la Sala ha emitido las Resolución 225-2004/TDC-INDECOPI.

que cumplieran la función de describir los elementos normativos del tipo, es decir, que definan qué se entendía por abuso de posición de dominio y conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia.

35. En ese sentido, el párrafo primero del artículo 6 del Decreto Legislativo 701 cumplía con este rol, definiendo a las prácticas restrictivas de la libre competencia como: “...los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia”.
36. Como se puede colegir, la conducta descrita en el artículo 6 es equivalente a lo que en doctrina se denomina como prácticas colusorias, cárteles o concertaciones, las cuales se caracterizan por ser un concierto de voluntades (pacto, convenio, contacto, etc.) entre dos o más operadores económicos independientes que se comprometen a realizar una conducta cuyo objeto o efecto sea restringir la competencia, mediante la exclusión de competidores (v.g. actos de boicot) o la fijación concertada de una condición comercial (v.g. precios, estándares de calidad, etc.).
37. Al no existir ninguna distinción, el artículo 6 era aplicable tanto, a las prácticas colusorias horizontales, es decir, realizadas entre agentes que se encuentran en la misma etapa del proceso productivo (v.g. fijación de precios o reparto de clientes o mercados geográficos entre competidores); como a las prácticas colusorias verticales, llevadas a cabo por agentes que están situados en distintas etapas de la cadena de valor (v.g. acuerdos de distribución exclusiva entre un productor y un distribuidor mayorista, etc.)¹⁵.
38. Además, el citado artículo 6 también contenía un listado no taxativo que, a título de ejemplo, describía las modalidades más frecuentes de prácticas colusorias que se podían manifestar de manera horizontal y vertical, las cuales eran las siguientes:
 - a) *La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
 - b) *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;*
 - c) *El reparto de las cuotas de producción;*
 - d) *La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor.*
 - e) *La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que*

¹⁵ En el mismo sentido, la Sala ha emitido la Resolución 346-2006/TDC-INDECOPI.

correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos que existan iguales condiciones;

- f) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;*
- g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.*
- h) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.*
- j) Otros casos de efecto equivalente.*

(El subrayado es nuestro)

- 39. Como se desprende del párrafo anterior, el literal j) permite sancionar “otros casos de efectos equivalentes” que reúnan los elementos típicos del primer párrafo del artículo 6, es decir, que sean acuerdos que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia, mediante la exclusión de competidores (v.g. boicots, contratos de distribución exclusiva, etc.) o la fijación artificial y concertada de una condición comercial (v.g. reparto de clientes, de áreas geográficas, fijación de precios, etc.)
- 40. En tal sentido, los acuerdos de distribución exclusiva celebrados entre agentes económicos independientes que operan en distintas etapas de la cadena productiva y en el cual uno de ellos goza de posición de dominio, podría tener el efecto de restringir la competencia en uno de los mercados relacionados (producción – distribuidor; mayorista – minorista, etc.) mediante la exclusión de competidores que eventualmente no podrían acceder a la provisión del insumo objeto de exclusividad. Por lo tanto, este tipo de acuerdos se encontraban previstos como un supuesto típico de infracción que calzaría dentro del literal j) de otros “casos de efectos equivalentes” y el primer párrafo del artículo 6.
- 41. Cabe señalar, que en opinión de esta instancia, la tipificación contenida en el literal j) conjuntamente con el primer párrafo del artículo 6 del Decreto Legislativo 701, cumple adecuadamente con el criterio de tipificación esbozado anteriormente referido a la “predeterminación inteligible de la infracción” que permita a la autoridad de competencia contar con cierto grado de apreciación y discrecionalidad al momento de juzgar infracciones e imponer sanciones y a los administrados prever con suficiente nivel de seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas que constituyen una práctica concertada.

42. En efecto, de la lectura de la referida norma, un agente económico puede colegir inmediatamente cuales son aquellas conductas “de efectos equivalentes” que, dadas determinadas condiciones, supongan acuerdos que puedan tener efectos restrictivos sobre la competencia¹⁶. Ello sobre todo si, además, se tiene en consideración que, por lo general, los eventuales infractores de las normas de defensa de la competencia son agentes económicos corporativos que tienen la capacidad y recursos para asesorarse adecuadamente antes de llevar adelante determinado acto o negocio jurídico. Por lo tanto, con mayor razón son capaces de predeterminar inteligiblemente si una conducta constituye o no una infracción a las normas de defensa de la competencia.
43. En consideración de lo expuesto, corresponde desestimar el pedido de nulidad formulado por Quimpac por presunta infracción al principio de tipicidad, toda vez que los acuerdos de distribución exclusiva constituyen una modalidad de prácticas colusorias verticales de “efectos equivalentes” a aquella conducta descrita en el párrafo primero del artículo 6 y a las modalidades listadas a título de ejemplo, en los literales del referido artículo.

III.2 Nulidad planteada por Clorox por afectación al derecho de defensa

44. En su escrito de apelación Clorox ha solicitado que se declare la nulidad de la Resolución recurrida en el extremo que denegó el pedido de informe oral solicitado mediante escrito del 28 de agosto de 2008, en la medida que constituye una afectación al debido procedimiento y el ejercicio del derecho de defensa.
45. En efecto, en la Resolución recurrida la Comisión denegó la audiencia de informe oral debido a que, tras evaluar los argumentos presentados por las partes durante el procedimiento, consideró que no requería de más elementos de juicio para resolver.
46. Con relación a la solicitud de informe oral, es de aplicación el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033 -Ley de Organización y Funciones del Indecopi- que establece que, en caso de una solicitud de parte de informe oral, la Comisión podrá denegar el pedido mediante decisión debidamente fundamentada.¹⁷
47. Al respecto, mediante Sentencia del 10 de abril de 2006 (recaída en el Expediente de Apelación 356-2005-Piura), la Sala Civil Transitoria de la

¹⁶ Cabe señalar que en los procedimientos de libre competencia los agentes económicos imputados son

¹⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1033, Artículo 16.- Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal.-**

16.1 Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada.

(...)

16.3 Las disposiciones del presente artículo serán aplicables a las solicitudes de informe oral presentadas ante las Comisiones.

Corte Suprema de la República, confirmando una sentencia que declaró infundada una demanda contencioso administrativa, afirmó que: “...se colige que es una facultad y no una obligación de la entidad demandada [el INDECOPI] el conceder los informes orales a las partes; por lo que no se evidencia que se haya contravenido el derecho de defensa de la apelante...”

48. De la norma y sentencia antes citadas, se verifica que constituye una facultad discrecional de la Comisión, el conceder el uso de la palabra. Si esta instancia considera complejo y trascendente el caso o advierte una eventual afectación a los derechos de los administrados durante la tramitación del procedimiento, resulta razonable que conceda el uso de la palabra.
49. En consecuencia, corresponde desestimar el pedido de nulidad formulado por Clorox por la presunta afectación a su derecho de defensa en la medida que la Comisión denegó su solicitud de informe oral en uso de sus facultades discrecionales.

III.3 Nulidad planteada por Quimpac por afectación al derecho de defensa

50. Quimpac ha solicitado que se declare la nulidad de la Resolución impugnada alegando que para la determinación de la sanción, ésta se basó en información consignada en el Informe 064-2007-INDECOPI/CLC, que ha sido mantenida en reserva por haber sido declarada información confidencial por constituir un secreto industrial o comercial.
51. La información a la cual hace mención Quimpac ha sido utilizada por la Secretaría Técnica en su informe a efectos de formular a la Comisión una “propuesta” de sanción. Esta información esta referida a:
 - (i) la participación de ventas de Gromul vs. el crecimiento de Clorox en Kgs. (Huanuco, Tingo María y Pucallpa) (Gráfico 1) para determinar la dimensión del mercado afectado;
 - (ii) la composición de ventas de hipoclorito de sodio por parte de Clorox (Gráfico 2) y la evaluación del precio del hipoclorito de sodio vendido por Clorox (Gráfico 3) para mostrar la cuota de mercado a efectos de la sanción.
 - (iii) La evolución de las compras totales de hipoclorito de sodio de las empresas distribuidoras a Clorox (Gráfico 4), crecimiento de las ventas totales de lejía Clorox en el periodo 2002 – 2003 (Gráfico 5) y participación en el mercado nacional de las ventas de lejías en el periodo 2002 – 2006 (Gráfico 6) para el análisis de los efectos de la restricción de la competencia en el mercado.
52. Como se ha mencionado en el párrafo anterior, la Secretaría Técnica sólo ha

formulado una “propuesta” de sanción, luego de culminada su labor instructiva y determinado que se ha cometido una infracción administrativa contraria a las normas de defensa de la competencia. En tal sentido, el informe de la Secretaría Técnica constituye un documento no vinculante que la Comisión puede o no tomar en consideración al momento de emitir su decisión final.

53. La propia Comisión ha señalado que para emitir su pronunciamiento el mencionado órgano resolutorio se basa en los distintos documentos y elementos que forman parte del expediente, siendo uno de ellos la opinión de la Secretaría Técnica, lo cual no implica que necesariamente todas sus recomendaciones deban ser tomadas en cuenta. En el presente caso, la Comisión ha dejado constancia que al momento de analizar la gravedad de la sanción, no ha tomado en consideración la información reservada del informe técnico a la cual hace referencia Quimpac, por lo que no puede considerarse que se haya afectado su derecho de defensa.
54. Cabe señalar, que los órganos resolutorios del Indecopi son entes técnicos y especializados que resuelven las materias de su competencia con total imparcialidad y justicia, sin tomar posición por alguna de las partes involucradas en un procedimiento. Por ello, incluso en el caso que se utilice determinada información mantenida en reserva, las partes pueden tener la confianza de que la Comisión evaluará y utilizará dicha información con la mayor objetividad e imparcialidad.
55. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso recordar que la declaración de reserva de determinada información considerada secreto comercial o industrial tiene razón de ser en el sentido de que su difusión podría significar que terceros competidores obtengan alguna ventaja competitiva indebida en desmedro del titular de la información reservada.
56. En ese sentido, el procedimiento administrativo no puede ser utilizado precisamente para develar esta información que las empresas mantienen en reserva. A efectos, de asegurar una total colaboración por parte de las empresas en un procedimiento de defensa de la libre competencia es necesario proteger dicha información con la declaración de reserva.
57. Por lo tanto, corresponde declarar improcedente la solicitud de nulidad formulada por Quimpac, conforme a los considerandos precedentes.

III.4 Nulidad planteada por Quimpac por afectación al principio de licitud

58. Quimpac ha solicitado que se declare la nulidad de la Resolución impugnada por infracción al principio de presunción de licitud, dado que la Comisión ha sancionado a Quimpac por una práctica que *presuntamente* ha generado efectos anticompetitivos.

59. En efecto, según la recurrente, en el numeral 30 del acápite V.2.1. de la Resolución impugnada sobre el “Marco conceptual aplicable”, la Comisión ha señalado lo siguiente:

En el presente caso, nos encontramos frente a un aparente acuerdo entre empresas que desarrollan sus actividades en distintos eslabones de la cadena productiva. En tal sentido, nos encontramos frente a una supuesta práctica restrictiva o colusoria vertical.

60. Al respecto, esta Sala considera que del análisis de la Resolución recurrida, dichas frases fueron consignadas en un acápite en que aún no se analizaba la conducta en el caso concreto, sino que se estaba definiendo que es lo que se había denunciado y, de manera general, sobre qué versaría el análisis de fondo. Es por ello, que la Comisión debía hacer referencia a la palabra “aparente” y “supuesta”, dado que en el desarrollo posterior de la Resolución se establecería con precisión si es que en realidad existió un acuerdo entre las partes denunciadas y, de ser el caso, si luego de un balance sus efectos eran mayormente supracompetitivos o anticompetitivos.
61. Incluso la palabra “supuesta” denota, por el contrario, que la Comisión en principio consideraba que la conducta era lícita por eso no se podía afirmar categóricamente que existiera una infracción, sino luego de realizar un análisis posterior que se desarrolló en acápites siguientes de la Resolución recurrida.
62. Por lo tanto, corresponde desestimar la solicitud de nulidad formulado por Quimpac conforme a los considerandos precedentes.

III.5 Los acuerdos verticales restrictivos de la libre competencia

63. Las restricciones verticales se definen como aquellos acuerdos o convenios entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena de producción, que restringen las condiciones bajo las cuales los contratantes pueden comprar, vender o revender un bien o servicio.¹⁸
64. En el ámbito de la Unión Europea, los acuerdos verticales han sido definidos en las Directrices referidas a las Restricciones Verticales¹⁹ como:

¹⁸ Al respecto vid., HAHN, Robert. *Antitrust Policy and Vertical Restraints*. Editorial AEI – Brooking Joint Center For Regulatory Studies, primera edición, Washington, D.C., 2006, pág. 1; ROSS, Stephen. *Principles of antitrust Law*. Editorial The Foundation Press, Inc., New York, 1993, pág. 224; MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. Editorial Cambridge University Press, primera edición, New York, 2004, Pág. 302.

¹⁹ Directrices referidas las Restricciones Verticales (2000/C 291/01), disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:291:0001:0044:ES:PDF> (visitada el 09 de enero de 2009)

Los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios.

65. Conforme a las mencionadas Directrices, las restricciones verticales pueden generar consecuencias negativas para el mercado, tales como:
- (i) la exclusión de otros proveedores o compradores mediante el incremento de barreras de acceso al mercado;
 - (ii) reducción de la competencia intermarca²⁰ entre los agentes que operan en un mercado, además de la facilitación de conductas colusivas (expresas o tácitas) entre proveedores o compradores.
 - (iii) reducción de la competencia intramarca entre distribuidores de la misma marcas; y
 - (iv) creación de obstáculos para la integración de mercados (de ser el caso).
66. Los principales tipos de restricciones verticales se han clasificado según grupos que se describen a continuación²¹:
- (i) Grupo de marca única: Dentro de éste se incluyen a los acuerdos que tienen como objeto obligar al comprador a concentrar sus adquisiciones de todo o buena parte de un producto determinado, en un único proveedor o productor. Los riesgos a la competencia derivados de este grupo de restricciones son: (i) la exclusión de competidores proveedores (reales o potenciales), (ii) la facilitación de acuerdos colusorios entre proveedores en caso de uso acumulativo y (iii) , en el caso que el comprador se una minorista, una pérdida de competencia intermarca a nivel de consumidor final.²²
 - (ii) Grupo de distribución limitada: Bajo este grupo se incluyen a los acuerdos cuya principal característica consiste en que un determinado productor venda su producto a un solo o un reducido número de

²⁰ La competencia intermarca hace referencia a la competencia entre las marcas de productos proveídos por distintos agentes económicos. En contraste, la competencia intramarca se refiere a la competencia de los distribuidores mayoristas y minoristas con relación a una marca específica de un producto de un determinado fabricante. Al respecto vid., WHISH, Richard. *Competition Law*. Editorial Lexis Nexos, quinta edición, Londres, 2003, pág. 589; HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Editorial Thomson – West, tercera edición, Minnessota, 2005, pág. 447.

²¹ Directrices referidas las Restricciones Verticales (2000/C 291/01).

²² Se ha señalado que en sentido jurídico en este grupo no existen pactos de no competencia ni obligación de adquirir la totalidad de un producto determinado al proveedor, pero económicamente tiene el mismo efecto porque el proveedor fija al comprador porcentajes muy altos de adquisición, con lo cual se puede asegurar que el comprador no pueda en la práctica disponer de otros productos competidores. Al respecto vid., ZURIMENDI, Aitor. *Las restricciones verticales a la libre competencia*. Editorial Thomson – Civitas, primera edición, Navarra, 2006, pág. 56.

compradores. Los principales efectos negativos que se pueden atribuir a este grupo de conductas son que: (i) imposibilita que algunos compradores puedan adquirir el producto o insumo relevante directamente del fabricante, (ii) facilita los acuerdos colusorios entre proveedores o distribuidores, al limitar el número de minoristas; y (iii) reduce la competencia intramarca al reducirse el número de distribuidores que ofrecen el producto.

- (iii) Grupo de mantenimiento de precio de reventa: En este grupo se incluyen los acuerdos que tienen como característica obligar al comprador (mayorista o minorista) a no revender un determinado producto por debajo o por sobre un precio establecido por el proveedor (v.g. los acuerdos de precios de reventa fijos, recomendados, etc.). Los principales efectos negativos atribuidos a esta clase de acuerdos son: (i) la reducción de la competencia intramarca entre distribuidores y (ii) una mayor transparencia de precios que facilite la colusión horizontal entre fabricantes o distribuidores.
- (iv) Grupo de compartimiento de mercado: En este grupo se incluyen a los acuerdos verticales mediante el cual se restringe la posibilidad de abastecimiento o reventa de un comprador con relación a un producto específico en un determinado ámbito geográfico. Los principales efectos anticompetitivos de esta clase de acuerdos radica en que se limite la competencia intramarca, que puede coadyuvar a que el proveedor compartimente el mercado y obstaculice la integración del mismo. En este caso, esta limitación puede facilitar la colusión entre proveedores o distribuidores.

67. Ahora bien, los acuerdos verticales por lo general son generadores de eficiencias principalmente en lo que se refiere a la competencia en factores distintos del precio, motivo por el cual cada caso concreto deben analizarse sus eventuales efectos anticompetitivos en el mercado. De esta manera se ha sostenido que:

*La colaboración entre empresas que se encuentran en distintos niveles de la cadena de producción a través de acuerdos verticales, supone muchas veces un mejor uso y optimización de los recursos, lo que se traduce en ocasiones en una mejora del sistema de producción y distribución del bien y servicio, en un incremento en las prestaciones a favor del consumidor e incluso en ocasiones en una bajada del precio del producto final. Con estos acuerdos o prácticas, las empresas partícipes incrementan su confianza mutua, se coordinan y adaptan a las necesidades recíprocas y como resultado bajan sus costes y aumentan la calidad del producto y del nivel de prestaciones.*²³

²³ Ídem, pág. 84.

En el mismo sentido, Conrath ha señalado que “la mayoría de acuerdos verticales no son perjudiciales para la competencia. Los acuerdos verticales son una manera usual y normal de hacer negocios. Una amplia variedad de
26/80

(el subrayado es nuestro)

68. En ese mismo sentido, las Directrices de la Unión Europea mencionadas previamente señalan que “las restricciones verticales tienen consecuencias positivas cuando (...) fomentan la competencia en aspectos distintos de los precios y mejoran la calidad de los servicios. Si una empresa no dispone de poder de mercado, la única alternativa que dispone para incrementar sus beneficios consiste en mejorar al máximo sus procesos de fabricación y distribución”.
69. Tomando en consideración lo señalado precedentemente, en las Directrices de la Unión Europea se ha consignado un listado no taxativo de aquellas eficiencias o justificaciones más comunes para la celebración de acuerdos restrictivos verticales, entre las que se encuentran las siguientes:
- (i) Solución de los problemas de “parasitismo” (Free rider): Mediante un acuerdo de distribución exclusiva, por ejemplo, se puede evitar que un distribuidor se aproveche de las actividades de promoción realizadas por un competidor. Si un minorista invierte en servicios de preventa de una marca específica a efectos de incrementar su demanda por parte de los consumidores, se espera lógicamente que tenga un interés de evitar que otro minorista realice ventas aprovechándose de una inversión en la que no ha contribuido²⁴.
 - (ii) Apertura e ingreso a nuevos mercados: El ingreso a un nuevo mercado geográfico puede requerir que el distribuidor realice “inversiones iniciales” específicas para introducir la marca; en tal sentido, con el fin de incentivar dichas inversiones, el productor puede otorgar una protección especial mediante una exclusividad territorial, permitiéndole a su distribuidor que fije un precio elevado temporalmente a efectos de recuperar sus inversiones.
 - (iii) Parasitismo de certificado: En determinados mercados, algunos minoristas tienen la reputación entre los consumidores de ofrecer productos de “calidad”, por lo que en un inicio si los productores no fuesen capaces de restringir sus ventas a través de dichos minoristas, podría ocurrir que el producto en cuestión no se oferte en el mercado o fracase su proceso de introducción.
 - (iv) Problema de cautividad: Este caso se presenta cuando un proveedor o un comprador deben realizar inversiones destinadas a un cliente

tipos de acuerdos verticales forma parte del proceso competitivo”. CONRATH. W, Craig. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. World Bank, Washington, 1995, Sección 7, pág. 2.

²⁴ En ese sentido vid., WHISH, Richard. Op. Cit., pág. 592.

específico²⁵, de tal manera que no comprometería su capital en la realización de tales inversiones sin previamente no consigue celebrar un acuerdo de suministro exclusivo que asegure la recuperación de su inversión.

- (v) El problema de cautividad que se plantea en caso de transferencia de conocimientos técnicos sustanciales: Una vez transmitidos conocimientos técnicos sustanciales al interior de una relación comercial vertical, resulta materialmente imposible su recuperación, por lo que el proveedor de tales conocimientos tendrá el interés de protegerlos del aprovechamiento indebido por parte de sus competidores, mediante la suscripción de acuerdos restrictivos.
- (vi) Economías de escala en la distribución: Este caso se observa cuando un fabricante debe restringir la reventa de su producto en un número reducido de distribuidores, de tal manera que pueda alcanzar economías de escala y, por ende, lograr un precio minorista reducido.
- (vii) Imperfecciones del mercado de capitales: En determinados casos, los bancos u otras entidades financieras pueden ser fuentes deficientes de capitales dadas las necesidades de negocio específicas de un determinado proveedor o comprador. En estos supuestos, por ejemplo, el proveedor puede otorgar créditos a sus compradores a cambio de la celebración de acuerdos de suministro exclusivo que asegure su inversión.
- (viii) Uniformidad y normalización de la calidad: Esta justificación se observa cuando una restricción vertical tiene la finalidad de promover la imagen de un producto estableciendo a los distribuidores la obligación de mantener cierto grado de uniformidad y normalización de la calidad.

70. Cabe señalar, que pese a las justificaciones descritas precedentemente, los acuerdos verticales sí pueden tener la capacidad de generar efectos negativos sobre la competencia en aquellos casos en que una o ambas partes del acuerdo gozan de posición de dominio en algunos de los mercados relacionados (a nivel de la producción o comercialización del producto)²⁶. En este sentido, las Directrices de la Unión Europea sobre

²⁵ Según las Directrices mencionadas, una inversión realizada por el proveedor se considerará específica si luego de finalizado el contrato, no puede ser utilizada por el proveedor para suministrar a otros clientes o no puede venderse; de otro lado, un inversión realizada por el comprador se considera específica si luego de extinguido el contrato no puede ser utilizado por el comprador para adquirir y/o usar productos suministrados por otros proveedores.

²⁶ Sobre el particular, se ha sostenido en la doctrina del *antitrust* estadounidense que "un contrato de distribución exclusiva podría limitar la competencia ineficientemente si la firma proveedora tiene posición dominante en el mercado y la entrada en la siguiente etapa de la cadena productiva está restringida. En la medida que nuevas facilidades en esta etapa pueda ser construida rápidamente, una efectiva exclusión es improbable". HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., pág. 436.

Restricciones Verticales establecen que:

(119) Al evaluar las restricciones verticales desde el punto de vista de la política de competencia, cabe formular un cierto número de normas generales:

1) La mayoría de las restricciones verticales sólo pueden plantear problemas si la competencia intermarca resulta insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor, del comprador o de ambos. Desde un punto de vista conceptual, el poder de mercado puede definirse como la facultad de subir los precios por encima del nivel competitivo y, al menos a corto plazo, de obtener beneficios por encima de lo normal. Es posible que las empresas tengan un poder de mercado inferior al nivel de posición dominante en el mismo, que es el umbral para que se aplique el artículo 82. Cuando hay muchas empresas compitiendo en un mercado no concentrado, se puede suponer que las restricciones verticales no especialmente graves no tendrán unos efectos negativos notables. Se considera que un mercado no está concentrado si el índice HHI, es decir, la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado individuales de todas las empresas, es inferior a 1000.

(el subrayado es nuestro)

71. Una vez que en un caso concreto, la autoridad de competencia ha establecido la posición de dominio de por lo menos una de las partes, debe proceder posteriormente a contrastar la finalidad pro-competitiva frente a la finalidad restrictiva derivada del acuerdo vertical (v.g. un contrato de distribución exclusiva, de suministro exclusivo, etc.), así como los efectos que materialmente se generen, o podrían generarse, del acuerdo. Lo señalado en el presente párrafo será detallado en el acápite a continuación.

III.6. Los acuerdos verticales en el ordenamiento jurídico peruano

72. Como se ha señalado precedentemente, los acuerdos colusorios en general se encontraban tipificados en los artículos 3 y 6 del derogado Decreto Legislativo 701. El referido artículo 6 no hacía distinción entre prácticas colusorias horizontales y verticales, por lo que la autoridad de competencia interpretó en anteriores pronunciamientos que esta norma era aplicable a ambas clases de conductas colusorias.

73. Con relación a los acuerdos verticales, el artículo 6 no hacía mención al requisito de la posición de dominio que debía poseer una de las partes integrantes del acuerdo, por lo que se podría inferir que la prohibición contenida en dichas normas abarcaba a toda clase de colusiones verticales independientemente de que una de las partes tuviera o no dicha posición dominante en alguno de los mercados relacionados²⁷.

²⁷ Al respecto, la Sala ha emitido la Resolución 028-2008/SC1-INDECOPI.

74. En el presente caso, ha sido la Comisión quien ha establecido en la Resolución impugnada que las restricciones verticales que son capaces de generar efectos restrictivos en el mercado, mediante la exclusión de competidores (y por ende, susceptibles de una eventual sanción), son aquellas en las que por lo menos una de las partes que intervienen en el acuerdo vertical tiene posición de dominio.
75. Este criterio jurisprudencial ha sido recogido en el vigente Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – que tipifica las prácticas colusorias horizontales y verticales en sus artículos 11 y 12²⁸, respectivamente; es decir, a diferencia del dispositivo normativo derogado en donde la tipificación de las prácticas colusorias se encontraba en el artículo 6 aplicable a ambas clases de colusiones (v.g. verticales y horizontales), en la norma vigente el legislador ha considerado necesario tipificar ambas clases separadamente, atendiendo a su naturaleza y elementos típicos particulares.
76. En tal sentido, el referido artículo 12 describe el tipo de prácticas colusorias verticales estableciendo que:

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

12.1. *Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución, o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.*

(...)

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

12.4. *Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas.*

(El subrayado es nuestro)

77. Como se desprende del artículo citado, bajo la normativa vigente las colusiones verticales tienen dos elementos típicos particulares: (i) que la conducta sea realizada entre dos o más agentes económicos independientes que actúen en diferentes niveles de la cadena de producción; y (ii) que uno de los agentes infractores involucrados tenga posición de dominio en uno de los mercados de la cadena productiva.
78. La norma señala, además, que las prácticas colusorias verticales deben

²⁸ En el presente caso, lo establecido en el Decreto Legislativo 1034 sirve sólo como referente de interpretación, ya que la tipificación del ilícito de colusiones verticales ya se encontraba contenida en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701 bajo el cual se han imputado los cargos a las denunciadas.

tener por “objeto o efecto” restringir, impedir o falsear la libre competencia. En este sentido, se considera que una práctica colusoria vertical tendrá un “objeto” restrictivo cuando de las condiciones y términos del acuerdo se desprenda de manera objetiva que su finalidad o propósito es afectar de manera directa el proceso competitivo en el mercado. La referencia al “objeto” no debe ser entendida como la intención o la finalidad subjetiva de las partes al momento de celebrar el acuerdo, sino como la finalidad y propósito objetivo que se desprende del mismo acuerdo en un contexto económico determinado en el que será aplicado²⁹. En la Unión Europea, se ha considerado que las restricciones verticales que tienen un “objeto” restrictivo son: la fijación mínima de un precio de reventa; las cláusulas de asignación de clientela (salvo algunas excepciones); y la imposición de prohibiciones de exportación (cuando la finalidad es la integración de mercados).³⁰

79. De otro lado, las prácticas verticales que tienen un “efecto” restrictivo son aquellas que si bien no tienen una finalidad o propósito anticompetitivo (en los términos descritos en el párrafo precedente), sin embargo, como consecuencia del acuerdo de las partes y el contexto concurrente, producen un perjuicio al proceso competitivo³¹.
80. Finalmente, el artículo 12 citado establece que *las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas*. Esto quiere decir, conforme al artículo 9 del Decreto Legislativo 1034, que *“para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores”*.³² Esta afectación negativa para la competencia y el bienestar de los consumidores, traduce “el perjuicio al interés económico general” como elemento típico del supuesto prohibido en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, aplicable al presente caso por ser la norma que estuvo vigente durante la comisión de los hechos investigados.
81. Del artículo 9 citado se colige que las colusiones verticales constituyen

²⁹ En ese sentido vid., WHISH, Richard. Op. Cit., pág. 110.

³⁰ Al respecto vid., Comunicación de la Comisión sobre “acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de manera sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea” (2001/ C 368/7). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:368:0013:0015:ES:PDF> (visitada el 7 de enero de 2009).

³¹ Sobre el particular vid., GALÁN CORONA, Eduardo. *Capítulo 4. Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general*. En: *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*. Editor José María Beneyto Pérez. Editorial BOSCH, primera edición, Barcelona, 2005, pág. 195.

³² El estándar de probanza prescrito en el artículo 9 citado en el párrafo anterior es conocido en la doctrina *antitrust* estadounidense como la Regla de la Razón (*Rule of reason*) y es utilizado para analizar los casos de restricciones verticales. En este sentido, Conrath ha señalado que “la mayoría de los acuerdos verticales se encuentran bajo la regla de la razón”. CONRATH, W, Craig. Op. Cit., sección 7, pág. 3.

“infracciones de resultado”. Esto quiere decir que para la configuración de la infracción y, por tanto, la vulneración al principio de libre competencia como bien jurídico tutelado, es necesario no sólo la ejecución de la conducta imputada (v.g. la celebración de un acuerdo de distribución exclusiva), sino que se acredite la existencia de un resultado negativo, o la potencialidad concreta de dicho resultado (cierto e inminente), sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En otras palabras, el acuerdo colusorio vertical debe generar una lesión efectiva, o puesta en peligro de lesión (cierto e inminente), a la competencia y el bienestar de los consumidores, para que la conducta sea sancionable como infracción a las normas de defensa de la competencia.

82. Lo señalado precedentemente tiene un símil en el ámbito del Derecho Penal (que junto al Derecho Administrativo Sancionador forma parte de la Potestad Punitiva del Estado), en donde existen tipos delictivos que se caracterizan por la individualización de un resultado diferenciado que se encuentra separado en el tiempo y espacio de una determinada acción, a los cuales, se les denomina “*delitos de resultado*”³³. Estos delitos se consuman cuando se verifica la acción y el resultado antijurídico (v.g. el homicidio en el cual el delito se consuma con la muerte de otra persona), pero, además, son punibles incluso cuando no se alcanza consumación alguna y, por lo tanto, no se ha afectado el bien jurídico mediante un resultado efectivo, sino sólo a través de la puesta en peligro o la potencialidad de un resultado dañino³⁴.
83. Es en este contexto que debe interpretarse la frase “*tengan por objeto o efecto*” contenida en el citado artículo 12. En efecto, cuando la norma hace referencia a “*tener por objeto*” se entiende que se trata de aquellas colusiones verticales que, poseyendo una finalidad anticompetitiva, tienen la potencialidad de causar un resultado lesivo concreto sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En este caso, la concreción de la conducta es de suma importancia, de tal manera que la autoridad de competencia “*debe ponerse en la situación del agente y ver si en concreto el acto ejecutado (...) pudo tener la eficacia causal en relación con el resultado que se tuvo en la mira*”³⁵. El análisis de concreción debe realizarse de manera *ex ante*, lo cual implica “*retrotraerse al momento en que la acción ha sido realizada y juzgar de acuerdo a las circunstancias si la conducta fue estimada idónea [por el imputado] en orden a ocasionar el resultado*”³⁶. Sobre

³³ VILLAVICENCIO; Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Grijley, primera edición, Lima, 2006, pág. 309.

³⁴ Al respecto, se entiende que la sanción se impone en título de *tentativa* en donde “*si bien es cierto (...) no hay lesión efectiva a un bien jurídico, sí es puesto en peligro y esta es la razón por la cual se explica su sanción, puesto que la consideración teleológica del derecho lleva a la sanción de las conductas que lesionan los bienes jurídicos y las que ponen en peligro concreto tales bienes, peligrosidad entendida en torno de la acción que pone a riesgo los derechos y no respecto del sujeto que los realiza*”. SALAZAR, Mario. *Teoría del Delito: con fundamento en la escuela dialéctica del Derecho Penal*. Editorial Ibáñez, primera edición, 2007, Bogotá, pág. 382.

³⁵ Ídem., pág. 384.

³⁶ Loc. Cit.

la concreción de la conducta se ha señalado que:

La determinación del objeto, esto es, la finalidad de un acuerdo o decisión se lleva a cabo de sus específicos términos o estipulaciones. Pero no es suficiente con la mera observación de los términos del acuerdo, es preciso que, a la luz de las concretas circunstancias que concurren en torno al acuerdo y a la situación del mercado, la lesión a la competencia sea verosímil...³⁷

84. De otro lado, cuando la norma hace referencia a “*tener por efecto*” se entiende que incluye a aquellas colusiones verticales que sin tener una finalidad anticompetitiva, tienen un resultado o efecto consumado negativo sobre la competencia y el bienestar de los consumidores.
85. Basta con que un acuerdo colusorio vertical tenga un “*objeto*” anticompetitivo y que se haya determinado que éste generó un peligro o potencialidad de resultado “concreto” sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, para considerar que se ha configurado el supuesto de infracción, sin que la autoridad de competencia tenga la necesidad de comprobar la consumación de algún efecto o resultado negativo para la competencia y los consumidores. En ese sentido se ha afirmado a nivel de a doctrina europea que:

Como un tema de Derecho, cuando un acuerdo tiene como su objeto la restricción de la competencia, la Comisión (o cualquier otra persona opuesta al acuerdo) no tiene que probar que esa clase de acuerdo tiene un efecto anticompetitivo...

86. Conforme a lo expuesto, esta Sala considera que a efectos de analizar la licitud (o no) de una práctica colusoria vertical, la autoridad de competencia debe realizar el análisis según la metodología siguiente:
- (i) determinar si alguna de las partes denunciadas goza de posición de dominio en el mercado relevante;
 - (ii) establecer la existencia del acuerdo restrictivo imputado a las denunciadas;
 - (iii) ponderar los objetivos restrictivos de la competencia frente a las eficiencias pro-competitivas derivadas de la práctica colusoria vertical bajo análisis³⁸; y
 - (iv) en caso que los objetivos restrictivos sean mayores que las eficiencias,

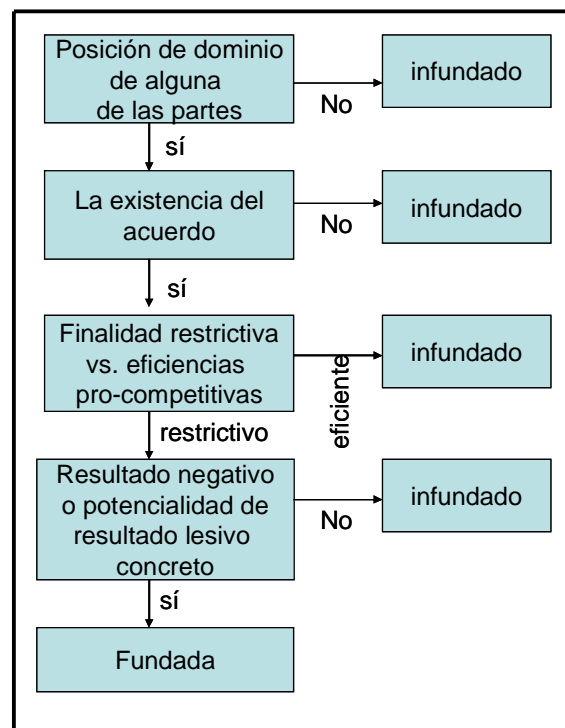
³⁷ GALÁN CORONA, Eduardo. Op. Cit., pág. 196.

³⁸ Al respecto, Hahn señala que “*El propósito de las normas antimonopolio es proteger el bienestar de los consumidores y fomentar la competencia. Para lograr esta finalidad, la autoridad debe tratar de limitar esas prácticas que sean probables de hacer más daño que beneficio; dejando las prácticas más beneficiosas intocables. La pregunta que enfrenta la autoridad de competencia sería cómo decidir si tipos particulares de restricciones verticales probablemente promuevan la eficiencia económica. Esta no es una tarea simple y los registros del Gobierno en esta área esta sujeto a debate acalorado*”. HAHN, Robert. Op. Cit., pág. 3.

determinar si la práctica colusoria vertical efectivamente tuvo un resultado negativo, o tuvo la potencialidad de causar un resultado lesivo concreto, para la competencia y el bienestar de los consumidores (lo cual traduce una afectación al interés económico general). Si no se observan dichos efectos, o potencialidad de efectos, la restricción vertical no será declarada como infracción, pese a que pudiera tener el objeto de restringir la competencia.

87. El gráfico a continuación muestra lo señalado en el párrafo precedente:

Gráfico Nº 1
Metodología de Análisis de una práctica colusoria vertical



Elaboración: ST – SC1

88. En consecuencia, siguiendo la metodología descrita precedentemente, corresponde a continuación analizar si, en el caso concreto, las empresas imputadas tienen posición de dominio en el mercado relevante.
89. Cabe señalar que la referencia a las disposiciones del Decreto Legislativo 1034, sólo sirven de referencia para establecer la metodología de análisis de manera general de los casos de colusiones verticales, y no para tipificar la conducta infractora y su eventual sanción, dado que como se ha mencionado precedentemente, el Decreto Legislativo 701 en sus artículos 3 y 6, vigente

durante la comisión de los hechos imputados, ya incluía como supuesto típico de infracción a las conductas colusorias verticales.

III.7 La restricción vertical atribuida a Quimpac y Clorox

III.7.1. El mercado relevante

90. La delimitación del *mercado relevante* se encuentra estrechamente asociada al concepto de posición de dominio, toda vez que será en el ámbito de un mercado en particular que un agente económico determinado gozará (o no) de posición dominante³⁹. Al respecto, el numeral 6.1 del artículo 6 del Decreto Legislativo 1034 estipula que el mercado relevante está compuesto por un bien o servicio determinado y un ámbito geográfico donde se comercializará dichos bienes⁴⁰.
91. El *mercado producto* relevante incluye a todos aquellos bienes y servicios que los demandantes consideran sustitutos o intercambiables entre sí, en función a sus características, precio, calidad, usos y otras condiciones inherentes al producto^{41, 42}. Este ha sido el criterio establecido por la Sala en anteriores pronunciamientos en donde ha sostenido que:

El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores. Ello implica determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto

³⁹ En los Estados Unidos de América, el Department of Justice y la Federal Trade Commission, aprobaron los *Horizontal Merger Guidelines* en el cual se señala que: “un mercado es definido como un producto o grupo de productos y el área geográfica en la cual se producen y venden...”. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmq.pdf>, (visitada el 13 de enero de 2009).

En la Unión Europea, la Comisión ha aprobado la Comunicación sobre “Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia” (97/C 372/03) - Diario Oficial N° C 372 publicado el 09 de diciembre de 1997, en el cual se señala que: “el mercado de referencia en el mercado del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto t el mercado geográfico...”. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML), (visitada el 13 de enero de 2009).

⁴⁰ **Decreto Legislativo 1034, Artículo 6.- El mercado relevante**

6.1 El mercado relevante está integrado por el mercado producto y el mercado geográfico.
(...)

⁴¹ Conforme a la Comunicación de la Comisión Europea sobre Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia: “El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos o servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”.

⁴² Sobre la definición del mercado producto vid., CONRATH, W, Craig. Op. Cit., sección 4, págs. 2 - 11; HYLTON, Keith. *Antitrust Law. Economic theory and common law evolution*. Editorial Cambridge University Press, primera edición, Cambridge, 2003, pág. 237 y ss; RUIZ DÍAZ, Gonzalo. *Definición de mercado relevante y políticas de competencia*. En: *Thémis – Revista de Derecho*. Segunda Época. Año 17, N° 41. Lima, diciembre de 2000, pág. 298.

*plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo*⁴³.

(El resaltado es nuestro)

92. Con relación al mercado producto, el numeral 6.2 del artículo 6 del Decreto Legislativo 1034 establece que:

Artículo 6.- El mercado relevante.-

(...)

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes y consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para su sustitución.

93. De otro lado, el *mercado geográfico* relevante esta delimitado por las áreas o espacios geográficos donde se encuentran las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante ya delimitado. Esto se mide en función a las restricciones que tendrían tanto los productores de otras zonas geográficas para trasladar sus productos a donde se encuentran los clientes, como a las limitaciones que enfrentan los propios consumidores para acceder a las otras áreas donde se encuentran las fuentes alternativas de aprovisionamiento.⁴⁴
94. Siguiendo la definición del párrafo precedente, la Sala ha considerado en un pronunciamiento anterior que:

*“...para determinar el mercado relevante debe examinarse las fuentes de aprovisionamiento a las que un comprador puede acudir, teniendo en cuenta cuales son las alternativas reales según el nivel de sustitución entre productos y considerando los costos de las alternativas que tiene el proveedor”*⁴⁵.

(El resaltado es nuestro)

⁴³ Resolución 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999, recaída en el procedimiento iniciado por Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. (Expediente N° 005-97-CLC).

⁴⁴ Sobre el particular, Whish ha manifestado que: “La delimitación del mercado geográfico ayuda a identificar qué otras firmas imponen una restricción competitiva sobre otro agente bajo investigación. El costo de transporte es un importante factor: algunos bienes son tan caros de transportar en relación a su valor que no sería económico intentar venderlos en mercados distantes...”. WHISH, Richard. Op. Cit., pág. 39. En ese mismo sentido ver, CONRATH. W, Craig. Op. Cit., Sección 4, págs. 12 y ss.

⁴⁵ Ver la Resolución 117-97-TDC emitida por la Sala el 5 de mayo de 1997.

95. En otro caso, la Sala ha sostenido que el análisis del mercado geográfico relevante implica:

“...determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo”⁴⁶.

(El resaltado es nuestro)

96. La norma actual de defensa de la competencia en el numeral 6.3 del artículo 6, al respecto, prescribe que

Artículo 6.- El mercado relevante.-

(...)

6.3. *El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos del transporte y las barreras del comercio.*

A) Producto relevante

97. En el presente caso, Gromul y Dispra han denunciado que en virtud de la relación de distribución exclusiva establecida presuntamente entre las empresas imputadas, Quimpac se estaría negando a vender directamente el hipoclorito de sodio⁴⁷ a los envasadores de lejía competidores de Clorox. En ese sentido, a efectos de establecer el mercado de producto relevante corresponde analizar si existen productos sustitutos que, dadas sus particulares características y usos, sean idóneos para la producción y envasado de lejía para el uso doméstico (o “lejía de lavar”).

98. Sobre el particular, es importante señalar que en una entrevista sostenida con representantes de la empresa Clorox, éstos manifestaron que el hipoclorito de sodio es un insumo necesario para la producción de lejía doméstica, de tal forma que la lejía sin hipoclorito de sodio no es lejía. Es decir, para la propia empresa denunciada el hipoclorito de sodio no tiene sustitutos cercanos para la producción de lejía de lavar⁴⁸. Lo señalado se desprende de la cita a continuación:

⁴⁶ Ver la Resolución 0078-1999/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala el 5 de marzo de 1999.

⁴⁷ Para una descripción del proceso de producción de hipoclorito de sodio, sus características y usos, ver el Informe 025-2005/GEE elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

⁴⁸ Entrevista sostenida el 3 de mayo de 2004 con representantes de Clorox, señores Hernán Garrido Lecca (Asesor Económico Externo), Miguel Velasco de la Cotera (Gerente General) y Martín Serkovic (Asesor Legal).

Clorox: *La lejía es hipoclorito de sodio diluido.*

(...)

Clorox: *La lejía es el nombre comercial del hipoclorito de sodio diluido, así como el ácido muriático es el nombre comercial de ácido clorhídrico, si no tengo hipoclorito de sodio no tengo lejía.*

(...)

Clorox: *Pero si no es hipoclorito no es lejía.*

Indecopi: *Clorox nunca ha..., es una pregunta general, ha probado otra alternativa? Antes existía por ejemplo la lejía en polvo que lo hacían a base de hipoclorito de calcio.*

Clorox: *Todo nuestro negocio es el hipoclorito de sodio.*

Indecopi: *El hipoclorito de calcio...?*

Clorox: *Pero eso ya no es lejía, por ejemplo el azulino o todas esas otras posibilidades, ya no es... digamos lejía en polvo es una liberalidad.*

(...)

Clorox: *Lejía es hipoclorito de sodio, la compra, la importa, la fabrica.*

(el subrayado es nuestro)

99. Las declaraciones categóricas de la empresa denunciada serían suficientes para concluir que el producto relevante en el presente caso lo constituye el hipoclorito de sodio como único insumo para la producción de lejía. No obstante ello, corresponde analizar si existen otros productos que sean técnica y económicamente sustitutos idóneos del hipoclorito de sodio.
100. Al respecto, en el Informe 025-2005/GEE, se analizó las características y usos del hipoclorito de calcio como posible insumo sustituto del hipoclorito de sodio a efectos de producir y envasar lejía para lavar.
101. Si bien el hipoclorito de calcio es utilizado para producir lejía en polvo, mientras que el hipoclorito de sodio para la producción de lejía líquida, se concluyó que desde el punto de vista del consumidor final ambas clases de lejía podían cumplir la misma función en su uso.
102. Sin embargo, pese a lo anterior, en el informe mencionado precedentemente se concluyó lo siguiente:
 - (i) *El hipoclorito de calcio al 65% de concentración, es decir, el importado, es económicamente más caro que el hipoclorito de sodio.*

- (ii) *El hipoclorito de calcio al 33% de concentración, es decir, el producido localmente por QUIMPAC, podría constituirse en una alternativa económica al hipoclorito de sodio (que revende CLOROX). Sin embargo, la única empresa que ha experimentado la producción de lejía en polvo afirma que el hipoclorito de calcio producido en el país, hace técnicamente también inviable su uso. Tal como lo mencionó la empresa Rex Peruana S.A: "...si bien es cierto que podía recurrir al hipoclorito de calcio que producía PARAMONGA (que es propiedad de QUIMPAC), al parecer las características técnicas o propiedades químicas (tal vez por contener menos cloro activo que el importado), hacían inviable la producción de lejía en polvo con dicho insumo...".*
- (iii) *El hipoclorito de calcio no se constituiría en un sustituto factible del hipoclorito de sodio, ya que su uso es principalmente destinado a otras actividades distintas al 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 y desde ese año no ha vuelto importar dicho producto, puesto que como se mencionó anteriormente, tuvo que salir del negocio por las desventajas económicas y técnicas que enfrentó.*

103. Como se puede colegir de la cita anterior, el hipoclorito de calcio no sería un sustituto adecuado del hipoclorito de sodio para la producción y envasado de lejía.
104. En consecuencia, coincidiendo con las conclusiones del Informe 025-2005/GEE, esta Sala considera que, tomando en cuenta sus características, usos y precios, el producto relevante para el presente caso es el hipoclorito de sodio como insumo para la producción y envasado de lejía⁴⁹.

B) Mercado geográfico relevante

105. Con relación al mercado geográfico, durante el trámite del procedimiento Clorox ha argumentado que los países productores de hipoclorito de sodio al interior de la Comunidad Andina deben ser incluidos como alternativas viables para la provisión del referido insumo por parte de empresas que lo requieran⁵⁰. Ello sobre todo considerando que no existen barreras arancelarias para la importación del insumo desde los referidos países.
106. Al respecto, en el informe 025-2005/GEE se analizaron qué tan significativos han sido los flujos comerciales internacionales de hipoclorito de sodio durante el periodo de investigación, observándose que los niveles de importación del referido insumo eran poco significativos en comparación con la producción y ventas locales (los niveles de exportación eran nulos); ello tal como se desprende del cuadro a continuación:

⁴⁹ Sobre el análisis del mercado producto relevante para el presente caso ver puntos 33 a 47 del Informe 025-2005/GEE.

⁵⁰ Escrito de Clorox del 25 de agosto de 2003.

Cuadro N° 1
Flujo comercial de hipoclorito de sodio (en toneladas)

Año	Importación (A)	Exportación (B)*	Ventas (C)**	Ratio (A/C)	Ratio (B/C)
1998	0,00	-	19 337,5	0,0 %	-
1999	-	-	19 337,5	-	-
2000	0,94	-	19 337,5	0,0 %	-
2001	5,84	-	21 981,7	0,0 %	-
2002	2,41	-	23 543,9	0,0 %	-
2003	145,47	-	23 423,3	0,6 %	-

* Según estadísticas de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, no se reportan exportaciones de hipoclorito de sodio.

** Cifras para periodo 1998 – 2000, referenciales según escrito de Quimpac del 28 de noviembre de 2003.

Fuente: Sunat y Quimpac.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

107. Como se sabe los costos de transporte son preponderantes al momento de establecer el ámbito del mercado geográfico relevante. Si los precios del producto en cuestión más los costos asociados al transporte desde un área “A” exceden el precio de dicho producto en el mercado local “B”, se puede afirmar entonces que el área “A” no debe ser incluida como parte del mercado geográfico relevante. En el presente caso, los costos de transporte del hipoclorito de sodio importado en el periodo 1998 – 2004 son consignados en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 2
Incidencia del costo de transporte de las importaciones de hipoclorito de sodio

Año	País (A)	Costo de transporte (US\$) (B)	Valor CIF (US\$) (C)	Importaciones (Tn) (D)	% del total importado (E)	Incidencia (costo de transporte valor CIF) B/C
1998	Alemania	10 894,0	24 053,0	0,00	100,0	45,3 %
1999*	-	-	-	-	-	-
2000	Chile	56,1	1 672,2	0,93	99,6	3,4 %
	Ecuador	283,0	2 054	0,00	0,4	13,8 %
2001	México	425,0	8 675	0,00	0,1	4,9 %
	Estados Unidos	363,0	1 410,2	5,83	99,9	25,7 %
2002	Hong Kong	92,0	1 283	0,02	0,8	7,2 %
	Estados Unidos	228,0	562	2,40	99,2	40,6 %
2003	China	83,0	981	0,01	0,0	8,5 %
	Colombia	27,23	167,4	144,93	99,9	16,3 %
2004	India	305,0	773,8	0,03	97,6	39,4%
	Finlandia	10 037,0	304 987,7	0,00	2,4	3,0%

* En el año 1999, la Sunat no registró volúmenes de importación de hipoclorito de sodio.

Fuente: Sunat.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

108. Teniendo en consideración los datos precedentes, en el informe de la Gerencia de Estudios Económicos se concluyó que los costos de transporte sobre el valor CIF (*Cost, Insurance and Freight*) de las importaciones de hipoclorito de sodio es bastante significativa, lo cual explica que se observen bajos niveles de importación del referido insumo tal como se ha observado

en el Cuadro N° 1⁵¹. Si bien en algunos casos el ratio de costos de transporte sobre el valor CIF es bajo, si se toma en cuenta de manera general los escasos volúmenes importados del insumo, tales casos no constituyen una muestra representativa que hagan colegir la posibilidad de importación de tales países.

109. Tomando en consideración los bajos niveles de importación del hipoclorito de sodio, asociados a sus costos de transporte sobre el valor CIF, lo que ha representado que el insumo importado haya llegado a representar menos del 0,6% de la producción nacional, esta Sala coincide con las conclusiones del Informe 025-2005/GEE en el sentido de que el mercado geográfico para el presente caso está delimitado por el territorio nacional, tal como se desprende de la cita a continuación:

Por lo tanto, del análisis de los flujos de comercio internacional, los costos de transporte de hipoclorito de sodio proveniente de otros países, del giro comercial de las empresas que lo importan⁵² y de los patrones comerciales dentro del territorio peruano, se concluye que el mercado geográfico del hipoclorito de sodio para el envasado de lejía no excedería las fronteras nacionales.

(el subrayado es nuestro)

110. En consecuencia, esta Sala considera que el mercado relevante para el presente procedimiento esta constituido por la producción y suministro de hipoclorito de sodio como insumo para la producción de lejía en el territorio peruano.

III.7.2. La posición de dominio

111. Corresponde a continuación determinar si alguna de las empresas imputadas tiene posición dominante en el mercado relevante previamente delimitado. En tal sentido, es necesario establecer primero, la cuota de mercado de

⁵¹ Incluso los bajos volúmenes de hipoclorito de sodio importado se observa con países con los que el Perú tienen convenios comerciales en el marco de la Comunidad Andina.

⁵² En el informe 025-2005/GEE se consigna el cuadro a continuación en el cual se observa que las empresas que han importado hipoclorito de sodio no tienen como giro de negocio el envasado de lejía para lavar:

Empresa importadora	Giro comercial
Textiles Populares S.A.	Preparación y Tejidos de Fibras Textiles
Johnson Diversey Peru S.A.C.	Venta mayorista de otros productos
Productos Orgánicos de Piura S.A.C.	Venta mayorista de otros productos
Kossodo S.A.C.	Venta mayorista de otros productos
Ramelli E.I.R.Ltda.	Venta mayorista de otros productos
Asociación Vida Perú	Actividades Otras Asociaciones NCP
Oriental Market E.I.R.L.	Venta mayorista de alimentos, bebidas y tabaco
Milk Dent Import S.A.C.	Otros tipos de venta al por menor
Labin Peru S.A.	Venta de productos y reactivos para laboratorios
Shiva Import Export E.I.R.L.	s.i.
Importadora Sayan y Asociados S.A.	Venta mayorista de otros productos

s.i.: sin información.

Fuente: Sunat.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Quimpac en su calidad de productor y proveedor de hipoclorito de sodio en el territorio nacional, y, segundo, otros factores, tales como las barreras de entrada al mercado, que permitan determinar si la referida empresa gozó de posición de dominio o no⁵³.

112. Tal como ha sostenido en su escrito de alegatos al Informe 064-2007-INDECOPI/ST-CLC, Quimpac ha cuestionado que la Secretaría Técnica le haya atribuido una participación de 99,88% en la producción de hipoclorito de sodio. Para ello, adjuntó una relación de dieciocho (18) empresas que, conforme al Registro de Productores Industriales Nacionales del Ministerio de la Producción, tendrían como objeto social la producción de hipoclorito de sodio en el territorio nacional. Conforme a ello, Quimpac ha sostenido que:

La existencia de otras empresas productoras (...) revela que el 99,88% de cuota de mercado atribuida a Quimpac por la Secretaría Técnica no es tal, y tal porcentaje debe ser menor, no sabemos cuanto pero menor.

(el subrayado es nuestro)

113. La Comisión por su parte ha señalado que, tomando en consideración los volúmenes de producción de dichas empresas, se corrobora la información proporcionada previamente por la propia Quimpac en la cual se ha sustentado una cuota por encima del 90% del mercado nacional de hipoclorito de sodio.
114. En el mismo sentido, en el Informe 025-2005/GEE se afirma que el hipoclorito de sodio para el envasado de lejía en el mercado nacional ha sido provisto principalmente por Quimpac. De allí que si se compara las importaciones contra la producción local de hipoclorito de sodio durante el periodo 1998 -2003, según información remitida por la misma Quimpac, se observará que esta empresa ha tenido una participación de mercado aproximadamente de 99.88%, conforme se desprende del cuadro siguiente:

⁵³ Sobre la metodología para determinar si un agente económico goza de posición de dominio o no, ver la Resolución 028-2008/SC1-INDECOPI emitida por esta Sala. En el mismo sentido vid., Al respecto, Christopher Bellamy y Graham Child señalan hasta cuatro pasos para determinar la posición dominante de un agente económico en la Unión Europea, a saber: (i) definir el mercado relevante en el que deben evaluarse las condiciones de competencia y el poder de la empresa dominante; (ii) demostrar que la empresa goza de una cuota de mercado alta; (iii) demostrar que no es posible que rivales actuales o potenciales erosionen la posición de dominio de la empresa; (iv) demostrar que la posición de existe en el Mercado Común o parte sustancial de éste. BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Editorial Civitas, primera edición en español, traductor Enric Picañol, Madrid, 1992, Pág. 508. En ese sentido vid., CONRATH. W, Craig. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. World Bank, Washington, 1995, Sección 5, págs. 1 y ss; WHISH, Richard. *Competition Law*. Editorial Lexis Nexis, quinta edición, Londres, 2003, págs, 180 y ss.; AMATO, Guiliano. *Antitrust and the bounds of power. The dilemma of liberal democracy in the history of the market*. Editorial Oxford, primera edición, Londres, 1997, págs. 67 y ss. GOYDER, D. G. *EC Competition Law*. Editorial Oxford University Press, cuarta edición, Oxford, 2003, págs. 268 y ss.

Cuadro Nº 3
Participación de mercado de la producción local
frente a la importación de hipoclorito de sodio (1998 – 2003)

Tipo de Hipoclorito	Volumen (Tn)	Participación
Producto Importado	154.66	0.12%
Producto Nacional	126,961.40	99.88%
TOTAL	127,116.06	100.00%

Fuente: Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC

115. La alta participación de mercado en la producción de hipoclorito de sodio por parte de Quimpac cercana a 100%, en un escenario de algo más de cinco (5) años, hace inferir por sí misma que la empresa imputada gozó de posición de dominio en el mercado relevante.
116. Si bien es cierto, la existencia de altas cuotas de mercado no es suficiente para establecer que un agente económico ha gozado (o no) de una posición de dominio, en determinados casos esto constituye uno de los factores más importantes⁵⁴. Sobre el particular, es pertinente tomar en cuenta lo que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró en el caso *Hoffman – La Roche contra la Comisión Europea*:

*Una empresa que tiene una cuota de mercado muy alta y lo mantiene por algún tiempo, mediante el volumen de producción y la escala de la oferta que aquél representa – sin enfrentar a aquellos que tienen pequeñas cuotas de mercado capaces de rápidamente satisfacer la demanda de quienes desearían desprenderse de la empresa que tiene mayor cuota de mercado – está, por mérito de la cuota de mercado, en una posición de fuerza que lo convierte en un proveedor necesario, y que la posibilita, al menos durante un largo periodo, a actuar con plena libertad de acción que es la característica especial de una posición dominante(...)*⁵⁵

(El resaltado es nuestro)

⁵⁴ La doctrina no es unánime en señalar cuál es la cuota de mercado mínima para establecer que un agente económico tiene posición de dominio, sin embargo, a nivel de la jurisprudencia europea comunitaria se ha sostenido que participaciones de mercado entre: (i) 75% y 87% durante tres años son tan grandes que en sí mismas prueban una posición dominante (Asunto 85/76, Hoffman – Roche contra Comisión); (ii) 47% en un mercado oligopólico con cuotas de mercado de 27%, 18%, 7% y 1% del resto competidores, demuestra que una empresa es totalmente libre de decidir la actitud a adoptar cuando se enfrenta con la competencia (Asunto 85/76, Hoffman – Roche contra Comisión); (iii) entre 40% y 45% no permite concluir que una empresa controle automáticamente el mercado, sino que “la posición dominante debe ser determinada teniendo en consideración la fuerza y número de competidores” (Asunto 27/76, United Brand Company y otros contra Comisión). Al respecto vid., BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Op. Cit., pág. 517 y 518.

⁵⁵ Asunto 85/76, Hoffman – La Roche contra la Comisión Europea. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61976J0085, (visitado el 8 de septiembre de 2008).

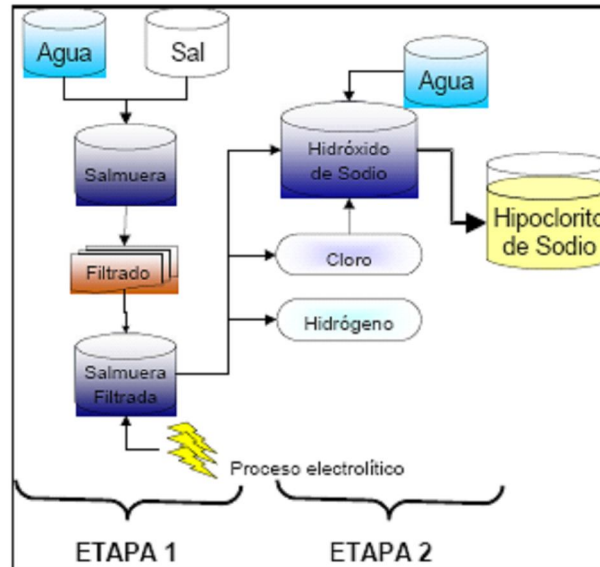
117. Pese a que, en el presente caso, se ha concluido que Quimpac tenía una alta participación en la producción de lejía que denotaría su posición dominante durante el periodo de investigación, corresponde a continuación complementar esta conclusión mediante el análisis de las barreras de entrada al mercado a efectos de determinar si dicha empresa efectivamente ha poseído una posición de dominio o no.
118. Con relación a lo anterior, esta Sala coincide con las conclusiones contenidas en el Informe 025-2005/GEE respecto a que, durante el periodo de investigación, se han identificado las siguientes barreras a la entrada en el mercado de producción y suministro de hipoclorito de sodio:
- (i) Barreras legales expresadas en los plazos necesarios (superiores a 1 año) que requiere un nuevo entrante para cumplir con determinados requerimientos legales para la instalación de una planta de hipoclorito de sodio (v.g. 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, etc.)⁵⁶.
 - (ii) Barreras económicas relativas a los altos costos hundidos que requieren la inversión en bienes de capital y tecnologías necesarias para producir el insumo localmente.
 - (a) Estos costos serán más altos si se ingresa al negocio desde la etapa 1, esto es, produciendo primero los insumos básicos (soda cáustica y cloro) para la posterior producción del hipoclorito sodio:⁵⁷
y
 - (b) Si bien existe la posibilidad de ingresar al mercado de producción de hipoclorito de sodio desde la etapa 2, esto es, sin necesidad de producir sus insumos básicos para su elaboración; sin embargo, el acceso a dichos insumos como el gas – cloro resulta limitado⁵⁸.

⁵⁶ Para ello se señala el ejemplo de Intradevco, empresa que le ha estado llevando cerca de dos años superar tales barreras a efectos de poner en funcionamiento su planta de hipoclorito de sodio. Ver Informe 025-2005/GEE.

⁵⁷ Una planta de cloro – soda variará su precio entre US\$ 5 millones y US\$ 15 millones, según se traten de plantas usadas o nuevas, respectivamente. Ver Informe 025-2005/GEE.

⁵⁸ Una planta de hipoclorito de sodio en la etapa 2 requerirá una inversión aproximada de US\$ 100 mil. Ver Informe 025-2005/GEE.

Gráfico N° 2
Etapas del proceso productivo del hipoclorito de sodio



Fuente: www.ayudin.com/historia/produccion.htm

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

(iii) Barreras estratégicas relacionadas con el vínculo comercial establecido entre las empresas denunciadas y la utilización de la capacidad instalada de Quimpac que disuaden la entrada de algún competidor⁵⁹.

(iv) Pese a que la presencia de Intradevco S.A. representa una competencia potencial en la producción de hipoclorito de sodio, el hecho de que luego de casi dos (2) años no haya ensamblado su planta de cloro – soda es un indicador de que le resulta menos costoso proveerse de Quimpac que ingresar a la actividad de producción.

119. En general, las barreras de entrada descritas precedentemente se pueden observar consignadas en el cuadro siguiente:

⁵⁹ Quimpac ha afirmado que su planta tiene una capacidad de producción de 29 750 Ton., la cual se ha utilizado desde 1995 en un grado entre 60% y 70%. Para el periodo 1998 se ha calculado un grado de utilización del 65%. Ver Informe 025-2005/GEE.

Cuadro N° 4
Barreras de entrada para determinar la posición de dominio de Quimpac en la producción de hipoclorito de sodio para envasado de lejía

<u>Barreras legales y/o administrativas</u>	<p>Estudio de impacto ambiental (8 meses);</p> <p>Permisos de construcción de planta (distrital y municipal);</p> <p>Tener en cuenta Mapa de Zonificación del Perú, Lima y Distritos.</p> <p>Se requiere cumplir Decreto Ley N°25623 que regula y fiscaliza insumos químicos destinados a la fabricación de pasta básica de cocaína.</p>							
<u>Barreras Económicas</u>	<table border="1"> <thead> <tr> <th data-bbox="678 699 1019 772">Etapa 1</th> <th data-bbox="1019 699 1352 772">Etapa 2</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="678 772 1019 1329"> <p>Costos Hundidos</p> <p>I.- Activos y Tecnología</p> <p>Se requiere planta de producción de cloro soda (US\$15 millones) más costos de transporte de traslado. Planta usada requiere aproximadamente, US\$5 millones. Más gastos de "ingeniería de detalle".</p> <p>Uso alternativo (reventa): limitado.</p> <p>No existe mercado secundario.</p> </td> <td data-bbox="1019 772 1352 1329"> <p>Se requiere inversión de US\$100 mil más gastos necesarios en "ingeniería de detalle".</p> <p>Si bien es cierto es posible inversión de US\$13 mil – US\$18 mil, ésta es riesgosa.</p> </td> </tr> <tr> <td data-bbox="678 1329 1019 1329"> <p>II.- Acceso a insumos</p> <p>Realización de denuncios de sal (integración vertical hacia atrás) sería complicado.</p> <p>Energía eléctrica para la producción de cloro-soda es muy costosa (aprox. 45% del costo de producción).</p> </td> <td data-bbox="1019 1329 1352 1329"> <p>El acceso a cloro es costoso, localmente como en el mercado internacional.</p> </td> </tr> </tbody> </table>		Etapa 1	Etapa 2	<p>Costos Hundidos</p> <p>I.- Activos y Tecnología</p> <p>Se requiere planta de producción de cloro soda (US\$15 millones) más costos de transporte de traslado. Planta usada requiere aproximadamente, US\$5 millones. Más gastos de "ingeniería de detalle".</p> <p>Uso alternativo (reventa): limitado.</p> <p>No existe mercado secundario.</p>	<p>Se requiere inversión de US\$100 mil más gastos necesarios en "ingeniería de detalle".</p> <p>Si bien es cierto es posible inversión de US\$13 mil – US\$18 mil, ésta es riesgosa.</p>	<p>II.- Acceso a insumos</p> <p>Realización de denuncios de sal (integración vertical hacia atrás) sería complicado.</p> <p>Energía eléctrica para la producción de cloro-soda es muy costosa (aprox. 45% del costo de producción).</p>	<p>El acceso a cloro es costoso, localmente como en el mercado internacional.</p>
Etapa 1	Etapa 2							
<p>Costos Hundidos</p> <p>I.- Activos y Tecnología</p> <p>Se requiere planta de producción de cloro soda (US\$15 millones) más costos de transporte de traslado. Planta usada requiere aproximadamente, US\$5 millones. Más gastos de "ingeniería de detalle".</p> <p>Uso alternativo (reventa): limitado.</p> <p>No existe mercado secundario.</p>	<p>Se requiere inversión de US\$100 mil más gastos necesarios en "ingeniería de detalle".</p> <p>Si bien es cierto es posible inversión de US\$13 mil – US\$18 mil, ésta es riesgosa.</p>							
<p>II.- Acceso a insumos</p> <p>Realización de denuncios de sal (integración vertical hacia atrás) sería complicado.</p> <p>Energía eléctrica para la producción de cloro-soda es muy costosa (aprox. 45% del costo de producción).</p>	<p>El acceso a cloro es costoso, localmente como en el mercado internacional.</p>							
<u>Barreras estratégicas</u>	<p>Sobre inversión en capacidad instalada por parte de QUIMPAC</p> <p>Integración vertical hacia de QUIMPAC en el autoabastecimiento de sal</p> <p>Acuerdo de distribución exclusiva entre QUIMPAC y CLOROX.</p>							

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

120. En consecuencia, considerando su alta participación en la producción de hipoclorito de sodio necesario para el envasado de lejía de lavar y las barreras de entrada al mercado identificadas en el Informe 025-2005/GEE que hacen poco probable el ingreso de un nuevo productor en el mercado relevante (la producción y suministro de hipoclorito de sodio como insumo para la producción de lejía en el territorio peruano), esta Sala considera que durante el periodo de investigación Quimpac ha tenido posición dominante.

121. Una vez que se ha establecido la posición de dominio de Quimpac en el mercado relevante, siguiendo la metodología descrita precedentemente, corresponde analizar si efectivamente existió un acuerdo vertical restrictivo de la competencia entre Clorox y Quimpac.

III.7.3. La existencia del acuerdo de exclusividad y el análisis de su finalidad restrictiva frente a sus eficiencias

A. *Existencia del acuerdo de exclusividad*

122. En virtud de los contratos de distribución exclusiva, el distribuidor se obliga a comercializar únicamente la marca del producto de un proveedor o fabricante específico en una determinada área geográfica; y, a su vez, dicho proveedor se compromete a suministrar todos los requerimientos del producto únicamente al distribuidor exclusivo, de tal manera que restringe su posibilidad de suministrar dicho producto directamente o mediante otros distribuidores.⁶⁰

123. Conforme a lo desarrollado en el acápite III.2 de la presente Resolución, los contratos de distribución exclusiva pertenecen al ámbito de las restricciones verticales; por ende, le son aplicables lo desarrollado en el referido acápite respecto a los efectos anticompetitivos y las eficiencias y justificaciones pro competitivas de las restricciones verticales.

124. En el presente caso, se desprende del expediente que efectivamente las empresas denunciadas celebraron el denominado “Contrato de Suministro y Distribución Exclusiva”⁶¹, en virtud del cual Quimpac se obligó a suministrar el 100% del hipoclorito de sodio que Clorox le requiriese y cuya cantidad sería de aproximadamente 2 500 Ton mensuales, así como el 100% del insumo que eventualmente obtuviera de otras fuentes de abastecimiento, conforme se desprende de la cláusula primera y segunda del referido contrato:

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 a los términos y condiciones de este contrato.

⁶⁰ Al respecto vid., BORK, Robert. *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*. Editorial The Free Press, New York, 1993, pág. 299; POSNER, Richard. *Antitrust Law*. Editorial University of Chicago Press, segunda edición, Chicago, 2001, pág. 229; SHENEFIELD, John e Irwin STELZER. *The Antitrust Laws*. Editorial AEI Press, primera edición, Washington D.C., 2001, pág. 80.

⁶¹ Obrante a fojas 2024 a 2049 del Expediente.

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 a condiciones de primera calidad que se precisan en la cláusula siguiente, que al momento de suscribirse el presente "CONTRATO", fluctúa alrededor de 2,500 TM por mes, incluyendo 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, a través de sus accionistas o afiliadas de éstos, dentro o fuera del territorio de la República del Perú, mediante la utilización de nuevos activos destinados a dicha producción

125. A efectos de la ejecución del contrato, Clorox tenía la obligación de notificar a Quimpac dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes, sus requerimientos de hipoclorito de sodio para dicho mes y una proyección para los dos (2) meses siguientes; sin embargo, Clorox se obligaba a adquirir, en cualquier caso, un volumen mínimo mensual de 1 500 Ton., tal como se estipulaba en la cláusula quinta del contrato:

QUINTA: DE LAS PROYECCIONES DE LOS PEDIDOS.

(...)

Queda sin embargo establecido que "CLOROX" adquirirá el volumen mínimo mensual asegurado de 1,500 TM por mes en la concentración del 10% durante todo el período de vigencia del presente "CONTRATO" (...).

126. Pero además de la obligación de suministro del 100% del hipoclorito de sodio que Clorox requiriera, las partes acordaron que esta empresa se constituiría en el distribuidor exclusivo de Quimpac en el territorio peruano de la totalidad del insumo remanente, una vez que Clorox haya cubierto sus necesidades de suministro para sus actividades como productor de lejía y otros productos, tal como se desprende de la cláusula séptima:

SETIMA: 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 a 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.

127. Como contraprestación, las partes acordaron que Clorox pagaría a Quimpac un precio de US\$ 65,00 por Ton. del insumo, y así mismo, Quimpac tendría un margen de participación del 65% de las ventas de hipoclorito de sodio remanente que Clorox realice como distribuidor exclusivo⁶².
128. Finalmente, conforme a la finalidad del contrato de exclusividad, las partes acordaron que Quimpac se obligaba a no suministrar, comercializar o distribuir hipoclorito de sodio a otros agentes económicos, a excepción de sus clientes empresas papeleras y/o mineras, en la medida que no se constituyan en competidores reales o potenciales de Clorox; particularmente en la producción o venta de lejía u otros limpiadores a base de cloro sea para su uso doméstico, institucional o industrial, tal como se desprende de la cita a continuación:

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 éstas sean [incluye redistribuidores y envasadores de lejía], 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 a no iniciar ni mantener ningún tipo de relación comercial directa o indirectamente con personas naturales y/o jurídicas de las cuales saben o 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.

(el subrayado es nuestro)

129. Cabe señalar que conforme se desprende de la información vertida en el

⁶² Cláusulas Novena y Décimo primera del Contrato de Suministro y Distribución Exclusiva.

expediente, de un promedio de 1800 Ton. mensuales de hipoclorito de sodio que Clorox ha adquirido de Quimpac, aproximadamente 357 Ton. (19%) en promedio eran utilizadas para las actividades de producción y envasado de lejía de las marcas de Clorox. El volumen restante del insumo lo ha comercializado a terceras empresas, en su mayoría empresas dedicadas a la producción y comercialización de lejía y subdistribuidores⁶³, tal como se desprende del siguiente cuadro:⁶⁴

Cuadro Nº 5
Destino del hipoclorito de sodio adquirido por Clorox

Destino	Cantidad	Porcentaje aproximado
Producción de lejía	357	18,99%
Distribución a terceros	1523	81,01%
Total	1880	100%

Fuente: Resolución 068-2004-INDECOPI/CLC

130. Al respecto, tanto Clorox como Quimpac han manifestado que si bien celebraron un Contrato de Distribución Exclusiva, éste habría dejado de surtir efectos debido a que la realidad de sus relaciones comerciales habría superado las condiciones contractuales del documento. Sobre el particular, en su escrito de absolución de cargos, Clorox señaló que:

*La Comisión no debe dejarse sorprender por las afirmaciones de las empresas denunciadas en el sentido que existe un contrato de exclusividad entre Quimpac y Clorox. Se **celebró un convenio el año 1997, pero la vigencia de los términos del mismo duró muy poco**, pues las circunstancias que afectaron el mercado, así como las prácticas comerciales de ambas empresas hicieron que, muy pronto, esta exclusividad no fuera tal. **Hoy en día dicho convenio se encuentra absolutamente desfasado y superado por la realidad.***

⁶³ A continuación se muestra el listado de envasadores de lejía, clientes de Clorox:

Empresas	2001			2002			2003		
	Frec	Vol. Pro	Total	Frec	Vol. Pro	Total	Frec	Vol. Pro	Total
A. & D. Químicos y Diversos S.A.	12	287	3 449	12	179	2 148	8	25	147
Fábrica Productos Lave S.R.L.	12	110	1 319	12	121	1 450	10	99	991
Jomatur E.I.R.L.	12	144	1 733	12	170	2 036	10	160	1 597
Lejía Liguria S.A.	12	89	1 070	12	115	1 383	10	136	1 355
Punto Blanco S.A.C.	12	75	900	12	77	929	10	73	734
Shiroi Representaciones S.A.	7	148	1 034	12	213	2 554	10	133	1 332
Total			9 506			10 498			6 156

El cuadro siguiente, muestra la relación de empresas redistribuidoras, clientes de Clorox:

Empresas	2001			2002			2003		
	Frec	Vol. Pro	Total	Frec	Vol. Pro	Total	Frec	Vol. Pro	Total
Mas Química S.A.	12	81	977	11	65	714	10	33	331
Novaclor S.A.				7	10	72	10	90	902
Proquimpe S.R.L.	12	41	488	12	72	889	10	158	1 581
Quimex S.A.	12	485	5 822	12	487	5 848	10	355	3 547
Vulcano Consorcio Químico S.A.	12	42	501	5	39	197	4	17	69
Total			7 798			7 700			3 536

⁶⁴ Para un mayor detalle de los porcentajes del destino del hipoclorito de sodio adquirido por Clorox a Quimpac remitirse al Informe 025-2005/GEE.

131. Según las denunciadas, la relación que han mantenido en los hechos ha sido la de un “take or pay” que se ha derivado en parte de la inercia de la relación contractual que dejó de surtir efectos. En virtud de esta relación de “take or pay” Quimpac tiene la obligación de poner a disposición de Clorox un mínimo de 1500 Ton. de hipoclorito de sodio por mes y ésta empresa tiene la obligación de comprarlo. Al respecto, Quimpac ha manifestado que:

Considerando que, “Take or pay” es una modalidad contractual reconocida y regulada en el derecho anglosajón y que podría ser definida como el acuerdo contractual en virtud del cual una de las partes conviene en comprar una cantidad específica de bienes o servicios de la otra parte o pagar el costo equivalente aún si los bienes o servicios no son necesarios, es que se entiende, y así lo considera Clorox que la naturaleza de la relación contractual que mantenemos en la actualidad es de tipo “Take or pay”, ya Quimpac vende siempre a Clorox un volumen mínimo de 1500 toneladas mensuales y Clorox siempre deberá pagar por ello.

132. A decir de las denunciadas, el hecho de que Quimpac haya atendido directamente los pedidos de suministro de hipoclorito de sodio por parte de Intradevco S.A. y Quimex S.A., demostraría que la relación comercial que regía entre ellas era una de naturaleza “take or pay” en la cual no existía una obligación de exclusividad a favor de Clorox. De haber existido la relación de exclusividad, el incumplimiento del contrato habría originado que la parte afectada resolviera la relación contractual, situación que no se ha observado en el presente caso, porque según Quimpac, no habría existido una afectación a ningún interés contractual.
133. Considerando lo expuesto y pese a lo argumentado por las denunciadas, esta Sala considera que efectivamente sí ha existido una relación de exclusividad entre Quimpac y Clorox, la cual habría surtido sus efectos desde la celebración del denominado “Contrato de Suministro y Distribución Exclusiva” hasta la presentación de la denuncia. Si bien, de acuerdo a lo declarado por las denunciadas, las condiciones de la relación contractual en su conjunto no se encontrarían vigentes, para esta Sala la relación de exclusividad sí ha permanecido en el tiempo.
134. En efecto, la existencia de la exclusividad se evidencia en los siguientes hechos:
- (i) la negativa de venta de hipoclorito de sodio por parte de Quimpac, lo cual queda demostrado por las solicitudes de cotización realizadas por Dispra para la provisión del insumo que nunca fueron atendidas por la empresa denunciada⁶⁵. Conforme ha señalado el órgano instructor:

⁶⁵ Tales requerimientos de venta fueron realizados por Dispra mediante cartas del 13 y 27 de enero de 2003.

La negativa de Quimpac a Dispra debe ser evaluada como parte de la ejecución de la relación de exclusividad que habrían mantenido las investigadas⁶⁶.

En efecto, si el contrato de exclusividad no surtió efectos desde su celebración en 1998, como lo afirma la denunciada, sino que existió una relación *take or pay*, cabría preguntarse, ¿Por qué Quimpac no atendió entonces los requerimientos de compra de hipoclorito de sodio realizado por Dispra?

- (ii) Quimpac no tenía otros canales de distribución además de Clorox para el suministro del insumo a los otros envasadores de lejía y redistribuidores. En efecto, el hecho de que Clorox tuviera como clientes a empresas subdistribuidoras y a otras empresas envasadoras de lejía evidencia que ésta empresa se constituía en el principal o único canal de distribución de Quimpac. Si se parte de la idea de que los agentes económicos son racionales, por qué los envasadores de lejía competidores de Clorox no intentaron adquirir sus requerimientos de hipoclorito de sodio directamente de Quimpac con el propósito de obtener un mejor precio que aquél que les pudiera ofrecer el distribuidor y, por ende, ser más competitivos en el mercado de comercialización de lejía. La respuesta evidentemente sería que la única fuente de provisión de hipoclorito de sodio posible era la de Clorox como distribuidor exclusivo.
- (iii) El pago o compensación que realizaba Quimpac a favor de Clorox por las ventas directas del insumo que aquella realizaba a Intradevco y Quimex. A entender del órgano resolutorio de primera instancia:

...Quimpac vendió hipoclorito de sodio a Intradevco Industrial S.A. Esta empresa es una envasadora de lejía, sin embargo debemos considerarla en nuestro análisis habida cuenta de que al obtener hipoclorito de sodio de Quimpac podría haber encontrado la forma de quebrar la exclusividad. Sin embargo, Quimpac abonó una contraprestación a Clorox por las ventas realizadas directamente a Intradevco; lo cual indica que el Contrato de Distribución Exclusiva se seguía ejecutando cuando se presentó la denuncia en el 2003 y explica el hecho de que Clorox no lo haya resuelto. Por lo tanto, el hecho que Quimpac haya vendido directamente a Intradevco no quebró la relación de exclusividad pactada en la distribución del hipoclorito de sodio por parte de Clorox⁶⁷.

(el subrayado es nuestro)

Si en realidad el contrato de distribución exclusiva no hubiese surtido

⁶⁶ Sobre este punto ver numeral 26 del Informe 064-2007-INDECOPI/ST-CLC.
⁶⁷ Sobre este punto ver numeral 100 del Informe 064-2007-INDECOPI/ST-CLC.

efectos desde su inicio, dando paso a un acuerdo *take or pay*, por qué entonces Clorox habría continuado en el año 2003 (conforme se desprende de la figura N° 1) girando a Quimpac liquidaciones de participación en las ventas de hipoclorito de sodio a terceros, como si se tratara de un distribuidor, conforme a las estipulaciones iniciales del contrato (cláusula décimo novena), y más aún, si no se trataba de una relación de exclusividad, por qué Clorox habría consignado a su favor un pago por las ventas directas que Quimpac hiciera a Intradevco S.A. y Quimex S.A., como si se tratara de una penalidad por la vulneración a la exclusividad.

135. Sobre el punto (iii) precedente, cabe señalar que Quimpac presentó copias de reportes⁶⁸ en los cuales Clorox consigna sus liquidaciones para el pago a Quimpac de la participaciones en las ventas del hipoclorito de sodio remanente que realiza a terceros en su calidad de distribuidor exclusivo. Estos documentos incluyen un descuento o “castigo” que Clorox aplicaba a Quimpac por la venta directa de hipoclorito de sodio a Intradevco S.A. y Quimex S.A., tal como se describe de la figura a continuación:

Figura N° 1
Acercamiento de hoja de reporte remitida por Clorox a Quimpac
en el que se consigna el descuento por ventas a Intradevco y Quimex
(septiembre 2003)

Aplicación de la fórmula "Participación Adicional" según cláusula adicional de EL CONTRATO

Ingreso Quimpac por el mes de Agosto		
Compra total de Clorox a Quimpac	US\$	100,971.40
Participación sobre la venta a terceros	US\$	83,659.29
Total Ingreso Quimpac		184,630.69

Cálculo de la participación adicional

$$\text{Participación Adicional} = (106.70 \times \text{Compra total de Tn}) - \text{Total Ingreso Quimpac}$$

$$\text{Participación Adicional} = -16,956.84$$

Según acuerdo entre CLOROX y QUIMPAC si luego de aplicar la fórmula se obtuviese un resultado negativo, CLOROX no estará obligada a pagar participación adicional a QUIMPAC.

Debemos descontar el consumo de la radio Nextel 9818-6758 del transportista de Quimpac, según facturas

# Recibo Nextel	Período Facturado	US\$
11083324	16/08-15/09	93.25

Procedamos a descontar la participación por venta a Intradevco y Quimex S.A.

Período	Empresa	Tn	Precio	Valor	Costo de Ventas	Participación Clorox S.A.
Sep-03	Intradevco Ind. S.A.	72.3	130	9399.00	4696.5	1044.83
Sep-03	Quimex S.A.	118.14	180	21265.20	7879.1	4755.14
				30604.20	12376.00	8399.98
				77,165.08		

Por lo tanto quedamos a la espera de su factura por \$ regalías.

Dennis
DENNIS CAVERO CIVILDO
GERENTE DE ADMINISTRACION Y FINANZAS

Fuente: Información remitida por Quimpac en su escrito del 14 de mayo de 2004.

⁶⁸ Reportes remitidos mediante escrito del 14 de mayo de 2004.

B. Análisis de la finalidad restrictiva frente a su justificación basada en eficiencias

136. Una vez establecida la existencia de la relación de exclusividad entre Quimpac y Clorox, corresponde analizar a continuación si el acuerdo ha tenido una finalidad restrictiva o, efectivamente, tuvo como objetivo la consecución de los resultados eficientes alegados por las denunciadas.
137. Al respecto, conforme se ha señalado en el sub-acápite anterior, en virtud de la relación de exclusividad, Quimpac se obligó a suministrar el íntegro de hipoclorito de sodio que Clorox le requiriera así como entregar el remanente del insumo para ser distribuido exclusivamente por Clorox. Consecuentemente, Quimpac se encontraba impedida de suministrar hipoclorito de sodio a competidores de Clorox en el envasado de lejía y la producción de otros productos elaborados a base de cloro.
138. De esta manera, lo establecido en la relación de exclusividad ha tenido evidentemente el “objeto” de restringir la competencia en la medida que impedía a los competidores de Clorox en el envasado de lejía acceder al suministro directo del insumo por parte de Quimpac, en condiciones que presuntamente habrían sido más ventajosas que las ofrecidas por Clorox como distribuidor.
139. Adicionalmente, el objeto anticompetitivo del acuerdo en cuestión se desprende de la larga duración que habría tenido la relación de exclusividad mantenida entre Quimpac y Clorox, que conforme a los términos del “Contrato de Suministro y Distribución Exclusiva” sería de tres (3) años prorrogables automáticamente en las mismas condiciones por tres (3) periodos sucesivos de un (1) años cada uno⁶⁹.
140. Por su parte las empresas denunciadas han alegado las siguientes eficiencias que presuntamente justificarían la celebración del acuerdo de distribución exclusiva:

⁶⁹ Como señala Hovenkamp: *los contratos de larga duración generalmente deben ser considerados como más problemáticos que los de corta duración, debido a que una competencia sustancial generalmente emerge cuando los contratos tienen que ser renegociados. De hecho, mercados saturados con contratos de distribución exclusiva podrían ser fieramente competitivos, si los contratos fuesen de plazos cortos y las partes ofertaran vigorosamente por los contratos mismos*. HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., pág. 444.

- (i) Quimpac alegaba que con el propósito de cumplir con la normas de control de insumos controlados vigentes durante dicho periodo⁷⁰, debía obtener información de las empresas que pretendan adquirir hipoclorito de sodio. En tal sentido, mientras que Quimpac se hacía cargo de dicho costo administrativo con relación a clientes grandes y reconocidos; Clorox por su parte, como distribuidor asumía dichos costos respecto de las ventas a clientes de menor tamaño y que no gocen de dicho reconocimiento empresarial⁷¹.
- (ii) Quimpac colocaba gran parte de su producción y, por consiguiente, (a) evitaba el trato comercial con una gran cantidad de empresas; (b) generaba economías en el trabajo; (c) evitaba costos de transacción; (d) aseguraba la cobranza por las ventas de hipoclorito de sodio; (e) colocaba sus productos en el mercado; (f) tenía la posibilidad de establecer relaciones comerciales con una empresa transnacional de prestigio como Clorox; y (g) reducía el riesgo de que los funcionarios de Quimpac se vean implicados o relacionados con delitos de narcotráfico.
- (iii) Clorox, por su parte, alega que el acuerdo es un arreglo eficiente puesto que le permite contar con la entrega asegurada de hasta 2000 Ton. del insumo por mes. Asimismo, señaló que el acuerdo era eficiente para Quimpac en la medida que respondía: (a) a la naturaleza concurrente del proceso productivo del hipoclorito de sodio; (b) al alto costo de almacenaje del cloro por su característica altamente corrosiva; (c) al riesgo de su manejo y costos de disposición (incluye el costo por responsabilidad civil y externalidades ambientales por ausencia de regulación para su adecuada disposición).

141. Sobre el particular, la Comisión evaluó las eficiencias alegadas por las denunciadas, resumiéndolo en el siguiente cuadro:

⁷⁰ Decreto Ley 25623 en virtud del cual "Productos e insumos químicos directa o indirectamente destinados a la elaboración de pasta básica de cocaína, pasta lavada y clorhidrato de cocaína, estarán sujetos a control y fiscalización", publicado en el Diario Oficial El Peruano el 22 de julio de 1992.

⁷¹ Este argumento ha sido reiterado por Quimpac en su recurso de apelación, señalando que:

...de acuerdo con los medios probatorios que obran en autos debió considerarse que Quimpac tenía por objetivo reducir sus costos de transacción en la distribución de hipoclorito de sodio, trasladando los mismos a otro agente en el mercado (Clorox) que estuviera en capacidad de querer asumir los riesgos de distribuir un producto controlado por ser insumo para la fabricación de clorhidrato de cocaína y otras sustancias ilegales.

(...)

*...cabe resaltar que Quimpac es un agente **adverso al riesgo** puesto que a partir de su actuación podrían generarse consecuencias penales para su personal.*

Asimismo, en este sentido los argumentos formulados por Clorox en su recurso de apelación.

Cuadro Nº 6
Evaluación de supuestas eficiencias
del acuerdo de exclusividad realizado por la Comisión

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 lo ofreció a Dispra (bajo disponibilidad inmediata), por tanto, no se sustenta un trato especial para el hipoclorito de sodio ³¹ . 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 un take or pay)
Eficiencias del take or pay para Clorox	Aseguraba la entrega del insumo	No era necesaria la exclusividad
Relación con The Clorox Company, transferencia tecnológica para Quimpac	Solidez de la empresa y transferencia de know how 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 005-2008-INDECOPI/CLC

142. En virtud de la evaluación precedente la Comisión concluyó que Quimpac y Clorox infringieron el literal j) del artículo 6 y el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, al haber celebrado un acuerdo vertical que generó más costos para la competencia que beneficios, conforme se desprende de la siguiente cita:

69. ...la restricción a la competencia constituida por la exclusividad en la distribución del hipoclorito de sodio, no encuentra justificación en la consecución de los objetivos beneficiosos indicados por las empresas involucradas, puesto que los mismos pudieron ser alcanzados mediante mecanismos menos restrictivos para la competencia.

143. Al respecto, la Sala considera que la eficiencia alegada por Clorox con relación a la reducción de los riesgos de comercialización de un producto controlado como el hipoclorito de sodio no constituye una justificación para la exclusividad, toda vez que desde la celebración del contrato y hasta la duración del periodo de investigación, la comercialización de hipoclorito de sodio en las zonas “no coccaleras”, como Lima, no se encontraba sujeta a

ningún tipo de control legal. En efecto, mediante Decreto Supremo 021-98-ITINCI se modificó el Reglamento de la Ley que regula el control y fiscalización de los productos e insumos químicos directa o indirectamente destinados a la elaboración de pasta básica de cocaína, pasta lavada, clorhidrato de cocaína, entre otras – Ley 25263 -; en virtud del cual se dispuso que en las zonas “no cocaleras” el control sólo se limitaba a la producción, importación / exportación, almacenamiento y el transporte interprovincial.

144. Al respecto, en una entrevista realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión el 17 de octubre de 2003 a una funcionaria del Ministerio de la Producción, señorita Adira Cueva; ante la pregunta de si se requería la presentación de algún registro o permiso al momento de la adquisición de hipoclorito de sodio en una zona “no cocalera”, manifestó que no se requiere el Acta de Verificación para adquirir en hipoclorito de sodio en Lima. Adicionalmente, mediante Oficio 1021-2003-PRODUCE/VMI/DNI-DIPQF, la Dirección de Insumos y Productos Químicos Fiscalizados del Ministerio de la Producción señaló que;

La venta de hipoclorito de sodio (lejía) dentro de Lima, no esta controlada para ninguna actividad.

En Lima sólo se controla la producción, importación, exportación, transporte interprovincial y almacenaje de hipoclorito de sodio (lejía), de conformidad con el artículo 3 del Decreto Supremo Nº 021-98-ITINCI.

145. De otro lado, con relación a lo sostenido por Quimpac respecto a que el acuerdo de exclusividad le permitía ahorrar costos administrativos al tratar sólo con clientes grandes y reconocidos, dado su interés de colocar una gran parte de su producción; la Sala considera que ello no guarda 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 adquirirían volúmenes inferiores a las 20 Ton. que fue lo que en un inicio solicitaron los denunciantes. Así por ejemplo, del Cuadro siguiente se observa que en febrero y marzo de 2003, Ajinomoto del Perú S.A. adquirió solamente 0,8 y 0,7 Ton., respectivamente; asimismo, en febrero de 2003, Consorcio Agua Azul S.A. le adquirió una cantidad de 0,3 Ton.

Cuadro N° 7
Ventas de hipoclorito de sodio según clientes de Quimpac

Cliente	Forma de Pago	Periodo	Volumen	Precio Promedio
Agro Guayabito S.A.	1 día	Sep-02	1,0	200
	7 días	Ago-02	1,5	200
Ajinomoto del Perú S.A.	30 días	Mar-01	1,1	160
	45 días	Feb-01	0,7	160
		Ene-02	0,9	160
		Feb-02	0,9	160
		Feb-03	0,8	160
Mar-03	0,7	160		
Alicorp S.A.A.	90 días	Mar-01	5,7	170
		May-02	1,1	170
		Jul-02	2,2	170
Clorox Perú S.A.	1 día	Ene-01	15,4	65
	30 días	Ene-02	6,3	65
		Ene-03	16,0	65
	31 días	Ene-02	9,8	65
	Indeterminado	May-03	507,1	
Consorcio Agua Azul S.A.	30 días	Feb-03	0,3	140
Derivados del Maíz S.A.	15 días	Feb-01	9,5	185
		Mar-01	17,8	163
		Ene-02	19,3	185
		Mar-03	6,3	195
	60 días	Mar-01	6,3	195
Hermanitas de los Ancianos Desamparados del Callao	1 día	Mar-03	0,9	140
		Jul-03	0,8	140
Intradevco Industrial S.A.	15 días	Ene-01	16,0	175
	60 días	Mar-01	20,5	175
		Ene-02	30,4	130
		Ago-03	24,1	130
Minera Barrick Misquichilca S.A.	30 días	Ene-01	27,8	170
Minera Yanacocha S.R.L.	30 días	Ene-01	75,6	143
Novaclor S.A.	Inmediatamente	Ene-02	1,1	185
Refinería Cajamarquilla S.A.	30 días	Ene-02	6,8	170
Refinería La Pampilla S.A.	30 días	Feb-02	5,0	240
Sedalib S.A.	30 días	Mar-01	10,2	170
		Feb-02	13,3	195
		Mar-02	14,5	195
	31 días	Ene-01	10,8	170
Total Volumen Vendido TM			888,5	

Fuente: información estadística presentada por Quimpac, mediante escrito del 26 de agosto de 2003.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

146. En consecuencia, esta Sala considera que la relación de exclusividad mantenida por los denunciados no se encontraba justificada en las eficiencias alegadas por las denunciadas, y que por el contrario, tenían un objeto evidentemente restrictivo de la competencia.

III.7.4. Potencialidad de resultado lesivo para la competencia y el bienestar de los consumidores: afectación al interés económico general

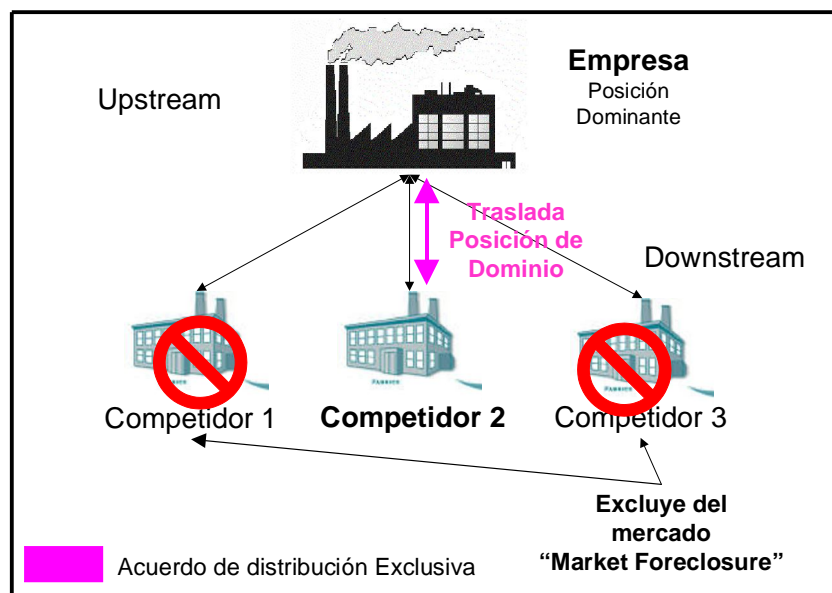
147. Como se ha concluido en la sección anterior, el acuerdo de distribución exclusiva celebrado entre Quimpac y Clorox no se encontraba justificado en la generación de eficiencias que superen sus presuntos efectos anticompetitivo. En ese sentido, dado que las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas, la autoridad de competencia debe probar que la restricción vertical efectivamente tuvo un resultado, o podría haber tenido un resultado, negativo para la competencia⁷² y los consumidores.
148. Como se ha señalado en el acápite III.6 de la presente Resolución, bajo el estándar de la prohibición relativa, cuando la autoridad de competencia ha determinado la existencia de un acuerdo vertical y que éste tuvo un objeto anticompetitivo (contrastado frente a sus eventuales eficiencias), en un siguiente paso, a nivel de resultado, basta con que dicha autoridad evidencie que la conducta generó un peligro o pudo haber generado un resultado lesivo para la competencia y el bienestar de los consumidores. Para ello se entiende que la concreción debe ser analizada *ex ante*, esto es, retrotraerse al momento de la realización de la conducta imputada y analizar si ésta fue estimada idónea por el agente colusorio para ocasionar el efecto negativo para la competencia y los consumidores⁷³.
149. Al respecto, esta Sala considera 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, toda vez que al cerrar la posibilidad de provisión directa del insumo se ha 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.

⁷² Los efectos negativos a la competencia o al proceso competitivo se materializará mediante la exclusión de agentes económicos competidores de las partes imputadas en una investigación por la comisión de una práctica bajo prohibición relativa.

⁷³ Así por ejemplo, en el ámbito del Derecho Penal quien suministra una dosis apropiada de veneno a alguien inmunizado con un antídoto es idónea y da lugar a tentativa, pues el autor ejecutó un acto considerado idóneo a efectos de causar el resultado lesivo contra la vida del agente pasivo. Al respecto vid., SALAZAR, Mario. Op. Cit., pág. 384.

150. Este resultado se denomina en doctrina *market foreclosure*⁷⁴ o exclusión del mercado, por el cual el productor o proveedor dominante traslada su posición de dominio al distribuidor exclusivo, desplazando del mercado a los competidores en el negocio “aguas abajo”, tal como se puede observar del gráfico siguiente:

Gráfico Nº 3
Market Foreclosure

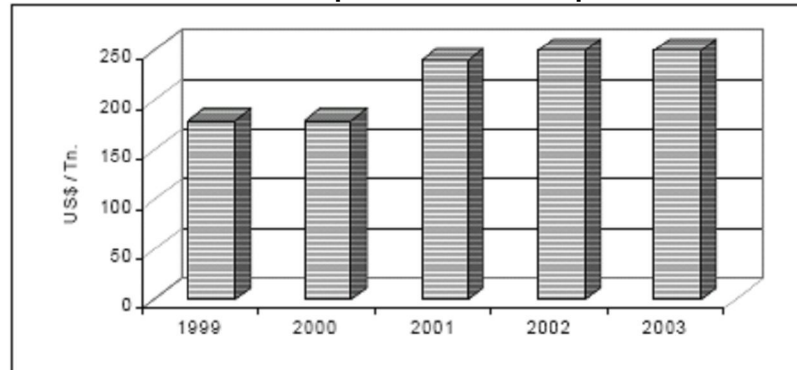


Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi

151. 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 Ton. En efecto, en 1999 Clorox cobraba un precio de US\$ 180,00 por Ton. de hipoclorito de sodio pasando a US\$ 250,00 por Ton. en el 2003 (ver Gráfico siguiente); este hecho eventualmente podría haber generado que algunos competidores se vean marginados del mercado como resultado de la conducta de Clorox.

⁷⁴ Al respecto vid., BORK, Robert. Op. Cit., pág. 303.

Gráfico Nº 4
Precio de lista de Clorox para la venta de hipoclorito de sodio



Fuente: Información estadística remitida por Clorox.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

152. Finalmente, cabe señalar que el hecho que Intradevco S.A. apareciera en el mercado posteriormente a la celebración del acuerdo de exclusividad adquiriendo hipoclorito de sodio directamente a Quimpac, no atenúa la potencialidad de resultado lesivo para la competencia que se podría haber generado en dicho momento producto de la conducta imputada, que como se ha mencionado hubiera podido traducirse en el desplazamiento del mercado de los otros envasadores de lejía, dado que adquirirían el insumo a un precio más alto, incrementando sus costos de permanencia en el mercado de manera artificial.
153. De otro lado, la potencialidad de efectos negativos para el bienestar del consumidor derivada de la conducta imputada se habría traducido, precisamente, en la disminución o eliminación de fuentes alternativas de oferta de lejía para lavar. En efecto, el hecho de que haya existido una potencialidad de desplazar a los competidores de Clorox en el envasado de lejía como consecuencia del acuerdo colusorio, habría generado un potencial efecto negativo sobre los consumidores quienes habrían podido ver disminuidas sus opciones de consumo.
154. La potencial disminución de las alternativas de consumo, podría haber generado además un potencial efecto lesivo sobre el bienestar del consumidor que se hubiera materializado en la disminución de la presión competitiva en el mercado de lejía para lavar y, por ende, traducida en un menor precio para el consumidor. En efecto, el acuerdo podría haber tenido un efecto negativo en los consumidores, si Clorox hubiera obtenido poder de mercado en el envasado de lejía que finalmente le hubiera podido otorgar la capacidad para influenciar en el precio como líder del mercado, frente a los otros competidores que pudieran haber actuado como seguidores.

155. Como se puede evidenciar de los párrafos anteriores, la relación de exclusividad entre Quimpac y Clorox tuvo la potencialidad de generar resultados negativos para la competencia mediante la eventual exclusión de envasadores de lejía del mercado, toda vez que vieron restringida la posibilidad de proveerse del insumo de manera directa de Quimpac. Asimismo, generar eventuales efectos negativos para el consumidor quien se hubiera podido perjudicar por una disminución de sus alternativas de consumo y una disminución de la presión competitiva, traducida en un menor precio.
156. Por lo tanto, esta Sala considera que en el presente caso, el acuerdo colusorio ha haber generado efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores, y por lo tanto, corresponde declarar fundada la denuncia interpuesta por Gromul y Dispra contra Quimpac y Clorox por la comisión de una práctica colusoria vertical.

III.8. Precedente de observancia obligatoria

157. De la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC, se puede afirmar que la Comisión ha establecido la siguiente metodología de análisis para los supuestos de prácticas colusorias verticales:
- (i) establecer la existencia de un acuerdo de exclusividad;
 - (ii) determinar la posición de dominio de una de las empresas denunciadas;
 - (iii) determinar si las eficiencias atribuidas al acuerdo vertical son mayores a la restricción de la competencia; y
 - (iv) si las eficiencias no son mayores, se concluirá que la conducta constituye infracción.
158. Sin embargo, como se ha señalado en los acápites precedentes las prácticas colusorias verticales se encuentran bajo el régimen de las *prohibiciones relativas*, es decir, que para que constituyan infracciones administrativas la autoridad de competencia debe acreditar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores (lo cual traduce la afectación al interés económico general).
159. En ese sentido, además de establecer si las eficiencias alegadas por las partes son menores a la finalidad o efecto restrictivo del acuerdo de exclusividad, para que se constituya una infracción en un caso concreto, la agencia de competencia debe analizar el resultado efectivo o potencial sobre la competencia y los consumidores.

160. Por lo tanto, es necesario aprobar un precedente de observancia obligatoria sobre la metodología de análisis que corresponde seguir para determinar si un acuerdo colusorio es anticompetitivo o no. De esta manera, de conformidad con literal d) del artículo 14 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi - Decreto Legislativo 1033 - se aprueba el siguiente Precedente de Observancia Obligatoria:

1. El Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas –tipifica las prácticas colusorias horizontales y verticales en sus artículos 11 y 12, respectivamente; es decir, a diferencia del dispositivo normativo derogado en donde la tipificación de las prácticas colusorias se encontraba en el artículo 6 aplicable a ambas clases de colusiones (v.g. verticales y horizontales), en la norma vigente el legislador ha considerado necesario tipificar ambas clases separadamente, atendiendo a su naturaleza y elementos típicos particulares.

2. En tal sentido, el referido artículo 12 describe el tipo de prácticas colusorias verticales estableciendo que “se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución, o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia (...) La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas”.

3. Bajo la normativa vigente las colusiones verticales tienen dos elementos típicos particulares: (i) que la conducta sea realizada entre dos o más agentes económicos independientes que actúen en diferentes niveles de la cadena de producción; y (ii) que uno de los agentes infractores involucrados tenga posición de dominio en uno de los mercados de la cadena productiva.

4. La norma señala, además, que las prácticas colusorias verticales deben tener por “objeto o efecto” restringir, impedir o falsear la libre competencia. En este sentido, se considera que una práctica colusoria vertical tendrá un “objeto” restrictivo cuando de las condiciones y términos del acuerdo se desprenda de manera objetiva que su finalidad o propósito es afectar de manera directa el proceso competitivo en el mercado. La referencia al “objeto” no debe ser entendida como la intención o la finalidad subjetiva de las partes al momento de celebrar el acuerdo, sino como la finalidad y propósito objetivo que se desprende del mismo acuerdo en un contexto económico determinado en el que será aplicado. En la Unión Europea, se ha considerado que las restricciones verticales que tienen un “objeto” restrictivo son: la fijación mínima de un precio de reventa; las cláusulas de asignación de clientela (salvo algunas excepciones); y la imposición de prohibiciones de exportación (cuando la finalidad es la integración de mercados).

5. De otro lado, las prácticas verticales que tienen un “efecto” restrictivo son aquellas que si bien no tienen una finalidad o propósito anticompetitivo (en los términos descritos en el párrafo precedente), sin embargo, como consecuencia del acuerdo de las partes y el contexto concurrente, producen un perjuicio al proceso competitivo.

6. Finalmente, el artículo 12 citado establece que las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas. Esto quiere decir, conforme al artículo 9 del Decreto Legislativo 1034, que “para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores”.

7. Desde este punto de vista, las colusiones verticales constituyen “infracciones de resultado”. Esto quiere decir que para la configuración de la infracción y, por tanto, la vulneración al principio de libre competencia como bien jurídico tutelado, es necesario no sólo la ejecución de la conducta imputada (v.g. la celebración de un acuerdo de distribución exclusiva restrictivo), sino que se acredite la existencia de un resultado negativo, o la potencialidad concreta de dicho resultado (cierto e inminente), sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En otras palabras, el acuerdo colusorio vertical debe generar una lesión efectiva, o puesta en peligro de lesión (cierto e inminente), a la competencia y el bienestar de los consumidores, para que la conducta sea sancionable como infracción a las normas de defensa de la competencia.

8. Lo señalado tiene un símil en el ámbito del Derecho Penal (que junto al Derecho Administrativo Sancionador forma parte de la Potestad Punitiva del Estado), en donde existen tipos delictivos que se caracterizan por la individualización de un resultado diferenciado que se encuentra separado en el tiempo y espacio de una determinada acción, a los cuales, se les denomina “delitos de resultado”. Estos delitos se consuman cuando se verifica la acción y el resultado antijurídico (v.g. el homicidio en el cual el delito se consuma con la muerte de otra persona), pero, además, son punibles incluso cuando no se alcanza consumación alguna y, por lo tanto, no se ha afectado el bien jurídico mediante un resultado efectivo, sino sólo a través de la puesta en peligro o la potencialidad de un resultado dañino.

9. Es en este contexto que debe interpretarse la frase “tengan por objeto o efecto” contenida en el citado artículo 12. En efecto, cuando la norma hace referencia a “tener por objeto” se entiende que se trata de aquellas colusiones verticales que, poseyendo una finalidad anticompetitiva, tienen la potencialidad de causar un resultado lesivo concreto sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En este caso, la concreción de la conducta es de suma importancia, de tal manera que la autoridad de competencia “debe ponerse en la situación del agente y ver si en concreto el acto ejecutado (...) pudo tener la eficacia causal en relación con el resultado que se tuvo en la mira”. El análisis de concreción debe realizarse de manera ex ante, lo cual implica “retrotraerse al momento en que la acción ha sido realizada y juzgar de acuerdo a las

circunstancias si la conducta fue estimada idónea [por el imputado] en orden a ocasionar el resultado.

10. De otro lado, cuando la norma hace referencia a “tener por efecto” se entiende que incluye a aquellas colusiones verticales que sin tener una finalidad anticompetitiva, tienen un resultado o efecto consumado negativo sobre la competencia y el bienestar de los consumidores

11. No basta con que un acuerdo colusorio vertical tenga un “objeto” anticompetitivo, sino que se debe determinar que éste generó un peligro o potencialidad de resultado “concreto” sobre la competencia y el bienestar de los consumidores para considerar que se ha configurado el supuesto de infracción, sin que la autoridad de competencia tenga la necesidad de comprobar la consumación de algún efecto o resultado negativo para la competencia y los consumidores

12. Conforme a lo expuesto, esta Sala considera que a efectos de analizar la licitud (o no) de una práctica colusoria vertical, la autoridad de competencia debe realizar el análisis según la metodología siguiente:

- (i) determinar si alguna de las partes denunciadas goza de posición de dominio en el mercado relevante;*
- (ii) establecer la existencia del acuerdo restrictivo imputado a las denunciadas;*
- (iii) ponderar los objetivos restrictivos de la competencia frente a las eficiencias pro-competitivas derivadas de la práctica colusoria vertical bajo análisis; y*
- (iv) en caso que los objetivos restrictivos sean mayores que las eficiencias, determinar si la práctica colusoria vertical efectivamente tuvo un resultado negativo, o tuvo la potencialidad de causar un resultado lesivo concreto, para la competencia y el bienestar de los consumidores (lo cual traduce una afectación al interés económico general). Si no se observan dichos efectos, o potencialidad de efectos, la restricción vertical no será declarada como infracción, pese a que pudiera tener el objeto de restringir la competencia.*

III.9. Determinación de la Sanción

161. En el presente caso, la Comisión ha sancionado a Quimpac y Clorox con una multa de trescientos veinticinco coma noventa y tres (325,93) UIT, respectivamente; lo cual en conjunto hacen un total de seiscientos cincuenta y uno coma ochenta y seis (651,86) UIT.

162. Sobre el particular, Quimpac ha impugnado el extremo referido a la multa señalando que:

- (i) por su modalidad y alcance, la conducta imputada consistente en la celebración de contratos de distribución exclusiva no es una modalidad de conducta anticompetitiva expresamente contemplada en el Decreto Legislativo 701⁷⁵;
 - (ii) el valor total de las ventas brutas anuales de hipoclorito de sodio ha representado una parte insignificante de la economía nacional, por lo que el mercado supuestamente afectado ha sido ínfimo;
 - (iii) la cuota de mercado de Quimpac ha sido inferior al 99,88% que le ha atribuido la Comisión, lo cual se infiere de la presencia de otras veinticinco (25) empresas que supuestamente producen hipoclorito de sodio y que se encuentran inscritas en el Registro de Productores Industriales Nacionales (RPIN);
 - (iv) la conducta no ha causado efectos para los redistribuidores, los consumidores finales y los otros envasadores de lejía;
 - (v) la poca duración del contrato de distribución exclusiva;
 - (vi) la falta de reiterancia de la conducta; y
 - (vii) ausencia de intencionalidad evidenciada en el hecho de que Quimpac no ocultó la existencia del acuerdo de exclusividad.
163. El numeral 3 del artículo 230 de la Ley 27444, prescribe el principio de razonabilidad, como uno de los principios rectores que debe guiar todo procedimiento administrativo sancionador establecido en leyes especiales, señalando que:

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- *Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajoso para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción...*

164. Sobre el principio de proporcionalidad o razonabilidad⁷⁶, el Tribunal Constitucional ha señalado que se trata de una técnica mediante la cual un órgano resolutorio debe evaluar si determinada intervención en el ámbito de los derechos del infractor resulta excesiva o no⁷⁷. Es en ese sentido que la

⁷⁵ En ese mismo sentido, Clorox en su escrito de apelación del 24 de marzo de 2008.

⁷⁶ El Tribunal Constitucional ha considerado que pese a que a nivel doctrinario se hace distinciones entre los principios de proporcionalidad y razonabilidad, como técnica para orientar la actuación del juzgador, existe *prima facie* una similitud entre ambos, toda vez que cuando no se respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. Al respecto vid., Sentencia del 11 de octubre de 2004 recaída en el Expediente 2192-2004-AA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html> (visitada el 15 de enero de 2009)

⁷⁷ Al respecto vid., Sentencia del 9 de febrero de 2005 recaída en el Expediente 0760-2004-AA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00760-2004-AA.html> (visitada el 15 de enero de 2009).

importancia de dicho principio cobra relevancia dado los márgenes de discrecionalidad con los que la Administración Pública actúa, especialmente en lo referente al análisis de conductas infractoras y la graduación de sanciones⁷⁸. Por lo tanto, a continuación corresponde analizar la proporcionalidad de la sanción impuesta a Clorox y Quimpac en la Resolución recurrida, a efectos de determinar si esta ha sido excesivamente gravoso o no.

165. Para ello debe tenerse presente lo prescrito en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701 que establece los criterios que la Autoridad de Competencia deberá considerar, para que en ejercicio de su poder discrecional (que no supone arbitrariedad) determine la gravedad de la infracción y la graduación de la sanción, los cuales son listados a continuación:

- (i) la modalidad y alcance de la restricción de la competencia;
- (ii) la dimensión del mercado afectado;
- (iii) la cuota de mercado de la empresa correspondiente;
- (iv) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos, o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios;
- (v) la duración de la restricción; y
- (vi) la reiterancia de la conducta.

La modalidad de la conducta

166. Con relación a la modalidad y alcance de la conducta, esta Sala coincide con la Resolución recurrida en el sentido de que la infracción fue cometida a través de un acuerdo vertical de exclusividad cuyo único “objeto” o propósito fue restringir la competencia, limitando a los otros envasadores de lejía la posibilidad de proveerse directamente del hipoclorito de sodio producido por Quimpac, lo cual generó la potencialidad de generarse un resultado exclusorio del mercado.

167. No obstante lo anterior, cabe tener en consideración al momento de graduar la sanción que la celebración de acuerdos de distribución exclusiva no son en sí mismo ineficientes o anticompetitivos, sino que por el contrario, como se

⁷⁸ Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, este principio se encuentra estructurado en tres (3) sub-principios: (i) *adecuación*, que hace referencia a que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo para ello: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida; (ii) *necesidad*, el cual implica que para que una intervención en los derechos fundamentales sea necesario, no debe existir otro medio legítimo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado; y (iii) *proporcionalidad en estricto*, es decir, para que una intervención en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación al derecho fundamental, comparando dos (2) intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental. Al respecto vid., Sentencia del 3 de junio de 2005 recaída en el Expediente 050-2004-AI/TC. Disponible en: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html> (visitada el 15 de enero de 2009).

ha señalado precedentemente en esta Resolución, pueden estar justificados en la generación de ciertas eficiencias para el mercado. Sin embargo, en el presente caso, las empresas imputadas no han acreditado que las eficiencias alegadas por ellos hayan requerido necesariamente de la celebración del acuerdo de exclusividad que ha sido objeto de análisis. Por el contrario, la Comisión y el órgano instructor de primera instancia han concluido que los objetivos buscados por las denunciadas podían ser alcanzados mediante un simple acuerdo *take or pay* sin cláusula de exclusividad.

168. En ese sentido, si bien es cierto se debe sancionar los acuerdos verticales que tienen un objeto meramente anticompetitivo, no es intención de este colegiado desincentivar completamente la celebración de esta clase de acuerdos, siempre y cuando, contengan justificaciones eficientes que beneficien al mercado y en especial a los consumidores, aún aunque esta clase de contratos pueda tener efectos restrictivos conexos.

La cuota del mercado

169. Conforme a lo expuesto en el acápite III.4.2. de la presente Resolución, se puede afirmar que en el presente caso Quimpac gozaba prácticamente de un monopolio en el mercado de provisión de hipoclorito de sodio para la producción de lejía de lavar en el territorio peruano, con una cuota de mercado de aproximadamente 99,88% de participación.

La duración de la relación de exclusividad

170. En el presente caso se ha concluido que las empresas denunciadas han mantenido un relación de exclusividad restrictiva durante el periodo de investigación, esto es, que la conducta ha tenido un periodo de duración comprendido entre 1998 año en el que se celebró el acuerdo y 2003 año en que se inició el procedimiento.

El efecto de la restricción sobre competidores, consumidores y terceros

171. Gromul ha señalado que como consecuencia de la práctica imputada a las denunciadas se ha visto desplazada prácticamente del todo del mercado de producción de lejía⁷⁹. Según la denunciante, ello se debió a que Clorox, aprovechando la relación de exclusividad, incrementó los precios del hipoclorito de sodio a los otros envasadores de lejía y redistribuidores, mientras que por otro lado reducía el precio de su producto: la lejía para lavar en botellita sin tapa de 250 gr. Respecto a ello, la denunciante ha manifestado que:

⁷⁹ Conforme a lo manifestado por el representante de Gromul en la audiencia de informe oral ante la Sala, realizada el 27 de enero de 2009, dicha empresa no estaría operando en la actualidad.

...una vez que [Clorox] había incrementado de manera abusiva el precio del insumo de US \$ 90 la TM, precioa al que compraba una empresa com Lave SRL en 1997, hasta los 174.60 (sic) que llegó a pagar esa misma empresa en el año 2002, incrementando en igual proporción a las envasadoras y distribuidores, PREPARADA ESAS NUEVAS CONDICIONES es que opta por REDUCIR el precio de su botellita de S/. 1.00 a solo S/. 0.50 e incrementar el peso de la misma de 200 grs a 250 grs. Una reducción real del 66%.

*Es decir acorraló a todos sus competidores bajo el dominio de su DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA (...) el objetivo: ELIMINAR A LAS MARCAS DE COJINES Y TOMAR EL LIDERAZGO NACIONAL EN LEJÍAS DE LAVAR...
(...)*

En el cado (sic) de los ENVASADORES DE MENOR VOLUMEN, como GROMUL prácticamente han sido borrados del mapa. En Lima lo que en el años 2002 el mercado de cojines representaba el 80% del mercado, ahora apenas podrá ser un 5% porque el elevado precio que pagaban por el insumo y el precio barato que impuso CLOROX en la (sic) botellitas de S/. 0.50 no les permitió ingresar a ese segmento.

172. No obstante lo anterior, de la documentación obrante en el expediente se aprecia que el órgano instructor ni la Comisión han logrado observar que se hayan producido o materializado efectos negativos para la competencia y los consumidores, directamente relacionados con la celebración del acuerdo de distribución exclusiva entre Clorox y Quimpac.
173. Conforme se desprende de las conclusiones finales a las cuales arribó la Secretaría Técnica de la Comisión luego de finalizada su labor instructiva (contenidas en el Informe 064-2007-INDECOPI/ST-CLC y en la Resolución apelada), la restricción vertical cometida por las denunciadas no habrían afectado negativamente a consumidores ni a los competidores de Clorox (tanto redistribuidores como envasadores de lejía).
174. En efecto, en el gráfico a continuación, se observa que la celebración del acuerdo de distribución exclusiva en 1998 no afectó sustancialmente las compras de hipoclorito de sodio de los anteriores distribuidores que luego pasaron a constituirse en redistribuidores. Por lo tanto, se puede colegir que los redistribuidores continuaron operando en el mercado, suministrando a sus clientes con el insumo. De hecho, en el presente caso, las denunciadas han manifestado que hasta el año 2002, ellas satisfacían sus requerimientos de hipoclorito de sodio de otros redistribuidores y no directamente de Clorox.

Gráfico Nº 5
Evolución de las compras totales de Hipoclorito de las empresas
distribuidoras a Clorox (Tn)
(INFORMACIÓN DECLARADA CONFIDENCIAL)

Fuente: Clorox
Elaboración: Secretaría Técnica de la Comisión

175. Sobre este particular, la Secretaría Técnica sostuvo que:

El hipoclorito no es un producto de consumo final, sino un insumo. El hecho de que Clorox se haya convertido en el distribuidor exclusivo de hipoclorito de sodio no ha afectado significativamente las compras que los anteriores distribuidores realizan ahora como subdistribuidores, como se observa en el gráfico siguiente, de lo cual es posible deducir que sus ventas en el mercado tampoco han sido afectadas de manera significativa...

(el subrayado es nuestro)

176. Asimismo, con relación a los consumidores finales de lejía, el órgano instructor, llegó a la conclusión de que éstos no se habrían visto afectados negativamente como consecuencia de la exclusividad a favor de Clorox, por el contrario, el precio de la lejía habría bajado sustancialmente de un S/. 1,00 a S/. 0,50. Ello se desprende de la parte pertinente del Informe 064-2007-INDECOPI/ST-CLC, que a continuación es citado:

...no se ha determinado la existencia de un daño a los consumidores del producto final, elaborado con dicho insumo, que es la lejía. Por el contrario, durante parte del periodo en cuestión, el precio de la lejía ha bajado significativamente dado el abaratamiento por parte de Clorox de su producto, de un sol a cincuenta céntimos. Esto incluso obligó a sus competidores a bajar de igual forma sus precios, recurriendo incluso al uso de envases del mismo tipo para poder competir...

(el subrayado es nuestro)

177. Al respecto, Gromul ha sostenido en su denuncia que el hipoclorito de sodio representa entre un 50% u 80% del costo total de la producción de lejía. En ese sentido, a criterio de la denunciante, el hecho de que Clorox adquiriera el hipoclorito de sodio a un precio bajo de US\$ 65, 00 por Ton. le habría permitido reducir sus precios e incrementar el volumen de sus botellitas de lejía de 200 gr. a 250 gr., mientras incrementaba el precio del hipoclorito de sodio a sus competidores envasadores.

178. Gromul ha afirmado que durante los años 1997 a 2001 Clorox intentó incursionar en los mercados regionales con dos presentaciones de lejía para lavar: en sachet a un precio de S/. 0,50 y en una botellita con tapa a S/. 1,00, pero que, sin embargo, fracasó en su intento dado que las pequeñas empresas regionales tenían el liderazgo con sus marcas.
179. Esta Sala ha deducido que si el hipoclorito de sodio constituyera en realidad un porcentaje importante del costo total de producción de lejía, entonces Clorox que adquiriría el insumo a un precio sustancialmente bajo, habría podido trasladar desde 1998 dicha ventaja al producto final ofreciendo un menor precio por la lejía de su marca y, de esta manera, ingresar con éxito al mercado regional de lejías con dos presentaciones atractivas. Sin embargo, ello no sucedió, tal como lo refiere la propia denunciante.
180. El razonamiento esbozado en el párrafo anterior, hace que el argumento sostenido por Clorox de que el hipoclorito de sodio sólo constituye el 10% del costo total en la producción de lejía se torne razonable. De esta manera, esta Sala considera veraz lo afirmado por Clorox respecto a que la introducción de su botellita de lejía sin tapa (250 gr.) en el 2002 le significó una reducción de sus costos totales de producción, con lo cual pudo bajar el precio de sus productos finales y, por ende, incrementar sus ventas de lejía desde dicho año:

En una botella plástica común el mayor costo está en la tapa, ya que es de un material más duro y resistente. Además la botella tiene que ser de un material más firme para no deformarse a momento de ser tapada. Hay un costo más alto, por la tapa y la cantidad de materia prima que se necesita para darle firmeza necesaria a la botella para poder llevar la tapa.

Clorox cambio este concepto y al eliminar la tapa permitió que el grosor de la botella sea menor con lo cual se obtenía un gran ahorro en la cantidad de material para producir la botellita y además se eliminaba el alto costo de la tapa.

(...)

...pero es justamente desde la presentación del producto novedoso envase de "Botellita sin Tapa" que, tal como expresamente lo reconoce GROMUL, CLOROX logra incrementar la penetración de sus productos en el mercado, realidad que hoy tanto preocupa a Gromul.

181. Con relación a lo anterior, Clorox ha presentado la siguiente información relacionado con los costos totales de producción de lejía, en el cual se puede observar que el hipoclorito de sodio sólo representaría un 10% de dicho costo:

Cuadro Nº 7
Porcentaje de los costos totales de producción

	Botellita sin tapa 48 x 250gr%	Botellita con tapa 20 x 250%
Hipoclorito de sodio	10%	10%
Tierra diatomea	0%	0%
Material de empaque	39%	60%
Gastos de planta	22%	29%
Costo Total	71%	100%

Fuente: Escrito de Clorox del 25 de agosto de 2003.
Elaboración: Secretaría Técnica de la Sala

182. Finalmente con relación a los otros competidores envasadores de Clorox, no se ha podido acreditar un nexo causal entre la celebración del acuerdo de distribución exclusiva y la presunta caída en sus respectivas cuotas de mercado.
183. En efecto, tal como ha señalado la propia denunciante:

...era aparentemente un mercado donde la competencia era normal, muy a pesar de que existía de [sic] CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA entre las empresas denunciadas.

*Cuando Clorox ingresa a la distribución de [sic] insumo allá por 1997, nosotros nos abastecíamos del insumo de INVERSIONES ITAPARICA S:a: que en aquel entonces nos vendía a US\$ 140 la TM, igualmente al crédito con letras a 45 y 60 días. Entre 1997 y 2003 el insumo incrementó hasta los US\$ 215 la TM. Pero como el incremento de los precios de los productos finales COJINES y BOTELLITAS se daba de manera general, **quien asumía esos incrementos era el consumidor final (...)** ello no nos afectaba, ni afectaba a los otros envasadores que [sic] participantes en el mercado pues como repetimos el que asumía esos incrementos era el sufrido consumidor.*

En efecto en ese mercado de aparente normalidad, aún estando vigente el CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA, entre QUIMPAC y CLOROX (...) el mercado era uno muy especial donde las pequeñas empresas, microempresas algunas habían logrado el liderazgo regional de sus marcas en lejías de lavar.

...lo más crítico para Clorox era que las otras se vendían COJINES y los márgenes de esas empresas eran entre el 75% y 100% (...) Así esta empresa fracasó en su avance en el mercado de marcas entre los años 1997 hasta mediados del 2002 Fracasó muy a pesar de el DISTRIBUDIOR EXCLUSIVO del insumo...

(el subrayado es nuestro)

184. Como se desprende de las afirmaciones citadas precedentemente, desde 1998 hasta el 2003, es decir, durante cinco (5) años de vigencia de la relación de exclusividad, Gromul habría estado compitiendo en el mercado

activamente. Sin embargo, dicha empresa comenzó a perder participación de mercado cuando Clorox ingresa con su presentación de botellita de lejía sin tapa a S/. 0,50. Por lo tanto, este hecho constituye una evidencia de que el desplazamiento del mercado de Gromul (y eventualmente otras empresas) se habría debido no a la relación comercial de exclusividad mantenida entre Quimpac y Clorox, sino principalmente a la mejora y estrategia empresarial de ésta última empresa que ofreció un producto barato y más atractivo.

185. A esta misma conclusión, llegó la Secretaría Técnica de la Comisión luego de finalizada su labor de instrucción tal como se desprende de la cita a continuación:

Por otro lado, por parte de los envasadores, tampoco se puede identificar una caída en sus respectivas participaciones que se pueda atribuir, por el tiempo en que transcurre, a los efectos de la relación de exclusividad en la distribución (estando presentes otros factores posibles como el cambio del envase por botellas y la reducción del precio de la lejía -botellas a S/. 0.50-).

186. Cabe señalar, que incluso las ventas de Clorox no se habrían sostenido a lo largo de los años posteriores al periodo de investigación, tal como se puede apreciar en el gráfico siguiente. En efecto como se aprecia del referido gráfico existen otras empresas envasadoras de lejía que pese a la existencia del acuerdo de exclusividad desde 1998 y a la supuesta alza de precio del hipoclorito de sodio han logrado mantenerse y crecer en el mercado de comercialización 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.

Gráfico Nº 6
Participación en el mercado nacional de las ventas de lejías
en el periodo 2002 -2006
(INFORMACIÓN DECLARADA CONFIDENCIAL)

Fuente: Intradevco
Elaboración: Secretaría Técnica de la Comisión

187. En resumen, de lo señalado en el presente acápite, se puede concluir que luego de la investigación respectiva no se ha logrado acreditar la producción de efectos negativos en perjuicio de los consumidores finales de lejía y competidores de Clorox atribuible a la relación de exclusividad mantenida entre las empresas denunciadas.

188. Como se ha señalado, en la sección pertinente de la presente Resolución, la infracción cometida por las denunciadas ha sido desvalorada por haber generado una potencialidad de resultado lesivo. Sin embargo, esta conducta no reviste el mismo nivel de punibilidad que si se hubiera dado el supuesto de que se genere efectivamente el resultado lesivo, por lo que este factor debe ser considerado como atenuante al momento de imponer la sanción. Así por ejemplo, en el ámbito del derecho penal, se sanciona con distinta intensidad de gravedad, los ilícitos a nivel de tentativa y hecho consumado.

La dimensión del mercado afectado

189. Conforme a lo expuesto precedentemente, en el presente caso no ha existido una afectación efectiva al mercado, por lo que en rigor tampoco existe una “dimensión del mercado afectado”, lo cual desde ya constituye un elemento a tomar en consideración para atenuar la graduación de la sanción. Empero, lo que se puede analizar es la dimensión del mercado que potencialmente podría haberse visto afectado si es que el acuerdo restrictivo hubiera tenido un resultado negativo en el mercado.

190. En el presente caso, la Comisión ha señalado que el mercado de hipoclorito de sodio a nivel nacional ha significado ventas anuales de aproximadamente 22 000 Ton. lo cual a un precio de US\$ 180,00 por Ton. ascienden a un total aproximado de US\$ 3 960 000,00 por año.

191. De otro lado, Quimpac ha indicado que de acuerdo a sus Memorias Anuales, 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 ha representado un valor menor al 0,01% del Producto Bruto Interno nacional para dicho periodo.

192. Sea tomando en cuenta el dato proporcionado por la denunciada o la cifra obtenida por la Comisión, esta Sala considera que la dimensión del mercado que potencialmente podría haberse afectado no ha sido significativa. En otras palabras, la conducta no ha sido desarrollada en un mercado sustancialmente grande en comparación con la producción de otros insumos dentro del sector de químicos; ello tal como lo concluye la propia Comisión:

El mercado de hipoclorito de sodio es menor que otros mercados de productos industriales como, por ejemplo, los mercados de otros químicos que produce la empresa Quimpacm tles como la soda cáustica, cuyo mercado en sólo el primer semestre de del 2006, llegó a tener ventas por más de US\$ 19 millones de dólares. De la misma manera, las ventas de Quimpac en el negocio del mercado de la unidad de papel llegaron a US\$ 43,8 millones en el año 2004.

193. Lo anterior resulta lógico si se tiene en consideración además que el hipoclorito de sodio no es el principal producto que elabora Quimpac, sino

que éste es un subproducto derivado de la producción de soda cáustica. En efecto, como consecuencia de la producción de soda cáustica, Quimpac obtiene cloro – gas, el cual es costoso de desechar, razón por la cual utiliza dicho subproducto para la elaboración de hipoclorito de sodio.

194. Por lo tanto, el hecho que el potencial mercado afectado no sea significativo es un factor atenuante que debe ser considerado al momento de graduar la sanción que corresponde imponer a las empresas infractoras.
195. Considerando lo señalado en el presente acápite respecto a que los acuerdos verticales no son *per se* ilegales, 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, esta Sala considera que corresponde reducir la multa impuesta por la Comisión contra Quimpac y Clorox en un (75%), por lo tanto la multa a imponerse a las referidas empresas será equivalente a ciento sesenta y dos coma noventa y seis (162,96) UIT.
196. Dado que en el presente caso, la conducta infractora ha consistido en un acuerdo colusorio celebrado voluntariamente entre Quimpac y Clorox, corresponde dividir la multa entre ambas partes, de tal forma que a Quimpac le corresponderá una multa de ochenta y uno coma cuarenta y ocho (81,48) UIT y a Clorox una multa equivalente a ochenta y uno coma cuarenta y ocho (81,48) UIT.

III.10 Las medidas complementarias y pago de costas y costos del procedimiento

197. En la medida que no ha sido objeto de apelación, corresponde confirmar los extremos de Resolución recurrida referidos a:
 - (i) ordenar como medida complementaria que Quimpac, en tanto mantengan 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 exclusorio. 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.
 - (ii) Ordenar que las empresas infractoras asuman de manera solidaria el pago de costas y costos en los que hubiesen incurrido las denunciadas durante la tramitación del procedimiento, monto a ser determinado en ejecución.

III.11 Procedimiento de oficio por la presunta comisión de conductas anticompetitivas posteriores a la presentación de la denuncia

198. En su escrito de alegatos a las apelaciones planteadas, Gromul ha solicitado a esta Sala que en la medida que el presente procedimiento no contempla los presuntos actos anticompetitivos cometidos por las empresas imputadas entre el año 2003 hasta la fecha, ordene a la Comisión el inicio de un procedimiento de oficio para investigar los referidos hechos.
199. Los referidos hechos denunciados por Gromul constituyeron nuevas pretensiones de sanción presentadas con posterioridad a la formulación de cargos contra Quimpac y Clorox. Por este motivo, la Comisión las declaró improcedente porque lo contrario hubiera implicado una alteración de los cargos imputados a las denunciadas, y por ende, una vulneración a su derecho de defensa.
200. Sobre el particular, cabe señalar que lo resuelto por la Comisión no fue objeto de apelación en su momento por ninguna de las partes. Asimismo, el referido escrito de Gromul no constituyó una adhesión a la apelación dado que esta empresa no cumplió con declarar expresamente dicha condición, sino que, como se señala en el mismo escrito, sólo constituyó una respuesta a las alegaciones planteadas en los recursos de apelación interpuestos por Quimpac y Clorox.
201. Por lo tanto, corresponde desestimar la solicitud de Gromul referido a que se ordene a la Comisión el inicio de un procedimiento de oficio por los presuntos hechos denunciados ocurridos con posterioridad al periodo de investigación al interior del presente procedimiento.
202. De otro lado, la co-denunciante, Dispra, ha reconocido como válidas las conclusiones de la Comisión que declara improcedente las pretensiones de sanción presentadas con posterioridad a la formulación de cargos en el presente procedimiento; sin embargo, apela la Resolución de la Comisión en el sentido de que no señala de manera expresa su derecho a iniciar un nuevo procedimiento sobre dicho extremo.
203. Sobre este particular, cabe señalar que en virtud del artículo 107 de la Ley 27444, *cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.*

204. Por lo tanto, en virtud de la norma citada, tanto Dispra como Gromul tienen derecho de formular en cualquier momento una denuncia describiendo los presuntos actos anticompetitivos incurridos con posterioridad al presente procedimiento, a efectos de obtener un pronunciamiento del ente administrativo competente.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: desestimar el pedido de nulidad formulado por Quimpac S.A. contra la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC por presunta infracción al principio de tipicidad, principio de presunción de licitud y afectación al derecho de defensa, conforme a los considerandos vertidos en la presente Resolución.

SEGUNDO: desestimar el pedido de nulidad formulado por Clorox del Perú S.A. contra la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC por presunta infracción al derecho de defensa, conforme a los considerandos vertidos en la presente Resolución.

TERCERO: confirmar la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC en el extremo que declara 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 701; toda vez que se ha evidenciado que la conducta podría haber generado efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

CUARTO: sancionar a Quimpac S.A. con una multa equivalente a ochenta y uno coma cuarenta y ocho (81,48) Unidades Impositivas Tributarias.

QUINTO: sancionar a Clorox del Perú S.A. con una multa equivalente a ochenta y uno coma cuarenta y ocho (81,48) Unidades Impositivas Tributarias.

SEXTO: confirmar la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC en el extremo que declara la imposición de una medida complementaria y que condena al pago de costas y costos del procedimiento.

SÉTIMO: desestimar el pedido formulado por Group Multipurpose S.R.L. a efectos de que se ordene a la Comisión el inicio de un procedimiento de oficio por presuntos hechos anticompetitivos ocurridos con posterioridad al periodo de investigación dentro del presente procedimiento.

OCTAVO: desestimar el recurso de apelación formulado por Dispra E.I.R.L. señalando que tiene expedito su derecho a formalizar una denuncia ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia por presuntos actos anticompetitivos acaecidos con posterioridad al periodo de investigación dentro del presente procedimiento.

NOVENO: de conformidad con lo establecido en el literal d) del artículo 14 del Decreto Legislativo 1033, declarar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio:

1. El Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – tipifica las prácticas colusorias horizontales y verticales en sus artículos 11 y 12, respectivamente; es decir, a diferencia del dispositivo normativo derogado en donde la tipificación de las prácticas colusorias se encontraba en el artículo 6 aplicable a ambas clases de colusiones (v.g. verticales y horizontales), en la norma vigente el legislador ha considerado necesario tipificar ambas clases separadamente, atendiendo a su naturaleza y elementos típicos particulares.

2. En tal sentido, el referido artículo 12 describe el tipo de prácticas colusorias verticales estableciendo que “se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución, o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia (...) La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas”.

3. Bajo la normativa vigente las colusiones verticales tienen dos elementos típicos particulares: (i) que la conducta sea realizada entre dos o más agentes económicos independientes que actúen en diferentes niveles de la cadena de producción; y (ii) que uno de los agentes infractores involucrados tenga posición de dominio en uno de los mercados de la cadena productiva.

4. La norma señala, además, que las prácticas colusorias verticales deben tener por “objeto o efecto” restringir, impedir o falsear la libre competencia. En este sentido, se considera que una práctica colusoria vertical tendrá un “objeto” restrictivo cuando de las condiciones y términos del acuerdo se desprenda de manera objetiva que su finalidad o propósito es afectar de manera directa el proceso competitivo en el mercado. La referencia al “objeto” no debe ser entendida como la intención o la finalidad subjetiva de las partes al momento de celebrar el acuerdo, sino como la finalidad y propósito objetivo que se desprende del mismo acuerdo en un contexto económico determinado en el que será aplicado. En la Unión Europea, se ha considerado que las restricciones verticales que tienen un “objeto” restrictivo son: la fijación mínima de un precio de reventa; las cláusulas de asignación de clientela (salvo algunas excepciones); y la imposición de prohibiciones de exportación (cuando la finalidad es la integración de mercados).

5. De otro lado, las prácticas verticales que tienen un “efecto” restrictivo son aquellas que si bien no tienen una finalidad o propósito anticompetitivo (en los términos descritos en el párrafo precedente), sin embargo, como

consecuencia del acuerdo de las partes y el contexto concurrente, producen un perjuicio al proceso competitivo.

6. Finalmente, el artículo 12 citado establece que las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas. Esto quiere decir, conforme al artículo 9 del Decreto Legislativo 1034, que “para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores”.

7. Desde este punto de vista, las colusiones verticales constituyen “infracciones de resultado”. Esto quiere decir que para la configuración de la infracción y, por tanto, la vulneración al principio de libre competencia como bien jurídico tutelado, es necesario no sólo la ejecución de la conducta imputada (v.g. la celebración de un acuerdo de distribución exclusiva restrictivo), sino que se acredite la existencia de un resultado negativo, o la potencialidad concreta de dicho resultado (cierto e inminente), sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En otras palabras, el acuerdo colusorio vertical debe generar una lesión efectiva, o puesta en peligro de lesión (cierto e inminente), a la competencia y el bienestar de los consumidores, para que la conducta sea sancionable como infracción a las normas de defensa de la competencia.

8. Lo señalado tiene un símil en el ámbito del Derecho Penal (que junto al Derecho Administrativo Sancionador forma parte de la Potestad Punitiva del Estado), en donde existen tipos delictivos que se caracterizan por la individualización de un resultado diferenciado que se encuentra separado en el tiempo y espacio de una determinada acción, a los cuales, se les denomina “delitos de resultado”. Estos delitos se consuman cuando se verifica la acción y el resultado antijurídico (v.g. el homicidio en el cual el delito se consuma con la muerte de otra persona), pero, además, son punibles incluso cuando no se alcanza consumación alguna y, por lo tanto, no se ha afectado el bien jurídico mediante un resultado efectivo, sino sólo a través de la puesta en peligro o la potencialidad de un resultado dañino.

9. Es en este contexto que debe interpretarse la frase “tengan por objeto o efecto” contenida en el citado artículo 12. En efecto, cuando la norma hace referencia a “tener por objeto” se entiende que se trata de aquellas colusiones verticales que, poseyendo una finalidad anticompetitiva, tienen la potencialidad de causar un resultado lesivo concreto sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En este caso, la concreción de la conducta es de suma importancia, de tal manera que la autoridad de competencia “debe ponerse en la situación del agente y ver si en concreto el acto ejecutado (...) pudo tener la eficacia causal en relación con el resultado que se tuvo en la mira”. El análisis de concreción debe realizarse de manera ex ante, lo cual implica “retrotraerse al momento en que la acción ha sido realizada y juzgar de acuerdo a las circunstancias si la conducta fue estimada idónea [por el imputado] en orden a ocasionar el resultado.

10. De otro lado, cuando la norma hace referencia a “tener por efecto” se entiende que incluye a aquellas colusiones verticales que sin tener una finalidad anticompetitiva, tienen un resultado o efecto consumado negativo sobre la competencia y el bienestar de los consumidores

11. No basta con que un acuerdo colusorio vertical tenga un “objeto” anticompetitivo, sino que se debe determinar que éste generó un peligro o potencialidad de resultado “concreto” sobre la competencia y el bienestar de los consumidores para considerar que se ha configurado el supuesto de infracción, sin que la autoridad de competencia tenga la necesidad de comprobar la consumación de algún efecto o resultado negativo para la competencia y los consumidores

12. Conforme a lo expuesto, esta Sala considera que a efectos de analizar la licitud (o no) de una práctica colusoria vertical, la autoridad de competencia debe realizar el análisis según la metodología siguiente:

- (i) determinar si alguna de las partes denunciadas goza de posición de dominio en el mercado relevante;
- (ii) establecer la existencia del acuerdo restrictivo imputado a las denunciadas;
- (iii) ponderar los objetivos restrictivos de la competencia frente a las eficiencias pro-competitivas derivadas de la práctica colusoria vertical bajo análisis; y
- (iv) en caso que los objetivos restrictivos sean mayores que las eficiencias, determinar si la práctica colusoria vertical efectivamente tuvo un resultado negativo, o tuvo la potencialidad de causar un resultado lesivo concreto, para la competencia y el bienestar de los consumidores (lo cual traduce una afectación al interés económico general). Si no se observan dichos efectos, o potencialidad de efectos, la restricción vertical no será declarada como infracción, pese a que pudiera tener el objeto de restringir la competencia.

Con la intervención de los señores vocales Juan Ángel Candela Gómez de la Torre, Miguel Antonio Quirós García, Raúl Francisco Andrade Ciudad y Alfredo Ferrero Diez Canseco.

JUAN ÁNGEL CANDELA GÓMEZ DE LA TORRE
Presidente