

Comercio y Competencia

Acuerdos colusorios verticales

Por Javier Illescas

En los últimos años, la autoridad de defensa de la libre competencia en el Perú (Indecopi) ha puesto énfasis a la persecución de cárteles cuyos efectos negativos son altamente nocivos para el mercado y los consumidores. En ese sentido, el Estado le ha otorgado mayores facultades al Indecopi para la detección, desarticulación y sanción de cárteles, como es el caso de la implementación del Programa de Clemencia y el Programa de Recompensas.

Al respecto, la Ley de represión de conductas anticompetitivas prohíbe que las empresas tengan conductas o prácticas colusorias horizontales o verticales. Las horizontales incluyen las prácticas concertadas – e.g. fijación de precios – llevadas a cabo por competidores en el mercado de un bien o servicio, con el objeto o efecto de restringir, impedir o falsear la libre competencia (art. 11°, TUO de la Ley). Mientras, las verticales incluye las prácticas concertadas por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, cuyo objeto o efecto sea el mismo que en el caso anterior (art. 12°, TUO de la Ley).

Respecto a los acuerdos verticales, la teoría económica reconoce que éstos pueden ser en muchos casos necesarios y positivos para el mercado y la competencia. Por ejemplo, los

acuerdos de distribución entre proveedores y minoristas de un bien de una marca específica, limitan la competencia de precios de venta al público de dicho bien. Sin embargo, de un lado, el mayor precio busca promover que el minorista “invierta” en esfuerzos de venta, promoción y calidad de servicio, beneficiando al consumidor y a la competencia entre marcas. De otro lado, el acuerdo sirve para prevenir que otros minoristas que no hayan realizado las inversiones mencionadas atraigan consumidores a través de descuentos (*free riding*). Los acuerdos verticales están sujetos a la regla de la razón, por la cual, para ser sancionados, además de demostrarse la existencia de la conducta, debe acreditarse que sus efectos anticompetitivos sobre el mercado y los consumidores son superiores a los efectos pro-competitivos o eficiencias que se puedan generar. La ley peruana exige además que al menos una de las partes involucradas tenga posición de dominio para poderlos sancionar. Mientras, los acuerdos horizontales están prohibidos *per se*.

En los últimos años, a nivel internacional e incluso nacional, las autoridades de competencia han sancionado conductas anticompetitivas que combinan prácticas horizontales y verticales, conocidas como de centro y radios o de *hub & spoke*.

Una definición académica de este esquema colusorio la da Harrington y Harker (2018)¹:

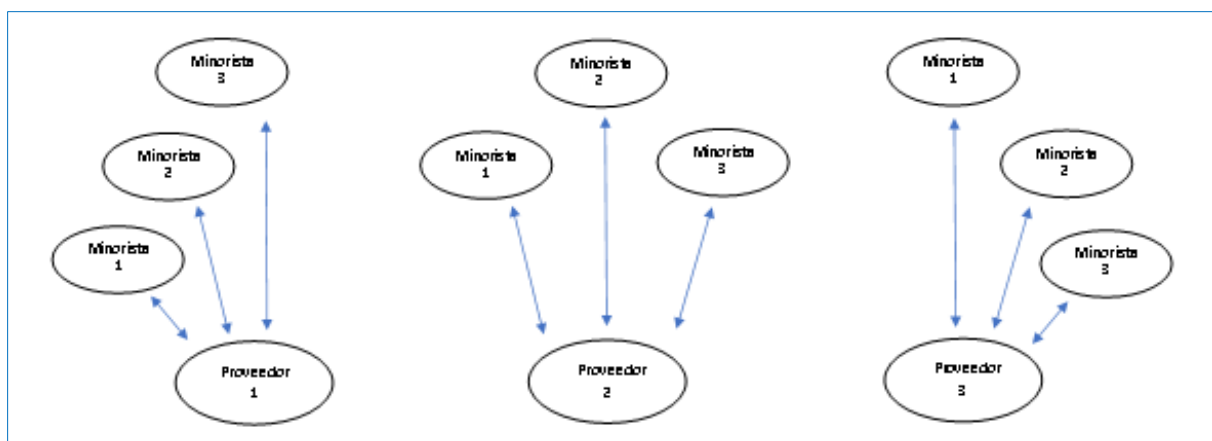
“Conocido como un cártel de centro y radio, los radios son los competidores colusorios y el centro es un proveedor en sentido ascendente o un cliente en sentido descendente que facilita la colusión entre los radios. El acuerdo horizontal entre los radios se conoce como el aro, ya que conecta los radios. La coordinación se produce cuando cada radio se comunica con el centro, y el centro comparte la información que ha conocido de un radio con el otro. Aunque esta comunicación indirecta puede complementarse con alguna comunicación directa entre los radios, la principal vía de comunicación es a través del centro”.

El gráfico muestra un ejemplo de tres proveedores o *hubs* (1, 2 y 3), cada uno vendiendo un producto similar de distinta marca a tres minoristas distintos o *spokes* (1, 2 y 3). Esto configura un contexto de competencia *intermarca* del producto e *intramarca*, respecto de una misma marca vendida por distinto minorista.

De acuerdo al esquema de *hub & spoke*, los

minoristas (*spokes*) están coludidos horizontalmente en la fijación de precios o condiciones comerciales, pero no coordinan directamente, sino a través de sus proveedores comunes. Probar esta dinámica no es simple, pues requiere que la autoridad tenga una evidencia muy clara de que existe un acuerdo colusorio horizontal entre *spokes*. Para ello, por ejemplo, requiere evaluar si las comunicaciones verticales entre un minorista y un proveedor están dentro del ámbito normal de la relación entre ellos o si son componentes de un acuerdo colusorio horizontal (*aro*) que conecta los *spokes* a través de las gestiones de facilitación del o los *hub*.

Esta evaluación debe contener evidencia que demuestre “más allá de duda razonable”, que la empresa no solo estaba mencionada o presente en comunicaciones presuntamente anticompetitivas, sino que en efecto tomaba acciones para articular o cumplir un acuerdo para coludir precios o excluir rivales. Debe tenerse en cuenta además que la variación de precios podría estar reflejando el seguimiento de tendencias del mercado o actuaciones independientes.



¹ Joseph E. Harrington Jr. y Patrick T. Harker. *How do hub-and-spokes cartels operate? Lessons from nine case studies*. Agosto 2018.

Concertación en licitaciones públicas

La ley antimonopolios de las agencias de competencia del Perú y otros países prohíben los acuerdos entre empresas que tienen como finalidad coordinar ofertas o abstenerse de participar en licitaciones o contrataciones públicas. Dado que estas representan una parte sustancial del dinero de los contribuyentes - según la OCDE los países miembros del mismo gastan el 12% del PIB en compras públicas-, se espera que los gobiernos utilicen este dinero de la manera más eficiente y bajo altos estándares de conducta, tal que garanticen la mejor calidad de los bienes y servicios adquiridos. Al respecto, sobre la base de la integración de fuentes de información, el CADE del Brasil desarrolló e implementó una plataforma de datos de contratación pública, capaz de identificar y medir la probabilidad de existencia de cárteles. Esto ha tenido un impacto significativo en el inicio de investigaciones de oficio de cárteles que han estado perjudicando el bienestar de los consumidores (e.g. seis cárteles vinculados a la investigación Lava Jato con una multa total de R \$ 897 millones), adicional a los programas de clemencia para la detección de cárteles, en lo que respecta a cárteles en licitaciones públicas. En el caso del Perú, en los últimos seis años solo se han sancionado dos casos de concertación en procesos de licitaciones públicas; uno es el de oxígeno medicinal en el 2013 y otro el de centros de hemodiálisis privados en el 2016. Al respecto, el Examen inter-pares de la OCDE y el BID del derecho y política de competencia del Perú (Peer Review) 2018, menciona que la labor investigadora y sancionadora de concertación en licitaciones públicas en el Perú ha sido bajo. A raíz de ello, en marzo de este año, el Perú presentó la Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas, la cual busca fortalecer la cooperación entre el Indecopi y las entidades a cargo de las contrataciones públicas para detectar y sancionar cárteles.

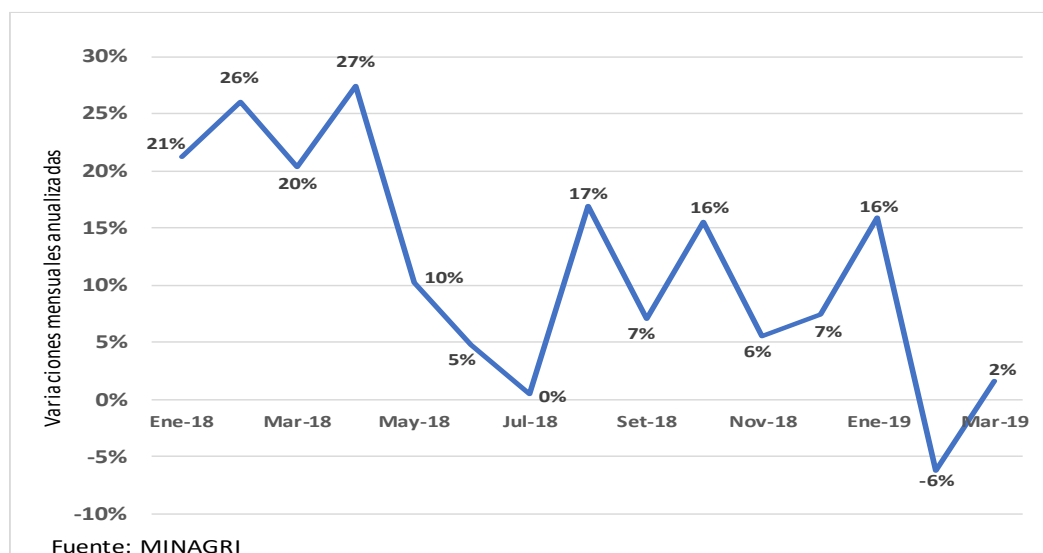
Negociaciones: Optimización TLC Perú - China

En este mes de junio se realizará la segunda ronda de negociaciones para la optimización del TLC Perú – China. Estas negociaciones estuvieron previstas desde noviembre de 2016 y se plasmaron en el *Memorándum de Entendimiento para la Optimización del TLC Perú – China*, firmado en noviembre de 2018. Según el Ministerio de Comercio Exterior de China (MOFCOM), las rondas de negociación incluyen el comercio de servicios; inversiones; propiedad intelectual; e-commerce; procedimientos aduaneros y facilitación al comercio; política de competencia, y reglas de origen. Con relación a los resultados del tratado existente, la Dirección de Investigación y Estudios del Comercio Exterior del MINCETUR emitió su último “Estudio de Aprovechamiento del TLC Perú – China” (2018 - 8° año de vigencia del TLC), en el que se señala que el 88.7% de las exportaciones de Perú a China tienen acceso libre, mientras que el 72.5% de las importaciones de Perú desde China gozan de igual acceso inmediato. Como principales beneficios obtenidos a través del Acuerdo vigente desde el 2011 se destacan: i) la desgravación arancelaria total (inmediata o en un plazo determinado) para el 94.5% de sus líneas arancelarias, y ii) la apertura inmediata y en 5 años de productos de alto interés nuestro como mangos, ajos, paltas, cacao, fresas frescas, espárragos, páprika, manufacturas de zinc, cobre y hierro, entre otros. Hay que destacar que durante los 8 años de vigencia del TLC Perú – China, el valor de las exportaciones peruanas a dicho país creció a un promedio anual de 12.8%, registrándose 1,222 nuevas empresas exportadoras a China, de las cuales el 71.7% fueron micro y pequeñas empresas. En este contexto, se espera que las actuales negociaciones permitan profundizar el TLC y crear mayor comercio y beneficio mutuo. Si bien es la primera vez que Perú entra en la negociación de Optimización de un TLC, China ya cuenta con experiencia en esta materia, habiendo optimizado sus TLCs con Chile, ASEAN, Singapur y Nueva Zelanda.

Tendencia de las agroexportaciones peruanas

Las variaciones mensuales anualizadas – 12 meses – del valor FOB de las agroexportaciones peruanas para el período comprendido entre enero de 2018 y marzo de 2019 muestran una tendencia decreciente desde abril de 2018 (ver gráfico). Este menor crecimiento de las agroexportaciones ha estado relacionado a diversos factores que han incidido en los principales productos exportados (café, palta, espárrago, entre otros), por ejemplo, los más bajos precios de exportación en algunos productos y los fenómenos climáticos.

**Variaciones mensuales anualizadas del valor FOB de las agroexportaciones
(enero 2018 – marzo 2019)**



Entre los productos incluidos bajo esta tendencia destaca el café, que presentó variaciones de 2%, -23% y -25% en enero, febrero y marzo, respectivamente. Los principales destinos de exportación de este producto son Estados Unidos, Alemania y Bélgica. Al respecto, la Junta Nacional de Café ha indicado que este año el área de dicho cultivo podría reducirse entre 10 a 15 mil hectáreas, debido a bajos precios internacionales que no permiten cubrir los costos de producción.

Otro producto de importancia con similar tendencia en los tres primeros meses de 2019 fue la palta, con caídas de 65%, 64% y 2% en enero, febrero y marzo, respectivamente. Los principales destinos de exportación corresponden a Estados Unidos, Holanda y España. Según ProHass, se espera que el presente año la producción de palta se mantenga estable con respecto al año 2018, debido a que la reducción de la productividad en plantaciones maduras, sería compensada con el incremento de la productividad en las plantaciones jóvenes.

Finalmente, está el espárrago, cuyo valor FOB ha registrado variaciones de -8%, 7% y -37% en enero, febrero y marzo de 2019, respectivamente, siendo los principales destinos de exportación Estados Unidos, Inglaterra y Holanda. En este caso, el comportamiento registrado se debe a los bajos rendimientos del cultivo, dada la antigüedad de las plantaciones y al incremento de las temperaturas en el primer trimestre de 2019, en un contexto de un Fenómeno El Niño de baja intensidad.

Según la FAO, a partir de abril los precios mundiales de alimentos han comenzado a elevarse, por efecto de factores meteorológicos negativos. Es de esperar que este contexto contribuya a que el valor de las exportaciones agroindustriales peruanas recupere la tendencia creciente mostrada anteriormente.

Expedición directa en los TLC celebrados por Perú

Por Jose Antonio de la Puente

En el marco de los acuerdos comerciales celebrados por el Perú, se establecen reglas específicas para obtener el tratamiento preferencial negociado en virtud de los mismos. Uno de los requisitos fundamentales que se exige en varios de dichos tratados, es la acreditación de la expedición directa, que comprueba que la mercancía ha sido exportada directamente de la Parte Signataria exportadora a la parte Signataria importadora. Lo que busca este requisito es asegurar que en estas operaciones de logística no se realicen modificaciones que puedan afectar la condición originaria del bien, permitiéndose únicamente aquellos procedimientos destinados a la conservación de la mercancía. Sin embargo, estas reglas de expedición directa pueden generar problemas en la práctica. Por ejemplo, en una operación global de comercio exterior, son necesarias operaciones de tránsito o transbordo para separación de la carga e incluso almacenamiento temporal para su posterior consolidación para enviarla al país de destino. En este escenario, la Aduana peruana exige que la expedición directa se acredite con un documento aduanero que pruebe que el producto ha estado bajo vigilancia aduanera. Este requisito si bien se exige en ciertos Acuerdos, como en la Comunidad Andina (Decisión N° 416), no se

exige en otros, dejando la modalidad de comprobación a criterio de la parte importadora. Lamentablemente, la obtención de dicho documento aduanero puede ser altamente complicada para los importadores, principalmente porque es difícil que la Aduana de otro país (no parte del TLC) emita certificados sobre cargas en tránsito en su jurisdicción. La escasa flexibilidad en la aplicación de este requisito está restringiendo el aprovechamiento pleno de los TLCs, al ser un gran riesgo acogerse a un determinado TLC si no se reúne la documentación que acredite previamente la expedición directa. Además, la carga logística adicional y el alto costo de obtener estos documentos aduaneros en la práctica representan una barrera de acceso a los exportadores al mercado peruano. En otras jurisdicciones, este problema fue resuelto con la solicitud de instrumentos de verificación de trazabilidad como los emitidos por el transportista, los cuales también prueban que el producto no ha sufrido alteraciones en transbordo o almacenamiento. Por tanto, es importante que la Aduana peruana revise sus criterios sobre expedición directa a la luz de la práctica internacional, para no limitar el trato preferencial por movimientos usuales en la carga importada. Dicha revisión estaría en línea con la facilitación del comercio y la búsqueda de condiciones equivalentes para nuestros exportadores.



Calle Monte Rosa 270 Of. 1202 Urb. Chacarilla del Estanque.
Surco, Lima

Consultora Legal y Económica

**Especializada en Comercio
Internacional y Defensa de la
Competencia**

www.comercia.com.pe

T: 511 372-0228