

Comercio y Competencia

Ausencia de análisis de calidad regulatoria en el “pico y placa”

Por Javier Illescas

Hace unas semanas la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) instauró una medida de restricción de tránsito vehicular para vehículos particulares en la ciudad de Lima y el 5 de setiembre la extendió para el caso de vehículos de transporte de carga y/o mercancías (Decreto de Alcaldía N° 11 de 2019). Existe normativa que le da competencia a la MML para regular el tránsito en la capital, sin embargo, no están claros los criterios económicos usados para haber establecido estas regulaciones. Este artículo las analiza desde la perspectiva del Análisis de Calidad Regulatoria.

Según el artículo 1 del Decreto mencionado, su objeto es *“...regular la circulación de vehículos de transporte de carga y/o mercancías en las vías que conforman el Sistema Vial Metropolitano,... a fin de contribuir con el ordenamiento de tránsito vehicular, la reducción de los índices de congestión, las emisiones contaminantes y los accidentes de tránsito, optimizando el uso racionalizado de la infraestructura vial, de conformidad con los postulados de la Ley N° 27181 - Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.”*

Esta norma además establece una *Red vial de carga* que incluye un conjunto de 15 vías de transporte – entre avenidas principales y carreteras - sobre las que se pueden determinar franjas horarias de circulación y carriles de circulación segregada, entre otras condiciones (artículos 2 y 4). Asimismo, señala que se aplicarán determinadas restricciones para vías no incluidas en la *Red vial de carga*, tales como locales, colectoras, arteriales y expresas (artículo 3). Por el momento, solo habrá restricciones de tránsito, bajo sanción por incumplimiento de la norma, en la carretera Panamericana Sur desde el 23 de setiembre y en el horario de 6:30 a 10:00 horas.

Como reacción al Decreto publicado, se han venido pronunciando diversos gremios relacionados con el transporte de carga de mercancías, tanto de los que sirven al mercado interno cuanto al externo. Recientemente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), reconociendo la competencia de la MML para regular el tránsito en la capital, ha opinado que *“como responsable de la logística del transporte de carga, evaluará los impactos que pueda generar tal restricción a ese servicio”* (Diario Gestión del 12.09.2019).

Una fuente, entre varias, de controversia sobre esta medida regulatoria, podría vincularse a que la norma no se sustentaría en un “Análisis de Impacto Regulatorio” apropiado, entendido como un examen exhaustivo del sustento de la norma. Puesto de manera simple, esto implica que no se han contrastado todos los impactos positivos y negativos de la regulación aplicada.

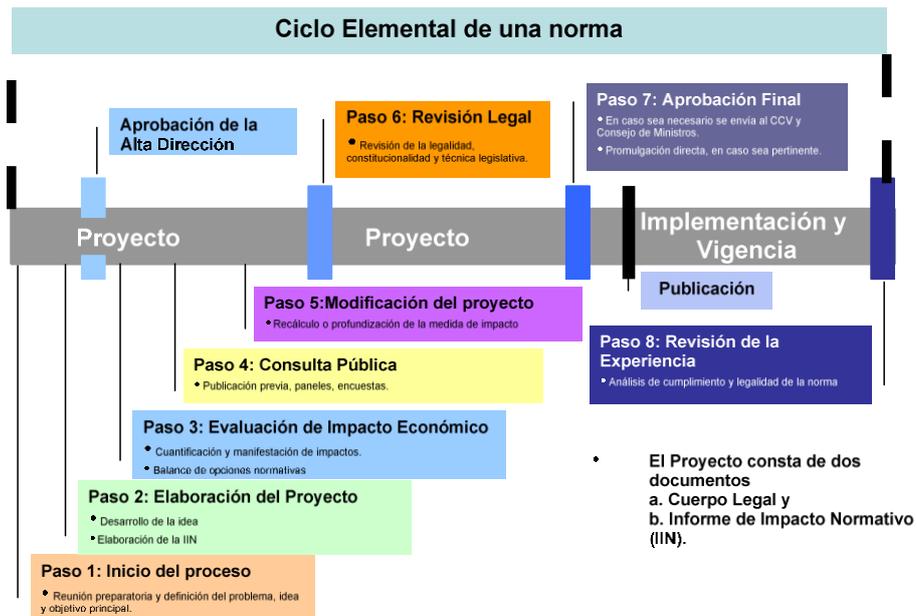
La norma cita en sus considerandos que se han tomado en cuenta dos informes de unidades de la MML; el Informe N° 061-2019-MML/GTU-SETT de la Subgerencia de Estudios de Tránsito y Transporte y el Informe N° 326-2019 MML/GTU-SIT de la Subgerencia de Ingeniería de Tránsito, que recomiendan las medidas contenidas en el Decreto de Alcaldía N° 11, sobre la base de planes y estudios institucionales sobre transporte urbano y plataforma logística. Si bien puede presumirse que esos dos informes – que no son públicos –, contienen argumentos consistentes con los documentos de base y con los objetivos establecidos en la norma – v.g. ordenamiento de tránsito vehicular, la reducción de los índices de congestión, las emisiones contaminantes y los accidentes de tránsito –; sin embargo, el surgimiento de reclamos de transportistas y la preocupación del MTC hacen evidente que la evaluación de impactos de parte de la MML no ha sido completa.

La MML no está legalmente obligada a hacer un Análisis de Impacto Regulatorio en toda regla, puesto ello implicaría que en su diseño se apliquen principios tales como los de legalidad, necesidad, efectividad, y proporcionalidad; sea consultada con sectores, evaluar impactos económicos, entre otros. Si bien el principal referente legal para la aplicación de principios como los mencionados es la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972), la cual dispone a través su artículo 38 que el decreto de alcaldía debía regirse por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo, existen otros referentes normativos que mandan la aplicación de principios como los mencionados. Entre ellos se encuentran el Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa (Decreto Legislativo N° 1310), cuyo objetivo es que se realice un Análisis de Calidad Regulatoria a todos los *procedimientos administrativos* contenidos en normas de rango inferior a una ley – que no es el caso del Decreto de Alcaldía N° 11 por no tratarse de un procedimiento administrativo –, o la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (Decreto Legislativo N° 1256), cuyo objetivo es el de la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado. Cualquier agente que se sienta afectado podría, por ejemplo, recurrir a un reclamo contra el Decreto de Alcaldía N° 11 ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI.

Sin embargo, aquí se quiere referir otra norma que, aunque no siendo de aplicación obligatoria a la MML, sí constituiría una buena práctica a adoptar. Se trata del Manual de Calidad Regulatoria del Ministerio de Economía y Finanzas (Resolución Ministerial N° 639-2006-EF/67), aplicable a parte de las normas de ese ministerio, con el fin de realizar un Análisis de Impacto Regulatorio que, teniendo como objetivos la eficiencia de asignación de recursos y el bienestar de la población, vigila que las medidas que se proponen promuevan la competencia y tiendan a corregir en particular las fallas del mercado provenientes de externalidades negativas, tales como, información asimétrica, monopolios y altos costos de transacción.

De manera esquemática, este análisis implica que la propuesta de norma recorra un ciclo que incluya: 1. Inicio del proceso con reuniones preparatorias internas a la entidad con unidades relevantes; 2. elaboración del proyecto de norma; 3. evaluación de impacto económico; 4. consulta pública; 5. modificaciones al proyecto; 6. revisión legal; 7. aprobación final y publicación, y 8. revisión posterior cuando la norma ya está funcionando en el mercado (ver gráfico).

Si contrastamos la elaboración del Decreto de Alcaldía N° 11 contra lo que dice este manual, posiblemente se hayan llevado a cabo los puntos 1, 2, 6 y 7, mientras que, al parecer, el punto 3 de evaluación de impacto económico se realizó de manera incompleta y el 4 de consulta pública no se hizo, pese a que ambos son fundamentales para tomar en cuenta el máximo posible de impactos relevantes y que sean identificados por actores (*stakeholders*) también relevantes (v.g. MTC y transportistas de carga de mercancías).



Fuente: tomado del Manual de Calidad Regulatoria de la Resolución Ministerial N° 639-2006-EF/67.

Posiblemente, la intervención del MTC, transportistas y otros agentes contribuirán a mejorar las normas de “pico y placa” o incluso eliminarlas. Por lo pronto, a la fecha ya anunció el 17 de setiembre la MML que se están evaluando los resultados de la medida para transporte de carga/mercancías y su posible suspensión. Entre las opciones que tiene la MML y otras entidades públicas para mejorar la calidad normativa de sus regulaciones, está adoptar metodologías como las del Manual de Calidad Regulatoria de la Resolución Ministerial N° 639-2006-EF/67; eso contribuirá a reducir el espacio de creación normativa sin un suficiente análisis económico.

Sanciones de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi confirmadas en instancias superiores

Recientemente se confirmaron en instancias superiores tres casos de sanciones por faltas a la libre competencia. En el primero, el 3 de setiembre de 2019 el Vigésimo Juzgado Contencioso Administrativo de Lima declaró infundadas en primera instancia del Poder Judicial las demandas presentadas por 12 proveedores sancionados por el Indecopi, por concertar precios en las licitaciones públicas convocadas por EsSalud en servicios de hemodiálisis en Lima y Callao entre el 2010 y 2012. Tal conducta tuvo por finalidad incrementar el valor referencial de los procesos de selección convocados por EsSalud para la prestación de dichos servicios. En el segundo caso, el 26 de agosto de 2019 la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (SDC) del Tribunal del Indecopi confirmó en segunda instancia la responsabilidad de las empresas Lima Gas S.A., Solgas S.A., Zeta Gas Andino S.A. y de seis de sus ejecutivos por realizar prácticas colusorias en la modalidad de fijación concertada de precios de venta del balón de gas licuado de petróleo (GLP) entre el 2008 y 2011. La SDC corroboró mediante correos electrónicos y evidencia económica tanto la concertación entre Solgas S.A. y Lima Gas S.A. de precios de venta de los balones de GLP de 10kg para distribuidores mayoristas en Lima Metropolitana y Callao entre octubre y diciembre de 2008, cuanto que entre el 2009 y 2010 las tres empresas fijaron el precio de los balones de GLP de 10kg y 45kg para los distribuidores mayoristas a nivel nacional. La SDC impuso una multa total a las tres empresas de S/. 48,9 millones, además de ordenar llevar a cabo un Programa de Cumplimiento de la normativa de libre competencia, como medida correctiva para cada una de las empresas sancionadas. En el tercer caso, el Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima, primera instancia del Poder Judicial, confirmó la sanción impuesta por el Indecopi al Colegio de Ingenieros del Perú (CIP), por la elevación de los costos de los servicios de consultoría de sus agremiados en los proyectos a cargo de Provías Nacional, equivalente a una multa de 1,000 UIT.

Las certificaciones a las exportaciones del espárrago fresco a Estados Unidos y la Unión Europea

El espárrago es uno de los principales productos peruanos de agroexportación, el cual en el 2018 registró un valor exportado de US\$ 525 millones, sea bajo la forma de fresco, congelado o en conserva. Los principales destinos fueron los Estados Unidos (50%) y la Unión Europea (41%).

Al primer semestre de 2019, el espárrago se ubicó como el cuarto producto en importancia en el valor bruto de la producción nacional del subsector agrícola, luego del arroz, papa y café, registrando un crecimiento de 5.7% con respecto al mismo período de 2018. En términos de producción, ésta se incrementó en dicho período desde 171 mil a 181 mil toneladas.

El 2018 la producción de espárrago fue 360 mil toneladas, 5.9% menos que el año anterior, siendo las principales regiones productoras Ica (53%), La Libertad (37%), Lima (6%), Ancash (3%) y Lambayeque (1%), abarcando un área en producción de 31 mil hectáreas a nivel nacional y generando un importante dinamismo en la economía regional.

Asimismo, el Perú es el segundo exportador mundial de espárrago fresco, con el 29% del valor total mundial exportado en 2018, después de México que ostenta el 30%. En el caso de espárrago en conserva, el Perú es el segundo exportador mundial (37%), luego de China (48%).

Sin embargo, el posicionamiento logrado por el espárrago peruano en los principales mercados mundiales se vio amenazado porque requería adecuarse a estándares sanitarios internacionales. Es por ello que a principios del presente año, sobre la base de la existencia de notificaciones fitosanitarias y las alertas sanitarias recibidas principalmente de Estados Unidos y los países de la Unión Europea relativas a la presencia de plagas, cadmio y exceso de residuos de plaguicidas (exceso LMR) en las exportaciones peruanas, el SENASA publicó una norma (Resolución Directoral N° 0002-2019-MINAGRI-SENASA-DSV) que estableció los siguientes requisitos sanitarios y fitosanitarios para la exportación de espárrago fresco hacia los Estados Unidos, la Unión Europea y Australia: (i) certificación de los lugares de producción, (ii) la certificación de las instalaciones de procesamiento primario (empacadoras), (iii) la certificación fitosanitaria de los envíos y (iv) el certificado de análisis de residuos de plaguicidas y metales pesados. Esta regulación tuvo un período de adecuación desde el 31 de enero al 31 de marzo de 2019, siendo de aplicación obligatoria desde el 1 de abril del presente año.

Durante el período de adecuación a la norma, el SENASA y los productores organizados de espárrago han coordinado actividades de capacitación y difusión de las nuevas disposiciones en materia de las certificaciones obligatorias. Esta actividad resulta de vital importancia a fin de evitar posibles restricciones al ingreso de este producto a los principales mercados en el exterior. Sin embargo, en las últimas semanas la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos (FDA, por sus siglas en inglés) ha inmovilizado cargamentos de 33 empresas agropecuarias peruanas incluidas en una "lista roja", al identificar la presencia de pesticidas no autorizados en espárragos y otros productos (mangos, guisantes, frijoles, entre otros) incumpliendo alguna de las regulaciones en materia sanitaria.

Contrastes entre economías latinoamericanas

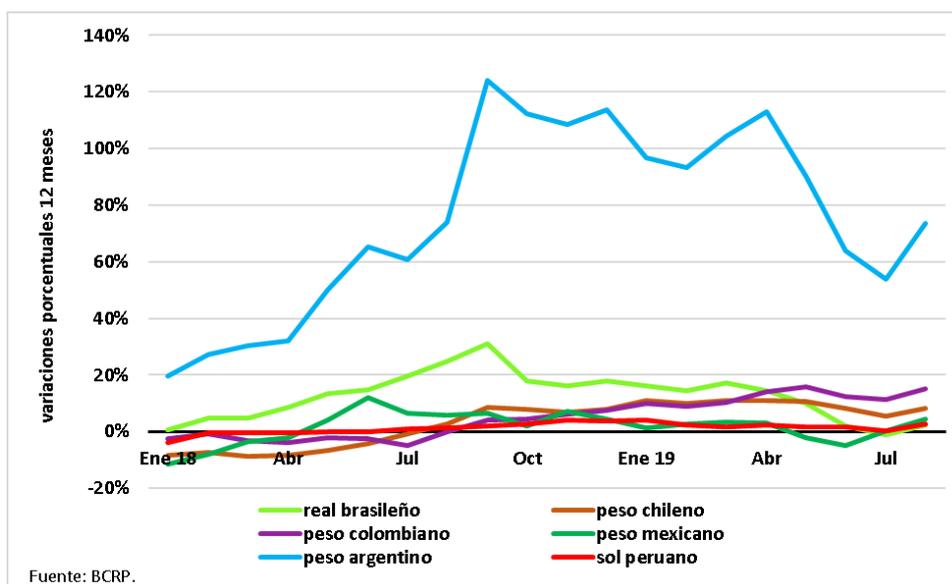
La economía mundial enfrenta dificultades de crecimiento económico y del comercio desde varios frentes: posible escalamiento de la guerra comercial entre Estados Unidos y China; horas decisivas para el Brexit – el 17 de octubre es la última reunión de la Unión Europea en Bruselas en que se debatirá si hay o no acuerdo, antes del día de salida del Reino Unido el 30 de octubre -, y el lento crecimiento de China y la Unión Europea. Estos factores definitivamente afectan a las economías latinoamericanas, aunque ellas también dependen de aspectos eminentemente domésticos. En el caso del Perú está la inestabilidad política y los conflictos sociales que influyen en las expectativas poco optimistas de parte del sector privado. Sin embargo, si comparamos al Perú con los principales países de la región en indicadores proyectados de crecimiento e inflación para el 2019, el desempeño sigue estando entre los mejores: la inflación más baja y la tasa de crecimiento más alta, junto con Colombia (ver tabla).

	Inflación	PBI
Argentina	53.4	-2.9
Brasil	3.8	0.8
Chile	2.3	2.6
Colombia	3.5	3.1
México	3.6	0.3
Perú	2.2	3.0

Fuente: The Economist.

La explicación más a mano de esto sería que, pese a las dificultades externas e internas, siguen siendo importantes los fuertes fundamentos de la economía peruana – v.g. solidez fiscal, disciplina monetaria y apertura económica -. En el otro extremo está la Argentina, país que durante el gobierno del presidente Macri no ha podido, o no ha sabido, controlar los desequilibrios fiscales y la inflación – para el 2019 se proyecta una inflación de 53.4% y una caída de PBI de 2.9% -, lo cual ha influido para que dos candidatos populistas encabezen las encuestas con miras a la elección presidencial en noviembre próximo. Un medidor del grado de incertidumbre en los países de Latinoamérica siempre ha sido la variación cambiaria; en el caso de Argentina, el peso ha mantenido en los últimos años una tendencia depreciatoria marcada y distinta a los de otros países latinoamericanos (ver gráfico de variaciones 12 meses); el Perú por su lado ha mostrado un tipo de cambio más estable, gracias a sus fundamentos económicos y la intervención cambiaria del banco central. En agosto la depreciación promedio de sol en Perú fue de 2.7%, en tanto que en la Argentina el peso perdió valor en 23.9%. No obstante el contraste entre situaciones económicas de ambos países, cada uno tiene una pesada agenda interna de problemas que solucionar.

**Evolución del tipo de cambio en países latinoamericanos
(en variaciones porcentuales a 12 meses)**



Preocupaciones frente a la propuesta de establecer una Instancia Única para resolver Casos Antimonopolio

Por José Antonio de la Puente

El 20 de junio de 2019, se publicó mediante R.M. N° 225-2019-PCM el proyecto de ley que modifica el Decreto Legislativo N° 1033 y 1034 (Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas). El efecto principal de su posible aprobación es la eliminación de la Comisión como primera instancia en procedimientos de represión de prácticas anticompetitivas, estableciendo una única instancia que residiría en el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi (en adelante “el Tribunal”).

En su exposición de motivos, el Indecopi justifica su propuesta en los siguientes términos: i) Necesidad de modernizar y fortalecer la defensa de la libre competencia, en línea con las recomendaciones de la OCDE, ii) Doble instancia representa un uso ineficiente de recursos, iii) Procedimientos que duran casi cuatro años, podrían durar aproximadamente dos años, iv) Única instancia resolutoria a nivel administrativo es plenamente constitucional, pues la pluralidad de instancias no se limita al ámbito del debido proceso administrativo, v) Una instancia única no es tema nuevo (se aplica en organismos reguladores y Tribunal de Contrataciones del Estado), y vi) Las decisiones de la Comisión cuentan históricamente con alto grado de predictibilidad, con 90% de casos confirmados por el Tribunal en los últimos años.

Si bien estos objetivos son válidos, es una realidad que en el Poder Judicial no existe el *expertise* técnico para evaluar las determinaciones de libre competencia. Por ello, tener una sola instancia administrativa podría ser perjudicial, pues podría perderse la oportunidad de afinar criterios en la interacción entre Comisión y Tribunal.

El procedimiento de investigación de infracciones a la libre competencia, es iniciado por la Secretaría Técnica quien tiene a su cargo la instrucción del proceso. La Secretaría presenta un informe con sus hallazgos a la Comisión, quien lo somete a consideración de las partes. La Comisión escucha a las partes en audiencia, considera sus

observaciones y plantea la Resolución del caso. Bajo este esquema, el caso se beneficia con el análisis de la Secretaría y de la Comisión, y de hecho, la Comisión ha tomado posiciones distintas y establecido criterios diferentes a los de la Secretaría. Esta interacción normalmente permite que los casos sean analizados en profundidad, generando un bajo índice revocatorio en el Tribunal. Aun así, el contar con una segunda instancia administrativa permite a las partes cuestionar aspectos no tratados adecuadamente, cuestionar criterios, solicitar reconsideración de los niveles de multa aplicados y de las medidas correctivas planteadas, etc. Recordemos que las multas por este tipo de infracciones pueden llegar hasta el 12% de los ingresos brutos del grupo económico del infractor, y hasta 1000 UITs en gremios, colegios profesionales y 100 UITs en personas naturales de acuerdo a su participación. Además, las medidas correctivas que se imponen, afectan directamente la forma de hacer negocios y la evaluación razonable y proporcional de estas sanciones es esencial. Más aún, una sanción firme en instancia administrativa, posibilita que terceros que acrediten perjuicios causados por estas prácticas, puedan demandar el resarcimiento correspondiente en el Poder Judicial. En suma, la envergadura de las consecuencias de una condena en esta materia, justifica plenamente la doble instancia administrativa.

Otro aspecto a considerar es la enorme complejidad de estas investigaciones. Para determinar la existencia de infracciones y la cuantía de las sanciones, se requiere alta especialización y capacidad de comprender y realizar complejos análisis legales y económicos. En la determinación de infracciones los análisis de paralelismos de precios en carteles, la determinación del mercado relevante y la ponderación de aspectos competitivos y anticompetitivos en casos de abuso por ejemplo, son aspectos esenciales que exceden el análisis jurídico y requieren el manejo de metodologías y herramientas económicas como software econométrico para el análisis de los precios e identificación de quiebres estructurales, metodologías para el análisis de concentración y barreras, etc. Del mismo modo, en la

determinación de multas se utilizan criterios económicos para el cálculo del rango del beneficio ilícito esperado, frente a los beneficios efectivos obtenidos por la empresa, determinar la probabilidad de detección, entre otros. Así, es evidente que la revisión de estos análisis en la instancia judicial será limitada y muy costosa, pues dependerá de informes expertos, u otros apoyos, por lo que el riesgo de ausencia de una revisión especializada, integral y profunda es importante.

De otra parte, la investigación realizada en Comisión, no solo pasa por el estudio del caso, las posiciones de las partes y la redacción de proyectos de informe o decisión. Se evalúan solicitudes de clemencia, de compromiso de cese, que implican también la evaluación de ofertas y la necesidad de analizar rápidamente el costo-beneficio de la continuación de un proceso y la posibilidad de ahorro de recursos en el mediano plazo. En suma, la duración de los casos es amplia por la complejidad de la materia y de las investigaciones, sin mencionar que la carga de casos en el ámbito judicial relentizará más las evaluaciones.

Por todo ello, la posibilidad de que el Tribunal haga un análisis sopesado de los argumentos esenciales que se llevan a la instancia de apelación, una vez concluido el establecimiento de los hechos en la primera instancia, es esencial y permite una nueva mirada al caso con similar nivel de especialización y capacidad interdisciplinaria. Esto realmente garantiza el derecho a la defensa, y un real y efectivo derecho a la doble instancia en una materia altamente sensible y compleja.

Hay varios ejemplos importantes donde han existido decisiones discordantes en la Comisión y la Sala, por diferencias en aspectos esenciales como la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de una posición de dominio. En el caso Arcos Dorados vs Jockey Plaza, por ejemplo, la Sala (Resolución N° 0460-2016/SDC-INDECOPI), discrepó con la Comisión en la definición del mercado relevante, al expandir su alcance a los centros comerciales de administración centralizada (Jockey Plaza, Plaza

San Miguel y Primavera Park Plaza), cuando la Comisión (Resolución N° 059-2011/CLC-INDECOPI) solo limitó el mercado relevante al “arrendamiento de locales en el Jockey Plaza”. Además, en el caso Quimpac, el Tribunal también presentó discordancias con la Comisión en la determinación de posición de dominio. Así, la Sala declaró fundada la apelación (Resolución N° 0286-2004/TDCINDECOPI) señalando que no existía evidencia de posición de dominio, al no contarse con información sobre el mercado relevante en cuestión por no haberse investigado la existencia de sustitutos del hipoclorito de sodio ni las barreras de entrada a su producción.

En otras Comisiones como la de Dumping y Subsidios, la Sala ha tenido decisiones emblemáticas como la revocatoria de derechos antidumping a las prendas chinas decretada mediante Resolución N° 0293-2015/SDC-INDECOPI, que afectaba el 40% de las importaciones de prendas de vestir a nivel nacional. En este caso, se definieron criterios importantes para determinar el producto similar, el daño a la industria nacional y la causalidad, aspectos esenciales para dichos procedimientos. Por todo ello, la existencia de esta pluralidad de criterios es fundamental para lograr una aplicación racional y proporcional de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. De eliminarse la Comisión, nadie garantiza que las decisiones judiciales sean igual de técnicas o duren menos. Pensaría lo contrario, y de cometerse errores, las correcciones podrían tomar demasiado tiempo. Consideramos, como ya otros especialistas lo han manifestado, que es mejor fortalecer la Comisión y el Tribunal para lograr una más expedita decisión de los casos, capitalizando la experiencia obtenida. Igualmente, es importante mantener el alto nivel técnico de los miembros de Comisión y Vocales del Tribunal, que ha caracterizado al Indecopi, pues en sus manos recae una enorme responsabilidad.



Jirón Monterrey 405 oficina 704 Edificio Vistacorp – Chacarilla
Santiago de Surco - Lima

Consultora Legal y Económica

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

www.comercia.com.pe

T: 511 691-7913