

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish
Version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA
Sesión III: Política Industrial y Promoción de la Industria Nacional**

– Contribución de Perú –

18-19 de septiembre 2018, Buenos Aires, Argentina

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Perú PARA SU DEBATE en la Sesión III del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 18-19 de septiembre 2018 en Argentina.

Mr. Chris Pike, Experto en Competencia - Chris.Pike@oecd.org.
Ms. Lynn Robertson, Gerente GFC, LACCF ; Experto en Competencia -
Lynn.Robertson@oecd.org.

JT03435132

Sesión III: Política Industrial y Promoción de la Industria Nacional

Política Industrial y la Promoción de la Industrial Nacional: Aspectos Relacionados a las Políticas de Competencia¹

- Contribución de Perú -

1. Introducción

1. Esta contribución busca presentar de manera muy ejecutiva algunos aspectos generales de las políticas industriales en el Perú y el ordenamiento actual en materia de actividad empresarial del Estado, y sus implicancias en materia de competencia.
2. En el primer caso, las políticas están orientadas al sector privado, por lo que sus eventuales impactos en materia de competencia se concentrarían en el marco de la represión de conductas anticompetitivas, desarrollado en el Decreto Legislativo 1034. En el segundo caso, los impactos de eventuales conductas empresariales caen en el ámbito de la actividad estatal, siendo la normativa aplicable aquella que reprime la competencia desleal, desarrollada en el Decreto Legislativo 1044.
3. Otras políticas relacionadas no forman parte de esta contribución, a fin de mantener una exposición centrada en los aspectos más relacionados a las labores del Indecopi. Sin embargo, no se descarta que otras políticas, que no son materia del presente documento, puedan en el futuro llamar la atención de la autoridad de competencia.

2. Visión de la Política Industrial Actual, Contraste con el Pasado

4. En el Perú, la política industrial moderna, entendida como planes, programas, proyectos y acciones concretas para fomentar la industrialización estuvo, hasta 2014, centrada en la promoción de la pequeña y micro empresa fundamentalmente. En efecto, programas como MIPYME, o la red de Centros de Innovación Tecnológica (CITE) del Instituto Tecnológico del Perú (ITP), tuvieron –y tienen- como objetivo fortalecer el desarrollo productivo de la micro, pequeña y mediana empresa.
5. El primer programa, brinda financiamiento con ciertas ventajas, a la micro, pequeña y mediana empresa, y el segundo ofrece capacitación y apoyo a la adopción de cambios técnicos para mejorar la productividad de pequeñas unidades productivas o conjuntos de pequeños productores.²

¹ Este documento ha sido elaborado por Javier Coronado, Gerente General del Indecopi, con los comentarios de Abelardo Aramayo, Secretario Técnico de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi y Jorge Trelles, Gerente de Estudios Económicos del Indecopi y no representa necesariamente la opinión de los cuerpos colegiados que conforman los diferentes órganos resolutivos del Indecopi

² En este último caso, se trata de adopción tecnológica para el desarrollo de transformaciones básicas de materias primas.

6. Desde 2014, sin embargo, la política en materia industrial incluyó un ordenamiento lógico de las diversas iniciativas estatales, orientado por el **Plan Nacional de Diversificación Productiva (PNDP)**, promovido por El Ministerio de la Producción (Produce).

7. El PNDP fue aprobado el 28 de julio de 2014 mediante Decreto Supremo N° 004-2014-PRODUCE, teniendo como objetivo principal “*impulsar el crecimiento de mediano y largo plazo a través de la generación de una mayor capacidad productiva y transformadora, que lleve a la diversificación y la sofisticación económica, la reducción de la dependencia de los precios de materias primas, la mejora de la productividad, el aumento del empleo formal y de calidad, y un crecimiento económico sostenible de largo plazo*”.

8. Asimismo, se plantearon como objetivos específicos los siguientes:

- “Lograr tasas de alto crecimiento económico que sean sostenibles en el largo plazo.
- Acentuar la transformación productiva necesaria para transitar hacia el nivel de ingresos medios-altos y reducir la dependencia de la economía peruana por los recursos naturales.
- Reducir las brechas regionales de productividad.
- Aumentar el empleo formal y de calidad, reduciendo la informalidad.”

9. Estas políticas se diferencian con claridad de las que se establecieron en los años 70s y 80s en las que se confirió un rol sustantivo a la actividad empresarial del Estado (especialmente en materia de servicios públicos), se establecieron importantes aranceles a la importación de bienes manufacturados finales y bajos aranceles a la importación de insumos o equipamientos, favoreciendo algunos sectores, se establecieron regímenes cambiarios especiales para la importación y exportación de bienes y se establecieron entidades financieras estatales sectoriales, como el Banco Industrial del Perú.

10. Las políticas de aquellas épocas pueden encajarse en la llamada Industrialización por Sustitución de Importaciones (ISI)³, que fue un lugar común en América Latina en las décadas posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial.

11. Buena parte del aparato productivo del Estado, y de las entidades financieras estatales que lo acompañaron, pasaron por procesos de privatización o liquidación, iniciado como parte de las reformas estructurales de los 90s. Por ejemplo, el mencionado Banco Industrial del Perú pasó un proceso de liquidación que concluyó en 2010.⁴

12. Como corolario a la ISI, se tiende a pensar que aquella generó importantes distorsiones en los mercados internos que crearon ineficiencias productivas, corrupción y comportamiento de búsqueda de rentas, que devinieron en el decaimiento de la competitividad y productividad de la actividad industrial.

³ Un ensayo interesante sobre el desempeño de la industria peruana, en la que se menciona la ISI, puede encontrarse en Jimenez, F. et al (1998) “EL DESEMPEÑO DE LA INDUSTRIA PERUANA 1950-1995: DEL PROTECCIONISMO A LA RESTAURACION LIBERAL”, DDD 142, CISEPA-PUCP. El documento puede consultarse en : <<http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/DDD142.pdf>>.

⁴ Proceso de liquidación finalizado mediante Resolución Suprema N° 059-2010-EF.

3. Enfoque de Impactos de la Política Industrial en Materia de Competencia

13. EL PNDP se concentra en tres ejes fundamentales que se resumen en el Cuadro 1 a continuación:

Cuadro 1. EJES DEL PLAN DE DIVERSIFICACIÓN PRODUCTIVA

Eje Estratégico	Concentración Temática de las Intervenciones Públicas
Eje 1: promoción de la diversificación productiva.	El primer eje del PNDP se centra en fomentar los procesos de diversificación y sofisticación empresarial. Sus líneas de acción son: (i) estrategias de integración a cadenas de valor globales, (ii) atracción de inversión extranjera directa, (iii) desarrollo del emprendimiento innovador, y (iv) incorporación de la innovación en la estrategia.
Eje 2: Adecuación de regulaciones y simplificación administrativa	El segundo eje del PDNP se centra en reducir las fallas del Estado vinculadas a la regulación social. Sus líneas de acción son: (i) adecuación de regulaciones, (ii) simplificación administrativa.
Eje 3: Expansión de la productividad	El tercer eje se enfoca en el incremento de la productividad. Sus líneas de acción son: i) extensión de conocimientos y tecnologías, ii) promoción de sinergias y encadenamientos productivos y iii) provisión de insumos complementarios.

Fuente: PNDP

14. En la visión general del Indecopi, tanto el PNDP como las acciones concretas, programas y proyectos que lo integran, tienen dos características fundamentales.

- En primer lugar, se trata, en varios aspectos, de intervenciones dirigidas a las micro y pequeña empresa, para incrementar su nivel de eficiencia y productividad.
- En segundo lugar, se trata de acciones que no establecen medidas que favorecen a sectores industriales específicos, pero sí tienen una consistencia con canales logísticos distribuidos geográficamente en el país, con miras a expandir la oferta exportable del país.

15. Desde un punto de vista macro económico, el PNDP se enmarca, a nuestro modo de ver, en el contexto de una economía pequeña y abierta al comercio internacional, reconociendo la importancia estratégica de reducir la dependencia del país respecto de la exportación de materias primas.

16. En este sentido, el PNDP, no ha llamado la atención de forma significativa de la agencia de competencia en materia de casos que pueden homologarse a asuntos de *ayudas de Estado (state aid)*, cambios de estructura en mercados que puedan crear posiciones de dominio que impliquen preocupaciones en términos de competencia, o reglas, regulaciones, exoneraciones, que puedan impulsar estudios de mercado o abogacías de competencia.

17. Sin embargo, ello no implica que no se hayan iniciado algunas investigaciones que, sin estar necesariamente vinculadas a políticas industriales, sí derivan de acciones del Estado que buscan promover el desarrollo de un servicio.

18. Por ejemplo, recientemente la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC), inicio en coordinación con la Gerencia de Estudios Económicos (GEE)⁵, un estudio de mercado sobre el mercado de emisión y distribución de placas de rodaje de vehículos.⁶ En este estudio, se observa que el ente rector, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), con el fin de reorganizar la provisión y distribución de las placas de rodaje en todo el ámbito nacional, adoptó la decisión de establecer un acuerdo con un proveedor único, sin mediar un mecanismo de asignación competitivo.

19. La CLC, además, ha adoptado decisiones en denuncias relacionadas que, a nuestro modo de ver, con situaciones de mercado que son el producto de políticas nacionales para mantener o favorecer una industria de carácter estratégico. En el Recuadro 1, se presenta de manera muy resumida un caso resuelto por la CLC en el que se confirma la existencia de posición de dominio de una empresa del Estado, cuya posición en el mercado, bien puede asociarse a una política industrial nacional específica.

Recuadro 1. Posición de dominio como producto de una estrategia nacional: El caso de Aero Servicios vs. Petroperú (Resolución N° 009-2010/CLC-INDECOPI)

Petroperú es una empresa estatal que desarrolla su actividad empresarial en el sector energía. En particular está presente en toda la cadena de exploración, refino, transporte, almacenamiento, comercialización y distribución de hidrocarburos. La empresa fue creada el 24 de julio de 1969 mediante Decreto Ley 17753. De forma similar a lo que ocurre en muchos otros países de América Latina, el Estado mantiene una posición de control en el sector hidrocarburos, debido a la importancia estratégica que tiene este sector.

Esta política no ha cambiado de forma sustantiva en los últimos años. En cierto modo se ha profundizado con la habilitación a la empresa para levantar recursos en el mercado a fin de financiar el proyecto de actualización de la refinería de Talara (en la provincia de Talara, Región Piura) en el norte del País.

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC) del Indecopi, en un caso de denuncia de abuso de posición de dominio contra Petroperú, en la modalidad de negativa injustificada de venta, confirmó la existencia de posición de dominio en un mercado específico de combustibles de aviación. Sin embargo, la CLC finalmente, declaró infundada la denuncia al no encontrar evidencia de efectos efectivos o potenciales sobre la competencia.

⁵ Ver la nota de prensa en <https://www.indecopi.gob.pe/inicio/-/asset_publisher/ZxXrtRdgbv1r/content/el-indecopi-prepublica-estudio-que-plantea-sugerencias-para-mejorar-la-competencia-en-el-mercado-de-placas-vehiculares-en-beneficio-de-los-usuarios?inheritRedirect=false>

⁶ Coronado, J. et al “Estudio de Mercado sobre las Condiciones de Competencia en la Manufactura y Distribución de Placas Vehiculares” INDECOPI, Marzo 2018. El documento puede consultarse en: <<https://cde.gestion2.e3.pe/doc/0/0/2/6/4/264151.pdf>>

4. Actividad Industrial del Estado y Subsidiariedad

20. La Constitución Política del Perú consagra el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, y establece la igualdad de trato a la inversión privada independientemente de su origen. En particular, la Constitución encumbra la libertad empresarial y, en consistencia con dicho principio, limita el rol del Estado en los mercados a desarrollar oferta donde no exista actividad privada.⁷ En particular, la Constitución indica que el Estado solo puede realizar de actividad empresarial de manera subsidiaria a la actividad privada y sólo por mandato de una Ley expresa.

21. El Decreto Legislativo 1044 (DL 1044), dispone la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el cual prohíbe y sanciona los actos de competencia desleal, así como las infracciones a las normas que regulan la publicidad comercial. El DL 1044, establece como acto de competencia desleal el incumplimiento de lo que establece la Constitución respecto de la actividad empresarial del Estado.⁸

22. El Indecopi, a través de su Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CFD), está encargado de fiscalizar el cumplimiento del DL 1044 y tomar decisiones en primera instancia administrativa. Dichas decisiones pueden apelarse, en vía administrativa, ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (la Sala), del Tribunal del Indecopi (el Tribunal).

23. De acuerdo con la jurisprudencia producida en el ejercicio de las funciones de los órganos competentes, y en particular, según una resolución emitida por la Sala que establece importantes criterios para determinar la existencia de una infracción al rol subsidiario del Estado⁹, la CFD debe aplicar la normativa, en estos casos, primero verificando la existencia de una ley expresa aprobada por el Congreso peruano que autorice su desarrollo y, segundo, analizando si la actividad empresarial cumple con ser subsidiaria, esto es, si satisface las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial. Finalmente, la CFD también deberá verificar que la actividad empresarial del Estado cumpla un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

⁷ El artículo 60 de la Constitución establece lo siguiente: “Artículo 60°.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”

⁸ El artículo 14.3 del DL 1044, dispone que La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle actividad empresarial.”

⁹ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI en el que se establece el precedente basado en un caso de denuncia por violación del principio de subsidiariedad de la Universidad Nacional de Puno (UNAP).

24. El rol subsidiario del Estado se justifica debido al elevado interés de proveer un bien o servicio, especialmente si este es público o generará externalidades positivas que, por definición, tienen una provisión sub óptima en el mercado privado.

25. Fuera de ese marco económico fundamental, la acción empresarial del Estado puede generar distorsiones a los mecanismos de competencia, en la medida que la actividad empresarial del mismo no está orientada por incentivos de orden económico. Por ejemplo, brindar un servicio con precios o tarifas subsidiadas, por parte del Estado, puede generar distorsiones en la formación de los precios de equilibrio que comprometan la sostenibilidad de la actividad privada, inclusive cuando esta es eficiente.

26. En la experiencia reciente, algunas actividades del Estado, como los servicios postales o la generación eléctrica, han sido denunciadas ante el Indecopi por, supuestamente, ser inconsistentes con el principio de subsidiariedad.

27. En el caso de servicios postales, la CFD vía la Resolución N° 164-2017/CCD-INDECOPI, de diciembre de 2017, la CFD resolvió en primera instancia declarar infundada la denuncia de un proveedor privado de servicios de mensajería contra la empresa estatal SERPOST, por competencia desleal en la modalidad de violación de normas de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado. Ello en virtud que, entre otros argumentos, los mercados relevantes definidos no presentan suficiente oferta privada, lo que justifica el rol subsidiario de la empresa estatal.

4.1. Financiamiento: FONAFE

28. Las empresas públicas bajo el control del gobierno central, se encuentran gestionadas mediante el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE). El FONAFE es una empresa de Derecho Público adscrita al Sector Economía y Finanzas, creada para normar y dirigir la actividad empresarial del Estado.¹⁰ Al momento de su creación, FONAFE asumió las funciones de la desaparecida Oficina de Instituciones y Organismos del Estado –OIOE.

29. Su directorio está conformado por ministros de estado, y tiene como principales funciones:

- Ejercer la titularidad de las acciones representativas del capital social de todas las empresas (creadas o por crearse) en las que participa el Estado y administrar los recursos provenientes de dicha titularidad.
- Aprobar el presupuesto consolidado de las empresas en las que FONAFE tiene participación mayoritaria, en el marco de las normas presupuestales correspondientes.
- Aprobar las normas de gestión en dichas empresas.
- Designar a los representantes ante la Junta General de Accionistas de las empresas en las que tiene participación mayoritaria.

¹⁰ Creada por la Ley No. 27170, que fue promulgada en septiembre de 1999.

30. Bajo el ámbito de FONAFE se encuentran únicamente las empresas que cuentan con participación mayoritaria del Estado, sea que dichas empresas se encuentren activas o en proceso de liquidación. Asimismo, se encuentran bajo su ámbito las empresas que le han sido entregadas por encargo.

31. Entre otros aspectos, el FONAFE gestiona el eventual financiamiento a través de endeudamiento de las empresas públicas bajo su ámbito. En ese sentido, la autoridad de competencia puede eventualmente interesarse por el acceso de estas empresas a créditos bancarios o endeudamiento que, con aval estatal, puedan generar mejores condiciones a las que eventualmente pueda obtener una entidad privada, generando cierta preocupación en términos de mantener las condiciones de competencia equitativas.

32. Sin embargo, conforme el reporte más actualizado sobre la posición de deuda de empresas públicas, las empresas no financieras bajo tutela del FONAFE representa sólo un 17% del endeudamiento total. La mayor parte de endeudamiento corresponde a fondos de promoción de vivienda y la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE), entidad de financiamiento de segundo piso del Estado.

33. Asimismo, dos tercios del 17% del endeudamiento de las empresas no financieras del FONAFE, recaen sobre la empresa de distribución de agua potable y alcantarillado de Lima (SEDAPAL). Esta empresa brinda un servicio público que, se entiende, se desarrolla en un contexto cercano al monopolio natural. Por ello, la competencia no es necesariamente eficiente. El resto son también empresas de servicios públicos, principalmente del rubro electricidad, que brindan servicios regionales, que eventualmente cuentan con una ley habilitante que, además, establecería su carácter de interés público.

34. En resumen, el financiamiento estatal o privado, con cargo o aval del Estado, de las empresas públicas no financieras bajo el control del FONAFE, no representa necesariamente una preocupación significativa, ya que se orienta principalmente a actividades de servicios públicos que se ofrecen en condiciones de monopolio natural o bien en sectores o regiones específicos que eventualmente podrían ser considerados subsidiarios a la actividad privada. Ello no obstante dependerá del análisis caso a caso que se desarrolle cuando corresponda.

35. De otro lado, no existe evidencia respecto que el Estado, destine recursos del Tesoro Público (recaudado mediante impuestos, contribución u otros) para financiar la actividad de las empresas que se mantienen bajo el control del gobierno central, por ejemplo, para subsidiar sus actividades.

36. Distintos tratamientos tienen, por ejemplo, algunos proyectos de infraestructuras de servicios de telecomunicaciones, como el servicio portador y servicios de banda ancha a nivel distrital, en el marco del proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica y las 21 redes regionales de transporte de fibra óptica y sus respectivas redes de acceso a banda ancha (a nivel de distritos), cuya vocación es complementar las infraestructuras privadas ya existentes. Estas infraestructuras, así como su operación y mantenimiento, se financian con subsidios del Estado, pero son operadas por concesionarios privados con presencia en los mercados nacionales más desarrollados.^{11 12}

¹¹ Ver < <http://www.proinversion.gob.pe/MODULOS/LAN/landing.aspx?are=0&pfl=1&lan=13&tit=red-dorsal-de-fibra-%C3%B3ptica>>.

37. Este panorama general en el que no se advierte un uso sistemático del endeudamiento, con aval estatal, de las empresas públicas, o el financiamiento de las mismas con recursos del Tesoro, puede paradójicamente generar algunos problemas futuros. Ello debido a que, las empresas públicas, en el ánimo de buscar fuentes de ingresos con la finalidad de financiar sus actividades subsidiarias, comiencen a ampliar su base de servicios, creando circunstancias en las que puedan generarse controversias en términos de su rol subsidiario.

5. Conclusiones

38. Actualmente el PNDP contiene de manera organizada los diferentes programas, proyectos, acciones, entre otros, orientados a promover la industria nacional. Conforme el examen básico desarrollado en este documento, no se prevé necesariamente que las políticas en el marco del PNDP produzcan preocupaciones de competencia significativas. Ello debido a que se orienta a la micro, pequeña y mediana empresa y no determina políticas específicas sectoriales, aunque sí con una lógica de cadena logística con ámbitos geográficos determinados.

39. Otro aspecto, en el marco del análisis, es el rol subsidiario de la actividad empresarial del Estado. En el Perú, la jurisprudencia y la normativa aplicables, requieren que la actividad empresarial del Estado esté facultada por ley expresa y debe ser subsidiaria a la privada, es decir debe cubrir una necesidad para la cual la oferta privada o no existe o no es suficiente. Asimismo, la CFD también deberá verificar que la actividad empresarial del Estado cumpla un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

40. Algunos casos trascendentes han mantenido, de momento, una posición resolutive en la que no se ha demostrado infracción.

41. Sin embargo, el hecho que no se aprecien políticas de financiamiento público a las empresas del Estado no financieras, si bien no genera preocupaciones del tipo *state aid*, paradójicamente puede crear oportunidades para la emergencia de controversias en materia de subsidiariedad. Ello en la medida que las empresas públicas pueden tener incentivos a ampliar la cobertura de sus servicios, obteniendo recursos de actividades empresariales que pueden colisionar con el principio de subsidiariedad.

¹² Los proyectos regionales fueron encargados en su diseño al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL), el detalle puede consultarse en <http://www.fitel.gob.pe/pg/proyectos-regionales.php>.