

CAPÍTULO 3

EL CARTEL DE PRECIOS EN EL MERCADO AVÍCOLA

3.1 DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

a) Características básicas del proceso productivo

La cadena productiva del sector avícola se caracteriza por la diversidad de actividades que intervienen y que mantienen estrechas relaciones verticales, como se puede apreciar en el gráfico 3.1. El proceso productivo del pollo carne tiene una duración aproximada de 451 días. Los abuelos de las distintas líneas genéticas producen aves reproductoras de las cuales se obtienen huevos fértiles de pollos BB de la línea carne. Posteriormente, dichos huevos son incubados durante un período de 21 días para obtener el pollito BB carne que luego será enviado a las granjas de engorde por siete u ocho semanas hasta que se alcance el peso deseado¹.

De esta forma, a los productores les es posible anticipar la oferta de forma bastante precisa. Conociendo la cantidad de huevos incubados y pollitos BB que serán enviados al proceso de engorde, les es posible estimar la oferta —y, eventualmente, los excedentes— de pollo carne del mercado. No obstante, cabe recordar que dicha oferta está medida por el volumen total de carne de pollo disponible, medido en kilogramos. Por lo tanto, la cantidad de días que el pollito BB permanece dentro de la granja de engorde es también crucial. En este sentido, un mayor tiempo de engorde —y, por lo tanto, un mayor peso— representa una expansión de la oferta. Así, en este proceso confluyen como variables de decisión de la oferta tanto la cantidad como el peso del pollo carne.

Los insumos más importantes en esta cadena de producción son el maíz amarillo duro y la torta de soja, de los que el primero es el de mayor importancia en el proceso. Estos insumos, incluidos en el rubro "alimentos balanceados", representan más del 60% (González Vigil, Parodi y Tume 1980) del costo de producción. Esto explica la estrecha relación que existe entre el precio del pollo y el precio de los insumos. En el gráfico 3.2 se muestra el precio relativo del pollo a nivel minorista, respecto a una

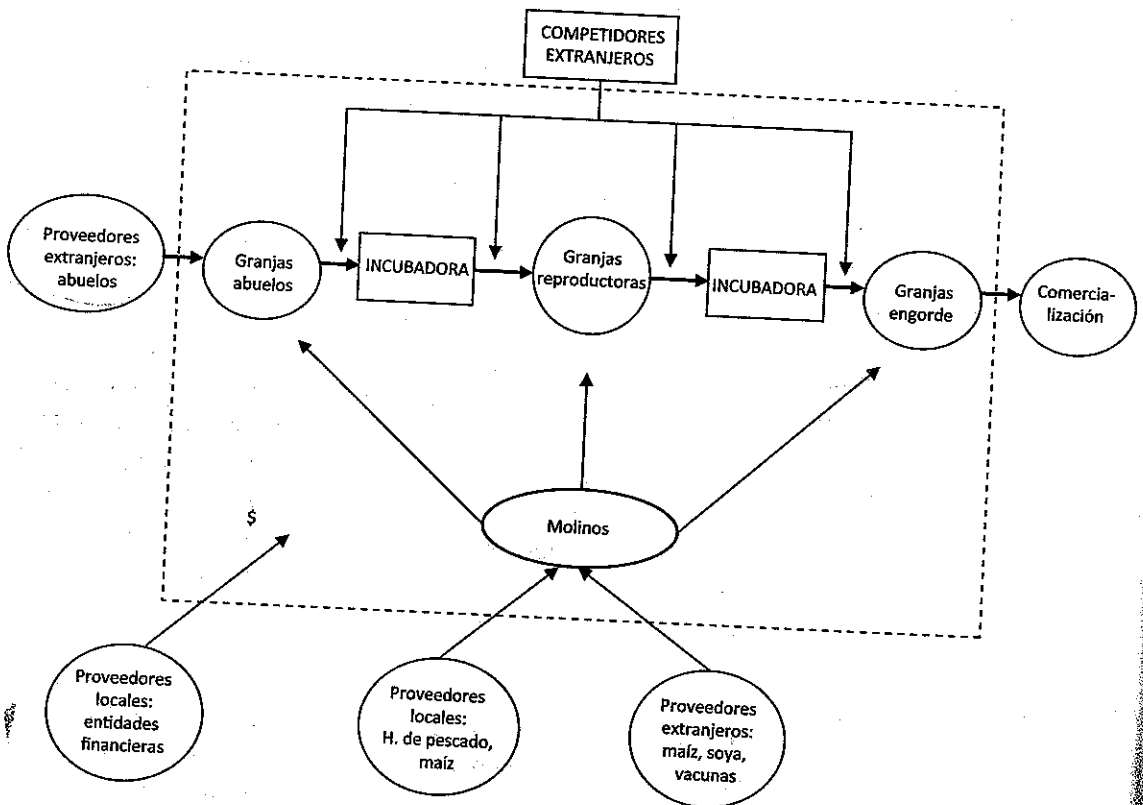
¹ Informe 001-97-CLC de la Secretaría Técnica. 14 de enero de 1997.

combinación de los precios de sus principales insumos, la cual consiste en un 60% de maíz amarillo duro y 40% de soya². Estos porcentajes reflejan las proporciones en las que dichos insumos se combinan para producir el alimento de las aves. Como se puede apreciar en dicho gráfico, a partir de mayo de 1992, este precio relativo ha permanecido relativamente estable en un valor alrededor de 13.

Por otro lado, si se toma en cuenta el costo de los pollos BB, la calefacción, el material de cama, las medicinas, vitaminas y vacunas, así como la mano de obra, los costos financieros y los costos indirectos, se tiene que el productor solamente maneja el 10% del precio en granja. Este porcentaje representa sus utilidades después de cubrir todos los costos de producción.

Gráfico 3.1

CADENA DE PRODUCCIÓN DEL POLLO CARNE

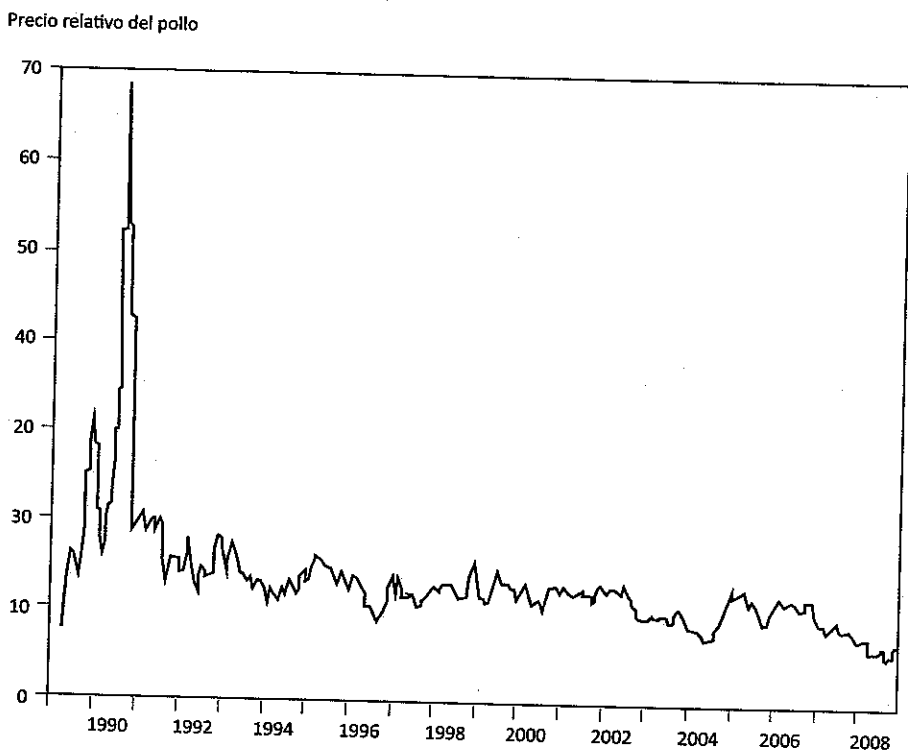


Dado que la mayor parte de estos insumos son importados, sus precios corresponden a las cotizaciones internacionales expresadas en nuevos soles, utilizando el promedio de las cotizaciones de compra y venta del dólar en el sistema bancario.

También es importante señalar que el precio en granja representa, a su vez, un poco más de la mitad del precio que pagan los consumidores finales. De acuerdo con un cuadro presentado por la Asociación de Productores Avícolas (APA) en su recurso de descargo sobre el costo de producción de un kilo de pollo, al 13 de junio de 1995, el margen del mayorista era de 13,5% y el margen minorista, de 40%. De esta manera, el precio en granja constituía solamente el 62% del precio de venta al público.

Gráfico 3.2

PRECIO RELATIVO DEL POLLO RESPECTO A SUS PRINCIPALES INSUMOS



Fuentes: INEI, Ministerio de Agricultura, IMF.

b) El mercado

Existen dos canales de distribución claramente diferenciados: el del pollo vivo y el del pollo beneficiado³ (fresco, refrigerado o congelado). Hacia 1996, el mercado del pollo vivo representaba el 80% de la producción total de pollos a nivel nacional, de la que el 65% se comercializaba en Lima Metropolitana

³ Pollo sacrificado, desplumado y eviscerado.

y Callao⁴. Además, al menos el 30% de la comercialización se realizaba en los hasta entonces catorce Centros de Distribución, administrados por el Centro de Administración de Aves Vivas de Lima Metropolitana y Callao (CADA-LMC), donde confluyen productores, mayoristas y minoristas bajo relaciones de crédito y un sistema de credenciales, con los subsecuentes menores costos y riesgos financieros.

Por otro lado, el mercado del pollo beneficiado representaba en ese entonces solo el 20% del mercado⁵, debido a las fuertes preferencias del consumidor por el pollo vivo sacrificado al momento por el minorista. El pollo beneficiado es comercializado principalmente en los supermercados. Existen competidores extranjeros en la etapa de comercialización de pollo beneficiado debido a los altos costos de transporte y los trámites burocráticos que exigen las autoridades locales para el comercio de aves vivas.

Asimismo, debido a la compleja cadena de producción, los productores cuentan también con diversas alternativas de venta dentro del proceso productivo. Por ejemplo, se pueden comercializar huevos fértiles o pollitos BB a las granjas reproductoras y a las granjas de engorde, respectivamente.

c) Las reformas de la década de 1990 y sus efectos sobre la industria avícola

En el año 1990 se emprendió un programa radical de liberalización de los mercados de bienes y servicios, así como de capitales, el cual permitió una mayor competencia en muchas industrias, como la avícola, que anteriormente habían estado reguladas y sobreprotegidas. La reducción de la protección arancelaria, la eliminación del control administrativo del precio del pollo así como de las importaciones de insumos esenciales, como el maíz amarillo duro, y de las tenencias de moneda extranjera fueron algunos de los cambios que afectaron de manera importante el desarrollo del sector.

Si bien no existen estudios específicos sobre la evolución de la industria avícola durante este período, es muy probable que las reformas mencionadas hayan permitido una mayor competencia. En efecto, la liberalización del comercio y de los controles de precios eliminó muchas de las barreras de entrada y salida al mercado que existían anteriormente en la mayoría de industrias. Así, por ejemplo, la importación de maíz duro no solamente estaba controlada por un ente estatal denominado Empresa Nacional de Comercialización de Insumos (ENCI), sino que las empresas que deseaban adquirir este insumo estaban sujetas a cuotas de importación. Dado que las cuotas se fijaban al inicio de cada año, sobre la base de la producción de las empresas en el año anterior, las más pequeñas se encontraban en situación de desventaja para crecer y era prácticamente imposible que ingrese una nueva empresa.

4 "Industria avícola y para el quinquenio 1996-2000". Ministerio de Agricultura, 1996. Es interesante notar que hoy en día los porcentajes se han invertido.

5 Informe 001-97-CLC de la Secretaría Técnica. 14 de enero de 1997.

Es interesante observar que entre 1989 y abril de 1992 el precio relativo del pollo respecto a sus principales insumos tenía un valor promedio de alrededor de 22, el cual contrasta con el valor medio de 12 entre mayo de 1992 y diciembre del 2008. El gráfico 3.2 permite apreciar esta reducción en el precio relativo del pollo, que, según parece, sería resultado de la mayor competencia en esta industria tanto a nivel de la producción como de la distribución.

3.2 LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

a) El inicio de la investigación

En marzo de 1996, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia (CLC) del Indecopi inició una investigación de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura (APA) y varias empresas del sector avícola, por presuntas infracciones al Decreto Legislativo 701, en la modalidad de prácticas restrictivas de la libre competencia. El motivo de dicha investigación fue la observación de una cierta disminución en la volatilidad del precio del pollo, así como ciertos comportamientos atípicos dentro de la industria que inducían a suponer que se estaban llevando a cabo operaciones concertadas. Por ejemplo, la creación por parte de los productores de una comisión estadística para analizar la sobreproducción de pollo a inicios de 1995, un aumento de la frecuencia de las reuniones del Comité de Productores de Pollo Carne (CPPC) dentro de la Asociación de Productores Avícolas (APA), el intento de creación de una empresa de congelamiento de excedentes de pollo con participación igualitaria de los miembros de la CPPC, así como variaciones extraordinarias de las importaciones y exportaciones de huevos fértiles, entre otros.

Debe notarse que esta investigación se dio poco después de que la CLC hubiese resuelto en primera instancia una denuncia de oficio por concertación del precio de la harina contra el Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias y dieciocho empresas molineras, mediante la resolución 047-95-Indecopi/CLC. La investigación preliminar para este caso también estuvo basada en la observación empírica de la variabilidad y la dispersión de precios entre las empresas.

Como resultado de esta investigación preliminar, la Secretaría Técnica emitió el informe 060-96-CLC, el cual fue aceptado en su totalidad por la CLC mediante la resolución 069-96-Indecopi/CLS del 13 de septiembre de 1996 que dio inicio a un procedimiento sancionador de oficio contra quince de las principales empresas del sector⁶, así como a la APA y el CPPC, por presunta concertación de precios en el período comprendido entre mayo de 1995 y julio de 1996.

⁶ Asociación Peruana de Avicultura (APA), Comité de Productores de Pollos Carne (CPPC), Agropecuaria Contán S.A., Alimentos Protina S.A., Avícola El Rocío S.A., Avícola Galeb S.C.R.L., Avícola Rosmar S.A., Avícola San Fernando S.A., Avícolas Asociadas S.A., Corporación Ganadera S.A., El Palomar E.I.R.L., F.Car S.A., Granja Los Huertos S.A., Granjas Avivet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Molinera San Martín de Porres S.A., Molinos Mayo S.A., Redondos S.A.

Ocho de estas empresas fueron denunciadas por la supuesta conformación de un cartel denominado Alianza Estratégica Avícola (AEA), al cual posteriormente se le dio el nombre de Intento de Fusión Avícola (IFA)⁷. En este caso, la tipificación de la supuesta infracción era la "concertación de precios, condiciones de comercialización y volúmenes de producción, establecimiento de barreras de acceso al mercado y desarrollo de mecanismos anticompetitivos para impedir el ingreso o forzar la salida del mercado de algunos competidores, durante el período comprendido entre octubre de 1995 y julio de 1996".

Poco después, se incluyó dentro del procedimiento a otras cinco empresas del sector⁸, de tal manera que finalmente el número de empresas denunciadas se elevó a veinte.

b) Factores que facilitan la concertación

i) La concentración de la oferta

La evidencia que presentó la Secretaría Técnica de la CLC para tratar de demostrar que el mercado era altamente concentrado era bastante contradictoria. En efecto, el informe hacía referencia a una alta concentración en la industria, pero los resultados que proporcionaban los índices de concentración utilizados mostraban, en la mayoría de los casos, lo contrario.

A nivel de la producción, la participación de las cuatro empresas más grandes del mercado, es decir, el índice (CR_4) mostraba una concentración relativamente alta, pero no sugeriría que las empresas en cuestión ostentaran un poder monopolístico significativo. Los valores de este índice oscilaban entre un mínimo de 36,6% en junio de 1995 y un máximo de 44,95% en octubre del mismo año. De la misma forma, el índice de Herfindahl-Hirschman (IHH) mostraba valores siempre menores a 0,1, lo cual era evidencia de una concentración baja de la industria⁹.

La Secretaría Técnica, sin embargo, decidió utilizar un tercer índice, totalmente desconocido entre los especialistas, denominado índice de dominio (ID), ideado por Pascual García (1994) para tomar en cuenta la asimetría de la industria¹⁰. De acuerdo con su autor, un valor de 0,25 sería suficiente para establecer la existencia de una alta concentración. El empleo de dicho indicador al mercado del pollo dio como resultado valores de 0,665 para 1995 y de 0,45 hasta agosto de 1996, los cuales indicaban una alta concentración.

7 Agropecuaria Contán S.A., Alimentos Protina S.A., Avícola San Fernando S.A., Corporación Ganadera S.A., Granja Los Huertos S.A., Granjas Avivet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Molinera San Martín de Porres S.A. y Molinos Mayo S.A.
8 El 22 de septiembre, se incluyó a Agropecuaria del Pilar S.A. y el 1 de octubre, a Agropecuaria Villa Victoria S.A., Avícola del Norte S.A., Granjas de Reproductoras El Hatillo S.A. y Haidarliz S.A.
9 Valores del IHH entre 0,1 y 0,2 significan una concentración moderada, y mayores a 0,2, una concentración alta.
10 El ID se calcula mediante la sumatoria de las participaciones elevadas a la cuarta potencia, dividida entre el cuadrado del IHH. Valores superiores a 0,2 indican una industria altamente concentrada.

Cabe destacar que en el informe presentado por la Secretaría Técnica los valores de los índices de concentración fueron más altos que los que acabamos de señalar, puesto que se consideró, a partir de octubre de 1995, a cinco empresas del sector como una sola unidad empresarial¹¹. Ello se debió a que en el transcurso del proceso ellas declararon su intención de realizar un proceso de fusión, cosa que nunca se produjo.

II) El control de los canales de comercialización

Como ya se mencionó más arriba, el grueso de la distribución de la producción final en Lima y Callao se realiza en los catorce Centros de Distribución, los cuales son administrados directamente por el CADA-LMC, donde cada uno de sus miembros comercializa con los mayoristas en iguales condiciones. Además, dadas las relaciones de crédito acreditadas dentro del CADA y el control gremial de los canales de distribución, comercializar fuera del mismo resulta más costoso.

No obstante, el 45% del pollo vivo comercializado en ese entonces no se canalizaba a través de los Centros de Distribución, sino más bien a través de supermercados u otros canales de comercialización minorista¹², lo cual representaba una limitación importante a la capacidad de fijación de precios de los productores. Cabe destacar que hoy en día dicho porcentaje es superior al 70%.

De acuerdo con el informe de la Secretaría Técnica, los productores de pollo vivo comercializan su producto a través de aproximadamente 240 mayoristas, con los cuales acuerdan márgenes de comercialización uniformes. Si bien su alto número haría difícil un acuerdo, se tomó en cuenta el hecho de que estos comercializadores se encuentran agremiados en el CADA, el cual es controlado por los productores.

Por otro lado, el número de minoristas ascendía a aproximadamente 8.000 y su margen de ventas se encontraba en alrededor del 20%. Dado que los productores divulgan los "precios sugeridos al consumidor" mediante volantes, la Secretaría Técnica señaló que este podría ser un medio para hacer conocer los acuerdos y hacerlos cumplir, aprovechando la falta de liquidez de los minoristas. Finalmente, la naturaleza homogénea del pollo vivo sería un facilitador importante para los acuerdos con respecto al precio.

III) Barreras a la entrada

La liberalización del comercio en 1990 significó una notable disminución de las barreras de entrada al mercado, principalmente debido a la libertad para fijar precios, comprar insumos extranjeros, y a los bajos aranceles de algunos de ellos (huevos fértiles y pollitos BB¹³).

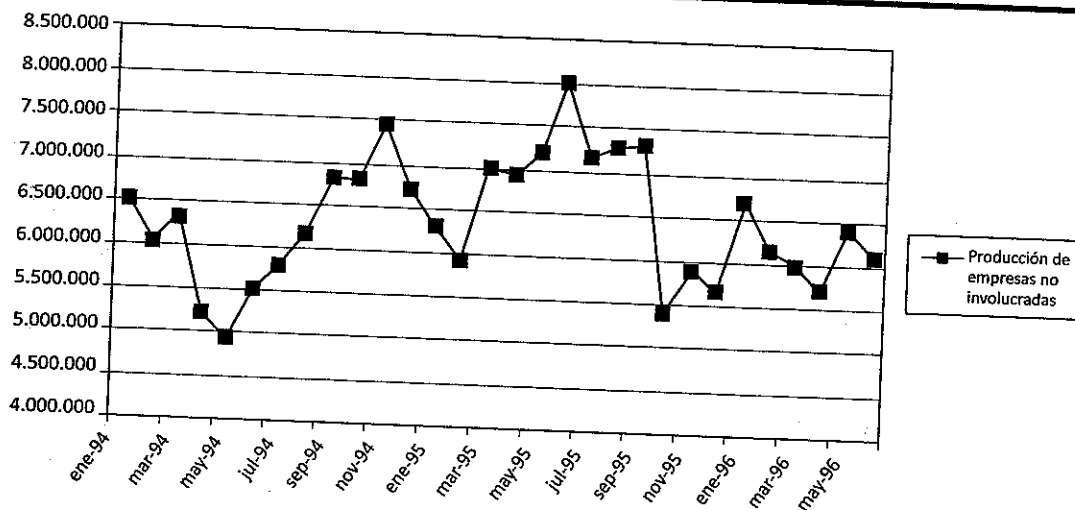
11 Alimentos Protina S.A., Corporación Ganadera S.A., Granjas Avivet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Molinera San Martín de Porres S.A. y Molinos Mayo S.A.

12 Informe 001-97-CLC de la Secretaría Técnica. 14 de enero de 1997.

13 Cabe resaltar que algunos insumos, como por ejemplo el maíz, sí presentaban un alto arancel y una sobretasa arancelaria.

Gráfico 3.3

PRODUCCIÓN DE LAS EMPRESAS NO INVOLUCRADAS EN LA DENUNCIA



Fuentes: Indecopi, INEI.

Los bajos costos fijos para establecer una granja de crianza y la facilidad de abastecimiento de insumos a lo largo de la cadena productiva hacen difícil la aplicación de barreras al ingreso de competidores. No obstante, entre mayo de 1995 y junio de 1996, la participación de las cuatro empresas más significativas mostró una baja variabilidad (5,792%) y la variabilidad de la participación de las veinte empresas denunciadas fue aun menor (4,834%). Sin embargo, la variabilidad del IHH se mostró bastante alta (11,866%) y, es más, estuvo correlacionada negativamente con el precio. Este hecho sugiere que a medida que aumenta el precio, mayor es el número de competidores, debido al ingreso de nuevas empresas, de tal manera que la concentración tiende a disminuir. Inversamente, cuando el precio disminuye, se produce una salida de empresas y la concentración aumenta. En efecto, existe una alta volatilidad en la producción de las empresas no involucradas en la denuncia, que representan alrededor del 55% del mercado, como se puede apreciar en el gráfico 3.3.

Sin embargo, se consideró que las economías de escala en la industria, la imposibilidad del acceso a la información gremial y las restricciones de acceso al sistema de distribución actúan como barreras a la entrada. En el informe de la Secretaría Técnica se señala que la tradición de consumir el pollo beneficiado por el propio minorista representaría un obstáculo al acceso de competidores extranjeros, cuyos costos de comercialización son mucho más altos debido a los problemas tanto logísticos como sanitarios que implica vender este producto.

iv) Naturaleza de la demanda y sus sustitutos

Existe una marcada preferencia de los consumidores peruanos, especialmente en la región de la costa, por la carne de ave respecto a las carnes rojas. Este fenómeno, poco común en otros países, tiene probablemente su origen en la crisis económica que afectó la economía peruana en las décadas de 1970 y 1980.

Por otro lado, de acuerdo con la estimación realizada por la Secretaría Técnica, la sensibilidad de la demanda de pollo con respecto a sus más cercanos sustitutos, el jurel y la carne de ovino, es relativamente baja¹⁴. Si bien es cierto que el precio del jurel es más bajo que el de la carne de ave, la alta volatilidad de la industria pesquera lo convierten en un producto escaso en ciertas épocas y, por tanto, no es una alternativa permanente. Por otro lado, la carne de ovino, a pesar de presentar un mayor grado de sustitución que el jurel, es una alternativa menos accesible debido a que su precio es entre 50% y 100% más alto que el del pollo.

La Secretaría Técnica calculó una elasticidad-precio del pollo de 0,76, valor que fue considerado importante para reforzar la afirmación de que el pollo tiene pocos sustitutos y que existe una alta probabilidad de colusión¹⁵.

v) El gremio de productores

Una de los elementos facilitadores más importantes para la concertación en esta industria sería la presencia de la APA y, más específicamente, del CPPC. En efecto, a pesar de que puedan presentarse situaciones contradictorias y hasta escenarios colusivos desalentadores, la presencia de este gremio permitiría reducir el costo y monitoreo de los posibles acuerdos significativamente, además de reunir a los principales productores de forma periódica.

La APA también ejerce un vasto control sobre la información del mercado, y en especial el CPPC. Dicha información se presenta en forma desagregada, detallando las ventas de cada empresa, lo cual facilitaría sustancialmente el control de los acuerdos. Esto representa una ventaja importante frente a los productores que no pertenecen al gremio, lo cual les permitiría ejercer su poder de mercado con mayor eficacia.

vi) La tradición de concertación

La Secretaría Técnica señaló que si bien existen condiciones que facilitan la concertación y otras que la desalientan, debe tomarse en cuenta la tradición de celebrar acuerdos de concertación dentro de

14 Las elasticidades cruzadas respecto al precio del jurel y la carne de ovino eran 0,225887 y 0,605922, respectivamente.

15 La referida regresión indica un coeficiente de -0,75566 para el logaritmo neperiano del precio al consumidor del pollo vivo, con respecto al logaritmo neperiano de las ventas del pollo.

la industria, aunque de corta duración. En efecto, dentro de los documentos de la APA se detectaron algunas frases donde se menciona que "nadie está vendiendo en granja al precio pactado"¹⁶ o que ciertos productores "han entrado en desacuerdo tanto en los aspectos de control de la Planta de Incubación, como en las cantidades de pollos que deben criarse"¹⁷, las cuales confirmarían la existencia de dichos acuerdos, así como su conclusión.

c) Medidas tomadas por los productores para alterar los precios del mercado

De acuerdo con las investigaciones de la Secretaría Técnica, había pruebas que demostraban la existencia de diferentes acuerdos adoptados en el interior del CPCC-APA para reducir o incrementar, de acuerdo con las circunstancias, el precio en granja del pollo comercializado en vivo en Lima Metropolitana, durante el período comprendido entre mayo de 1995 y julio de 1996.

i) Acciones correctivas para la sobreproducción entre mayo y agosto de 1995

Durante los primeros meses de 1995, los miembros del CPCC-APA habrían tomado conocimiento de que el mercado se vería afectado por una sobreproducción entre los meses de abril a diciembre. Por dicho motivo, se conformó una Comisión de Estadística, encargada de estudiar las alternativas de solución a la coyuntura que se acercaba. En la sesión del 13 de abril, se distribuyó el informe preparado por dicha Comisión¹⁸, donde se señala que la producción de pollo BB se incrementaría de 17 millones en febrero hasta 22 millones en septiembre, a pesar de que el mercado solo podía absorber sin dificultad 17,5 millones.

En otro documento¹⁹, que fue discutido en la sesión del 19 de abril, se hizo una proyección de los excedentes de pollos BB carne entre los meses de marzo y noviembre. De acuerdo con dicho documento, el excedente estaría bordeando los 3,9 millones de unidades para el mes de noviembre. En la misma sesión del 19 de abril de 1995 se habría discutido un tercer documento²⁰, donde se proponía: (i) reducir la crianza, (ii) estandarizar el precio del pollo, (iii) congelar el pollo que superaba los pesos acordados, (iv) eliminar la reproductoras, (v) eliminar los huevos fértiles y embriones de pollo BB, (vi) reducir las importaciones de huevos fértiles para que las empresas tengan que comprarlos internamente y (vii) exportar huevos fértiles.

En las reuniones del CPPC del 3 y 4 de mayo de 1995, se ratificaron las decisiones anteriores y se adoptaron dos acuerdos adicionales para evitar la caída del precio del pollo en Lima. En primer lugar, se contempló la formación de una compañía, compuesta por todos los miembros del CPPC, que compre y congele

16 "Situación del mercado de pollo vivo al 1 de febrero de 1994", 1 de febrero de 1994.

17 Acta del Directorio de Avícolas Asociadas S.A., 15 de febrero de 1993.

18 "Proyección de la producción de pollo carne BB abril 1995 - septiembre 1995".

19 "Determinación de excedentes de pollo BB en los próximos meses".

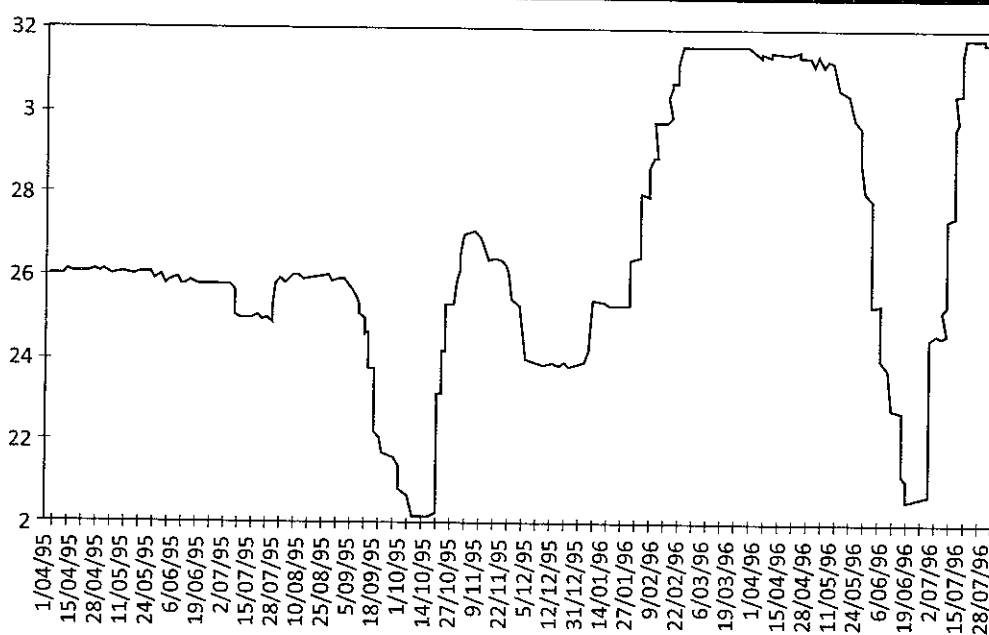
20 "Crisis por sobreproducción de pollo BB carne".

los excedentes de pollo para venderlos fuera de Lima Metropolitana o exportarlos. En segundo lugar, evitar la entrada al mercado de competidores chilenos y bolivianos, especialmente en la sierra sur. Estos excedentes "[...] representarían una pérdida de 0,05 por kilo de pollo, suma inferior a la que resultaría de no congelar y permitir que estos grupos se acerquen cada vez más a Lima [...]"]²¹.

La puesta en marcha de dicho acuerdo estaría comprobada por el acta del Directorio de Alimentos Protina S.A. del 12 de junio de 1995, donde se señala que la empresa debe nivelar el peso promedio de los pollos en 2,2 kg.

Gráfico 3.4

PRECIO PROMEDIO PONDERADO DEL POLLO CARNE S/. / KG, EMPRESAS INVESTIGADAS. ABRIL DE 1995
- JULIO DE 1996



Fuente: Indecopi.

Otra de las medidas adoptadas para mantener el precio estable fue la eliminación conjunta de los excedentes de pollo, a través de su beneficio, congelado y posterior comercialización en mercados distintos al de Lima Metropolitana. Ello habría servido a su vez para generar barreras al pollo beneficiado importado de Chile, Bolivia y los Estados Unidos. Para dicho propósito, se habría determinado que la empresa F. Car

21 Memorandum 242-95 del 3 de mayo de 1995, encontrado en los archivos de Avícola El Rocío S.A.

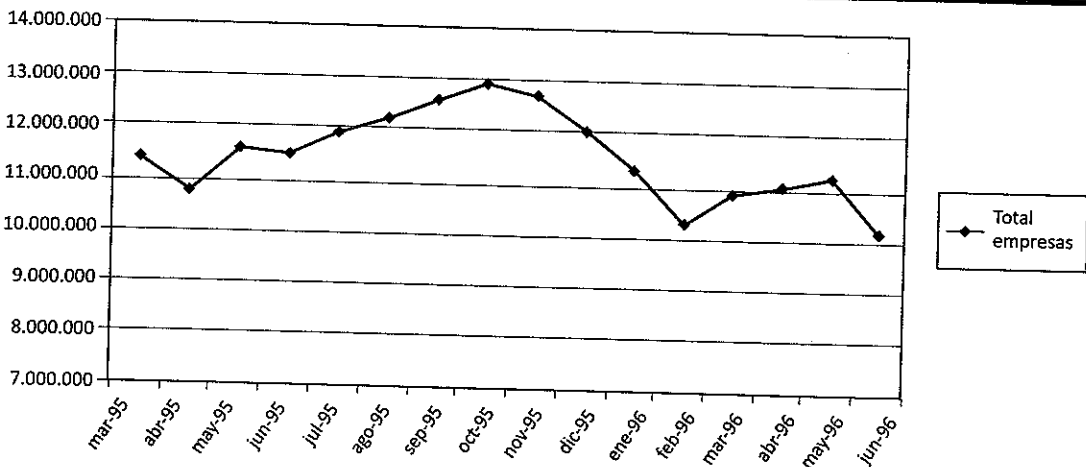
S.A., perteneciente al gerente general de la APA, se encargue del congelamiento y comercialización de dichos excedentes. Dicha empresa, creada en 1990 para el negocio de comercialización de automóviles, habría sido utilizada como una "fachada" para la puesta en práctica del acuerdo.

Por otro lado, las exportaciones de huevos fértiles aumentaron, mientras que las importaciones de los mismos cayeron. En una reunión del 6 de junio de 1995 del consejo directivo de la APA, se señala la creación de un "pool de exportación". Esto habría permitido que las exportaciones de huevos fértiles aumenten casi siete veces, de 1.164.120 en 1994 a 9.102.640 en 1995.

Durante los tres primeros meses de la vigencia del supuesto acuerdo, es decir entre abril y junio de 1995, los precios se mantuvieron bajos pero estables, en alrededor de S/. 2,6 el kilo, como se puede apreciar en el gráfico 3.4. Sin embargo, a inicios del mes de julio se produjo una ligera caída hasta S/. 2,50 el kilo, nivel en el cual se mantuvo hasta finalizar el referido mes, para luego regresar al nivel inicial. Esta caída habría sido consecuencia de una primera ruptura del acuerdo.

Gráfico 3.5

PRODUCCIÓN TOTAL DE POLLO CARNE (KG)



ente: INEI.

Efectos de las medidas correctivas entre septiembre y diciembre de 1995

entre octubre y diciembre de 1995 que se habrían hecho visibles los primeros efectos de los acuerdos: luego de una reducción del precio del pollo entre comienzos de septiembre y la primera mitad de octubre, cuando el precio cayó hasta casi S/. 2,00 por kg, se produjo una alza hasta S/. 2,71 a mediados de noviembre, seguida de una nueva reducción hasta S/. 2,40, que duró hasta el mes de diciembre.

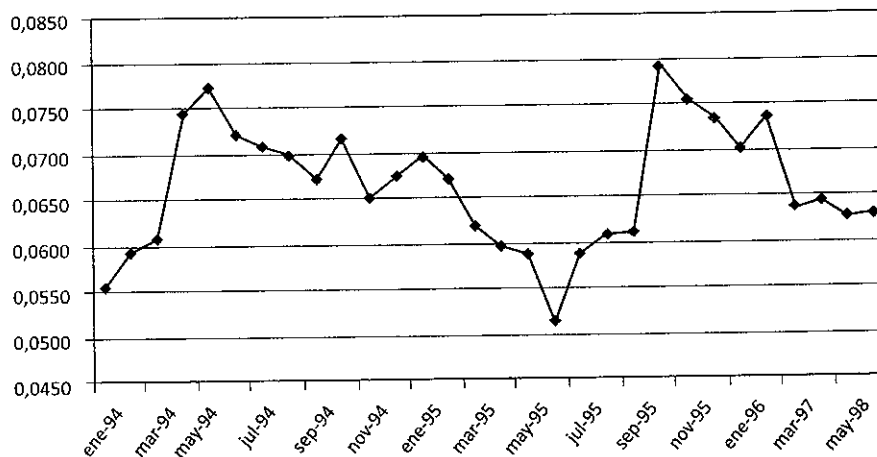
La varianza de los precios diarios en granja se mantuvo alta desde finales de agosto y hasta mediados de septiembre. Sin embargo, a partir de dicho momento la varianza disminuyó y se mantuvo estable hasta mediados de febrero de 1996.

Esta reducción sustancial en el precio vino acompañada de incrementos importantes en los índices de concentración, tal como lo evidencian los movimientos en el IHH, ID y CR_4 que se muestran en los gráficos 3.6 y 3.7. Todo parece indicar, por lo tanto, que durante este período se desató una guerra de precios y se produjo la salida del mercado de muchas empresas, especialmente las más pequeñas.

Fue precisamente a inicios del mes de septiembre que se produjo un fuerte incremento en el ingreso de pollos beneficiados a las cámaras frigoríficas, como se puede apreciar en el gráfico 3.8. Luego, en octubre, se produjo una fuerte disminución, de tal manera que el volumen de pollos congelados se mantuvo en niveles mínimos hasta el mes de abril de 1996. Por otro lado, el peso promedio del pollo aumentó a inicios de septiembre para luego experimentar una caída continua desde mediados de dicho mes hasta, aproximadamente, el 19 de octubre.

Gráfico 3.6

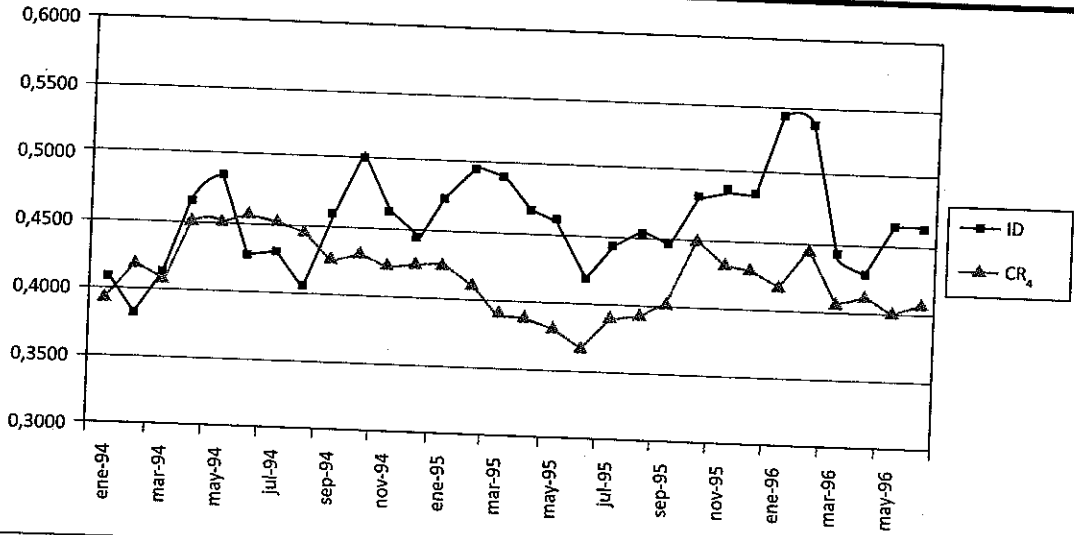
ÍNDICE DE HERFINDAHL-HIRSCHMAN (IHH). ENERO DE 1994 – JUNIO DE 1996



Fuentes: Indecopi, INEI.

Gráfico 3.7

ÍNDICE DE DOMINIO (ID) Y PARTICIPACIÓN DE LAS CUATRO EMPRESAS MÁS GRANDES (CR₄)

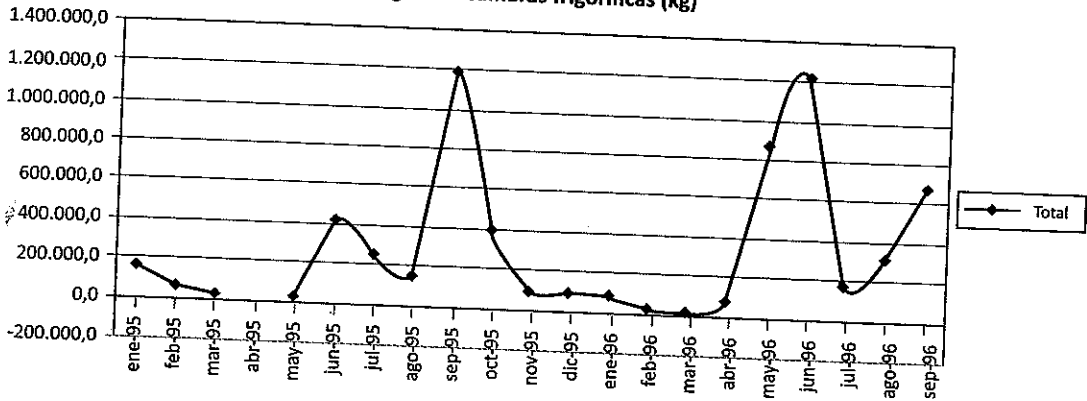


Fuentes: Indecopi, INEI.

Gráfico 3.8

INGRESO DE POLLO BENEFICIADO A LAS CÁMARAS FRIGORÍFICAS (KG). ENERO DE 1995 – SEPTIEMBRE DE 1996

Ingreso a cámaras frigoríficas (kg)



ente: Indecopi.

La reducción en el precio del pollo vino acompañada de un aumento sustancial en las ventas de las empresas involucradas. Esto habría sido el resultado de una estrategia conjunta para reducir las pérdidas de la sobreoferta y poder subir el precio y aumentar las ganancias en los meses posteriores, luego de haber eliminado los excedentes. Asimismo, la repartición de volantes y afiches en los centros minoristas, con frases como "No debería pagar más de S/. X"²², reforzarían la hipótesis de acuerdos conjuntos para hacer efectiva la reducción del precio.

Debe destacarse que en la reunión del 11 de octubre de 1995 se hizo referencia nuevamente a la cantidad de pollos que cada empresa debía congelar, así como a la disminución del peso promedio y a la decisión de que cada empresa comience a congelar los pollos cada vez que el precio promedio superase la meta establecida. Asimismo, se celebraron tres reuniones del CPPC, los días 13, 16 y 18 de octubre, hecho excepcional tanto porque el CPPC suele reunirse solo una vez por semana, como por la cercanía de estas reuniones respecto a la fecha del incremento de los precios, el 19 de octubre.

Luego, en la reunión del 8 de noviembre de 1995, se acordó reducir tanto los volúmenes de crianza como el precio del pollo en granja. Posteriormente, a mediados de noviembre de 1995²³, los productores mostraron su preocupación por los "precios inestables" en el mercado, debido a que algunas granjas no habrían estado cumpliendo con el "precio sugerido" ni con el peso pactado. Otro hecho de importancia es la referencia a un "Precio APA", el cual sería el "precio sugerido", el que, además, se proyectaba hasta casi un mes y medio en adelante: con reducciones a partir del 20 de noviembre y aumentos a partir del 4 de diciembre hasta el 25 del mismo mes.

III) El nuevo ciclo de alza entre enero y julio de 1996

En enero de 1996, el precio del pollo comenzó a aumentar desde poco más de S/. 2,40 hasta un máximo de casi S/. 3,20 el 22 de febrero, nivel en el cual se mantuvo hasta inicios de mayo. Esta alza se produjo en un contexto en el que la producción de pollitos BB venía cayendo desde noviembre de 1995, llegando a un nivel mínimo en febrero de 1996.

El peso promedio del pollo cayó en forma casi paralela a la producción de pollitos BB, llegando a un mínimo el 20 de febrero. Sin embargo, a partir de esta fecha inició un proceso de alza continua y acelerada hasta inicios del mes de mayo. La varianza de los precios en granja se mantuvo baja durante todo el período enero-marzo, al mismo tiempo que los índices de concentración cayeron.

Todo parecería indicar, por lo tanto, que existió una acción concertada para subir el precio del pollo, a través de medidas como la reducción en la producción de pollitos BB y la disminución del peso promedio. En efecto, durante la segunda mitad de diciembre se realizaron cuatro reuniones del CPPC, tres

²² Circular 01 CADA-LMC. 21 de septiembre de 1995.

²³ Memorandum 162/95-Vtas. 13 de noviembre de 1995. Corporación Ganadera S.A.

de las cuales se llevaron a cabo en fechas muy cercanas: 13, 14 y 18 de diciembre. Dichas reuniones, según la CLC, habrían tenido como objetivo coordinar el nivel de crianza para programar la oferta de dos meses en adelante. Cabe mencionar que el 10 de diciembre se elaboró el informe "Curva de demanda del pollo vivo en el CADA-LMC y su relación con el ingreso de pollos BB a nivel nacional", el cual habría hecho posible la formación de los acuerdos en las reuniones referidas, ya que especificaba el precio del pollo en función de la cantidad de kilogramos en el mercado.

Entre los meses de febrero y junio, los precios del pollo se mantuvieron estables, por encima de los S/. 3,00, al mismo tiempo que el volumen de ingreso del pollo beneficiado a las cámaras frigoríficas permaneció alto y los indicadores de concentración conservaron valores bajos y constantes.

Este sostenimiento del precio vino acompañado de una rápida disminución del peso promedio, al mismo tiempo que la producción aumentó entre los meses de febrero y mayo. Sin embargo, todo parece indicar que a finales del mes de abril se produjo un nuevo escenario de "sobreoferta", el cual se buscó suavizar mediante un aumento del peso del pollo y la venta rápida de los excedentes a través disminuciones del precio y promociones, así como de su congelamiento. El 24 de abril de 1996, en una reunión del CPPC en la APA, se acordó llevar a cabo una campaña publicitaria y una promoción (sorteo) para aumentar el consumo de pollo. Luego, en la sesión del 3 de mayo, se discutió el documento "Mercado de pollos (situación y alternativas de solución)", donde se analizaba el escenario de sobreoferta. Asimismo, se ratificó el convenio sobre la publicidad y se acordó una reducción ordenada del precio, que generaría pérdidas menores a la inminente guerra de precios, producto de la sobreoferta.

La promoción fue puesta en práctica el 23 de mayo y, a partir de esa fecha, las caídas del precio fueron más pronunciadas, a pesar de que este ya había empezado a caer —conjuntamente con la varianza— desde aproximadamente el 8 de mayo. Este proceso se detuvo el 13 de junio. La Secretaría Técnica llegó a la conclusión de que las campañas publicitarias, incluyendo los sorteos, constituían prácticas anticompetitivas, debido, en primer lugar, a que excluían a los pequeños y medianos productores. En efecto, los costos de las campañas debían ser pagados por adelantado. En segundo lugar, dichas campañas habrían sido puestas en práctica para facilitar las concertaciones.

A finales de junio y hasta mediados de julio, el precio promedio se incrementó, al mismo tiempo que la varianza de los precios así como los pesos promedio tendieron a caer. Esto habría sido consecuencia de la eliminación exitosa de los excedentes por parte de las empresas productoras.

d) El intento de fusión avícola

Otro de los argumentos de la denuncia fue el hecho de que algunas de las empresas involucradas en el proceso habrían tratado de crear barreras a la entrada tanto de tipo financiero como económico y legal. Este grupo de empresas estaba conformado por Avícola San Fernando S.A., Molinos Mayo S.A.,

Granja Los Huertos S.A., Molinera San Martín de Porres S.A., Corporación Ganadera S.A., Alimentos Protina S.A. y Granjas Avivet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez.

Entre las acciones denunciadas se encontraba una supuesta concertación con los bancos para impedir el financiamiento de nuevos inversionistas, copar las granjas de reproducción para evitar que exista capacidad ociosa para abastecer a terceros, la concertación con el gobierno para aprobar nuevas regulaciones sanitarias, así como la búsqueda de una producción ordenada mediante la unificación de las ventas.

3.3 LOS DESCARGOS DE LAS EMPRESAS AVÍCOLAS

a) Consideraciones legales previas

El principal argumento de defensa de las empresas productoras fue la ausencia de documentos escritos que probaran la existencia de una concertación. Las únicas pruebas presentadas por la Secretaría consisten de "*plus factors*", es decir, de circunstancias adicionales a las conductas paralelas. Se hizo referencia a los tratados sobre derecho de la competencia de Bellamy, Child y Bercowitz, los cuales señalan que la utilización de los "*plus factors*" se encuentra supeditada a la evidencia de la práctica colusoria en cuestión, es decir, a las pruebas de acciones paralelas de las empresas. Estos "*plus factors*" se refieren a las variaciones simultáneas de los precios y volúmenes de producción, que, además, no son susceptibles de ser explicadas por el funcionamiento normal y las características específicas del mercado.

La utilización de los "*plus factors*" sin esta condición previa no constituiría, por lo tanto, una prueba válida si no existe evidencia que demuestre la existencia de actuaciones paralelas que no sean endógenas al mercado.

Es por este motivo que la argumentación de las empresas productoras se centró en demostrar, primeramente, que las supuestas acciones paralelas no eran sino consecuencia de las características del mercado en el momento en que se produjeron los hechos denunciados. Y, en segundo lugar, que en este caso específico la coordinación gremial generaba beneficios económicos importantes, totalmente ajenos a la distorsión de la competencia de las prácticas de concertación de precios.

b) Beneficios económicos de la coordinación gremial

Los acuerdos realizados a nivel gremial habrían tenido como objetivo reducir la volatilidad de los precios. La opinión general de las empresas productoras fue que esta inestabilidad en los precios era perjudicial, tanto para los productores como para los consumidores. En efecto, dado que el pollo es un producto perecible, el consumidor no puede protegerse de las fluctuaciones de los precios

almacenándolo por largos períodos de tiempo. Por otro lado, dado que el pollo tiene una alta participación dentro de la canasta de consumo y, por lo tanto, representa una alta proporción del gasto de las familias de menores ingresos, las alzas inesperadas de los precios afectaban de manera negativa los ingresos de los segmentos más pobres.

El productor también se perjudica debido a la incertidumbre que esta volatilidad genera, especialmente cuando los mercados de capitales no están muy desarrollados y tienen márgenes de intermediación (*spreads* entre las tasas activas y pasivas) altos. Esto hace que la planificación de largo plazo sea mucho más difícil de llevar a cabo y que las inversiones sean mucho más reducidas. Esta incertidumbre también aumenta el riesgo de quiebra de las empresas de menor escala. Precisamente, la desaparición de las empresas más pequeñas tendería a concentrar el mercado, en perjuicio del consumidor. En consecuencia, las campañas conjuntas para reducir *stocks* excesivos no atenderían contra los intereses de las pequeñas empresas y los consumidores, sino todo lo contrario.

La publicidad conjunta también contribuye a aumentar la eficiencia del sector, contrariamente a los argumentos de la Secretaría Técnica, respecto a que su empleo es un instrumento anticompetitivo para concertar precios y crear barreras de ingreso al mercado. El uso de un sistema de publicidad conjunta no es sino resultado de las características del producto, dado que el pollo es un bien homogéneo a nivel del CADA. Es decir, se comercializa sin marca, de tal manera que las preferencias del consumidor entre una u otra empresa se basan solo en las diferencias de precio y ubicación. Por lo tanto, las campañas de publicidad individuales no serían económicamente atractivas para los productores, debido al problema del oportunismo. Es decir, algunas empresas podrían beneficiarse de la publicidad sin haber contribuido a su financiación, de tal manera que la solución individual sería no realizar publicidad. La realización de campañas publicitarias conjuntas permitiría, por lo tanto, eliminar este problema, además de aprovechar la existencia de economías de escala.

Bien la campaña publicitaria conjunta se realizó bajo un mecanismo de sorteo, esta se basó solo en términos monetarios y no en la participación gremial o escala de producción. En efecto, en esta campaña participaron 34 empresas, algunas de las cuales no pertenecían a la APA, y cuyos volúmenes de producción fluctuaban entre 5.000 hasta 2 millones de pollitos BB²⁴ al mes. Más aun, esta iniciativa sirvió para aumentar el consumo de pollo y formalizar a algunos productores, puesto que ellos debían emitir facturas para poder ingresar a la campaña.

La estandarización y el control del peso promedio también contribuirían a mejorar la eficiencia del mercado. Al convertirse en un producto aun más homogéneo, tendría las características de un *commodity*, lo cual permitiría reducir los costos de transacción. Asimismo, el hecho de contar con una referencia de un peso ideal es una manera de disminuir costos para las empresas, dado que así tendrían días adicionales de crianza.

Por otro lado, los costos de un programa conjunto de congelamiento de pollos son menores que el congelamiento individual, además de que esta última opción no sería rentable para empresas de pequeña escala. En efecto, los requerimientos de pollo congelado a la APA en grandes cantidades por parte de empresas extranjeras no se habrían podido concretar sin una participación conjunta de las empresas productoras.

Asimismo, el ingreso masivo de pollo congelado en el mercado ayudaría a disminuir indirectamente la propagación de enfermedades introducidas en el territorio nacional debido al contrabando²⁵—principalmente desde Bolivia—y atenuar el problema de las variaciones de la demanda y oferta al ampliar el mercado. De igual manera, tener un esquema de trabajo conjunto contribuye a evitar el desorden que se produciría si los programas de congelamiento fuesen individuales. Este hecho se debe a que muchas empresas no cuentan con un camal propio y necesitan recurrir a terceros para el beneficio y congelamiento de pollos. En este contexto, una aglomeración de pollos en las plantas de congelamiento podría tener como resultado la pérdida de grandes cantidades de aves como consecuencia de tener que devolver el pollo vivo desde la planta de beneficio hacia el centro de crianza.

c) Condiciones del mercado que no permiten la colusión

Las empresas señalaron, en primer lugar, que la industria avícola se caracteriza por presentar ciclos recurrentes tanto de exceso de oferta como de demanda que, en ciertos momentos, ponen a muchas empresas en situación de crisis. Las primeras caídas bruscas de los precios ocurrieron entre diciembre de 1976 y junio de 1979, como consecuencia de una severa caída en la demanda. Lo mismo ocurrió entre diciembre de 1982 y octubre de 1983 y luego entre diciembre de 1987 y febrero de 1989. En esta última caída, la colocación de pollitos BB disminuyó de 16,6 millones a 7,3 millones de pollos en 14 meses. Las crisis de exceso de demanda más importantes ocurrieron entre febrero de 1986 y diciembre de 1987, luego entre febrero y octubre de 1991²⁶ y, finalmente, entre febrero de 1994 y noviembre del mismo año. Durante este último episodio, la colocación de pollitos BB aumentó de 14,6 millones a 19,2 millones en 9 meses y, además, se importaron 12,1 millones de huevos fértiles²⁷. En este contexto, las decisiones de los productores para buscar equilibrar el mercado serían no solamente justificables sino necesarias para lograr un crecimiento sostenido de la industria.

En segundo lugar, la características propias del mercado hacen prácticamente imposible hacer efectivo cualquier tipo de acuerdo colusivo. Por un lado, el ingreso de nuevos competidores es relativamente fácil, dado que la tecnología de producción es conocida, la inversión es pequeña y el intervalo entre la decisión de inversión y la producción es reducido. En efecto, para construir un galpón es necesario

25 Como la salmonelosis, el síndrome de caras hinchadas, hepatitis del cuerpo de inclusión, entre otros.

26 Esta crisis fue producto de la epidemia del cólera.

27 Versión power point del "Análisis económico del informe de investigación sobre la presunta concertación en los precios del pollo realizada por la Comisión de Libre Competencia del Indecopi". Carlos E. Paredes. 30 de enero de 1997.

solo disponer de algunos postes, esteras y mallas, y los productores cuentan con un fácil acceso a los canales de comercialización²⁸. Por otro lado, no existen barreras a la importación de ningún tipo. Más aun, existen preferencias arancelarias para la importación de huevos fértiles y las normas sanitarias son mínimas o inexistentes, debido a que los esfuerzos de control del Estado recaían principalmente en las grandes empresas y no en los pequeños productores.

En tercer lugar, la concentración del mercado es relativamente baja. Dada la ausencia de barreras de ingreso, el número de productores a nivel nacional es mayor de 180, de los cuales 100 se encuentran en Lima²⁹. Por otro lado, contrariamente a lo que señaló la Secretaría Técnica, el hecho de que las diez empresas más grandes concentren el 57% de la producción nacional³⁰, lejos de incentivar la colusión, sería un factor que la desalienta.

La concentración sería aun menor debido a que la investigación restringe la definición del mercado al pollo vivo en Lima Metropolitana y Callao, cuando debería tener un alcance nacional, e incluir tanto a los productores informales como a los productores extranjeros y a las ventas de pollo beneficiado y congelado. Las ventas de pollo vivo de las empresas formales representan solo el 60% del total comercializado³¹, debido a que las empresas informales, contrariamente a lo que señala la Secretaría Técnica, tienen menores costos y representan un porcentaje importante del mercado. Este hecho se debe a que el sector informal evade el pago de IGV tanto para la adquisición de insumos como para las ventas, no efectúa aportes al seguro social y tampoco invierte en tecnología sanitaria.

Asimismo, se observa una alta presencia de productores de otros departamentos, como La Libertad, Áncash, Ica y Arequipa, en el mercado de Lima, y viceversa. Por último, no se ha considerado la presencia de competidores internacionales que traen pollo congelado, el cual se vende con bastante éxito en los supermercados.

Otra de las características del mercado que dificultan cualquier tipo de acuerdo es la alta elasticidad de la demanda de pollo, debido a que posee varios sustitutos importantes. Las elasticidades cruzadas del pollo con otros alimentos calculadas por el INEI³², tanto con el jurel como con el sancochado y el

28 Las empresas productoras resaltaron que en ningún momento se habría negado el acceso a la comercialización por medio del CADA-LMC a productores de fuera del CPPC. La informalidad sería una de las razones más importantes por las que este canal no concentraba la mayor parte de las ventas totales del pollo vivo.

29 Recurso de apelación de Molinos Mayo S.A., San Fernando S.A. y Granja Los Huertos S.A., 4 de octubre de 1996.

30 Asimismo, al analizar la concentración de la producción a nivel de Lima Metropolitana y Callao de las diez empresas principales incluidas en el proceso, esta asciende al orden de 61,36% en promedio, a lo largo del período de investigación (mayo de 1996 - julio de 1997).

31 "Análisis económico del informe de investigación sobre la presunta concertación en los precios del pollo realizada por la Comisión de Libre Competencia del Indecopi". Carlos E. Paredes, 30 de enero de 1997.

32 "Elasticidad de la demanda de los principales bienes y servicios consumidos por las familias de Lima Metropolitana". INEI, Lima, mayo de 1996.

churrasco, demostrarían que estos son buenos sustitutos del pollo³³. Por otro lado, el pescado contaba con una ventaja importante sobre el pollo debido a que no está afecto al IGV.

Por último, indicaron que la demanda inestable de la industria haría muy complicado establecer cuotas de producción y evitar las violaciones del acuerdo. Por ejemplo, la elasticidad ingreso del pollo era de 0,796 en el estrato bajo, 0,681 en el medio y de 0,359 en el alto, lo cual significa que existe una importante sensibilidad de la demanda respecto a variaciones en el ingreso. Asimismo, si bien la Secretaría Técnica señalaba que la elasticidad precio del pollo era baja e igual a 0,76, lo cual facilitaría la colusión, no se tomó en cuenta que la elasticidad precio que enfrenta cada empresa es distinta, puesto que también se encuentra determinada por la participación de cada empresa en las ventas globales. En efecto, la elasticidad de demanda relevante para cada una de las empresas productoras es el valor de la elasticidad precio total dividida entre su participación en el mercado. Tomando en cuenta este criterio, la elasticidad que enfrentaba la empresa con mayor participación en la industria³⁴ era del orden de 3,65 para 1994, 3,66 para 1995 y 3,58 para 1996. Las otras empresas, con menor participación, tenían por definición demandas mucho más elásticas.

d) El comportamiento del mercado no coincide con un mercado cartelizado

La evolución del mercado en el período de análisis sería la mejor prueba de que es imposible formar un cartel. En primer lugar, la historia del sector demuestra que las participaciones de las principales empresas siempre han sido volátiles, al punto que en los cinco años anteriores a la denuncia cinco de las seis empresas líderes salieron del mercado.

Por otro lado, debe señalarse que, por lo general, un cartel tiende a limitar la oferta para aumentar los precios, reduciendo también su volatilidad, y así generar beneficios extraordinarios. En el período de análisis, tanto el precio real del pollo como el precio relativo del mismo con respecto a sus principales insumos tuvieron una tendencia decreciente. Dado que el costo de producción representa alrededor del 90% del precio en granja, la caída del precio relativo del pollo estaría indicando una disminución del margen de ganancias.

Asimismo, la volatilidad del precio, si bien ha disminuido en algunos momentos, sigue siendo demasiado elevada para inferir la presencia de un cartel, más aun si se toma en cuenta que el producto es bastante homogéneo y las economías de escala son pequeñas. También debe destacarse que el sector avícola se encontraba altamente endeudado, de tal manera que los productores tenían fuertes necesidades de liquidez. En este contexto, la posibilidad de concertar volúmenes se hacía muy difícil debido a la presión de los acreedores.

³³ Las elasticidades cruzadas fueron del orden de 0,29 para el jurel, 0,35 para el sancochado y 0,51 para el churrasco.

³⁴ Molinos Mayo S.A. tuvo una participación de 20,83% en 1994, 20,77% en 1995 y 21,22% hasta junio de 1996.

Finalmente, la Secretaría no realiza ningún análisis contrafáctico³⁵ que presente las características y, específicamente, la evolución del precio del pollo que hubiera primado en una situación de libre mercado. Por tanto, no podría afirmarse que el comportamiento de las variables en el período de análisis corresponde a una situación anticompetitiva.

e) Errores en las evidencias presentadas por la Secretaría Técnica

i) La relación peso – precio del pollo

El informe de la Secretaría Técnica plantea que una evidencia importante de la supuesta concertación es la reducción del peso promedio de los pollos, con el propósito de aumentar su precio. Sin embargo, tanto el peso como el precio del pollo son variables endógenas que se ajustan a las condiciones del mercado en una dinámica de mayor demanda, mayor precio y menor peso. Este hecho se debe a que muchos productores aprovechan la coyuntura de precios altos para introducir al mercado una mayor carga de pollos, a pesar de no haber alcanzado estos un peso mayor.

Asimismo, el peso del pollo no es completamente controlable por el productor, debido a que, además de ser función de la edad de venta, también depende de una serie de variables como la composición nutricional del alimento consumido, el estado sanitario, el peso inicial del pollito BB, las condiciones ambientales, la cantidad de equipos³⁶ utilizados en el proceso de crianza, etc. Igualmente, el peso del pollo es parte fundamental de la estrategia empresarial propia de cada empresa, debido a que depende de las preferencias específicas de sus clientes y la estrategia de costos³⁷.

Por otro lado, la idea de que las empresas concertan precios sobre la base del peso promedio es totalmente equivocada, debido a que el peso promedio es resultado de la media de los pesos de las distintas empresas, los cuales son diferentes para cada una de las empresas, con valores tanto por encima como por debajo del valor medio. La verdad era que todas las empresas productoras presentaban pesos distintos, lo cual probaría la ausencia de acuerdos.

Finalmente, la referencia a un peso por debajo o encima del de libre mercado, debería estar apoyada por una estimación previa del peso ideal en situación de competencia perfecta. Es decir, se necesita un escenario contrafáctico que nunca fue estimado por la Secretaría Técnica.

Es decir, un estudio sobre la situación del mercado que correspondería a un contexto de competencia perfecta, considerando tanto la evolución del precio como las participaciones, pesos del pollo, etc.
Comederos y bebederos.

Por ejemplo, como se indica en la apelación de Avícola El Rocío S.A., una estrategia comercial de bajo costo, con alimento balanceado constituido por bajos niveles de energía, implica pollos de menores pesos.

II) El programa de congelado

El programa de pollo congelado, contrariamente a lo señalado por la Secretaría Técnica, no tiene capacidad para incidir en la disminución de la oferta de pollo vivo en Lima y facilitar la manipulación del precio del pollo. Este programa representa una fracción muy pequeña de la producción nacional de pollo vivo. Así, por ejemplo, entre junio y octubre de 1995 representó el 1,2% del total, lo cual permite afirmar que su capacidad para afectar el precio del pollo vivo en Lima es mínima. Asimismo, en el supuesto caso de que el referido programa hubiera tenido éxito en reducir la oferta de pollo congelado, la importancia de este tipo de pollo con relación al pollo vivo sería aun menor.

Las empresas productoras se han mostrado constantemente preocupadas por congelar grandes volúmenes de pollo, desde inicios de 1994, con el propósito de responder a la creciente demanda del mismo por parte de empresas tanto nacionales como extranjeras. La única manera de lograr este cometido era a través de un acuerdo que integrara los esfuerzos de los productores, especialmente cuando se trataba de satisfacer la demanda de las fuerzas armadas y para ello era necesario registrarse en la lista de proveedores. Es por esta razón que se ofreció a los productores de pollo carne la posibilidad de participar libremente de dicho programa, para cuyo fin se elaboró un cronograma hipotético que, además, no fue respetado. Por lo tanto, si esta iniciativa conjunta hubiera tenido el propósito de concertar precios, los volúmenes de congelamiento habrían evolucionado de acuerdo a los niveles programados.

III) Importaciones y exportaciones

En cuanto a las importaciones y exportaciones de huevos fértiles, estas últimas han presentado un marcado crecimiento, no obstante que las importaciones también se mantienen por encima del promedio. Las exportaciones de pollitos BB fueron nulas y la producción nacional llegó a su cima en 1995, y fue 14% mayor que en 1994. El intento de la Secretaría Técnica de sancionar el *pool* de exportaciones implica, por lo tanto, confundir acciones gremiales con las de abuso de posición de dominio. Esto, más aun, tomando en cuenta que la apertura comercial actúa en detrimento del poder monopólico, puesto que amplía el universo de adquisición de insumos.

Finalmente, el análisis de la variación de los patrones comerciales sería atemporal, puesto que el tiempo que media entre la importación de huevos fértiles y la comercialización del pollo vivo es de 77 días, por lo que atribuir las variaciones de un mes al control de la oferta el mismo período es un error.

IV) El rol de la APA

El Informe de la Secretaría Técnica considera a la APA como un elemento facilitador de la colusión. Sin embargo, las asociaciones gremiales empresariales incrementan la eficiencia del mercado, permitiendo la coordinación entre productores, lo cual no debe ser confundido con prácticas monopólicas.

En este sentido, cabe resaltar que, tal como se señala en su estatuto, una de las finalidades de la APA es brindar "servicios de orientación informativa sobre producción, mercados, precios y perspectivas de la actividad avícola". Por lo tanto, las estadísticas y recomendaciones entregadas por la APA a sus miembros cumplen un fin simplemente informativo, lo cual no implica la existencia de acuerdos explícitos. Además, mucha de esta información es de conocimiento público. Por ejemplo, la proyección de la producción nacional de pollos BB carne, comentada dentro del CPPC en abril de 1995, fue publicada en el *Boletín de Avicultura* de la APA, el cual tiene un tiraje de más de 1.000 ejemplares.

Las situaciones de exceso de oferta en la industria se presentan de manera reiterada. Como respuesta a este hecho, las empresas productoras siempre tienen las mismas alternativas de solución, como, por ejemplo, beneficiar y almacenar pollo congelado, eliminar reproductoras, cambiar sus patrones de importación y exportación, entre otras. Por lo tanto, proponer estas soluciones en las reuniones del gremio no constituye una forma de concertación, sino solamente una manera de aumentar el flujo de información, debido a que las alternativas son expuestas para que cada quien realice la mejor decisión empresarial tomando en cuenta esta información global, en función a la situación particular de cada productor.

Además, la información detallada de pesos, edad, precios, venta de productos sustitutos, entre otros, que brinda la APA a sus miembros no es una práctica exclusiva del gremio peruano. Por ejemplo, la Cámara Argentina de Productores Avícolas (Capia), fundada en 1962 y anterior a la APA, la cual fue fundada en 1983, realiza diversas actividades de "Planificación estratégica". En estos eventos se realizan, entre otras actividades, proyecciones de la oferta, potenciales de facturación y se brindan referencias de la venta de productos en el mercado interno y de exportación. Más aun, la Asociación Latinoamericana de Avicultura (ALA) resalta entre sus fines el intercambio de conocimiento, tecnología y experiencia.

v) El supuesto intento de fusión avícola

Según la Secretaría Técnica, la Alianza Estratégica Avícola (AEA) constituiría un cartel para controlar precios. No obstante, las empresas involucradas destacaron que esta iniciativa se debió a la necesidad de reducir sus costos de producción, aumentar la productividad, y que, además, dicho acuerdo se habría realizado en el marco de un proceso de fusión. Por otro lado, la prueba principal de la generación de barreras al ingreso y colusión dentro de la AEA es un documento "borrador" y no el reglamento de funcionamiento de la asociación.

El principal objetivo de la AEA era mejorar la eficiencia y reducir los costos de las empresas involucradas, así como del mercado en general. Por ejemplo, se racionalizó personal e infraestructura³⁸, se buscó incrementar la productividad mediante la coordinación de aparatos productivos, se unificó la

38 Por ejemplo, la reducción de granjas reproductoras, racionalización de alimentación y plantas de incubación.

compra de insumos, la producción y las ventas, además de centralizar los pagos en una caja única. La unificación de las ventas se dio designando como lugar de pago a Molinos Mayo S.A., empresa líder del mercado, debido a que esta empresa compraba los insumos a las empresas de la AEA, para aprovechar las economías de escala, y estas le pagaban directamente con sus ventas de pollos, recibiendo los saldos remanentes. No obstante, tanto la facturación como el precio de venta sí se mantuvieron independientes. Por otro lado, la unificación de la producción se dio para determinar la mejor línea genética, estilo de crianza y fórmula alimenticia. Estos hechos son importantes debido a que un cartel no busca optimizar la asignación de recursos productivos, sino mantener estructuras ineficientes, y, asimismo, cada empresa mantenía autonomía con respecto a su estrategia de precios.

Más aun, un análisis "ex post" de este acuerdo llevaría a concluir que este beneficia al consumidor, dado que los costos fijos disminuyeron, sin limitar el ingreso al mercado de las demás empresas que, en conjunto, representaban el 64% de la oferta nacional del producto, de tal manera que la competencia siempre se mantuvo.

La existencia del proceso de fusión fue cuestionada en los descargos de la Secretaría Técnica. No obstante, el primer paso de este proceso se dio a través del intercambio de información, cuando Pricewaterhouse asesoró a las empresas en el diseño de modelos estratégicos de colaboración empresarial. Más adelante, el primer acuerdo formal fue la referida compra de insumos a través de Molinos Mayo, sobre la base de la comercialización centralizada. Si bien es cierto que la fusión no se había concretado en el momento de la investigación, esto se debía a que se estaba realizando una consolidación de deudas, a cargo del grupo San Fernando. En principio, este proceso se dio mediante el mecanismo de compra de insumos antes mencionado, luego de que Molinos Mayo asumiera el pago de obligaciones vencidas contra la entrega de pollos en pie y, más adelante, refinanciara las obligaciones obteniendo créditos a nombre de las empresas asociadas utilizando sus propias garantías. En este sentido, la consolidación de deudas también implicaría absorber los pasivos de las empresas asociadas, lo que, finalmente, sería una manera de integración empresarial. Sin embargo, en el momento de la apelación, los créditos se obtenían en forma individual, luego de haber reestructurado las obligaciones vencidas mediante un banco de inversión.

La utilización de un documento "borrador" por parte de la Secretaría Técnica, en lugar del documento final de los lineamientos de la AEA, generó una serie de tergiversaciones. Por ejemplo, la mención de "creación de barreras de entrada" sería un error de redacción; corregido en el documento final, de las opiniones vertidas en las sesiones iniciales de la AEA, y no un intento de boicot a nuevas empresas.

Es por esta razón que la Secretaría Técnica considera que el pedido de normas sanitarias mínimas por parte de la AEA constituye una barrera de ingreso de competidores, cuando en realidad solo se buscaba evitar la propagación de plagas. Más aun, la cooperación en este aspecto es crítica, debido a que los productores avícolas suelen considerar la administración sanitaria como un secreto industrial y, dado que los problemas infecciosos son manejados en forma confidencial, los riesgos de propaga-

ción de enfermedades son mayores. Los intercambios de información sobre estos temas son aun más críticos, debido a que la sanidad es un requisito necesario para lograr calificaciones internacionales que permitan aumentar la competitividad en el mercado externo.

vi) Errores metodológicos

La principal razón por la que la Secretaría Técnica decidió iniciar el procedimiento de oficio contra las empresas productoras de pollo fue el supuesto paralelismo de precios y su utilización persistente para abusar de una presunta posición de dominio. No obstante, su análisis de los precios muestra severas inconsistencias. Por un lado, estos fueron tratados a lo largo del informe de la Secretaría Técnica en términos nominales y no reales, lo que resulta injustificable en un contexto en el que la inflación anual todavía seguía siendo mayor de 10%³⁹. Tampoco se determinó el precio relativo del pollo vivo respecto a sus principales insumos, dado que estos últimos tienen precios muy variables y tienen una fuerte incidencia en el precio final⁴⁰. Asimismo, tampoco se tomó en cuenta las variaciones del PBI, las cuales inciden significativamente en la demanda del producto. En efecto, el crecimiento del PBI comenzó a desacelerarse a partir de mayo de 1995, fecha de inicio de la denuncia, hasta llegar a valores negativos hacia diciembre del mismo año y mantenerse bajo a lo largo de 1996, para mostrar una tendencia creciente solo a partir de noviembre de ese último año.

Por otro lado, cuando la Secretaría Técnica afirma que la colusión se basó en “un acuerdo para reducir el precio del pollo, con el propósito de incentivar su consumo para eliminar excedentes y luego incrementar el precio para obtener beneficios que no se obtendrían sin dicha práctica”, está sosteniendo indirectamente que la demanda del pollo es inelástica al alza de precios —debido a que aún podrían obtenerse beneficios extraordinarios del aumento de precios— pero elástica a la disminución de los mismos.

3.4 LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 15 de enero de 1997, la CLC emitió la resolución 001-97/Indecopi-CLC, la cual acogió de manera integral el informe final de la Secretaría Técnica, cuya fecha de emisión era el 14 de enero pero que fue publicado conjuntamente con la resolución de primera instancia. Es decir, las empresas denunciadas no tomaron conocimiento de este último informe antes del pronunciamiento de la CLC. Esta es una práctica que, como veremos más adelante, no fue cuestionada sino hasta el año 2003, en la resolución que emitió Tribunal en el caso del SOAT.

39 El promedio en el período de análisis (mayo de 1995 a julio de 1996) de la variación porcentual del IPC de 12 meses fue de 10,98%, según cifras del BCRP. Además, la inflación acumulada en el mismo período fue del orden de 14,5%.

40 Como se mencionó más arriba, el costo de producción representa alrededor del 90% del precio en granja, donde los alimentos (soya, maíz y harina de pescado, principalmente) representan un 60%. Además, del total de insumos, el 40% se adquiere en mercados internacionales.

a) El informe final de la Secretaría Técnica

El Informe 001-97-CLC contenía básicamente la misma descripción de los hechos del informe anterior⁴¹, de tal manera que el único elemento novedoso era el análisis de los descargos y la evaluación final de los acuerdos. El informe concluye señalando que los acuerdos de fijación concertada de precios y de volúmenes de producción, así como los acuerdos de especialización, estandarización de los productos, adquisición conjunta de insumos y comercialización conjunta de los productos, en tanto que permiten o facilitan la determinación concertada de los precios, son infracciones ilegales "per se". En dicho sentido, serían inadmisibles los argumentos de las empresas para justificar dichos acuerdos.

El Informe señaló que aun cuando las leyes vigentes admitieran justificaciones, los acuerdos en cuestión seguirían estando prohibidos dado que no estaba garantizado que existan efectos positivos para los consumidores. Si bien es cierto, como señala en su descargo la Corporación San Fernando, que dichos beneficios podrían tomar la forma de una reducción en el costo del producto, como consecuencia de un uso racional de la capacidad instalada, economías de escala productos de la adquisición conjunta de insumos, reducción de costos por la comercialización conjunta, racionalización de la producción, entre otros, nada garantiza que dichos beneficios sean trasladados al consumidor a través de una reducción en el precio. Asimismo, no existiría razón para suponer que los mismos beneficios podrían ser alcanzados mediante la simple concurrencia de las empresas en el mercado.

También se estableció que el acuerdo para generar barreras de acceso o permanencia en el mercado a productores marginales, informales y extranjeros, constituía otra práctica ilegal sancionable por el artículo 6° del D.L. 701, dado que había sido adoptado por un grupo de empresas que concentraban alrededor del 40% del mercado nacional y 60% del mercado de Lima.

Finalmente, se determinó que los acuerdos dentro de la AEA/IFA debían ser considerados ilegales porque, en primer lugar, contenían restricciones inadmisibles dentro de un proceso de fusión como la concertación de precios o la imposición de barreras de acceso. Y, en segundo lugar, porque se trata de restricciones que no son indispensables ni necesarias para una operación de fusión.

Por todas estas razones, se consideró que los acuerdos realizados por la APA y las 20 empresas denunciadas constituían infracciones al artículo 3° (abuso de posición de dominio) y a los incisos (a), (c) y (h) del artículo 6° del D.L. 701 (fijación concertada de precios, reparto de cuotas de producción y limitación concertada de la producción y distribución).

En cuanto a que algunas empresas no asistieron a algunas reuniones en las que se adoptaron los acuerdos materia de la denuncia, la Secretaría Técnica consideró que ello no implicaba que no hubieran partici-

⁴¹ Informe 000-96-CLC.

pado en dichos acuerdos, dado que todos los miembros de la APA eran informados de las decisiones adoptadas en las reuniones.

El rol de la APA fue considerado fundamental para la realización de los acuerdos, no solamente porque en su interior se elaboraron y diseñaron los mecanismos de control de la oferta y la demanda, sino porque dicha institución coordinó y controló el cumplimiento de los acuerdos. Asimismo, impulsó y coordinó las actividades de beneficio y congelado y además financió dichas actividades. Sin embargo, el CPPC-APA fue excluido del procedimiento porque no cuenta con personería jurídica propia y es uno de los órganos internos de la APA.

Las infracciones señaladas fueron consideradas como muy graves, a pesar de que muchas de las prácticas habían sido promovidas, desarrolladas e implementadas en períodos anteriores de mayor intervención del Estado en el mercado. Esto debido a que los acuerdos realizados entre abril de 1995 y julio de 1996 eran mucho más restrictivos que los que se habían aplicado en el pasado.

Sin embargo, en el momento de determinar los montos de las multas, se tomó en cuenta el hecho de que a pesar de que la gravedad de las infracciones debía implicar sanciones muy altas, debía tomarse en cuenta que "la entrada en vigencia del Derecho de la Competencia implicaba la ruptura de viejas tradiciones empresariales y que, por otro lado, es la primera vez que la Comisión examina prácticas restrictivas como las que han sido materia de la investigación [...] muy arraigadas en las empresas e instituciones del sector"⁴².

De acuerdo con el grado de participación de cada empresa en la formulación, adopción y ejecución de los acuerdos restrictivos, la Secretaría Técnica recomendó las multas que se muestran en el cuadro 3.1.

Cuadro 3.1

MULTAS RECOMENDADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA

Asociación Peruana de Avicultura (APA)	100 UIT
Avícola San Fernando S.A.	1.050 UIT
Molinos Mayo S.A.	1.050 UIT
Granja Los Huertos S.A.	1.050 UIT
Corporación Ganadera S.A.	1.050 UIT
Granjas Avivet Corporación Avícola Germán Orbezo Suárez	384 UIT
Molinera San Martín de Porres S.A.	349 UIT
Alimentos Protina S.A.	348 UIT
Redondos S.A.	248 UIT
Avícola Galeb S.A.	115 UIT
Avícolas Asociadas S.A.	115 UIT

⁴² Informe 001-97-CLC, p. 146194 de las Normas Legales de *El Peruano* del 21 de enero de 1997.

Agropecuaria Villavictoria S.A.	100 UIT
Avícola Rosmar S.A.	75 UIT
Avícola del Norte S.A.	64 UIT
Avícola El Rocío S.A.	64 UIT
El Palomar E.I.R.L.	60 UIT
Agropecuaria El Pilar S.A.	56 UIT
F. Car S.A.	37 UIT
Agropecuaria Contán S.A.	30 UIT
Granjas Reproductoras El Hatillo S.A.	10 UIT
Haidarliz S.A.	10 UIT

b) La resolución de la CLC

La CLC, tal como ya se ha señalado, acogió de manera integral el informe final de la Secretaría Técnica, por lo que la fundamentación de su decisión y las sanciones aplicadas son las mismas. En esta resolución, sin embargo, se analiza la participación de Avícola San Fernando S.A., Molinos Mayo S.A., Granja Los Huertos S.A., Corporación Ganadera S.A. y Redondos S.A. en el diseño e implementación de los acuerdos adoptados en el interior del APA, y cómo esto agravaba su responsabilidad.

Asimismo, se determinó que en el caso de Agropecuaria Contán S.A., Haidarliz S.A. y Granjas Reproductoras El Hatillo S.A., su participación solo había sido probada respecto a los acuerdos y las prácticas desarrolladas entre abril y octubre de 1995, y, asimismo, que estas no participaron en la AEA o IFA, por lo que debían ser exoneradas de responsabilidad respecto a esta infracción.

Por otro lado, se señala claramente que en el caso de las empresas que solo participaron en la primera de las Imputaciones, es decir, la concertación de precios entre mayo de 1995 y julio de 1996, la multa ha correspondido al 2% de sus ventas a través de los Centros de Distribución durante dicho período. Para el caso de las empresas que también han sido encontradas responsables de la segunda infracción, es decir, la concertación tanto de precios como de volúmenes de producción y el establecimiento de barreras de acceso al mercado, la multa correspondió al 4% de sus ventas a través de los Centros de Distribución durante el período de la infracción. Las empresas que han tenido mayor participación en la formulación, adopción y ejecución de los acuerdos fueron sancionadas con multas de entre 3% (caso de Redondos S.A.) y 5% (Avícola San Fernando S.A., Molinos Mayo S.A., Granja Los Huertos S.A., Corporación Ganadera S.A.).

En el caso de Avícola Rosmar S.A., la multa fue de solo 1% de sus ventas debido a que, a pesar de haber sido encontrada responsable, puso en práctica cierto tipo de conductas que atenuaron su responsabilidad. Finalmente, en el caso de Agropecuaria Contán S.A., Haidarliz S.A. y Granjas Reproductoras El Hatillo S.A., las cuales pertenecían a un solo grupo empresarial, se consideró la multa máxima vigente en el momento de la infracción, 50 UIT, la cual fue dividida entre las tres empresas, de acuerdo con su volumen de ventas.

c) Precedentes de observancia obligatoria

La CLC estableció que esta resolución constituía un precedente de observancia obligatoria en los siguientes puntos:

- i) Las entidades gremiales se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701.
- ii) La colaboración entre empresas puede resultar económicamente favorable sin provocar objeciones desde el punto de vista del derecho de la competencia. Desde esta perspectiva, los siguientes acuerdos no restringen la competencia: (a) acuerdos para conseguir información que les permita tomar decisiones sobre su futuro comportamiento del mercado, de manera autónoma e independiente; (b) acuerdos para exportar en forma conjunta; y (c) acuerdos para realizar publicidad en común sobre determinados productos de la rama.

Con este segundo principio de observancia obligatoria, la CLC habría querido llenar el vacío que dejó la eliminación del artículo 7° del Decreto Legislativo 701, donde se establecía que la Secretaría Técnica podía autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas, cuando: (a) contribuyan a mejorar la eficiencia y los consumidores se benefician de estas mejoras, al mismo tiempo que no se creen barreras de acceso al mercado; (b) protejan o mejoren la capacidad exportadora nacional; (c) permitan adecuar la oferta a la demanda cuando existan tendencias marcadas de disminución en la demanda o de excesos de capacidad; y (d) permitan mejorar el nivel de vida de zonas geográficas deprimidas.

Estas excepciones guardaban mucha semejanza con las que contenía el artículo 81° del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, donde se eximía a las prácticas o acuerdos que "contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: (a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; (b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Dicha eliminación, tal como se señaló en el capítulo 2, fue establecida por el artículo 5° del Decreto Legislativo 788, promulgado el 31 de diciembre de 1994, que declaró en reorganización el Indecopi. Posteriormente, el artículo 6° del Decreto Legislativo 807, promulgado el 16 de abril de 1996, modificó el inciso (a) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701, donde se establecía la prohibición de las concertaciones injustificadas. La nueva norma hacía referencia a las concertaciones en general, de tal manera que quedaba eliminada cualquier evaluación sobre las justificaciones que pudiese tener una práctica concertada.

3.5 LOS FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Las empresas denunciadas plantearon dos argumentos de tipo legal. En primer lugar, de acuerdo con el informe legal del estudio Flint Abogados SCRL, las normas contenidas en los Decretos Legislativos 701 y 807, la concertación no es ilícita **per se** sino que prima la **regla de la razón**. Desde de esta perspectiva, debería comprobarse que el comportamiento de las empresas avícolas ha ido en detrimento del consumidor.

En segundo lugar, en el mismo escrito del estudio Flint se señala que las facultades de investigación contenidas en el Decreto Legislativo 807, promulgado el 19 de abril de 1996, han sido aplicadas retroactivamente, esto es, que se han utilizado para indagar sobre hechos ocurridos antes de la vigencia de esta norma. En ese sentido, se sostiene que tal "aplicación retroactiva" sería un vicio de procedimiento que generaría la nulidad de lo actuado.

En lo que respecta a los argumentos económicos, plantearon que de acuerdo con el informe de Carlos Paredes⁴³, el espíritu de la legislación en el Perú y el resto de países es que se resguarde el bienestar del consumidor y se alcancen niveles de eficiencia consistentes con mercados competitivos. En este sentido, solo deberían sancionarse aquellas conductas que consigan aumentar los precios o reducir los volúmenes de producción de manera efectiva, respecto de un escenario sin colusión.

Por lo tanto, sería contraproducente sancionar acciones gremiales que no solamente no van en detrimento del consumidor, sino que lo benefician en el largo plazo. Dicho beneficio, resultante de una mayor eficiencia del sistema económico, no podría alcanzarse por el accionar independiente de las empresas, sino que requiere de acciones coordinadas.

En segundo lugar, se hizo referencia a la extrema volatilidad del precio del pollo fresco, la cual sería la mejor muestra de la escasa capacidad de los productores para regular el precio. Dicha volatilidad, por otra parte, no beneficia ni a los consumidores ni a los productores. Las acciones tomadas por las empresas denunciadas no serían sino una respuesta racional a dichas fluctuaciones, para minimizar los daños que resultan de las variaciones bruscas de los precios. Tal como se señala en el informe de Paredes, "resulta normal y lógico que si un productor observa que sus *stocks* están creciendo de manera excesiva, ajuste su plan de producción para el período siguiente (reduciendo su producción futura) o si tiene dos líneas de producción (llámese pollo vivo y pollo congelado) asigne sus producciones de acuerdo a los precios que enfrenta en ambos mercados"⁴⁴. Esta práctica, que la Secretaría Técnica califica como no consistente con la teoría económica, no es sino una decisión racional y lógica dentro de los criterios más estrictos de competencia.

43 "Análisis económico del informe de investigación sobre la presunta concertación en los precios del pollo realizada por la Comisión de Libre Competencia del Indecopi", Lima, 30 de enero de 1997.

44 Ídem, p. 5.

El aumento de las exportaciones de huevos fértiles, que la Secretaría Técnica califica como un mecanismo de colusión fue también una respuesta normal a la contracción de la demanda, como ocurre en cualquier mercado. En el informe de Carlos Parodi⁴⁵, se señala que las medidas adoptadas por el gobierno para enfriar la economía en el tercer trimestre de 1995 habrían llevado a las empresas a aumentar sus exportaciones. Estas comenzaron a disminuir una vez que la economía volvió a retomar un ritmo rápido de crecimiento, a finales de 1996.

Por otro lado, cuando la Secretaría Técnica hace referencia a un "acuerdo para reducir el precio del pollo, incentivando el consumo del producto como estrategia para efectuar una eliminación conjunta de excedentes, para luego incrementarlo y obtener beneficios que no se obtendrían sin dicha práctica", se está aseverando que la demanda de pollo es elástica a la baja, pero inelástica al alza. Dicha suposición debería estar sustentada con evidencias estadísticas de que los consumidores se comportan efectivamente de esa manera, así como con estimaciones de los beneficios que obtendrían los consumidores ante un comportamiento distinto del mercado.

Lo mismo se puede decir respecto a la publicidad conjunta que la Secretaría Técnica considera como una prueba irrefutable de concertación. Esta es una medida natural que busca aprovechar economías de escala y que lejos de constituir una práctica que vaya en contra de la eficiencia del mercado, la incrementa ahorrando recursos al sistema económico y evitando el despilfarro.

En el supuesto negado de que las coordinaciones realizadas en el interior de la APA hubieran estado orientadas a estabilizar el precio de pollo, muchas empresas con dificultades financieras se hubieran podido salvar de la quiebra, evitando de esta manera una mayor concentración del mercado, lo cual habría ido en detrimento del consumidor.

En tercer lugar, se señaló que se habían cometido graves errores conceptuales que llevaron a sobreestimar las posibilidades de las empresas denunciadas para manipular los precios a su favor. Para que un cartel funcione como tal, deben cumplirse tres requisitos básicos: (i) capacidad para manipular los precios; (ii) existencia de fuertes barreras a la entrada; y (iii) mecanismos de sanción para las empresas que traicionan los acuerdos. El informe de la Secretaría Técnica no presentaría ninguna evidencia de existencia de estos tres elementos.

En efecto, en el mercado de pollos vivos en el Perú no existen barreras naturales ni artificiales y existe un sector informal importante, de tal manera que sería imposible hacer efectivo un cartel. Esta afirmación se ve reforzada por el propio informe 001-97-CLC, puesto que en la página 14 se señala actualmente que "la presencia de proveedores extranjeros en las diferentes etapas de la cadena productiva, sobre todo a nivel de la producción del huevo fértil de pollo BB carne ha generado un ambiente muy competitivo" en el mercado de dichos productos agrícolas.

⁴⁵ "Análisis económico del caso del pollo: ¿concentración o ajuste del mercado". Lima: Universidad del Pacífico, mayo de 1997.

Por otro lado, tal como se señala en el informe de Carlos Parodi⁴⁶, una característica importante de la actividad avícola es el fácil acceso. La infraestructura que se requiere para la crianza de pollos a nivel artesanal es mínima. Existen abundantes terrenos eriazos disponibles, los controles sanitarios son mínimos, existe una gran facilidad para obtener insumos fuera del circuito formal y la Sunat prioriza sus controles en las empresas formales de gran tamaño. Todos estos factores facilitan la informalidad y la entrada de nuevas empresas, de tal manera que la competencia potencial regula de manera automática lo que ocurre dentro del mercado.

En efecto, si en un mercado existen pocas empresas y el ingreso es fácil, cualquier intento de subir los precios para obtener mayores ganancias llevaría a la entrada inmediata de nuevos competidores. En este contexto, no existen condiciones para que se pueda dar una colusión de precios exitosa.

Finalmente, se hizo referencia a que la definición del mercado utilizada en el referido informe era muy arbitraria, puesto que su cobertura se limitaba al pollo vivo comercializado en el área geográfica de Lima Metropolitana y el Callao. Es decir, no se tomó en cuenta al pollo beneficiado fresco, refrigerado o congelado, ni tampoco a la producción informal de pollos, o a los pollos producidos en otras regiones del país. De acuerdo con un informe preparado por Apoyo⁴⁷, el abastecimiento del pollo vivo a través del CADA representa alrededor del 60% del comercio formal de dicho producto en Lima. Asimismo, se estima que 30% del pollo vivo consumido en Lima se comercializa a través de canales alternativos al CADA, y una buena parte de dicha comercialización es de origen informal.

3.6 LA RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La resolución 276-97-TDC del 27 de noviembre de 1997 confirmó en parte la resolución de primera instancia. Veamos a continuación cada uno de los temas tratados por el Tribunal.

a) Sobre la retroactividad de las facultades de investigación

El Tribunal señaló que los artículos 1° al 10° del Decreto Legislativo 807 y el 14° del Decreto Legislativo 701 (modificado), es decir, las disposiciones legales que contienen las facultades de investigación de la CLC, son normas de carácter procesal, mas no de carácter sustancial o material.

En el presente caso, la CLC aplicó las normas procesales vigentes en el momento del inicio del procedimiento, es decir, no modificó ninguna situación procesal anterior ni aplicó las normas vigentes para atribuir sus efectos a hechos procesales que ya habían surtido efecto. Por lo tanto, no ha existido una aplicación retroactiva de las normas procesales y, en consecuencia, no corresponde declarar la nulidad del procedimiento.

46 Ídem.

47 "Factores determinantes de la competitividad del sector agrícola formal en el Perú". Lima, 1997, Cap. 3.

b) Aplicación del principio de la ilegalidad *per se* o de la regla de la razón

Treinta días antes, el 28 de octubre, el Tribunal había emitido la resolución 206-97-TDC con un precedente de observancia obligatoria importante respecto a qué reglas aplicar a acuerdos de fijación de precios o reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a otros acuerdos lícitos. En esta resolución, el Tribunal declaró infundada la denuncia de la empresa CIVA S.A. (CIVA) contra la Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. (Mariscal Cáceres), por reparto de mercado y fijación de tarifas en uno de los locales de esta última. CIVA había arrendado una parte de las instalaciones de un terminal terrestre perteneciente a Mariscal Cáceres, para brindar servicios de venta de pasajes, recepción y entrega de encomiendas, y embarque y desembarque de pasajeros. La cláusula séptima del contrato establecía que CIVA se comprometía a respetar el reglamento interno de Mariscal Cáceres, el mismo que declaró conocer, pactándose que el incumplimiento de cualquiera de dichas obligaciones acarrearía la resolución inmediata del contrato.

En el reglamento interno se establecía que Mariscal Cáceres era la administradora de los servicios que se brindaban en el referido local “a fin de regular las relaciones entre las empresas usuarias del mismo [...]”. Asimismo, en la cláusula octava se indicaba cuáles eran las empresas usuarias del terminal y las rutas de transporte que tenían las mismas, y en la cláusula décima se establecía que dichas empresas se comprometían a no hacer uso de las rutas de otro usuario, salvo que la titular de la ruta respectiva lo autorizara por escrito. Por otro lado, en la cláusula décimo tercera se señalaba que las tarifas por ser cobradas por las usuarias del terminal serían determinadas por la administración.

Cuando CIVA comenzó a utilizar las rutas de otros usuarios con tarifas menores a las establecidas, Mariscal Cáceres resolvió el contrato de alquiler y le solicitó que se retire del terminal. Fue en este momento que CIVA presentó su denuncia ante la CLC.

En su escrito de denuncia, CIVA manifestó que nunca había suscrito el reglamento interno mencionado y que el mismo constituía un “acuerdo de cartel” mediante el cual la denunciada buscaba restringir su actividad económica, toda vez que no le permitía operar en la ruta Lima – Tacna – Lima a pesar de que había obtenido la concesión del Ministerio de Transportes para operar en la misma. Según el dicho de la denunciante, lo que buscaba Mariscal Cáceres con “dichos actos” era beneficiar a la empresa Expreso Cruz del Sur S.A., “a fin de que logre una posición dominante en el mercado del sur del país”. Finalmente, indicó que “la restricción no solo se limitaba a las rutas que podía operar sino también a los precios a cobrar”, pues al dejar la determinación de las tarifas a cargo de la administración, “no les dejarían establecer los precios en base a la ley de la oferta”.

El Tribunal señaló que los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado debían ser declarados ilegales *per se* solo cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir, cuando sean acuerdos **desnudos** o **puros**. En cambio, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración

o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate (doctrina de las *ancillary restrictions*), deberán ser analizados caso por caso con el propósito de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales, corresponderá declarar su ilegalidad.

En la resolución se establecieron tres condiciones para que los acuerdos accesorios o complementarios sean considerados legales⁴⁸:

- i) Deben ser realizados como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia.
- ii) Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño.
- iii) Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

Desde esta perspectiva, los acuerdos materializados en el reglamento interno del terminal propiedad de Mariscal Cáceres no eran ilegales *per se*, toda vez que se habían realizado entre empresas que cooperan entre sí brindando el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros en un lugar común y que, en ese sentido, tenían como finalidad brindar un servicio más completo a los consumidores compitiendo en mejores condiciones en el mercado. Esto significa que lo que buscaban dichos acuerdos no era esencialmente restringir la competencia, sino hacer de dicho terminal una entidad sólida y altamente competitiva en el mercado.

Por otro lado, el terminal de propiedad de Mariscal Cáceres tampoco puede ser considerado como una facilidad esencial para llevar a cabo dicho servicio, toda vez que cada empresa puede brindar el mismo por cuenta propia o desde otro terminal, sin que sea necesario que restrinjan su derecho a fijar tarifas o dividirse rutas. En consecuencia, los acuerdos en cuestión cumplían las tres condiciones señaladas más arriba para ser considerados legales.

Este principio de observancia obligatoria guarda mucha semejanza con el que, tal como vimos más arriba en el inciso (c) de la sección 3.4, la CLC estableció en su resolución para el caso que aquí estamos analizando. Sin embargo, llama la atención el hecho de que el Tribunal no haya hecho mención alguna a la decisión de la primera instancia, a pesar de que esta fue emitida el 15 de enero. Todo parece indicar que recién tomó conocimiento de la misma en el momento de resolver la apelación del presente caso.

⁴⁸ Estas tres condiciones fueron tomadas textualmente del libro del juez estadounidense Robert Bork (1978, p. 279), quien a su vez se basó en el famoso fallo del juez William Howard Taft en el caso *Addyston Pipe* (1898).

Las excepciones que señaló el Tribunal tenían un carácter más general, puesto que referían a cualquier acuerdo de carácter accesorio, mientras que las del CLC eran mucho más puntuales y se limitaban a la obtención de información, la promoción de exportaciones y la publicidad. En el presente caso, sin embargo, el Tribunal restringió la aplicación de sus propios principios de observancia obligatoria a las operaciones de concentración, como, por ejemplo, la fusión. En opinión del Tribunal, las operaciones de concentración pueden modificar las estructuras de las empresas y, por lo tanto, pueden implicar una reducción de costos y una mayor eficiencia productiva. Los simples acuerdos de precios, en cambio, reducen la rivalidad entre las empresas sin generar ninguna reducción real de costos ni mayores eficiencias, puesto que no existe una integración que la genere, y que no necesariamente resultan en una modificación permanente de la estructura de las empresas.

El Tribunal también quiso dejar en claro que cualquier modalidad de concentración empresarial que en la realidad no conlleve una modificación permanente de las estructuras de las empresas involucradas, sino que, por el contrario, constituya una mera simulación o "careta" para ocultar una restricción de competencia entre los agentes económicos, debía ser sancionada como cualquier otra concertación, es decir, debería ser considerada una práctica ilegal *per se*.

En este sentido, las coordinaciones dirigidas a establecer niveles de precios comunes, controles de volúmenes de producción u otras prácticas que restrinjan la competencia antes de que se haya dado una integración efectiva entre las empresas, constituyen prácticas ilegales en tanto los beneficios y eficiencias que pudieran derivarse de la integración referida no se estarían produciendo, y son durante dicho período un simple acuerdo y no una real integración. Dichas conductas solo podrían salir de la esfera de las prácticas ilegales una vez que se produzca una real integración de las empresas.

De acuerdo con este criterio, los acuerdos y las prácticas denunciadas no tendrían el carácter de una integración productiva y, por lo tanto, no habría razón para presumir las ganancias de eficiencia que las empresas señalan en su defensa.

Por otro lado, en lo que respecta a las prácticas restrictivas que se desarrollaron en el interior de la AEA o IFA, el Tribunal señaló que no había razón para considerar dicha concertación como una práctica independiente y, por lo tanto, sancionable de manera distinta. En todo caso, lo que pudo haber existido es un acuerdo para llevar una posición común a las negociaciones entre todos los miembros de la APA.

En cuanto a la creación de barreras de acceso al mercado mediante el proyecto de conformación de la AEA, tampoco habría pruebas suficientes que demuestren que los referidos acuerdos llegaron a adoptarse. En consecuencia, en el extremo de la creación de barreras, corresponde también liberar de responsabilidad a las empresas investigadas.

c) La validez de los medios probatorios

Con respecto al cuestionamiento de las empresas denunciadas sobre el empleo de indicios en lugar de pruebas concluyentes, el Tribunal señaló que esta es una práctica común y aceptada en los casos de prácticas restrictivas de la competencia. La comprobación se realiza, por lo general, sobre la base de pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados. Así, por ejemplo, puede darse el caso de que un indicio, apreciado de manera aislada, no convenza al juzgador, pero que este, apreciado al lado de otros indicios, lo lleve a formarse una auténtica convicción.

d) Los hechos acreditados y la validez de las pruebas

Las pruebas más contundentes, a criterio del Tribunal, estuvieron conformadas por la creación de la comisión de estadística, el análisis específico del mercado en la coyuntura de la "sobreoferta" y la discusión de alternativas de solución conjuntas. Las continuas referencias a un peso "acordado" y la existencia de F.Car para eliminar excedentes con mecanismos de cuotas de congelamiento con base en la participación de cada empresa, también habrían sido mecanismos de concertación. En cuanto a F.Car, resaltaron que el 100% de sus acciones fueron transferidas el 19 de abril de 1996 a los gerentes de Protina, Georbe y San Fernando, lo que confirmaría su uso exclusivo para la concertación.

Por otro lado, en lo que se refiere al problema del paralelismo de precios, se precisó que el precio al que se hace referencia es el precio del pollo en granja, el cual se genera un día antes de que el pollo llegue al centro de acopio. El nivel de precios era comunicado a la APA un día después y, por lo tanto, no se justifica la hipótesis de que los precios eran similares debido a que reflejaban la reacción de las empresas a la información existente en el mercado. En los memorandos encontrados en las empresas, se podía ver claramente cuál iba a ser el "Precio APA" en los noventa días siguientes⁴⁹. Por lo tanto, estos precios no podían reflejar el estado del mercado diario ni las condiciones de oferta y demanda del día. Esto significa que el paralelismo observado en los precios, en un mismo día, dadas las características del proceso de comercialización del pollo vivo en el CADA, solo sería posible mediante la concertación previa de los mismos por parte de las empresas.

El Tribunal señaló asimismo que los acuerdos para bajar el precio también son sancionables, dado que distorsionan el funcionamiento del mercado restringiendo la entrada a nuevos competidores o estabilizándolo en un determinado momento para luego obtener beneficios extraordinarios con una posterior subida del precio. El Tribunal llegó, por lo tanto, a la conclusión de que dichos acuerdos fueron tomados con el objetivo de reducir las pérdidas, tanto mediante la reducción del precio para eliminar los futuros excedentes de producción, como restringiendo la oferta mediante la elevación de los precios.

⁴⁹ Memorándum 162/95-Vtas encontrado en Corporación Ganadera el 13 de noviembre de 1995.

No obstante, el Tribunal señaló su discrepancia con dos de las decisiones tomadas por la CLC. En primer lugar, destacó que si bien coincidía con el precedente de observancia obligatoria establecido en la resolución de primera instancia, donde se señala que la publicidad conjunta no restringía necesariamente la competencia, no compartía el análisis realizado en este caso específico. Mientras que la CLC sostenía que las campañas publicitarias realizadas por las empresas denunciadas causaron graves daños a los productores a los que no se permitió participar, el Tribunal fue más bien de la opinión de que no existían pruebas de que dichas campañas hayan servido de apoyo para restringir la competencia. Asimismo, la incorporación de terceros dentro de la publicidad conjunta es una decisión libre de cada empresa. Por lo tanto, la restricción de convocatoria a esta práctica no sería ilegal y la publicidad en común solo permitiría probar el nivel de contacto de las empresas.

En segundo lugar, se reconoció la importancia de las empresas económicamente vinculadas, es decir, de aquellas que no se dedican a la crianza y comercialización de pollo carne, sino más bien a la crianza y comercialización de reproductoras, o a la producción y comercialización de huevos fértiles, pero que tienen vinculaciones de propiedad con las primeras. Sin mecanismos eficaces entre estas empresas para controlar la producción, sería sumamente difícil realizar los acuerdos. No obstante, no hay pruebas de que algunas de las empresas denunciadas haya participado efectivamente en el acuerdo. Por dicho motivo, decidió liberar de responsabilidad a seis empresas: Agropecuaria Villa Victoria S.A., Avícola del Norte S.A., Granjas de Reproductoras El Hatillo S.A., Haidarliz S.A. y Granja Los Huertos S.A.

Una excepción sería caso de El Pilar S.A., la cual, si bien no integra la APA ni asistió a las reuniones en las que se adoptaron los acuerdos de concertación, registró ventas directas de pollo vivo con las mismas características de las ventas realizadas por las demás empresas infractoras, durante el período materia de investigación

e) El mercado relevante y la concentración del mercado

El Tribunal manifestó su conformidad con el análisis realizado por la CLC respecto a que el pollo era un bien inelástico y que no tenía sustitutos cercanos, puesto que el pollo congelado no competía directamente con el pollo vivo.

En lo referente al argumento de que era improbable que exista concertación cuando el número de productores es elevado, señaló que esta característica del mercado no necesariamente limita la capacidad de las empresas para concertar precios. Un claro ejemplo de ello sería la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de España del 24 de agosto de 1990, que declaró comprobada la existencia de prácticas concertadas de fijación de precios y de producción por parte de 49 empresas avícolas.

Finalmente, en lo que respecta al éxito de la presunta estrategia de concertación de precios, el notorio paralelismo observado a lo largo de todo el período y que destaca especialmente durante los

dieciséis episodios analizados, constituye un importante elemento de prueba de que dicha estrategia habría sido exitosa.

f) La graduación de la sanción

El Tribunal señaló que coincidía con la CLC respecto a que estaba plenamente acreditada la comisión de la infracción. Asimismo, que existían circunstancias agravantes como los perjuicios sufridos por los consumidores, la importancia del pollo en la canasta básica de consumo, la modalidad de las prácticas restrictivas desarrolladas, la dimensión geográfica del mercado afectado, el porcentaje de participación en el mercado de las empresas involucradas, los beneficios extraordinarios obtenidos por las empresas involucradas en el desarrollo de dichas prácticas, el daño causado a los competidores tanto potenciales como efectivos y la duración de las prácticas restrictivas.

Sin embargo, consideró como atenuante el hecho de que entre los meses de mayo de 1995 y abril de 1996 la ley preveía una sanción máxima de 50 UIT por infracciones al Decreto Legislativo 701. Si bien esta escala de multas no sería la aplicable al presente caso, por tratarse de una infracción continuada consumada cuando ya había operado la modificación legislativa que elevó la escala de multas correspondiente, el Tribunal fue de la opinión de que las sanciones debían ser calculadas teniendo esta reforma legal en cuenta.

Asimismo, se consideró el hecho de que no se había encontrado responsabilidad por el desarrollo en común de la promoción "Pollo con Premio" en lo concerniente a la exclusión de otras empresas de la posibilidad de participar en la promoción aludida, y que en el caso de AEA o IFA se ha considerado que de haber existido prácticas restrictivas estas se yuxtaponen a las llevadas a cabo por las demás empresas. Adicionalmente, no ha quedado acreditada la celebración efectiva de acuerdos para la creación de barreras de acceso al mercado por parte del grupo de empresas involucradas en dicha alianza.

Finalmente, se tomó en cuenta la relativa novedad de la legislación antimonopolios peruana, además de la necesidad de que la cultura de mercado y de la competitividad se vaya consolidando a través del rol promotor que le corresponde desarrollar al Indecopi.

En el caso de la APA, la multa fue reducida a 50 UIT, debido a que solo habían participado en los acuerdos 15 de sus 86 miembros. Por otro lado, se consideró que Molinos Mayo y Avícola San Fernando S.A., integrantes del llamado Grupo Ikeda, tuvieron un especial liderazgo en la organización y desarrollo de los acuerdos y prácticas. Asimismo, dado que sus ventas eran de lejos las más altas de todas las empresas involucradas, sus actos generaron mayores perjuicios a los consumidores, por lo que cada una debía ser multada con 450 UIT.

En cuanto a Corporación Ganadera S.A., esta empresa también tuvo un rol importante en la elaboración y propuesta de los acuerdos, y era además el segundo grupo en importancia entre las empresas

sancionadas, en lo que a volumen de ventas se refiere. Por ello, la sanción a dicha empresa se estableció en 340 UIT.

La participación activa de Molinera San Martín de Porres en los acuerdos y el nivel de sus ventas, que la coloca como la tercera entre las empresas sancionadas, la hicieron merecedora de una multa de 220 UIT.

Respecto de las empresas Georbe (Grupo Orbezo Suárez) y Alimentos Protina S.A., cuya participación en los acuerdos y cuyas ventas son similares como grupo, a la primera se le impuso una multa de 140 UIT y a la segunda, una de 130 UIT. La empresa Redondos tuvo un nivel de participación similar, pero, de acuerdo con su nivel de ventas, le correspondió una multa de 100 UIT.

En cuanto a F. Car S.A., dada su participación demostrada en el programa de pollo congelado dirigido a sacar pollo del mercado de Lima con el objetivo de evitar la caída de los precios, se le aplicó una multa de 15 UIT.

En relación con las empresas Avícolas Asociadas S.A., El Palomar E.I.R.L., Avícola Galeb S.C.R.L., Agropecuaria El Pilar S.A. y Avícola El Rocío S.A., se estimó que tuvieron un nivel de participación similar en los acuerdos adoptados, por lo que correspondía hacer diferencias en las multas solo en función de los niveles de ventas correspondientes, y se establecieron dichas sanciones en 50 UIT, 20 UIT, 50 UIT, 25 UIT y 30 UIT, respectivamente.

En cuanto a la empresa Agropecuaria Contán S.A., dado que solo se comprobó su participación en los acuerdos durante el período marzo de 1995 – abril de 1996, la multa que le correspondió fue de 20 UIT. Respecto a la empresa Avícola Rosmar S.A., dado su menor grado de participación en los acuerdos, en especial aquellos adoptados durante el período de control de la oferta y eliminación de excedentes en el segundo y tercer trimestre de 1995, le correspondió una multa de 30 UIT. En el cuadro 3.2 se muestra la relación de multas aplicadas.

Cuadro 3.2

MULTAS IMPUESTAS POR EL TRIBUNAL

Asociación Peruana de Avicultura (APA)	50 UIT
Avícola San Fernando S.A.	450 UIT
Molinos Mayo S.A.	450 UIT
Corporación Ganadera S.A.	340 UIT
Granjas Avivet Corporación Avícola Germán Orbezo Suárez	140 UIT
Molinera San Martín de Porres S.A.	220 UIT
Alimentos Protina S.A.	130 UIT
Redondos S.A.	100 UIT

Avícola Galeb S.A.	50 UIT
Avícolas Asociadas S.A.	50 UIT
Avícola Rosmar S.A.	30 UIT
Avícola El Rocío S.A.	30 UIT
El Palomar E.I.R.L.	20 UIT
Agropecuaria El Pilar S.A.	25 UIT
F. Car S.A.	15 UIT
Agropecuaria Contán S.A.	20 UIT

g) Sobre los precedentes de observancia obligatoria de la CLC

Finalmente, el Tribunal ratificó los criterios aprobados por la Comisión de Libre Competencia en la resolución 001-97-Indecopi/CLC, con las siguientes modificaciones:

- I) Las entidades gremiales se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701 y, por lo tanto, se encuentran obligadas a respetar las normas que regulan el ejercicio de la libre competencia. Si bien dichas entidades pueden tener dentro de sus fines el recolectar y difundir entre sus miembros diversa información sobre el sector al que pertenecen así como realizar estudios de mercado, pueden incurrir en una restricción de la competencia, prohibida por los artículos 3° y 6° del Decreto Legislativo 701, si limitan la libertad de acción de sus miembros o realizan recomendaciones o establecen conclusiones anticipadas, de forma que provoquen un comportamiento uniforme de sus agremiados en el mercado. Igualmente, pueden incurrir en prácticas prohibidas por los artículos 3° y 6° del Decreto Legislativo 701 cuando, de cualquier modo, instrumentan, divulgan, notifican, controlan, realizan o financian cualquier actividad tendente a la materialización de un acuerdo o decisión anticompetitiva adoptada en su interior por las empresas miembros.
- II) La colaboración entre empresas puede resultar económicamente favorable y podrá considerarse que los acuerdos adoptados para tal fin no restringen necesariamente la competencia cuando: (a) tengan como único objeto conseguir en común informaciones que las empresas requieren para determinar autónoma e independientemente su futuro comportamiento en el mercado; y (b) tengan como único objeto la realización de publicidad en común sobre determinados productos de una rama o identificados por una marca común.

Finalmente, señaló que de acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701, las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción deben sancionarse de acuerdo a la regla **per se**. Ello implica que la sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se le debe aplicar la sanción legalmente prevista. En ese sentido, "para considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir, el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir los efectos perjudiciales mencionados".

3.7 COMENTARIOS FINALES

Este caso ha sido, posiblemente, el más importante y espectacular de todos los que se han resuelto en el Indecopi, por el tipo de actividad, el número de empresas y los volúmenes de ventas involucrados, así como el despliegue de recursos, el empleo de los medios de difusión y el aprovechamiento que supo hacer el gobierno de turno para aumentar su popularidad. Los funcionarios de la Secretaría Técnica ingresaron a las empresas e incautaron todos los medios probatorios que consideraron pertinentes: memorandos, cartas, informes internos, como pocas veces se ha visto hacerlo.

También se trata del caso más largo, puesto que la apelación de las empresas denunciadas a través de la vía judicial recién fue resuelta por la Corte Suprema en diciembre del 2010, es decir, trece años después de la resolución del Tribunal.

Lo primero que llama la atención a un observador independiente es la necesidad de emitir precedentes de observancia obligatoria, tanto por parte de la CLC como del Tribunal, para evitar que todos los acuerdos horizontales señalados en el artículo 6° del Decreto Legislativo 701 sean considerados ilegales *per se*. Como vimos más arriba, el 31 de diciembre de 1994 el gobierno había eliminado el artículo 7° del Decreto Legislativo 701, donde se establecía que la Secretaría Técnica podía autorizar ciertos acuerdos horizontales con efectos restrictivos sobre la competencia; y, pocos meses después, en abril de 1995, modificó el inciso (a) del artículo 6°, que permitía distinguir entre concertaciones de precios justificadas e injustificadas.

Creemos que a cualquier analista perspicaz le resulta curioso el hecho de que a las pocas semanas de producidas estas modificaciones, el Indecopi haya comenzado a investigar las presuntas concertaciones del precio de la harina de trigo por parte de diecinueve empresas molineras y del precio del pollo en el caso que aquí estamos comentando. Ambas investigaciones se realizaron de manera simultánea y existían fuertes rumores de que en ambos casos había presiones políticas importantes para que las empresas sean consideradas responsables de haber coordinado alzas en los precios. Debe recordarse que las elecciones de 1995 concluyeron con la reelección del presidente de turno. En el caso de las empresas molineras, la CLC declaró fundada la denuncia de oficio contra once de las empresas denunciadas, mediante la resolución 047-95/Indecopi-CLC del 25 de noviembre de 1995.

Tal como puede observarse, la resolución de primera instancia para el presente caso se produjo a menos de dos meses de la del caso de la harina de trigo. Sin embargo, a pesar de que ambos casos eran muy similares en cuanto a las pruebas, es decir, los movimientos paralelos en los precios y la reducción en la dispersión de precios, fue en este caso que la CLC creyó necesario aplicar un principio de observancia obligatoria.

Parecería ser que, a diferencia del caso de las empresas molineras, las restricciones resultantes de los acuerdos y las prácticas realizadas por las empresas avícolas no eran tan abiertas o "desnudas". Es decir que la CLC quería reconocer la racionalidad económica detrás de la obtención de información

en forma conjunta, así como de las campañas publicitarias de carácter gremial y los acuerdos de exportación. Por lo tanto, quería evitar que estos acuerdos sigan siendo considerados ilegales *per se*, a pesar de que en el presente caso consideró que los acuerdos en cuestión habían contribuido a poner en práctica los acuerdos para alterar los precios del mercado en su favor.

Lo mismo parece haber ocurrido con el Tribunal cuando emitió la resolución 206 en el caso CIVA contra Mariscal Cáceres. Sin embargo, en el presente caso todo parece indicar que quiso dar un paso atrás, limitando las excepciones a los acuerdos de integración. Por alguna razón que resulta difícil comprender, el Tribunal consideró que solo la integración de activos físicos puede tener efectos importantes sobre la eficiencia económica, mientras que los acuerdos de otro tipo no los pueden tener. La teoría económica considera que los *joint ventures* o alianzas estratégicas pueden ser igualmente eficientes cuando un grupo de empresas busca conseguir objetivos comunes. En efecto, tal como señala Bork (1993 [1978]: 264):

“Tanto el crecimiento interno (de la empresa) como la fusión horizontal eliminan la rivalidad y lo hacen de manera más permanente que los acuerdos para establecer carteles. En los dos primeros casos los precios y los mercados se determinan en el interior de las empresas. La razón por la que estas eliminaciones de la rivalidad no son consideradas ilegales *per se* es porque involucran una integración de actividades productivas y están, por lo tanto, en capacidad de crear eficiencia. La integración de contratos (incluyendo aquellas integraciones que involucran acuerdos para fijar precios y dividirse el mercado) también son capaces de producir eficiencia. Las leyes de integración de contratos y de integración de la propiedad deberían ser, por lo tanto, consideradas en forma simétrica. No existe justificación para suspender la regla de la ilegalidad *per se* en un caso y no en el otro”.

Por otro lado, daría la impresión de que el Tribunal hubiera querido expresar su simpatía hacia las fusiones de empresas y su oposición frente a una ley que las regule. Sin embargo, tanto la teoría económica como la experiencia sugieren que las fusiones pueden resultar mucho más peligrosas que los acuerdos entre empresas, dada su mayor capacidad para bloquear el ingreso de competidores y subir los precios.

En lo que respecta al fondo del asunto, todo parece indicar que las empresas denunciadas no tenían suficiente capacidad para manejar los precios y mucho menos para obstruir el ingreso de nuevos competidores. Estaba claramente comprobado que existían más de 180 empresas en el mercado y que las diez más grandes apenas llegaban a concentrar el 57% de la producción total. Asimismo, la entrada y salida del mercado era sumamente fácil, especialmente para las pequeñas empresas. Por otro lado, el mercado que la primera y la segunda instancia consideraron relevante era el del pollo vivo, lo cual podía resultar justificable desde una perspectiva estática pero no desde un contexto dinámico en el que los supermercados venían ganando cada vez mayor poder en la negociación de los precios.

También debió haberse analizado con mayor detenimiento la hipótesis de que los acuerdos entre las empresas avícolas no pretendían elevar los precios sino estabilizarlos. Es decir, eliminar los picos, lo

cual si bien es cierto que impediría que los consumidores se beneficien de las caídas bruscas de los precios, también permitiría evitar que ellos se vean perjudicados por la ausencia de alzas repentinas. Esta mayor estabilidad de los precios incentivaría la inversión, lo que redundaría en un mayor beneficio para la sociedad en el largo plazo.

En otras palabras, se trataba de una acción concertada que posiblemente habría traído más beneficios que costos para la sociedad, puesto que en ningún momento se acordaron acciones para bloquear el ingreso al mercado. La decisión del Tribunal fue desconcertante porque dio la impresión de que si las mismas acciones se hubieran tomado dentro de un proceso de fusión, no las habría considerado ilegales.

Por otro lado, es importante señalar que si el Tribunal estaba facultado, de acuerdo con el Decreto Legislativo 807, a emitir resoluciones de observancia obligatoria para interpretar las leyes sobre competencia, debió haber aprovechado la oportunidad para abrir el paso hacia una aplicación plena de la **regla de la razón**. En lugar de ello, optó por una aplicación restringida, repitiendo casi textualmente los principios de observancia obligatoria que había señalado la CLC, pero eliminando la referencia a los acuerdos para la exportación. Y, por otro lado, prefirió restringir en lugar de ampliar la aplicación de los principios de observancia obligatoria que él mismo había establecido un mes antes en la resolución 206, para aplicarla exclusivamente a las fusiones.

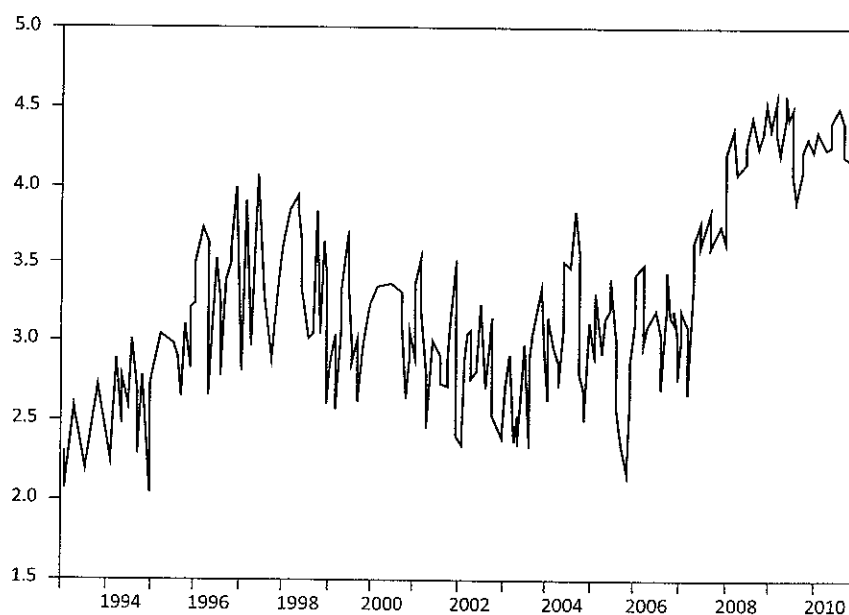
Finalmente, es importante analizar la evolución de los precios antes y después de la concertación de precios. Tal como se puede apreciar en el gráfico 3.9, el pollo siempre ha tenido una tendencia fluctuante y no existe evidencia de que su precio haya tenido una menor volatilidad entre los años 2000 y 2010. Incluso el gráfico muestra que luego del alza brusca de S/. 3,63 a S/. 4,35 entre enero y marzo del 2008, es decir, casi 20% en tan solo dos meses, el precio del pollo se mantuvo mucho más estable que en todos los años anteriores.

Tal como se puede apreciar en el gráfico 3.9 y en el cuadro 3.1, entre 1995 y los primeros meses del 2007 el precio nominal del pollo se mantuvo en un rango comprendido entre S/. 2,80 y S/. 3,40, y el coeficiente de variabilidad nunca fue menor de 7% ni mayor de 14%. Dicho coeficiente está calculado con base en los precios mensuales del pollo. Sin embargo, en la segunda mitad del 2007 se inició un proceso de alza que alcanzó su nivel máximo en mayo del 2009 con un precio de S/. 4,58. Dicho proceso, como es sabido, fue consecuencia del aumento de los precios internacionales de la soya y el maíz duro, que son los principales insumos para los alimentos balanceados que consumen los pollos.

El alza en el precio del pollo vino acompañada de una notoria reducción en la variabilidad de los precios, como se puede apreciar claramente en el gráfico 3.9 y en el cuadro 3.3. En efecto, el coeficiente de variabilidad se redujo de 12% a 6% entre el 2007 y el 2008, luego a 5% en el 2009 y a 3% en el 2010. Es decir, en este último año se observó la mayor estabilidad del precio del pollo de los últimos veinte años y, sin embargo, el Indecopi no ha mostrado la menor de sospecha de que haya habido concertación.

Gráfico 3.9

PRECIO MENSUAL DEL POLLO (ENERO DE 1993 – DICIEMBRE DEL 2010) (PRECIO EN CHACRA, S/. POR KG)



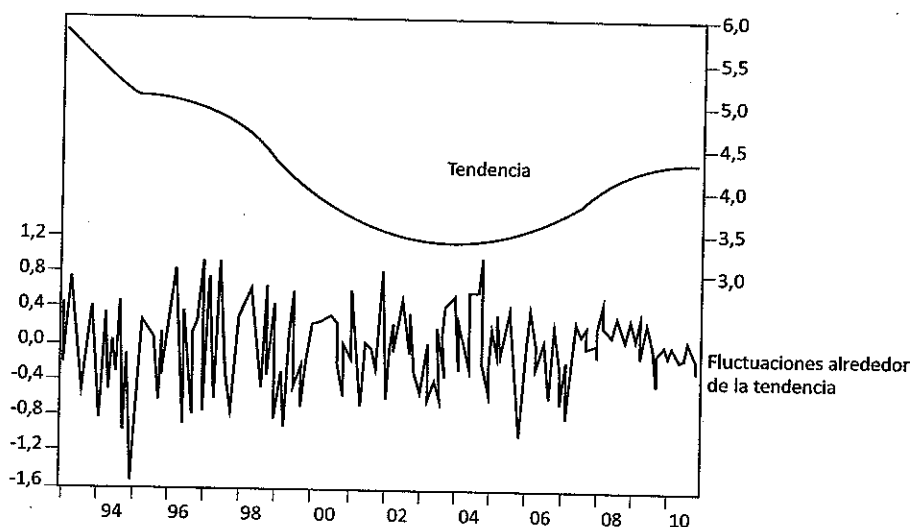
Cuadro 3.3

PRECIO PROMEDIO DEL POLLO Y SU VARIABILIDAD, 1993-2010 (S/. Y PORCENTAJES)

Años	Promedio	Desviación estándar	Coefficiente variabilidad
1993	2,43	0,20	0,08
1994	2,65	0,25	0,10
1995	2,82	0,33	0,12
1996	3,38	0,40	0,12
1997	3,40	0,46	0,14
1998	3,53	0,34	0,10
1999	2,99	0,35	0,12
2000	3,22	0,24	0,08
2001	3,00	0,37	0,12
2002	2,78	0,29	0,11
2003	2,78	0,38	0,14
2004	3,06	0,42	0,14
2005	2,91	0,40	0,14
2006	3,16	0,23	0,07
2007	3,44	0,40	0,12
2008	4,18	0,23	0,06
2009	4,33	0,20	0,05
2010	4,30	0,12	0,03

Gráfico 3.10

PRECIO REAL DEL POLLO: TENDENCIA Y FLUCTUACIONES



Finalmente, se ha calculado el precio real de pollo con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) de Lima Metropolitana, del INEI, cuya base es el año 2009. Tal como se puede apreciar en el gráfico 3.10, el precio real del pollo tuvo una tendencia decreciente entre 1993 y finales del 2004, período que comprende los años de la supuesta concertación. Luego, el precio real se mantuvo relativamente estable entre el 2005 y el 2006, para iniciar un proceso ascendente que duró hasta el 2009. Es notoria la baja volatilidad del precio real del pollo entre los años 2008 y 2010.