

27 de enero de 2010

VISTA:

La investigación preliminar realizada por la Secretaria Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) sobre una presunta práctica colusoria horizontal por parte de Pluspetrol Perú Corporation S.A. (en adelante, Pluspetrol) y Petróleos del Perú – PETROPERU S.A. (en adelante, Petroperú) en la modalidad de acuerdo para incrementar el precio de comercialización mayorista del gas licuado de petróleo (en adelante, GLP); y,

CONSIDERANDO:

I ANTECEDENTES

1. Pluspetrol¹ es una empresa privada cuyo objeto es “[d]edicarse al negocio de explorar, descubrir, explotar, desarrollar, producir, comprar y vender petróleo, gas y otras sustancias de hidrocarburos, líquidos y/o gaseosos y todas y cada una de las distintas actividades a que se refiere la Ley N° 26221 (Ley Orgánica de Hidrocarburos), así como minerales y otros minerales encontrados o producidos en relación con éstos e invertir, retirar la inversión y administrar propiedades de petróleo y gas y contratos de exploración y/o explotación, negocios relacionados con la energía y recursos naturales; construcción y operación de sistemas de transporte de gas y petróleo, fraccionamiento y distribución de gas natural y otros gases provenientes de los hidrocarburos, refinación de hidrocarburos, fraccionamiento y comercialización mayorista y minorista de combustibles líquidos y lubricantes y generación, transporte y distribución de electricidad, así como a cualquier otra actividad relacionada y/o derivada, directa o indirectamente, de las antes mencionadas o distinta a las mismas que sea aprobada por la Junta General de Accionistas, la misma que podrá ampliar, restringir o modificar el presente objeto social”².

¹ Pluspetrol es una empresa integrante del Consorcio Camisea, encargado de la comercialización del GLP. También integran el referido consorcio: Pluspetrol Camisea S.A., Hunt Oil Company of Peru L.L.C. Sucursal del Perú, SK Energy Sucursal Peruana, Sonatrach Perú Corporation S.A.C., Tecpetrol del Perú S.A.C. y Repsol Exploración Perú Sucursal Perú. Esta última pertenece al mismo grupo económico que Refinería La Pampilla S.A.A.

² Según partida electrónica 11246333 de los Registros Públicos de Lima.

2. Petroperú es una empresa estatal creada el 24 de julio de 1969 mediante Decreto Ley 17753. Tiene por objeto la realización de actividades de hidrocarburos de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 26221, Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional.

Mediante Ley 28840, Ley de Fortalecimiento y Modernización de Petróleos del Perú - PETROPERÚ S.A., del 23 de julio del 2006, se excluyó a Petroperú del ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento del Estado - FONAFE, de las normas y reglamentos del Sistema de Inversión Pública – SNIP, y se establecieron procesos para la adquisición y contratación en coordinación con el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE (ahora, Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE)³.

3. La Comisión de Energía y Minas del Congreso de la República (en adelante, la Comisión de Energía y Minas) decidió incluir como tema de agenda en su Vigésima Tercera Sesión Ordinaria del 26 de mayo de 2009, la discusión de la denuncia que habría recibido de la Corporación Peruana de Envasadores de G.L.P. (en adelante, COPEGLP) sobre un presunto incremento coordinado del precio mayorista del GLP.
4. Mediante Oficio 792-2009-CEM/CR del 22 de mayo de 2009, la Comisión de Energía y Minas invitó al Indecopi a participar de su Vigésima Tercera Sesión Ordinaria con el objeto de tratar las condiciones de comercialización del GLP y la posible concertación en su precio de venta.
5. En la Vigésima Tercera Sesión Ordinaria de la Comisión de Energía y Minas no se realizó la discusión sobre la presunta denuncia de la COPEGLP pues no se habría tenido certeza sobre su autenticidad⁴.
6. Mediante Memorándum 283-2009/CCD del 12 de junio de 2009, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal remitió a esta Secretaría Técnica una carta⁵ de la COPEGLP en la que indicó que fue Inti Gas S.A.C. (en adelante, Inti Gas) la empresa que entregó la denuncia a la Comisión de Energía y Minas.

II CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

7. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de la existencia de una práctica colusoria horizontal por parte de Pluspetrol y Petroperú en la modalidad de acuerdo para incrementar el precio de comercialización mayorista del GLP.

³ En: http://www.petroperu.com.pe/PortalWeb/Print_Contentido.asp?Seccion=34&Idioma=

⁴ Folios 32 y 33 del Expediente Preliminar.

⁵ En la Carta COPEGLP/052/2009 del 5 de junio de 2009, se adjuntó los siguientes documentos:

- Carta Notarial de Inti Gas del 29 de mayo de 2009
- Denuncia del 16 de mayo de 2009 sobre presunta concertación de precios entre Pluspetrol y Petroperú.
- Cuadros sobre los precios de venta del GLP de Pluspetrol del 7 de abril al 12 de mayo de 2009.

III ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Prácticas colusorias horizontales

8. Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034.
9. Las prácticas colusorias horizontales son aquellas efectuadas entre empresas que pertenecen al mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización⁶ y normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar dicha competencia en detrimento de los consumidores, otros competidores o los proveedores⁷. Como resultado de ello, por ejemplo, podría producirse de manera artificial, al margen de los mecanismos naturales del mercado, un aumento de los precios o una reducción de la producción, lo que trae como consecuencia una limitación de las opciones del consumidor, una asignación ineficiente de recursos o incluso una combinación de las anteriores.
10. En toda práctica colusoria horizontal, existe un elemento esencial consistente en la conducta coordinada con el objeto de eliminar o restringir la competencia. El Decreto Legislativo 1034 distingue diversas formas como se materializan estas conductas: los acuerdos, las decisiones, las recomendaciones y las prácticas concertadas.
11. Se entiende por acuerdo que limita la competencia o acuerdo colusorio, todo concierto de voluntades mediante el cual varios operadores económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia.
12. Por su parte, las decisiones y recomendaciones son conductas que se presentan en el contexto de asociaciones gremiales y, en general, dentro de cualquier organización que reúna a empresas competidoras.
13. Los entendimientos adoptados por asociaciones de empresas o corporaciones con fines o efectos contrarios a la competencia constituyen decisiones, si tienen carácter vinculante; o recomendaciones, si tienen únicamente carácter orientativo⁸. Dicho de otro modo, el entendimiento es una decisión si es de cumplimiento obligatorio, en virtud de las normas de la asociación en cuyo seno se ha adoptado, o puede no ser obligatorio y tratarse simplemente de una recomendación⁹.

⁶ A diferencia de las prácticas colusorias verticales, realizadas por agentes que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización.

⁷ Ver Informe 001-97-CLC del 14 de enero de 1997 (Expediente 029-96-CLC), sobre concertación en los precios del pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de enero de 1997.

⁸ PASCUAL Y VICENTE, Julio. Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia. En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, Madrid, N° 205, enero – febrero, 2000, p. 11.

⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto. Apuntes de Derecho Mercantil. Navarra: Editorial Aranzadi, 2000, p. 283. En el mismo sentido: BERENGUER FUSTER, Luis. Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia, en: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la

14. Por su parte, las prácticas concertadas hacen referencia a aquella conducta voluntariamente coordinada con la finalidad de restringir o eliminar la competencia, que no puede ser probada por un acuerdo formal suscrito entre agentes económicos. Sin embargo, a partir de la actuación de dichos agentes en el mercado, se puede inferir como única explicación lógica la adopción de una estrategia concertada¹⁰.

3.2. Requisitos para la tramitación de una denuncia por infracción a las normas de libre competencia

15. Los procedimientos sancionadores son iniciados de oficio, por iniciativa de la propia autoridad o por denuncia de parte. Para la tramitación de las denuncias de parte, el artículo 105 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece como uno de sus requisitos que el denunciante presente evidencias sobre la existencia de una infracción¹¹. Es decir, el denunciante tiene la carga de probar su afirmación sobre la comisión de una infracción a través de la presentación de indicios.
16. La exigencia de indicios se explica en la medida en que la autoridad no puede proceder a dar trámite a cualquier alegación, sino solo a aquellas que se encuentren razonablemente sustentadas, de forma que pueda notificarse al denunciado los hechos que motivan el inicio del procedimiento, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar, la sanción que podría generar y la indicación del plazo para ejercer su derecho a formular los descargos que considere¹².

Competencia, D-29, setiembre 1998, p. 186.

¹⁰ La voluntad común de restringir la competencia puede inferirse a partir de "(...) evidencia que tiende a excluir la posibilidad de acción independiente de las [partes]. Esto es, debe haber evidencia directa o circunstancial que lleve razonablemente a probar que [las partes] tienen un compromiso consciente con un esquema común diseñado para conseguir un objetivo ilícito". Traducción libre de: "(...) evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the [parties]. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that [the parties] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective". Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp., 465 U.S. 752 (1984), citado por KOVACIC, William. The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws, 38 Antitrust Bulletin 5, 1993, reproducido en GAVIL, Andrew (Ed.) An Antitrust Anthology. Ohio: Anderson Publishing Co., 1996, p. 84.

¹¹ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 105.- Derecho a formular denuncias

105.1 Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contratos [debe decir contrarios] al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento.

105.2 La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.

105.3 Su presentación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado.

¹² **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

21.2. La resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá contener:

- a) La identificación de agente o agentes económicos a los que se imputa la presunta infracción;
- b) Una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder;
- c) La identificación del órgano competente para la resolución del caso, indicando la norma que le atribuya dicha competencia; y,

17. Esta exigencia tiene como principal fundamento garantizar el derecho al debido procedimiento del denunciado. En efecto, este derecho implica, entre otros derechos, que: (i) no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta; (ii) el derecho a un pronunciamiento en un plazo razonable; (iii) el derecho a conocer todos los aspectos fácticos y jurídicos que sustentan los cargos que se le imputan, desde el inicio del procedimiento.
18. Este razonamiento coincide con lo establecido en diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹³:

16. [...] la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

19. El razonamiento del Tribunal es aplicable, con mayor razón, al inicio de un procedimiento sancionador en el que se contrastan las tesis de las partes respecto de la comisión de una determinada infracción sobre la base de los elementos fácticos y jurídicos presentados por las partes y la verificación posterior de los medios probatorios ofrecidos por éstas.
20. Así, las afirmaciones del denunciante, además de guardar correspondencia entre ellas, deberán encontrarse fundamentadas en los medios probatorios ofrecidos los cuales, analizados de manera conjunta, sustentarían una teoría creíble acerca de la configuración de la conducta anticompetitiva denunciada.
21. En otras palabras, el denunciante debe aportar en su denuncia los indicios sobre aquellos actos o circunstancias que, al ser analizados de manera conjunta por la autoridad, permitirían construir una hipótesis creíble sobre la presunta infracción para el inicio del procedimiento sancionador correspondiente. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo investigado.

d) La indicación del derecho a formular descargos y el plazo para su ejercicio.

¹³ Sentencia del Tribunal del 14 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 8125-2005-PHC/TC, respecto del recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Fernando Garrido Pinto contra la resolución de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 31 de agosto de 2005.

3.3. Realización de la práctica

22. A continuación se analizará si existen indicios razonables de la realización de una práctica colusoria horizontal consistente en el incremento del precio mayorista del GLP. Para ello, inicialmente se determinará si existió una denuncia ante la Comisión de Energía y Minas y, de ser el caso, si dicha denuncia contiene indicios razonables de la realización de una práctica colusoria horizontal.
23. Respecto de la denuncia, cabe indicar que la COPEGLP, en la Vigésima Tercera Sesión Ordinaria de la Comisión de Energía y Minas del 26 de mayo de 2009, negó haberla realizado, según se lee a continuación¹⁴:

*“Como Presidente de la institución de Corporación Peruana de Envasadores de GLP, quiero hacer de conocimiento público que **nuestra corporación jamás ha hecho el documento que se presentó.** Nosotros ni siquiera en las instancias de nuestra organización ni por acuerdo de asamblea general ni por acuerdo de Junta Directiva se hizo tal documento para poder hacer tal denuncia, que para nosotros ha sido sorpresa.”*

(Énfasis agregado)

24. Posteriormente, mediante Carta COPEGLP/052/2009 del 5 de junio de 2009 dirigida al Indecopi, la COPEGLP indicó que fue Inti Gas quien presentó la denuncia ante la Comisión de Energía y Minas, según se lee a continuación:

“... cumplimos con alcanzarle una copia de la carta que nos ha enviado la empresa envasadora INTIGAS SAC, donde manifiesta que su representante legal dejó ante la Comisión de Energía y Minas el documento donde se señala que la rebaja del balón de gas fue un engaño y donde se denuncia la posible concertación de precios entre las empresas Pluspetrol y Petro Perú S.A.”

25. En efecto, en la Carta Notarial del 29 de mayo de 2009 que Inti Gas envió a la COPEGLP, y que fue adjuntada por esta última en su comunicación del 5 de junio de 2009, dicha empresa indicó:

“No es verdad, que Inti Gas, haya tomado el nombre de la Corporación ante la digna presidencia de la Comisión de Energía y Minas del Congreso, por el contrario nuestra visita fue como representante legal de Inti Gas, para hacer conocer que la rebaja del precio del balón fue un engaño, para la cual alcanzamos a la Presidencia de la indicada Comisión, los elementos sustentatorios respectivos y cuya copia adjuntamos (...)”¹⁵

¹⁴ Folio 32 del Expediente.

¹⁵ Se refiere: a la copia del aviso titulado “Rebaja del precio balón (sic) de gas fue un engaño”, sobre la presunta concertación entre Pluspetrol y Petroperú; y, a los cuadros denominados “variación de precios del GLP producido por Pluspetrol del 7 de abril de 2009 al 12 de mayo de 2009”.

26. En consecuencia, de lo expuesto es posible inferir que sí existió una denuncia ante la Comisión de Energía y Minas, la misma que fue realizada por Inti Gas. Por lo tanto, corresponde a continuación evaluar si la referida denuncia contiene indicios razonables de la realización de una práctica colusoria horizontal.
27. Sobre el particular, Inti Gas, en su aviso titulado “Rebaja del precio balón (sic) de gas fue un engaño”, afirmó lo siguiente¹⁶:

“Petro Perú S.A. y PlusPetrol, hicieron acciones concertadas que concluyeron en un aumento de precios; Pluspetrol desde el 21/04/09 al 12/05/09 subió \$ 22.85 por tonelada.

Por su parte, Petroperu S.A. en forma coincidente elimino (sic) descuentos para luego aplicar una escala por volumen que tenía como propósito final aumentar el precio del GLP al consumidor de balones de gas, con mucha aproximación al precio de Pluspetrol.”

28. Como sustento de sus afirmaciones Inti Gas ha presentado diversos cuadros donde solo se registran los precios de Pluspetrol aunque, conforme se pone en la nota final de los cuadros, Pluspetrol y Petroperú habrían desarrollado una conducta destinada a incrementar el precio del GLP a partir del 14 de abril de 2009, según se lee a continuación¹⁷:

“Nota.- El presente cuadro nos muestra, cómo al día 7 de abril el precio se mantenía sin ningún problema para los consumidores, sin embargo, apreciamos cómo a partir del 14 de abril desaparece el Factor GLP, y lo trasladan al factor aportación, con la finalidad de reducir el precio final, debido a que el precio internacional por tonelada baja en \$24.00 (veinticuatro dólares por tonelada) sin embargo en estas mismas fechas [se refiere al 14 de abril], PETRO PERU S.A. pone como precio de lista el mismo precio de PLUS PETROL, y a partir del 22 de abril los precios de ambas empresas empiezan a subir. Es decir Petro Peru retira los descuentos a las empresas nacionales envasadoras de gas y empiezan a comprar GLP a Pluspetrol, lo que origina un incremento de los precios.”

29. Ahora bien, tomando en cuenta la información contenida en la denuncia y sus cuadros adjuntos, se desprende que la práctica podría haberse iniciado desde el 14 de abril de 2009, en tal sentido, y en una perspectiva favorable a la investigación, se tomará esta fecha como inicio de la presunta práctica colusoria horizontal.
30. De esta forma, mediante su denuncia ante la Comisión de Energía y Minas, Inti Gas afirmó la existencia de una presunta práctica colusoria horizontal por parte de Pluspetrol y Petroperú destinada a incrementar el precio de venta mayorista del GLP desde el 14 de abril de 2009; sin embargo, solo presentó información de los precios de Pluspetrol y no de Petroperú, por lo que a partir de dicha

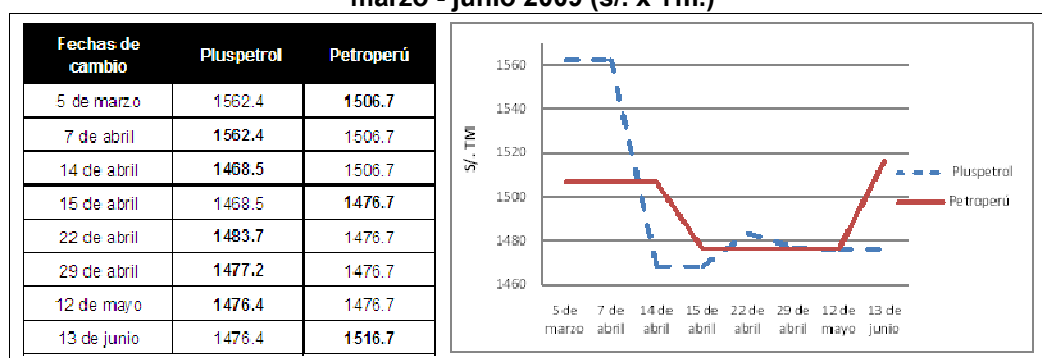
¹⁶ Folio 58 del Expediente.

¹⁷ Folio 60 del Expediente.

información no es posible inferir un presunto comportamiento coordinado entre las referidas empresas.

31. En efecto, de la evaluación de los cuadros presentados por Inti Gas se observa la lista de precios de venta de Pluspetrol, durante el periodo comprendido entre el 7 de abril y el 12 de mayo de 2009, y no la de Petroperú. Por lo tanto, de la información aportada por Inti Gas no se puede inferir ningún comportamiento colusorio entre Pluspetrol y Petroperú, puesto que no permite comparar la evolución de sus precios del GLP y sostener una hipótesis creíble sobre un acuerdo para incrementarlos.
32. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que Inti Gas no ha presentado indicios razonables de una presunta práctica colusoria horizontal entre Pluspetrol y Petroperú para incrementar el precio de venta mayorista del GLP, motivo por el cual no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador.
33. No obstante, sin perjuicio de lo señalado, la Secretaría Técnica ha realizado actuaciones previas con el fin de reunir mayor información que permita verificar o descartar la existencia de indicios razonables de la realización de una práctica colusoria horizontal por parte de Pluspetrol y Petroperú, destinada a incrementar el precio de venta mayorista del GLP.
34. Así, de la información obtenida, se observa que el precio mayorista del GLP de Petroperú¹⁸ cambió en tres oportunidades durante el primer semestre del 2009; a saber, el 5 de marzo, el 15 de abril y el 13 de junio de 2009, mientras que Pluspetrol cambió sus precios en por lo menos cinco oportunidades, conforme se muestra a continuación:

Cuadro 1
Lista de precios del GLP
marzo - junio 2009 (s/. x Tm.)



Fuente: Inti Gas¹⁹ y Petroperú
Elaboración: Secretaría Técnica

¹⁸ En: <http://www.petroperu.com.pe/portalweb/UpLoad/UpLoaded/PDF/COMB-04-2009.pdf>,
<http://www.petroperu.com.pe/portalweb/UpLoad/UpLoaded/PDF/COMB-05-2009.pdf> y
<http://www.petroperu.com.pe/portalweb/UpLoad/UpLoaded/PDF/COMB-06-2009.pdf>

¹⁹ Atendiendo a los precios de mercado, y debido a que Inti Gas no ha especificado el volumen a que se refieren los precios consignados en los cuadros adjuntos a su comunicación del 29 de mayo de 2009, se entiende que los precios presentados por Inti Gas equivalen a una (1) Tonelada del GLP.

35. Del cuadro anterior también se observa que el 14 de abril de 2009 los precios de Pluspetrol y Petroperú no fueron los mismos, y que, entre el 21 de abril y el 12 de mayo de 2009, periodo en el que supuestamente las empresas habrían subido sus precios, Petroperú no los varió, mientras que Pluspetrol los redujo en dos oportunidades (29 de abril y 12 de mayo de 2009)²⁰.
36. Así, de la información analizada no es posible inferir la existencia de un comportamiento coordinado entre Pluspetrol y Petroperú puesto que sus precios no fueron iguales o presentaron tendencias similares. Por lo tanto, el comportamiento de las empresas investigadas no evidenciaría un acuerdo destinado a incrementar el precio mayorista del GLP.
37. En consecuencia, no es posible identificar la existencia de indicios razonables de una práctica colusoria horizontal entre Pluspetrol y Petroperú destinada a incrementar el precio de venta al por mayor del GLP y, por lo tanto, no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra dichas empresas.

Estando a lo previsto en el Decreto Legislativo 1034, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Pluspetrol Perú Corporation S.A. y Petróleos del Perú – PETROPERU S.A. por la presunta comisión de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para incrementar el precio de comercialización mayorista del gas licuado de petróleo.

Francisco Martín Sigüeñas Andrade
Secretario Técnico *Ad Hoc*
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

²⁰ Cabe resaltar que el 15 de abril de 2009 Petroperú bajó sus precios en relación a su lista de precios anterior del 5 de marzo de 2009.