



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



Expediente 001-2012/CLC

Resolución 010-2012/ST-CLC-INDECOPI

18 de junio de 2012

VISTO:

La denuncia interpuesta por Llama Gas S.A. (en adelante, Llama Gas) contra Petróleos del Perú – Petroperú S.A. (en adelante, Petroperú) por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación en la venta de gas licuado de petróleo (en adelante, GLP).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Llama Gas es una empresa dedicada a la comercialización de GLP a granel o envasado en distintas ciudades del Perú (Lima, Arequipa, Cusco, Trujillo, Rioja, Pisco y Pucallpa)¹.
2. Petroperú es una empresa estatal de derecho privado dedicada a la producción y comercialización de combustibles, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 26221² y sus normas modificatorias, complementarias y conexas³.
3. Mediante escrito del 11 de enero de 2012, Llama Gas interpuso denuncia contra Petroperú por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación en la venta de GLP. Específicamente, Llama Gas señaló que, desde hace algunos años, Petroperú se habría negado a otorgarle un descuento que, sin embargo, sí habría otorgado a otras empresas que compiten con la denunciante⁴.

¹ Según Partida Electrónica 01087789 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP.

² Ley orgánica que norma las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional, aprobada el 13 de agosto de 1993 y publicada el 19 de agosto de 1993.

³ Decreto Supremo 024-2002-EM, publicado el 26 de agosto de 2002.

⁴ Ver folios 7 a 9 del Expediente.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000659

4. En ese sentido, Llama Gas solicitó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) que ordene a Petroperú las siguientes medidas correctivas⁵:
 - i. Que cese la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en la venta de GLP.
 - ii. Que le brinde el descuento otorgado a sus competidores.
 - iii. Que le entregue el monto correspondiente a los descuentos que no le fueron otorgados en su momento.
5. El 20 de febrero de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión (en adelante, la Secretaría Técnica) realizó una entrevista a los representantes de Llama Gas con el objeto de reunir mayores elementos de juicio sobre los hechos denunciados.
6. Mediante escrito del 13 de marzo de 2012, Llama Gas presentó determinados medios probatorios con el objeto de aclarar los hechos denunciados.
7. El 29 de marzo de 2012, esta Secretaría Técnica realizó una entrevista a los representantes de Petroperú con el objeto de reunir mayores elementos de juicio sobre los hechos denunciados.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

8. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de que Petroperú incurrió en un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación en la venta de GLP y si, en consecuencia, corresponde admitir a trámite la denuncia interpuesta por Llama Gas.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Requisitos para admitir a trámite una denuncia sobre infracción al Decreto Legislativo 1034

9. A continuación, esta Secretaría Técnica analizará los requisitos para admitir a trámite una denuncia sobre infracción al Decreto Legislativo 1034 y la consecuencia aplicable al incumplimiento de cada uno de ellos.
10. Al respecto, el artículo 128 del Código Procesal Civil⁶, cuya regulación es aplicable al presente procedimiento en cuanto resulte compatible⁷, establece que

⁵ Ver folios 3 y 4 del Expediente.

⁶ Código Procesal Civil
Admisibilidad y Procedencia.-

Artículo 128.- El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



el incumplimiento de un requisito de forma provoca que se declare inadmisible la demanda y que el incumplimiento de un requisito de fondo provoca que se declare improcedente la demanda.

11. Por su parte, el artículo 426 del Código Procesal Civil establece los requisitos de admisibilidad y reconoce la posibilidad de subsanarlos⁸. En cambio, el artículo 427 del Código Procesal Civil establece los requisitos de procedencia y no reconoce la posibilidad de subsanarlos⁹.
12. De acuerdo a lo anterior, los requisitos de forma son subsanables por el demandante y su incumplimiento provoca que se declare la inadmisibilidad de la demanda. En cambio, los requisitos de fondo son insubsanables y su incumplimiento provoca que se declare la improcedencia de la demanda.
13. En lo que se refiere a los requisitos para admitir a trámite una denuncia sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, el artículo 19 establece lo siguiente:

Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte.-

La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:

7

Ley 27444

Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

[Énfasis agregado]

8

Código Procesal Civil

Inadmisibilidad de la demanda.-

Artículo 426.- El Juez declarará inadmisibile la demanda cuando:

1. No tenga los requisitos legales;
2. No se acompañen los anexos exigidos por ley;
3. El petitorio sea incompleto o impreciso; o
4. La vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, salvo que la ley permita su adaptación.

En estos casos el Juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el Juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente.

9

Código Procesal Civil

Improcedencia de la demanda.-

Artículo 427.- El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
 2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
 3. Advierta la caducidad del derecho;
 4. Carezca de competencia;
 5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
 6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
 7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.
- Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.
- Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



- (a) Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes correspondientes, de ser el caso.
- (b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.
- (c) Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible.
- (d) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador. Esta tasa está exceptuada del límite en cuanto al monto establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

14. Por otro lado, el artículo 21.1 del Decreto Legislativo 1034 establece lo siguiente:

Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

21.1. La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOPI, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.

15. Si bien las normas citadas no diferencian expresamente entre requisitos de admisibilidad y requisitos de procedencia, los literales (a), (c) y (d) del artículo 19 del Decreto Legislativo 1034 establecen requisitos de forma, cuyo incumplimiento puede ser subsanado por el denunciante. Así, por ejemplo, si el denunciante no presenta el comprobante de pago de la tasa, bastará que cumpla con presentarlo en el plazo correspondiente para que el requisito se entienda subsanado. Ello, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 125.1 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁰.
16. En cambio, la existencia de indicios razonables de una conducta anticompetitiva y la competencia de la Comisión, establecidos en el literal (b) del artículo 19 y en el artículo 21 del Decreto Legislativo 1034, constituyen requisitos de fondo para admitir a trámite una denuncia sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, cuyo incumplimiento no puede ser subsanado por el denunciante.

Así, por ejemplo, la existencia de indicios razonables depende de la ocurrencia de un hecho en el pasado y, por lo tanto, no es subsanable. En efecto, la existencia de indicios razonables no puede ser materia de subsanación (porque no es posible subsanar un hecho del pasado) sino sólo de acreditación (a través de los medios probatorios aportados por el denunciante u obtenidos por la Secretaría Técnica).

Al respecto, cabe recordar que la Secretaría Técnica puede realizar requerimientos de información u otras actuaciones previas con la finalidad de determinar si efectivamente existen indicios razonables de una conducta

¹⁰

Ley 27444

Artículo 125.- Observaciones a documentación presentada

125.1 Deben ser recibidos todos los formularios o escritos presentados, no obstante incumplir los requisitos establecidos en la presente Ley, que no estén acompañados de los recaudos correspondientes o se encuentren afectados por otro defecto u omisión formal prevista en el TUPA, que amerite corrección. En un solo acto y por única vez, la unidad de recepción al momento de su presentación realiza las observaciones por incumplimiento de requisitos que no puedan ser salvadas de oficio, invitando al administrado a subsanarlas dentro de un plazo máximo de dos días hábiles.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



anticompetitiva. Ello, de conformidad con lo dispuesto por el principio de verdad material, recogido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444¹¹, y las actuaciones previas a la admisión de trámite de una denuncia de parte, reconocidas por el artículo 20 del Decreto Legislativo 1034¹².

17. De acuerdo a lo anterior, los siguientes constituyen requisitos de forma y son subsanables, por lo que su incumplimiento provoca que se declare inadmisibile la denuncia: nombre, denominación o razón social, domicilio y, de ser el caso, poderes del denunciante; identificación de los presuntos infractores, siempre que sea posible; y comprobante de pago de la tasa.
18. En cambio, los siguientes constituyen requisitos de fondo y son insubsanables, por lo que su incumplimiento provoca que se declare improcedente la denuncia: competencia de la Comisión e indicios razonables de la existencia de una conducta anticompetitiva¹³.
19. En lo que se refiere al requisito de indicios razonables, para admitir a trámite una denuncia o para iniciar de oficio un procedimiento sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, es necesario contar con medios probatorios que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
20. La exigencia de indicios razonables se explica en la medida en que la autoridad sólo puede proceder a dar trámite a un procedimiento que se encuentre razonablemente sustentado, de forma que pueda notificarse al investigado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y la sanción que podrían generar¹⁴.

¹¹ Ley 27444, Ley General del Procedimiento Administrativo
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.
(...)

¹² Decreto Legislativo 1034

Artículo 20.- Actuaciones previas a la admisión a trámite por denuncia de parte.-

Presentada la denuncia de parte y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento de identificación y sanción de conductas anticompetitivas, la Secretaría Técnica podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas. Estas actuaciones previas se desarrollarán en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados desde la presentación de la denuncia.

¹³ Sin perjuicio de ello, cabe recordar que el denunciante tiene derecho a impugnar ante la Sala de Defensa de la Competencia 1 la resolución que declare improcedente una denuncia. Ello, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21.4 del Decreto Legislativo 1034, que establece lo siguiente:

Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

21.4. La resolución que declare inadmisibile o improcedente la denuncia es impugnabile ante el Tribunal en el plazo de quince (15) días hábiles.

¹⁴ Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador.-

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



21. Esta exigencia tiene como principal fundamento garantizar el derecho al debido procedimiento del investigado. En efecto, este derecho implica que 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. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado¹⁵.
22. Este razonamiento coincide con la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente 8125-2005-PHC/TC, que estableció lo siguiente:

*[L]a 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.***

[Énfasis agregado]

23. En ese sentido, no basta afirmar de manera general que un agente económico habría abusado de su posición de dominio o realizado una práctica colusoria, sino que es necesario explicar de manera clara y precisa cuál es la conducta específica que podría constituir el abuso de posición de dominio o la práctica colusoria y aportar los medios probatorios que demuestren una teoría creíble acerca de la existencia de la presunta infracción.

3.2. Abuso de posición de dominio

24. La libertad de contratación se encuentra expresamente reconocida por el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú¹⁶. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este derecho garantiza, por un lado, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la otra parte contratante, y, por otro lado, la

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a nivel de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia.

15

Ley 27444

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

16

Constitución Política del Perú

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual¹⁷.

25. No obstante, la libertad de contratación debe ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico. Uno de ellos es el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución¹⁸. Este principio ha sido desarrollado legislativamente mediante el Decreto Legislativo 1034. Por lo tanto, la libertad de contratación no es irrestricta sino que debe ejercerse en armonía con la libre competencia.
26. Una de las limitaciones a la libertad de contratación establecidas en el Decreto Legislativo 1034 se encuentra, precisamente, en la realización de conductas de abuso de posición de dominio. En efecto, si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce como regla general que los agentes económicos tienen libertad de contratación, el Decreto Legislativo 1034 establece como excepción aquel supuesto en el que un agente económico goza de posición de dominio y realiza una conducta que restringe de manera indebida la competencia.
27. En particular, el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034 establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico, que goza de posición de dominio en el mercado relevante, restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Al respecto, el artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio en el mercado supuestamente afectado. En la misma línea, el artículo 10.5 establece que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.
28. De acuerdo a lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
- a. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - b. Que el supuesto infractor haya restringido la competencia en alguna de las modalidades descritas en la norma.
 - c. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
29. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad para afectar o distorsionar unilateralmente en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del mercado. Si no contara con posición de dominio, su conducta no podría constituir un abuso de posición de dominio.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, correspondiente al Expediente 4788-2005/PA/TC.

¹⁸ **Constitución Política del Perú**
Artículo 61.- Libre competencia
El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ



El cumplimiento de este requisito no puede evaluarse en abstracto sino que debe analizarse en relación con un mercado específico. En ese sentido, para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor gozaría de dicha posición.

30. En lo que se refiere al segundo requisito, un ejemplo es la modalidad de negativa injustificada de trato (descrita en el literal a) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034), que puede producirse cuando el presunto infractor rechaza directamente una solicitud de compra o venta (negativa directa), o cuando no responde o responde con reiteradas evasivas la solicitud del supuesto afectado (negativa indirecta), sin que exista una justificación objetiva para su conducta.

Otro ejemplo es la modalidad de discriminación (descrita en el literal b) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034), que puede producirse cuando el presunto infractor aplica, en las relaciones comerciales, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No obstante, no constituye un acto de discriminación el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas.

31. El tercer requisito establece que, para que se configure un abuso de posición de dominio, la conducta del presunto infractor debe haber producido un efecto exclusorio. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la conducta investigada restringió o pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas) y en detrimento de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, afectando el bienestar de los consumidores.

En otras palabras, debe verificarse que la conducta investigada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor o de alguna de sus empresas vinculadas (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o impedir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).

De acuerdo a lo anterior, para que se cumpla este requisito, debe verificarse una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre el presunto infractor y el presunto afectado.

32. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de forma concurrente. En tal sentido, bastará que falte uno de ellos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

33. Finalmente, cabe precisar que, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en razones relacionadas con una mayor eficiencia económica o en una justificación comercial válida, no se configurará un abuso de





posición de domino. Una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar de los consumidores. Así, por ejemplo, se han aceptado como justificaciones la prevención del *free riding*, la reducción de costos o la provisión de productos de mejor calidad para los consumidores¹⁹.

3.3. Análisis de la existencia de indicios razonables de la conducta denunciada

34. A continuación, se evaluará si existen indicios razonables de que Petroperú incurrió en un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación. Específicamente, se analizará si existen indicios razonables de los siguientes requisitos:
 - a. Que Petroperú goce de posición de dominio.
 - b. Que Petroperú haya realizado una discriminación.
 - c. Que la conducta de Petroperú haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
35. Cabe recordar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de forma concurrente. En tal sentido, bastará que falte uno de ellos para que la conducta denunciada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

3.3.1. ¿Existen indicios razonables de posición de dominio?

36. Como se ha señalado, para determinar si existen indicios razonables de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que Petroperú gozaría de dicha posición.

Mercado relevante

37. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6.2 del Decreto Legislativo 1034²⁰, el mercado de producto relevante está constituido por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de

¹⁹ De acuerdo a la American Bar Association (ABA): Una justificación comercial no será aceptada cuando es un pretexto. El hecho de que la conducta cuestionada esté diseñada para mejorar la rentabilidad tampoco es por sí misma una suficiente justificación comercial. En cambio, "una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar del consumidor". Justificaciones que han sido aceptadas incluyen la prevención del parasitismo, la reducción o evasión de costos y la provisión de productos superiores para los consumidores. Traducción libre del siguiente texto: A business justification will not be accepted where it is pretextual. Nor is the fact that the challenged conduct is designed to enhance profitability in itself a sufficient business justification. Instead, "a business justification is valid if it relates directly or indirectly to the enhancement of consumer welfare". Justifications that have been accepted include the prevention of free riding, reducing or avoiding costs, and providing superior products to customers. American Bar Association. Section of Antitrust Law. Antitrust law development, 6th ed. 2007, Volumen 1. Chicago USA. Página 301.

20 **Decreto Legislativo 1034**
(...)

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



sustitución, deben evaluarse, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas de sustitución y el tiempo requerido para la sustitución.

38. En ese sentido, para definir el mercado de producto relevante, es necesario identificar el producto en cuestión y determinar si existen sustitutos adecuados para el consumidor de este producto.
39. En el presente caso, según la denunciante, el producto respecto del cual Petroperú habría realizado una discriminación es el GLP. En consecuencia, el producto en cuestión es el GLP. Al respecto, cabe precisar que Llama Gas adquiere este producto para envasarlo y comercializarlo a los clientes industriales y residenciales²¹. En otras palabras, la demanda de Llama Gas busca satisfacer la demanda de los clientes industriales y residenciales y, en consecuencia, se trata de una demanda derivada.
40. De acuerdo a lo anterior, corresponde analizar si, desde el punto de vista de los clientes industriales y residenciales, existen sustitutos adecuados del GLP y, de ser el caso, si estos otros productos podrían ser comercializados a bajo costo por Llama Gas.
41. En principio, existen otros productos que, desde el punto de vista de los clientes industriales y residenciales, podrían constituir sustitutos adecuados del GLP. Así, por ejemplo, el diesel, los petróleos industriales o el gas natural podrían constituir sustitutos para los clientes industriales, mientras que el gas natural podría constituir sustituto para los clientes residenciales²². Cabe precisar que estos productos se diferencian principalmente por su contenido energético²³.
42. Sin embargo, considerando que las instalaciones que se utilizan para comercializar GLP son específicas para este producto, Llama Gas no podría comercializar estos otros productos a bajo costo sino que tendría que realizar nuevas inversiones²⁴.

²¹ Para mayor información, ver: <http://www.llamagas.com.pe/productos.htm>

²² De acuerdo a la agrupación realizada por la Sustainable Energy Authority of Ireland. Para mayor información, ver: http://www.seai.ie/Publications/Statistics/Publications/Fuel_Cost_Comparison/

²³ El contenido energético de un combustible se puede definir como la energía liberada producto de su combustión. Para mayor información, ver: http://www.seai.ie/Publications/Statistics/Publications/Fuel_Cost_Comparison/

²⁴ Cabe precisar que una planta de envasado incluye la infraestructura requerida para el envasado de los distintos tipos de cilindros y un tanque estacionario para el almacenamiento del GLP. Para mayor información, ver: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/Tesis/Ingenieria/Monge_T_M/Cap-5.pdf

Al respecto, cabe señalar que el GLP requiere un almacenamiento de alta presión (<http://infohouse.p2ric.org/ref/46/45548.pdf>, <http://www.gate.nl/en/lng-facts.html>). En cambio, el diesel y los petróleos industriales deben ser almacenados a presión atmosférica (<http://es.scribd.com/doc/58149372/Fiscalizacion-Tanques-Almacenamiento>) y, en virtud del Decreto Supremo 052-093-EM, Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento de Hidrocarburos, requieren un almacenamiento de baja presión. En ese sentido, para comercializar diesel o petróleos industriales, Llama Gas tendría que invertir en otro tipo de tanque estacionario.

Por otro lado, el gas natural requiere un almacenamiento de baja presión, cuando se trata de gas natural líquido - GNL (<http://www.gate.nl/en/lng-facts.html>), y de alta presión, cuando se trata de gas natural





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ



por el lado de la oferta, Petroperú y otras empresas y, por el lado de la demanda, Llama Gas y otras empresas.

Posición de dominio

50. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6.3 del Decreto Legislativo 1034²⁸, se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad. Para determinar la existencia de posición de dominio, deben evaluarse, entre otros factores, la participación del presunto infractor en el mercado relevante, el nivel de concentración, las barreras de entrada y la competencia potencial.
51. Al respecto, cabe señalar que en el mercado relevante preliminarmente definido participan, por el lado de la oferta, productores (entre ellos, Petroperú), importadores y revendedores y, por el lado de la demanda, empresas envasadoras (entre ellas, Llama Gas) y grandes clientes. Asimismo, cabe señalar que la comercialización mayorista de GLP se realiza a través de plantas de abastecimiento, que se encargan de recibir, almacenar y despachar GLP a granel.
52. En el siguiente cuadro se pueden apreciar las plantas de abastecimiento de GLP ubicadas en el mercado relevante.

Cuadro 1
Plantas de abastecimiento de GLP ubicadas en el mercado relevante

Planta de abastecimiento	Departamento	Provincia	Distrito
Petroperú	Piura	Talara	Paríñas
Procesadora de Gas Paríñas S.A.C.	Piura	Talara	Paríñas
Graña y Montero Petrolera S.A.	Piura	Talara	Paríñas
Zeta Gas Andino S.A.	Callao	Callao	Ventanilla
Petroperú	Callao	Callao	Ventanilla
Repsol YPF Comercial del Perú S.A.	Callao	Callao	Ventanilla
Refinería La Pampilla S.A.	Callao	Callao	Ventanilla
Pluspetrol Perú Corporation S.A.	Ica	Pisco	Paracas

Fuente: Ministerio de Energía y Minas, Graña y Montero Petrolera S.A.
Elaboración: Secretaría Técnica

28

Decreto Legislativo 1034

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
 - (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
 - (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
 - (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
 - (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
 - (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.
- 7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI**

53. Como se ha señalado, las plantas de abastecimiento pueden recibir el GLP de fuentes nacionales e internacionales. Sin embargo, cabe precisar que las importaciones de GLP han sido mínimas desde 2008²⁹. En ese sentido, el GLP comercializado en las plantas de abastecimiento ubicadas en el mercado relevante provendría casi exclusivamente de la producción nacional.
54. De acuerdo a lo anterior, la participación de Petroperú en el mercado relevante se determinará en función de su participación en la producción de GLP en el mercado relevante, durante el periodo comprendido entre 2008 y 2011³⁰.
55. En el siguiente cuadro se pueden apreciar los volúmenes de producción de GLP (medidos en miles de barriles por día – MBD) de cada uno de los productores que participaron en el mercado relevante. Al respecto, cabe precisar que el GLP que se comercializa en la planta de abastecimiento de Petroperú en el Callao, proviene mayoritariamente de su planta de abastecimiento en Talara³¹. Asimismo, cabe precisar que el GLP que se comercializa en la planta de abastecimiento de Zeta Gas Andino S.A. en el Callao proviene principalmente de la planta de abastecimiento de Pluspetrol Perú Corporation S.A. en Pisco³². En ese sentido, la producción de Petroperú en el Callao se ha considerado como parte de su producción en Talara y la producción de Zeta Gas Andino S.A. en el Callao se ha considerado como parte de la producción de Pluspetrol Perú Corporation S.A. en Pisco.

Cuadro 2
Volúmenes de producción de GLP (MBD)

	Procesadora de Gas Pariñas S.A.C. Talara	Graña y Montero Petrotera S.A. Talara	Refinería La Pampilla S.A. Callao	Petroperú Talara	Pluspetrol Perú Corporation S.A. Pisco	Total
2008	8.89	5.45	18.42	55.36	225.33	313.45
2009	0.00	10.02	17.11	54.49	407.69	489.31
2010	0.00	10.94	20.48	59.22	412.00	502.64
2011	0.00	11.09	21.54	51.55	444.33	528.51

Fuente: Ministerio de Energía y Minas
Elaboración: Secretaría Técnica

56. De acuerdo a lo anterior, en el siguiente cuadro se pueden apreciar las participaciones de mercado de cada uno de los referidos productores.

²⁹ De acuerdo a la información de la Balanza Comercial de Hidrocarburos de las Estadísticas del Ministerio de Energía y Minas, para el periodo comprendido entre 2008 y 2011. Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/estadisticasSector.php?pagina=1&idSector=5&String=&fechaMes=&fechaAño=&idCategoría=>

³⁰ Cabe precisar que, si bien Llama Gas habría solicitado los descuentos en 2010 (ver folio 76 del Expediente), se ha considerado el periodo comprendido entre 2008 y 2011 para tener un panorama más amplio.

³¹ Ver folio 629 del Expediente.

³² Ver folio 13 del Expediente Preliminar 004-2010/CLC



**PERÚ****Presidencia
del Consejo de Ministros****INDECOPÍ**

Cuadro 3
Participaciones de mercado

	Procesadora de Gas Paríñas S.A.C. Talara	Graña y Montero Petrotera S.A. Talara	Refinería La Pampilla S.A. Callao	Petroperú Talara	Pluspetrol Perú Corporation S.A. Pisco	Total
2008	2.84%	1.74%	5.88%	17.66%	71.89%	100%
2009	0.00%	2.05%	3.50%	11.14%	83.32%	100%
2010	0.00%	2.18%	4.07%	11.78%	81.97%	100%
2011	0.00%	2.10%	4.08%	9.75%	84.07%	100%

Fuente: Ministerio de Energía y Minas
Elaboración: Secretaría Técnica

57. Como se puede apreciar, Pluspetrol Perú Corporation S.A. ha sido el proveedor con mayor participación de mercado durante el periodo comprendido entre 2008 y 2011, con una participación promedio anual de 81.14% y una tasa de crecimiento promedio anual de 18.50%. Por su parte, Petroperú ha tenido una participación promedio anual de 12.63% y una tasa de crecimiento promedio anual de -1.76%.
58. En ese sentido, considerando que Petroperú no sólo ha tenido una baja participación de mercado sino incluso una tasa de crecimiento negativa, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de que la denunciada haya gozado de posición de dominio en el mercado relevante preliminarmente definido.
59. Como se ha señalado, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son concurrentes. En ese sentido, al no existir indicios razonables de posición de dominio, no pueden existir indicios razonables de un abuso de posición de dominio por parte de Petroperú, por lo que corresponde declarar improcedente la denuncia de Llama Gas.
60. Sin perjuicio de ello, a mayor abundamiento, a continuación se evaluará si existen indicios razonables de que la conducta de Petroperú produjo un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.

3.3.2. ¿Existen indicios razonables de un efecto exclusorio?

61. Como se ha señalado, para que se configure un abuso de posición de dominio, la conducta del presunto infractor debe haber producido un efecto exclusorio. En otras palabras, debe verificarse que la conducta investigada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor o de alguna de sus empresas vinculadas (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o impedir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).
62. De acuerdo a lo anterior, para que se cumpla este requisito, debe verificarse una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre el presunto infractor y el presunto afectado.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



63. Así, por ejemplo, si el productor dominante A se niega a proveer un bien a aquellos distribuidores que contraten con el productor entrante B, podría producir el efecto de mantener su poder de mercado (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, el efecto de impedir la entrada de B (perjuicio anticompetitivo)³³. Como se puede apreciar, en este primer ejemplo, existe una relación de competencia potencial y directa entre el presunto infractor (A) y el presunto afectado (B)³⁴.
64. Por otro lado, si el productor dominante A provee un bien a su distribuidor vinculado A₁ y se niega a proveerlo al distribuidor independiente B, podría producir el efecto de otorgar poder de mercado a A₁ (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, el efecto de provocar la salida de B (perjuicio anticompetitivo)³⁵. Como se puede apreciar, en este ejemplo, existe una relación de competencia real e indirecta entre el presunto infractor (A) y el presunto afectado (B), a través de la empresa vinculada del primero (A₁)³⁶.
65. En relación con la necesidad de verificar un efecto exclusorio y, para ello, una relación de competencia entre el presunto infractor y el presunto afectado, la doctrina ha señalado lo siguiente:

La negativa a contratar de un monopolista no puede ser ilegal a menos que extienda, mantenga, cree o amenace crear un poder de mercado significativo en algún mercado, que podría ser el propio mercado en el que la firma monopolística participa o un mercado horizontal o verticalmente relacionado. Las negativas que no provocan al menos uno de estos resultados no violan la Sección 2 sin importar cuánto puedan dañar a la persona o grupo de personas a las que se negó el servicio. (...) Si la razón de la negativa a contratar no está directamente relacionada con la competencia, entonces incluso una negativa que resulta inconsistente con un comportamiento competitivo racional no es una violación de la ley antitrust.³⁷

³³ Si bien este es un ejemplo de negativa injustificada, también es aplicable a la discriminación. En efecto, si el productor dominante A establece un precio más alto para aquellos distribuidores que contraten con el productor entrante B, podría producir el efecto de mantener su poder de mercado (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, el efecto de dificultar la permanencia de B (perjuicio anticompetitivo).

³⁴ En este primer supuesto, considerando que el presunto infractor utiliza su posición de dominio para afectar la competencia en su propio mercado, se produce un efecto de dominancia en el propio mercado.

³⁵ Si bien este es un ejemplo de negativa injustificada, también es aplicable a la discriminación. En efecto, si el productor dominante A provee un bien a su distribuidor vinculado A₁ a un precio bajo y al distribuidor independiente B a un precio alto, podría producir el efecto de otorgar poder de mercado a A₁ (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, el efecto de dificultar la permanencia de B (perjuicio anticompetitivo).

³⁶ En este segundo supuesto, considerando que el presunto infractor utiliza su posición de dominio para afectar la competencia en el mercado aguas abajo, se produce un efecto de apalancamiento vertical.

³⁷ Traducción libre del siguiente texto: "A monopolist's refusal to deal cannot be unlawful unless it extends preserves, creates, or threatens to create significant market power in some market, which could be either the primary market in which the monopoly firm sells or a vertically related or collateral market. Refusals that do not accomplish at least one of these results do not violate Section 2 no matter how much they might harm the person or class of persons declined service. (...) If the reason for a refusal to deal is not directly related to competition, then even a refusal that is inconsistent with rational competitor conduct is still not a violation of antitrust law". SON, Seungwoo. "Selective refusals to sell patented goods: The relationship between patent rights and antitrust law". En: *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy*, 2002, pág. 4.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP



66. En la misma línea, se ha señalado lo siguiente:

Cuando la negativa a contratar no tiene la capacidad para incrementar o mantener una posición monopólica, los costos y riesgos de la intervención judicial o regulatoria no se justifican por los beneficios potenciales para el proceso competitivo.³⁸

67. En ese sentido, corresponde determinar si, en el presente caso, existe una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre Petroperú y Llama Gas.
68. Como se ha señalado, Petroperú compite en el mercado de comercialización mayorista de GLP, abasteciendo de este producto a empresas envasadoras como Llama Gas y a grandes clientes. Por su parte, Llama Gas compite en el mercado de comercialización minorista de GLP, abasteciendo de este producto a los clientes industriales y residenciales.
69. Al respecto, cabe señalar que, en la denuncia, no se precisó si existía una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre Petroperú y Llama Gas.
70. Sin perjuicio de ello, considerando que la Secretaría Técnica puede realizar requerimientos de información u otras actuaciones previas con la finalidad de determinar si efectivamente existen indicios razonables de una conducta anticompetitiva³⁹, se entrevistó tanto a la denunciante como a la denunciada y se verificó que ni Llama Gas (ni ninguna empresa vinculada a ella) compite con Petroperú en el mercado de comercialización mayorista de GLP ni Petroperú (ni ninguna empresa vinculada a ella) compite con Llama Gas en el mercado de comercialización minorista de GLP. En otras palabras, se verificó que no existe una relación de competencia entre Petroperú y Llama Gas.
71. En ese sentido, considerando que no existe una relación de competencia entre Petroperú y Llama Gas, la conducta denunciada no puede haber producido un efecto exclusorio. En efecto, al realizar la presunta discriminación contra la denunciante, Petroperú no podría haber obtenido un beneficio anticompetitivo ni podría haber causado un perjuicio anticompetitivo, pues Llama Gas no califica como su competidor real o potencial, directo o indirecto⁴⁰.
72. Como se ha señalado, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son concurrentes. Por lo tanto, al no existir indicios razonables de posición de dominio ni de efecto exclusorio, no pueden existir indicios razonables

³⁸ Traducción libre del siguiente texto: "When the refusal to deal has no potential either to expand or protect a monopoly position, the costs and risks of judicial or regulatory intervention are not justified by the potential benefits to the competitive process". GLAZER, Kenneth y Abbott LIPSKY. Unilateral Refusal to Deal under Section 2 of the Sherman Act. En: Antitrust Law Journal. Vol. 63, 1995. Pág. 785.

³⁹ Ello, de conformidad con lo dispuesto por el principio de verdad material, recogido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, y las actuaciones previas a la admisión de trámite de una denuncia de parte, reconocidas por el artículo 20 del Decreto Legislativo 1034.

⁴⁰ Al respecto, cabe precisar que, si bien la presunta discriminación podría haberle causado un perjuicio a la denunciante (al extraerle un mayor excedente), éste no califica como un perjuicio anticompetitivo pues, como se ha señalado, Petroperú no compite con Llama Gas.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



de un abuso de posición de dominio por parte de Petroperú, por lo que corresponde declarar improcedente la denuncia de Llama Gas.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo 1034 y la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

RESUELVE:

Declarar improcedente la denuncia interpuesta por Llama Gas S.A. contra Petróleos del Perú – Petroperú S.A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación, debido a que no existen indicios razonables de la infracción denunciada.

Miguel Ángel Luque

Secretario Técnico

Comisión de Defensa de la Libre Competencia

