

Resolución 024-2012/ST-CLC-INDECOPI

28 de diciembre de 2012

VISTA:

La investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia sobre la presunta realización de una práctica anticompetitiva por parte del Consorcio Camisea, conformado por las empresas Hunt Oil Company of Peru L.L.C. Sucursal del Perú, Pluspetrol Camisea S.A., Pluspetrol Perú Corporation S.A., Repsol Exploración Perú Sucursal del Perú, SK Innovation Sucursal Peruana, Sonatrach Perú Corporation S.A.C. y Tecpetrol del Perú S.A.C., (en adelante, el Consorcio Camisea), en la modalidad de negativa injustificada de venta de gas licuado de petróleo al Consorcio Poliductos del Perú S.A.C. o a sus potenciales clientes.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El Consorcio Poliductos del Perú S.A.C.¹ (en adelante, Consorcio Poliductos) es una empresa constituida por Graña y Montero Petrolera S.A. (en adelante, GMP) y Oiltanking Perú S.A.C. (en adelante, Oiltanking Perú), titular del “Contrato de Concesión del Sistema de Transporte de Hidrocarburos Líquidos por Ductos de Pisco a Lurín” suscrito con el Ministerio de Energía y Minas, para el transporte de gas licuado de petróleo (en adelante, GLP) desde las instalaciones del Consorcio Camisea en Pisco² a la ciudad de Lima³.

¹ Según Partida Electrónica 12175480 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP.

² Planta de Fraccionamiento Playa Lobería.

³ El Contrato de Concesión del Sistema de Transporte de Hidrocarburos Líquidos por Ductos de Pisco a Lurín fue aprobado por Resolución Suprema 037-2008-EM, modificado por Resoluciones 010-2009-EM y 049-2009-EM.

2. GMP⁴ es una empresa cuyo objeto social comprende brindar servicios a la industria del gas y del petróleo, principalmente en las actividades de perforación, transporte y almacenamiento de productos.
3. Oiltanking Perú⁵ es una empresa que se encarga de brindar servicios esenciales de conexión entre campos petroleros y usuarios de productos derivados a través de redes de terminales independientes.
4. Hunt Oil Company of Peru L.L.C. Sucursal del Perú es una empresa cuyo objeto social es adquirir, explorar, perforar, desarrollar, operar y disponer de propiedades de petróleo y gas; producir, recolectar, almacenar, tratar, procesar, refinar, enviar, comercializar, vender o disponer de los hidrocarburos; realizar cateo, prospección, exploración y explotación de minerales y otras actividades mineras; y dedicarse a cualquier otro negocio o actividad que, en la actualidad o en el futuro, pudieran ser necesarios, incidentales, idóneos, aconsejables o convenientes para cumplir con el propósito antes mencionado⁶.
5. Pluspetrol Camisea S.A. es una empresa cuyo objeto social es explorar, descubrir, explotar, desarrollar, producir, comprar y vender petróleo, gas, otras sustancias de hidrocarburos líquidos y gaseosos, minerales e invertir, retirar la inversión y administrar propiedades de petróleo y gas y contratos de exploración y explotación; realizar 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, transporte y distribución de electricidad⁷.
6. Pluspetrol Perú Corporation S.A. (en adelante, Pluspetrol) es una empresa cuyo objeto social es explorar, descubrir, explotar, desarrollar, producir, comprar y vender petróleo, gas, otras sustancias de hidrocarburos líquidos y gaseosos, minerales, e invertir, retirar la inversión y administrar propiedades de petróleo y gas y contratos de exploración y explotación; realizar 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, transporte y distribución de electricidad, así como cualquier otra actividad relacionada o derivada, directa o indirectamente, de las antes mencionadas o distinta a las mismas que sea aprobada por la Junta General de Accionistas⁸.

⁴ Según Partida Electrónica 00636592 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

⁵ Según Partida Electrónica 11060619 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

⁶ Según Partida Electrónica 11123160 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

⁷ Según Partida Electrónica 11776271 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

⁸ Según Partida Electrónica 11246333 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

7. Repsol Exploración Perú Sucursal del Perú es una empresa cuyo objeto social es desarrollar actividades de exploración, investigación, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos y otros productos afines⁹.
8. SK Innovation Sucursal Peruana, antes SK Energy Sucursal Peruana¹⁰, es una empresa cuyo objeto social es llevar a cabo actividades hidrocarburíferas¹¹.
9. Sonatrach Perú Corporation S.A.C. es una empresa cuyo objeto social es identificar y desarrollar acumulaciones de hidrocarburos ubicadas en el Perú o en aguas litorales adyacentes al Perú; explorar, desarrollar, producir, procesar, transportar y comercializar gas, así como cualquier otro tipo de hidrocarburo o sus derivados; desarrollar actividades de refinación de hidrocarburos y operaciones de licuefacción de gas natural; desarrollar, operar, financiar, hipotecar, vender, canjear o enajenar de otro modo todos o cualquiera de los bienes antes referidos; y, dedicarse a cualquier otro negocio que sea necesario, apropiado, aconsejable o conveniente, ahora o en el futuro, para lograr los objetivos precedentes¹².
10. Tecpetrol del Perú S.A.C. es una empresa cuyo objeto social comprende las actividades de exploración, explotación y desarrollo de yacimientos de hidrocarburos. También puede dedicarse al transporte, transformación, destilación y comercialización de hidrocarburos y de sus derivados¹³.
11. Mediante Resolución Suprema 009-2007-EF del 9 de febrero de 2007 se ratificó el Acuerdo de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, Proinversión¹⁴) del 19 de diciembre del 2006, a través del cual se estableció la entrega en concesión al sector privado del “Proyecto Poliducto para transportar GLP y Diesel de la Planta de Fraccionamiento de Pisco hasta el Sur de Lima y construcción de Planta de Almacenamiento y Despacho” (en adelante, el Proyecto Inicial), encargándose al Comité de Proinversión en Proyectos de

⁹ Según Partida Electrónica 306614 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

¹⁰ El cambio de razón social consta en la Escritura Pública del 10 de mayo de 2011, gestionada ante el Notario David Sánchez Manrique Tavella el 19 de mayo de 2011 e inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

¹¹ Según Partida Electrónica 02015544 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

¹² Según Partida Electrónica 11464787 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

¹³ Según Partida Electrónica 11227091 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

¹⁴ Proinversión es un organismo público, adscrito al Sector Economía y Finanzas, con personería jurídica, autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, conforme a lo establecido por la Ley 28660 – Ley que determina la naturaleza jurídica de PROINVERSIÓN y el Reglamento de Organización y Funciones aprobado mediante Resolución Ministerial 225-2011-EF/10. Dicho organismo está facultado para promover la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos; así como en activos, proyectos y empresas del Estado y demás actividades estatales, con arreglo a la legislación de la materia. Para mayor información, ver: <http://www.proinversion.gob.pe/transparencia/>

Infraestructura y Servicios Públicos, la conducción del proceso de promoción para la entrega en concesión al sector privado.

12. Mediante Acuerdo del Comité en Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos de Proinversión 386-02-2007-Hidrocarburos del 19 de febrero de 2007, se aprobó el Plan de Promoción de la Inversión Privada para la concesión del Proyecto Inicial y se presentó ante el Consejo Directivo de Proinversión para su aprobación. El Consejo Directivo de Proinversión aprobó dicho plan bajo la modalidad de Concurso Integral¹⁵ el 20 febrero de 2007.
13. Mediante Carta del 19 de abril de 2007, al amparo de la Ley 28095, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, las empresas GMP y Oiltanking Perú presentaron a Proinversión la iniciativa privada denominada: “Proyecto Poliducto Pisco – Lurín” (en adelante, el Proyecto Poliducto).
14. Mediante Acuerdo del Comité en Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos de Proinversión 427-07-2007-Hidrocarburos, del 10 de diciembre de 2007, se decidió proponer al Consejo Directivo de Proinversión la exclusión del Proyecto Inicial del proceso de promoción de la inversión privada, y que se dejase sin efecto el acuerdo del 20 de febrero de 2007. Asimismo, se acordó declarar de interés la iniciativa privada del Proyecto Poliducto.
15. Mediante Acuerdo del Consejo Directivo de Proinversión¹⁶ del 11 de diciembre de 2007, se excluyó el Proyecto Inicial del proceso de promoción de la inversión privada. Asimismo, el 13 y 14 de enero de 2008, se declaró de interés nacional el Proyecto Poliducto¹⁷.
16. Mediante Acuerdo 488 del 18 de febrero de 2008, el Comité en Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos de Proinversión adjudicó directamente el Proyecto Poliducto a favor del Consorcio Poliductos, en la modalidad de concesión; dicho acuerdo fue ratificado por el Consejo Directivo de Proinversión en sesión del 19 de febrero de 2008.
17. El 20 de agosto de 2008, el Consorcio Poliductos suscribió con el Ministerio de Energía y Minas el contrato de concesión: Contrato BOOT¹⁸ - Concesión del Sistema de Transporte de Hidrocarburos Líquidos de Pisco a Lurín (en adelante, Contrato de Concesión), mediante el cual se concluyó el proceso de concesión del Proyecto Poliducto en favor de dicha empresa.
18. El Proyecto Poliducto estaba destinado al desarrollo de la ingeniería, construcción, operación y mantenimiento de un ducto que permita el transporte de GLP y otros hidrocarburos líquidos, desde una estación de bombeo en las

¹⁵ El Concurso Integral obliga al concesionario a encargarse del proyecto, desde su diseño, financiamiento y construcción hasta su operación y mantenimiento.

¹⁶ Acuerdo ratificado mediante Resolución Suprema 002-2008-EF del 4 de enero de 2008.

¹⁷ Publicada en el diario oficial “El Peruano”, en el diario “Expreso” y en la página web de PROINVERSIÓN.

¹⁸ Contrato BOOT (Build, Operate, Own, Transfer) es una modalidad de contrato según el cual una compañía se compromete a construir y operar, ser propietario y después transferir los activos del proyecto al Estado.

cercanías de las instalaciones del Consorcio Camisea en Pisco hasta una planta de almacenamiento y despacho en Lima.

19. En el marco de su labor de supervisión¹⁹, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) tomó conocimiento de la concesión del Proyecto Poliducto y de una presunta negativa injustificada del Consorcio Camisea a vender GLP al Consorcio Poliductos o a sus potenciales clientes.
20. Mediante Oficio 002-2010/ST-CLC-INDECOPI del 23 de enero de 2010, la Secretaría Técnica requirió a Proinversión información sobre el desarrollo de la concesión del Proyecto Poliducto. Dicho requerimiento fue absuelto a través del Oficio 356/2010/DE/PROINVERSIÓN del 18 de agosto de 2010.
21. Mediante Oficio 003-2010/ST-CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2010, la Secretaría Técnica requirió al Ministerio de Energía y Minas información sobre el Contrato de Concesión del Proyecto Poliducto. Dicho requerimiento fue absuelto a través del Oficio 205-2010-MEM-DGH del 17 de febrero de 2010.
22. Mediante Carta 233-2012/ST-CLC-INDECOPI del 31 de julio de 2012, la Secretaría Técnica requirió a Pluspetrol información sobre sus operaciones con GLP en Pisco y el Callao, así como, sobre las negociaciones que habría sostenido a partir de la concesión del Proyecto Poliducto. Dicho requerimiento fue absuelto a través de Carta del 21 de agosto de 2012.
23. El 29 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica realizó una entrevista a los representantes del Consorcio Camisea con el objeto de reunir mayores elementos de juicio sobre las características y el funcionamiento de los mercados de comercialización y transporte de hidrocarburos líquidos.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

24. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de que el Consorcio Camisea incurrió en un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a vender GLP al Consorcio Poliductos o a sus potenciales clientes; y si, en consecuencia, corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1 Requisitos para el inicio de un procedimiento sobre infracción al Decreto Legislativo 1034

¹⁹

Decreto Legislativo 1034

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

a) Efectuar investigaciones preliminares;

b) Iniciar de oficio el procedimiento y sanción de conductas anticompetitivas;

(...)

25. Para iniciar un procedimiento sancionador por infracción al Decreto Legislativo 1034 es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
26. 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 generar²⁰.
27. 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 administrado²¹.
28. 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]

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

²⁰

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:

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.

²¹

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.

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.

29. En el caso de un abuso de posición de dominio, cabe señalar que la libertad de contratación se encuentra expresamente reconocida por el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú²². De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este derecho garantiza, por un lado, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato y la potestad de elegir a la otra parte contratante, y, por otro lado, la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual²³.
30. 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 la Constitución Política del Perú²⁴. 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.
31. 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.
32. 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.
33. De acuerdo a lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:

²² **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.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, correspondiente al Expediente 4788-2005/PA/TC.

²⁴ **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.

- 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.

34. 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.

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.

35. 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.

36. 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.

37. 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.

Finalmente, cabe precisar que, si el presunto infractor demuestra que la realización de 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 dominio. 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 consumidores²⁵.

3.2 Análisis de la existencia de indicios razonables de la conducta denunciada

38. A continuación se evaluará si existen indicios razonables de que el Consorcio Camisea incurrió en un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de GLP al Consorcio Poliductos o a sus potenciales clientes. Específicamente, se analizará si existen indicios razonables de los siguientes requisitos:
- a. Que el Consorcio Camisea gozó de posición de dominio.
 - b. Que el Consorcio Camisea se negó injustificadamente a contratar.
 - c. Que la conducta del Consorcio Camisea produjo un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
39. 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.

²⁵ 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. Pág. 301.

3.2.1 Indicios razonables de la negativa injustificadamente a contratar

40. La negativa injustificada a contratar puede manifestarse de modo expreso, a través de distintos medios, o de modo tácito, cuando la voluntad se infiere indubitadamente del comportamiento observado, de modo que permite revelar su existencia²⁶.
41. Podrán considerarse como indicios de una negativa expresa las comunicaciones que denoten la voluntad de la empresa de no querer atender los pedidos efectuados, y como indicios de una negativa tácita la actuación de la empresa de no proporcionar todos aquellos aspectos relevantes que estén bajo su control para facilitar la atención efectiva de las solicitudes²⁷.
42. En el caso particular de las negativas tácitas, éstas pueden adoptar distintas formas, por ejemplo, la empresa dominante puede aplicar precios prohibitivamente altos o establecer requisitos ambiguos que prolonguen de manera indeterminada la provisión del bien.
43. Acreditar la existencia de una negativa injustificada requiere primero confirmar que existió una negativa y luego que dicha negativa careció de justificación. A su vez, confirmar que existió una negativa requiere verificar que existió una solicitud de por medio, pues en general las negativas se originan en el rechazo a un pedido específico de origen variado. En el caso particular de la negativa de venta, para confirmar su existencia, primero se debe verificar que existió una solicitud de venta de un producto específico, pues sólo a partir de la existencia de dicha solicitud se podrá realizar su rechazo.
44. En el presente caso, con relación a la presunta negativa de venta de GLP del Consorcio Camisea al Consorcio Poliductos, de la información que obra en el Expediente, no se advierte que el Consorcio Poliductos haya remitido alguna

26

Código Civil.

Artículo 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelen su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

27

Mayor información en:

- World Antitrust Law and Practice. A comprehensive Manual for Lawyers and Businesses. Boston: Little, Brown and Company, 1995. p. 27:6: (...) *El rechazo puede ser directo o indirecto, como para el ejemplo donde un proveedor rechaza proporcionar la información a un minorista que impide al minorista colocar órdenes(...)*. Traducción libre del siguiente texto: "(...) The refusal can be direct or indirect, as for example where a supplier refuses to provide information to a retailer that prevents the retailer from placing orders (...).
- Flint, Pinkas. "Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Análisis Exegético del Decreto Legislativo 701". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. p. 534. *"Hay conductas que no son claras pese a que sus efectos son equivalentes a una negativa a contratar. Entre ellas encontramos, el exceso de demora en la satisfacción o entrega de un pedido, a la solicitud de datos e información excesiva, que no son pertinentes a la operación, o al retraso injustificado en señalar precios. Todas ellas son conductas que están enmarcadas dentro del rubro negativa injustificada de contratar."*

(énfasis agregado)

comunicación formal a Pluspetrol²⁸ solicitándole la venta de dicho producto, indicándole, entre otros, le proporcione el precio exacto por una determinada cantidad de producto.

45. Esta situación resultaría lógica pues el Consorcio Poliductos no es un revendedor o consumidor de GLP, sino que su actividad comercial a través del Proyecto Poliducto estaba orientada a transportar GLP desde Pisco hasta Lima.
46. Por lo tanto, no se han identificado indicios de que el Consorcio Poliductos haya remitido una solicitud de venta de GLP al Consorcio Camisea y, en consecuencia, no existirían indicios razonables de una negativa de venta del Consorcio Camisea al Consorcio Poliductos.
47. Por otro lado, con relación a la presunta negativa de venta de GLP del Consorcio Camisea a los potenciales clientes del Consorcio Poliductos, en el Expediente obran diversas comunicaciones de distintas empresas solicitando información a Pluspetrol relacionada con el precio de venta del GLP en la Brida del Ducto²⁹ de la Planta de Fraccionamiento Playa Loberías en Pisco.
48. En efecto, las siguientes empresas: Star Gas S.C.R.Ltda., Polly's Packing Service S.A., Lider Gas E.I.R.L., Econogas S.R.Ltda., Edram Gas S.A., Anta Gas de Lima S.R.L., Maxi Gas S.A.C., Misti Gas S.A.C., G.C. Multiga E.I.R.L., Metro Gas S.A.C., Compañía Envasadora Andina de Gas S.A. y Punto de Distribución S.A.C.; solicitaron información a Pluspetrol sobre el precio del GLP, de forma idéntica en los siguientes términos:

"(...) informarles que Poliductos del Perú S.A.C., en su calidad de concesionario del "Proyecto Poliducto Pisco-Lurín", construirá un poliducto desde vuestra Planta de Fraccionamiento ubicada en la ciudad de Pisco hasta una Planta de Recepción, Almacenamiento y despacho que se ubicará en Lurín, (...)."

En tal sentido, toda vez que nuestra Empresa está interesada en la compra de GLP en vuestra planta ubicada en Pisco, el cual se transportaría a través del mencionado proyecto, les solicitamos indicarnos a la mayor brevedad posible el precio de venta en la Brida del Ducto en dicha planta así como la composición porcentual de Butano y Propano, con la cual nos sería despachado tal hidrocarburo."

49. Asimismo, consta en el Expediente que Pluspetrol cumplió con atender las solicitudes antes mencionadas. Dado que dichas solicitudes de información fueron idénticas, Pluspetrol contestó todas ellas en los siguientes términos:

²⁸ Cabe señalar que las solicitudes de venta de GLP al Consorcio Camisea se dirigen a Pluspetrol en su calidad de socio Operador del Consorcio Camisea. En ese sentido, a continuación, cuando se haga referencia a la actuación de Pluspetrol se deberá entender como la actuación del operador del Consorcio Camisea.

²⁹ La brida es el punto de unión de tuberías o ductos. En el contexto de la presente Resolución, se refiere al punto de unión entre el ducto de la Planta de Fraccionamiento Playa Loberías en Pisco y el ducto que el Consorcio Poliductos debería construir.

“Respecto a vuestra solicitud de cotización de precios Free In Pipe (“FIP”) Poliducto Pisco-Lurín; debemos comentarles que existen aspectos del Proyecto Poliductos del Perú S.A.C. los cuales no se han definido claramente y podrían incidir en los costos finales, por lo tanto no nos es posible presentarles una propuesta firme.

Entendemos su interés en dicho proyecto y por lo tanto estamos dispuestos a darles un indicativo de precio a fin de que puedan efectuar sus propias evaluaciones preliminares, de acuerdo a la siguiente fórmula de precios:

Precio GLP FIP Pisco = Precio Lista Callao – Dscto x volumen – Dscto FIP Pisco

Dónde:

Precio GLP FIP Pisco = Precio del GLP en brida de ingreso al Poliducto de Pisco.

Dscto x Volumen = Descuento de acuerdo al nivel de volumen de compra de GLP.

Dscto FIP Pisco = Descuento otorgado por entregas FIP Pisco, para el cual proponemos 35\$/TM sobre la base de las condiciones actuales y del supuesto que el proyecto de Poliductos del Perú S.A.C. asumirá los costos incrementales de despacho (por ejemplo costos de la planta de bombeo, la cual incluirá inversiones y costos de operación que hasta el momento no han podido ser determinados). Este indicativo preliminar es válido hasta el 31 de mayo de 2010.

Respecto a la calidad del producto que sería entregado, les garantizamos cumplir con la Norma Técnica Peruana aplicable para el GLP.

(...).”

50. Como se pone de manifiesto en las comunicaciones antes mencionadas, las empresas demandantes solicitaron a Pluspetrol información relacionada a la calidad del GLP que proveería cuando el Proyecto Poliductos estuviera en operación y el precio que cobraría por dicho producto; asimismo, consta en dichas comunicaciones que Pluspetrol respondió a las solicitudes señalando que la calidad del GLP correspondería a la indicada en la Norma Técnica Peruana aplicable y que el precio sería 35 \$/TM, precisando que dicho precio era referencial debido a que el Consorcio Poliductos aún no había definido algunos aspectos del Proyecto Poliducto que podrían hacer variar el precio señalado. Por lo tanto, según dichas comunicaciones, Pluspetrol habría cumplido en el marco de sus posibilidades con atender las solicitudes de información realizadas por las empresas.
51. Por su parte, si bien las empresas solicitaron información relacionada con el precio de venta del GLP, estas solicitudes no eran propiamente solicitudes de

venta, pues carecían de información básica para ser consideradas como tal, como por ejemplo establecer el volumen deseado. En efecto, para que una solicitud pueda ser considerada una solicitud de venta debe precisar al menos características comerciales básicas para que el pedido sea atendido, como por ejemplo el volumen, la periodicidad de la prestación del suministro, entre otros. En ese sentido, no es posible que una empresa requiera la venta o suministro de bienes a otra empresa sin que exista de por medio una solicitud que denote la intención expresa de contratar, detallando, por lo menos, los requerimientos comerciales básicos. Así, no resulta suficiente para configurar una solicitud de venta la manifestación de una intención futura.³⁰

52. Por lo tanto, no existen indicios de que los potenciales clientes del Consorcio Poliductos hayan remitido una solicitud de venta de GLP al Consorcio Camisea a través de Pluspetrol, sino que únicamente solicitaron información relacionada al precio estimado de venta de GLP en el futuro, cuando el Proyecto Poliducto estuviera en operación, solicitud que fue atendida por Pluspetrol en su oportunidad. En consecuencia, no existen indicios razonables de una negativa de venta de GLP del Consorcio Camisea a los potenciales clientes del Consorcio Poliductos.
53. Sin perjuicio de lo antes señalado, le habría resultado complicado al Consorcio Camisea entregar información precisa sobre el precio y la cantidad de GLP disponible a despachar cuando el Proyecto Poliducto estuviera en operación, pues de los documentos que obran en el Expediente y de la investigación de mercado realizada por esta Secretaría Técnica, no se desprende que el Consorcio Poliductos dio a conocer al Consorcio Camisea o Pluspetrol las características técnicas específicas del Proyecto Poliducto. En tal sentido, el Consorcio Camisea a través de Pluspetrol únicamente pudo haber provisto información referencial para la contratación, sin considerar, entre otros, los costos de los requerimientos técnicos para la implementación de la infraestructura requerida para la conectividad con el Proyecto Poliducto.
54. Adicionalmente, con relación al servicio de transporte de GLP por ducto, cabe mencionar que por Resolución Suprema 094-2010-EF, publicada el 9 de septiembre de 2010, se ratificaron los Acuerdos de Proinversión para (i) incorporar al Proceso de Promoción de la Inversión Privada el Proyecto “Sistema de Abastecimiento de GLP para Lima y Callao” y (ii) aprobar el Plan de Promoción de tal proyecto. Esta nueva versión del Proyecto Poliducto tiene como objetivo construir un sistema alternativo de transporte de GLP desde las instalaciones del Consorcio Camisea en Pisco hasta la ciudad de Lima. Por lo que existiría en un futuro cercano una alternativa al Proyecto Poliducto que no ha tenido viabilidad hasta la actualidad.

30

Al respecto, ver la Resolución 23-2008-INDECOPI/CLC del 18 de abril de 2008 recaída sobre el Expediente 003-2006-CLC, sobre denuncia de la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas del Perú (Aseeg) contra Pluspetrol por presunta negativa injustificada de venta de GLP, en donde la Comisión de Defensa de la Libre Competencia estableció que no se configurará una negativa injustificada a contratar si la denuncia se basa en solicitudes de información de compra sin carácter vinculante.

55. En efecto, de acuerdo con la información publicada en el portal web de Proinversión³¹, este nuevo proyecto está actualmente a la espera de que la empresa Petróleos del Perú - Petroperú S.A. asegure un contrato de transporte de GLP desde Pisco hasta Conchán por un volumen mínimo de 1000 toneladas por día. Adicionalmente, se ha previsto que dicho agente realice un acuerdo con el Consorcio Camisea sobre el volumen y el precio del GLP en Pisco. La obligación de contar con un acuerdo previo sobre el volumen y el precio del GLP facilitaría la implementación del nuevo Proyecto.
56. En consecuencia, considerando que no se ha podido acreditar que el Consorcio Poliductos o sus potenciales clientes realizaron una solicitud de venta de GLP al Consorcio Camisea, sino que estos últimos únicamente se limitaron a solicitarle información sobre una posible demanda futura de GLP cuando el Proyecto Poliducto estuviera en operación; no existen indicios razonables de que el Consorcio Camisea incurrió en un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada al negarse a vender GLP al Consorcio Poliductos o a sus potenciales clientes, por lo que no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

Estando a lo previsto en el Decreto Legislativo 1034 y en la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Hunt Oil Company of Peru L.L.C. Sucursal del Perú, Pluspetrol Camisea S.A., Pluspetrol Perú Corporation S.A., Repsol Exploración Perú Sucursal del Perú, SK Innovation Sucursal Peruana, Sonatrach Perú Corporation S.A.C. y Tecpetrol del Perú S.A.C., por negarse injustificadamente a vender gas licuado de petróleo al Consorcio Poliductos del Perú S.A.C. o a sus potenciales clientes, debido a que no existen indicios razonables de la realización de dicha conducta.

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

31

<http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaFichaHijo.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=5179>