

Resolución 29-2015/CLC-INDECOPI

12 de agosto de 2015

VISTA:

La denuncia interpuesta por Cementos Otorongo S.A.C. (en adelante, Cosac) contra Gloria S.A. (en adelante, Gloria) y Yura S.A. (en adelante, Yura), por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales en el mercado de producción de cemento en la región sur del país a partir de 2008, relacionado con la obtención de una licencia de uso de aguas, la construcción de una carretera y la instalación de una fábrica por parte de Cosac, infracción tipificada en los artículos 1, 10.1 y 10.2, literal f), del Decreto Legislativo 1034; las Resoluciones 002-2011/ST-CLC-INDECOPI del 11 de febrero de 2011 y 008-2013/ST-CLC-INDECOPI del 11 de julio de 2013, de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica); los descargos de las empresas denunciadas; el Informe Técnico 021-2015/ST-CLC-INDECOPI (en adelante, el Informe Técnico); los alegatos finales de las partes; y las demás actuaciones del procedimiento.

I. ANTECEDENTES

1.1. Las partes en el procedimiento administrativo

1. La denunciante: Cosac, es una empresa dedicada a la producción, el almacenamiento, el transporte y la comercialización nacional e internacional de todo tipo de materiales de construcción, así como a la explotación de canteras para la obtención de las materias primas necesarias e inherentes a la producción, la ejecución y supervisión de obras civiles y electromecánicas y el desarrollo de toda actividad relacionada con la producción de materiales de construcción¹.
2. Las denunciadas: Gloria es una empresa dedicada a la producción y comercialización de leches industrializadas y otros derivados lácteos. Asimismo, produce refrescos, néctares de jugos, conservas de pescado, café instantáneo,

¹ Ver Partida 11021382 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Arequipa de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP.

mermeladas, entre otros productos de consumo masivo². Yura es una empresa dedicada a la producción y comercialización de cemento y concreto en la región costa y sierra sur del Perú³. Su planta de cemento está ubicada en la Región Arequipa.

1.2. La denuncia de Cosac y las actuaciones previas de la Secretaría Técnica

3. El 23 de julio de 2010, Cosac interpuso una denuncia contra Gloria, Yura, Cemento Sur S.A. (en adelante, Cementos Sur) y Consorcio Cementero del Sur S.A. (en adelante, Consorcio Cementero) por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales en el mercado de producción y comercialización de cemento, según los literales f) y h) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, el DL 1034) pues habría interpuesto de manera abusiva y reiterada procedimientos administrativos y procesos judiciales en su contra, cuyos efectos han sido restringir la competencia y boicotear a Cosac en su iniciativa privada de inversión para la construcción de una fábrica de clinker y cemento en la región de Arequipa, dificultando su acceso al mercado por razones distintas a una mayor eficiencia económica.
4. Cosac sustentó su denuncia en los siguientes argumentos:
 - i. En el 2007, Cosac inició la implementación de un proyecto consistente en la instalación de una fábrica de clinker y cemento en la Región Arequipa, con una capacidad instalada para producir 547 500 toneladas de clinker y 650 000 toneladas de cemento anuales, aproximadamente.
 - ii. Las denunciadas realizaron una conducta de abuso de posición de dominio consistente en la utilización abusiva y reiterada de una serie de procesos legales contra Cosac, cuyos efectos fueron restringir la competencia y boicotear el proyecto de instalación de la fábrica de clinker y cemento de la denunciante, dificultando su acceso al mercado por razones distintas a una mayor eficiencia económica.
 - iii. Gloria, Yura, Cemento Sur y Consorcio Cementero forman parte de un grupo económico. No obstante, no resulta necesario referirse a dicho grupo económico puesto que existe entre las denunciadas un interés común y compartido, debido a que Gloria, a través de sus vinculadas Yura y Cemento Sur, participa en el mercado de producción de cemento en la Macro Región Sur (Regiones Arequipa, Puno, Cusco, Apurímac, Madre de Dios, Moquegua y Tacna).
 - iv. Los procesos legales fueron iniciados por Gloria y el señor Marcos Fredy Nakagawa Marroquín, representante de Gloria y Yura (en adelante, el

² Al respecto, véanse los siguientes enlaces:
<http://www.grupogloria.com/gloria.html>
<http://www.grupogloria.com/gloriaPRODUCTOS.html>

³ Al respecto, véase el siguiente enlace:
<http://www.grupogloria.com/yura.html>

señor Nakagawa), con el objeto de beneficiar a Yura y Cemento Sur en el mercado de producción de cemento en la Macro Región Sur

- v. Yura y Cemento Sur ostentan posición de dominio en el mercado de producción de cemento en la Macro Región Sur, pues son los únicos productores de este material y no existen ofertantes rivales reales, salvo en el límite con la Macro Región Centro (Regiones Ancash, Ayacucho, Lima e Ica).
- vi. El 17 de junio de 2008, el señor Nakagawa se presentó ante la Comisaria de San Camilo para solicitar una constatación policial. Específicamente, solicitó que un agente policial constate la construcción de una carretera de 3,5 km de longitud sobre terrenos eriazos del Estado y que, para realizar dicha construcción, se requería contar con diversas autorizaciones.
- vii. El 17 de junio de 2008, el señor Nakagawa presentó un escrito ante la Dirección de Asuntos Ambientales de Industria del Ministerio de la Producción (en adelante, Produce), mediante el cual informó sobre las actividades preparatorias a la inversión que estuvo realizando Cosac y solicitó que se le informe si la empresa había cumplido todos los requisitos exigidos por el referido Ministerio.
- viii. El 23 de julio de 2008, el señor Nakagawa presentó un escrito ante el Instituto Nacional de Cultura (en adelante, INC), mediante el cual comunicó que, en el sector de la Joya en la Panamericana Sur, carretera con dirección a Moquegua, a la altura del km. 995, se estaban realizando trabajos de construcción y que, en dicha zona, se encontraba maquinaria pesada y personal obrero. Asimismo, informó que, para realizar movimientos de tierras, resultaba necesario contar con un certificado denominado Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (en adelante, CIRA), emitido por el INC.
- ix. El 6 de agosto de 2008, el señor Nakagawa presentó un escrito ante la Gerencia de Fiscalización Minera del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin) y la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, Minem), mediante el cual comunicó que, sobre terrenos del Estado y algunas concesiones mineras de la empresa Southern Perú Copper Corporation, Sucursal del Perú, se había construido una carretera y que, para ello, resultaba necesario contar con el Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, el EIA) y con el certificado emitido por el INC. Asimismo, solicitó que se le remitiera copia de las autorizaciones legales emitidas por el Minem, Produce y las demás autoridades locales correspondientes y que se le informara si Cosac había presentado la documentación legal correspondiente en materia ambiental.
- x. El 14 de octubre de 2008, el señor Nakagawa presentó una solicitud ante el Gerente Regional de Comercio Exterior y Turismo y la Jefatura de la Organismo Promotor de la Inversión Privada (en adelante, OPIP) del Gobierno Regional de Arequipa, mediante la cual requirió que se realizara

una inspección ocular para verificar una usurpación de terrenos del Estado. Asimismo, solicitó que se informe a quien corresponda los hechos señalados a fin de que se iniciaran las acciones legales correspondientes. Como sustento, adjuntó la constatación policial del 17 de junio de 2008, el informe de un perito especializado y las solicitudes presentadas ante la Dirección de Asuntos Ambientales de Industria del Minem, la Dirección General de Minería del Minem y el Osinergmin.

- xi. El 17 de octubre de 2008, el señor Nakagawa interpuso una denuncia ante el Gerente Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa, mediante la cual señaló que Cosac usurpó terrenos del Estado y construyó una vía de transporte.
 - xii. El 20 de julio de 2009, Gloria interpuso una demanda contenciosa administrativa ante el Juez Especializado en lo Civil de Arequipa, contra Cosac, la Gerencia Regional de Agricultura y la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Arequipa. Dicha demanda tuvo por objeto que se declare la nulidad de la Resolución Administrativa 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH, mediante la cual se autorizó a Cosac la ejecución de un estudio denominado *«Estudio Hidrogeológico para el Aprovechamiento de Aguas Subterráneas en la parte baja del Asentamiento 5, 6 y 7 de la irrigación de San Camilo»* (en adelante, Estudio Hidrogeológico para San Camilo), requisito previo a la obtención de la licencia de uso de aguas. Asimismo, Gloria solicitó una medida cautelar para que la autoridad judicial suspendiera los efectos de la referida resolución.
- 5. Con la finalidad de obtener mayores elementos de juicio, mediante Carta 335-2010/ST-CLC-INDECOPI del 16 de setiembre de 2010, la Secretaría Técnica requirió a Cosac que presentara diversos documentos relacionados con los procesos legales iniciados por Gloria y el señor Nakagawa y que precisara determinada información relacionada con los referidos procesos. Mediante Carta 358-2010/ST-CLC-INDECOPI del 7 de octubre de 2010, la Secretaría Técnica concedió la prórroga solicitada por Cosac.
 - 6. Mediante escrito del 26 de octubre de 2010, Cosac absolvió el requerimiento de información de la Secretaría Técnica, adjuntando diversos documentos relacionados con los procesos legales iniciados por Gloria y el señor Nakagawa. Asimismo, solicitó la actuación de determinados medios probatorios.
 - 7. Mediante Carta 414-2010/ST-CLC-INDECOPI del 17 de noviembre de 2010, la Secretaría Técnica citó al Gerente General de Cosac, a una entrevista en el local del Indecopi. Dicha entrevista se realizó el 24 de noviembre de 2010, entre la Secretaría Técnica y los representantes de Cosac.
 - 8. Mediante escrito del 9 de diciembre de 2010, Cosac cumplió con presentar la información adicional requerida por la Secretaría Técnica durante la entrevista antes señalada. Asimismo, presentó información adicional con el objeto de demostrar que Gloria habría provocado retrasos en su proyecto de instalación de

una fábrica de clinker y cemento, y que estaría oponiéndose a que obtuviese una licencia de uso de aguas.

9. Mediante escrito del 14 de diciembre de 2010, Cosac adjuntó un conjunto de documentos relacionados con su denuncia. Además, se desistió de su solicitud de reserva genérica de la información proporcionada durante la entrevista del 24 de noviembre de 2010.
10. Mediante escrito del 10 de enero de 2011, Cosac amplió su denuncia, señalando que Gloria había iniciado nuevos procesos adicionales en su contra. Así, de acuerdo con Cosac, el 26 de octubre de 2009, Gloria habría interpuesto una demanda de amparo contra la Administración Local de Agua de Chili, la ANA y la Procuraduría Pública del Ministerio de Agricultura, con el objeto de que se declaren nulas las Resoluciones Administrativas 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH y 317-2009-ANA/ALA-CH. Esta última resolución aprobó el Estudio de Evaluación Hídrica Subsuperficial y Subterránea en el Sistema de San Camilo, otro requisito previo a la obtención de una licencia de uso de aguas.

Asimismo, señaló que Gloria presentó una carta ante el Presidente Regional de Arequipa el 17 de diciembre de 2010, mediante la cual le comunicó que el procedimiento seguido por Cosac para la obtención de la licencia de uso de aguas se encontraba judicializado. Mediante escrito del 18 de enero de 2011, Cosac adjuntó copia del Informe 001-2011-GRA-ORPPOT del 5 de enero de 2011, elaborado por la Asesoría Legal del Gobierno Regional de Arequipa, en referencia a la carta presentada por Gloria ante el Presidente Regional de Arequipa.

1.3. La Resolución de Inicio y su ampliación

11. Mediante Resolución 002-2011/ST-CLC-INDECOPI del 11 de febrero de 2011 (en adelante, la Resolución de Inicio), la Secretaría Técnica decidió:
 - i. Admitir a trámite la denuncia interpuesta por Cosac contra Gloria por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales respecto de los procesos legales relacionados con la obtención de la licencia de uso de aguas por parte de la denunciante; infracción tipificada en los artículos 1 y 10.2, literal f), del Decreto Legislativo 1034, y sancionable por la Comisión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 de la referida norma.
 - ii. Declarar inadmisibles las denuncias interpuestas por Cosac contra Gloria por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, respecto de los procesos legales relacionados con la construcción de la carretera y la instalación de la fábrica por parte de la denunciante.
 - iii. Declarar inadmisibles las denuncias interpuestas por Cosac contra Cemento Sur, Consorcio Cementero y Yura, por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.

12. El 19 de abril de 2011, Cosac presentó un recurso de apelación contra los puntos resolutive segundo y tercero de la Resolución de Inicio, señalando lo siguiente:
 - i. No se debería segmentar la denuncia realizada por su empresa en función a los asuntos a los que se encuentran vinculadas debido a que la conducta de abuso de procesos legales supone un análisis integral de todas las acciones realizadas.
 - ii. Habría quedado acreditado que Yura participó de manera conjunta con Gloria en la presentación de denuncias en contra de Cosac, por lo que tendría que ser incluido en la investigación.
13. El 19 de abril de 2011, Gloria presentó un escrito apersonándose al procedimiento.
14. Mediante Resolución 009-2011/ST-CLC-INDECOPI del 29 de abril de 2011, la Secretaría Técnica decidió conceder el recurso de apelación interpuesto por Cosac y elevar los actuados respectivos a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, la Sala). Asimismo, decidió suspender la tramitación del procedimiento hasta que la Sala se pronuncie respecto del referido recurso de apelación.
15. El 9 de noviembre de 2011, Gloria presentó un escrito en el cual solicitó adherirse a la tramitación de la apelación, cuestionando lo dispuesto en el primer punto resolutive de la Resolución de Inicio, señalando que Gloria carecería de legitimidad para obrar pasiva, pues al no competir con Cosac, no obtendría ningún beneficio de la supuesta conducta. Asimismo, solicitó que se declare infundada la apelación interpuesta por Cosac, al no haber demostrado que los procedimientos excluidos por la Secretaría Técnica carecían de fundamento objetivo y que no se trataba de verdaderos procedimientos administrativos.
16. Mediante Resolución 3087-2012/SDC-INDECOPI del 8 de noviembre de 2012, la Sala resolvió declarar improcedente el recurso de adhesión interpuesto por Gloria.
17. El 14 de diciembre de 2012, se llevó a cabo una audiencia de informe oral ante la Sala, a la cual asistieron los representantes de Cosac y de Gloria. Ambos representantes reiteraron los argumentos anteriormente introducidos y agregaron lo siguiente:

Representante de Cosac:

- i. Resulta sospechoso que un ciudadano cualquiera se preocupe por realizar constataciones en lugares alejados a su domicilio, con un lenguaje previamente preparado por abogados.
- ii. Las solicitudes de información presentadas por el representante de Gloria dañaron la imagen de Cosac frente al Gobierno Regional de Arequipa.

Representante de Gloria:

- i. A efectos de que exista una conducta sancionable, se deberían evidenciar denuncias donde se le solicite a Cosac hacer o dejar de realizar determinada acción, pues solo se debe entender como procedimientos aquellos donde se impongan costos de defensa.
 - ii. Los procedimientos iniciados contra Cosac no impusieron ningún costo, por lo que no se podría alegar que se haya configurado una conducta anticompetitiva.
18. Mediante Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI del 13 de junio de 2013, la Sala resolvió:
- i. Revocar la Resolución 002-2011/ST-CLC-INDECOPI en el extremo que declaró inadmisibile la denuncia interpuesta por Cosac contra Gloria por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, respecto de los procesos relacionados con la construcción de la carretera y la instalación de la fábrica por parte de la denunciante y, en consecuencia, admitir a trámite la denuncia en dicho extremo.
 - ii. Confirmar la Resolución 002-2011/ST-CLC-INDECOPI en el extremo que declaró inadmisibile la denuncia interpuesta por Cosac contra Cementos Sur y Consorcio Cementero por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.
 - iii. Revocar la Resolución 002-2011/ST-CLC-INDECOPI en el extremo que declaró inadmisibile la denuncia interpuesta por Cosac contra Yura y, en consecuencia, disponer que la denuncia por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales contra dicha empresa sea admitida a trámite.
19. El 13 de junio de 2013, Cosac presentó ante la Sala un escrito adjuntando copias de nuevas denuncias presentadas por el señor Santos Andrés Guillén Rojas, ex alcalde de San Camilo, avaladas con la firma del abogado de Yura, el señor Alfredo Arana Miovich, lo que acreditaría la conexión entre Yura y la estrategia de abuso de procesos llevada a cabo por el grupo Gloria. Estas denuncias penales fueron presentadas ante la Fiscalía de Prevención del Delito de Arequipa y la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, contra funcionarios del Gobierno Regional de Arequipa involucrados en la evaluación del proyecto de inversión de Cosac.
20. En atención a lo resuelto por la Sala, mediante Resolución 008-2013/ST-CLC-INDECOPI del 11 de julio de 2013 (en adelante, la Resolución Ampliatoria), la Secretaría Técnica decidió:
- i. Levantar la suspensión de la tramitación del procedimiento dispuesta por la Resolución 009-2011/ST-CLC-INDECOPI.

- ii. Admitir a trámite la denuncia interpuesta por Cosac contra Gloria por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales relacionados con la construcción de la carretera y la instalación de la fábrica por parte de la denunciante.
- iii. Admitir a trámite la denuncia interpuesta por Cosac contra Yura por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales contra dicha empresa.
- iv. Informar que la presente investigación está referida a un presunto abuso de posición de dominio de Gloria y Yura en la modalidad de abuso de procesos legales, relacionados con la obtención de la licencia de uso de aguas, la construcción de la carretera y la instalación de la fábrica por parte de la denunciante.

1.4. Los descargos de las empresas denunciadas

21. El 5 de septiembre de 2013, Yura presentó su escrito de descargos, negando y contradiciendo la denuncia en todos sus extremos y solicitando que la Comisión la declare improcedente y/o infundada, basándose en los siguientes argumentos:

- i. Para que una conducta sea calificada como anticompetitiva, es necesario que tenga efectos exclusorios; pero además, que pueda afectar la competencia de manera general (o al interés económico general) y no a un competidor específico.
- ii. Las acciones imputadas a Yura no constituyen procedimientos administrativos o «procesos legales», pues sólo se tratan solicitudes de información y denuncias informativas. Sobre éstas, resulta imposible aplicar el «test PRE», consistente en evaluar las expectativas de un resultado favorable para determinar si el derecho de acción está siendo ejercido válidamente por la empresa denunciada. Incluso si las acciones de Yura fueran «seudo procedimientos», el retraso en el ingreso de Cosac al mercado no es atribuible a ellas.
- iii. Así tampoco se ha demostrado la existencia de retrasos o costos derivados de estos procedimientos, a pesar de que la propia Secretaría Técnica solicitó dicha información a la denunciante.
- iv. Con relación a la constatación policial y al trámite ante el INC, tales acciones se tratan de simples pedidos de información.
- v. En relación con las solicitudes presentadas ante Osinergmin y comunicaciones al Gerente Regional de Comercio Exterior y Turismo, así como al Gerente Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa, estas actuaciones no tenían ninguna capacidad de afectar el proceso competitivo.
- vi. En relación con la definición de mercado relevante y la posición de dominio de Yura, indicó que la Secretaría Técnica ha realizado un análisis estático

del mercado relevante, pues únicamente ha hecho referencias a la participación de mercado de las empresas, sin ser «suficientemente exhaustivo para determinar las características de un mercado que es cada vez más dinámico». En contraste, sugirió que dicho análisis debió haberse basado en la evolución de la participación de mercado en el tiempo, por lo menos hasta el año 2011.

- vii. De otro lado, dejó constar que los consumidores no son pequeños, sino que se tratan de empresas grandes tales como constructoras, inmobiliarias, entre otras, que son más sofisticadas en la elección de sus proveedores y, por tanto, son más sensibles al precio y las condiciones comerciales del mercado.
 - viii. Por último, precisó que para la definición del mercado relevante no se efectuó el «test SSNIP».
22. El 5 de septiembre de 2013, Gloria presentó sus descargos, solicitando que sea declarada improcedente o infundada, bajo los siguientes fundamentos:
- i. Cosac no es una empresa nacional pequeña atacada por la empresa dominante, sino que su principal accionista es Cementos Portugal (Cimpor), una de las cementeras más importantes del mundo y con activos de USD 6,605 millones al cierre del 2007.
 - ii. Es falso que Gloria sea la causante de que el proyecto de Cosac no haya iniciado. Éste no ha podido ser puesto a marcha pues ha sufrido continuas observaciones por parte de las autoridades competentes que Cosac no ha subsanado a tiempo.
 - iii. Es requisito para la configuración de la práctica de abuso de procesos legales la afectación a la competencia, lo cual no ha ocurrido en este caso pues la actuación de Gloria no ha perjudicado en ningún momento a Cosac.
 - iv. Ninguno de los hechos denunciados constituyen «procedimientos administrativos» en los términos de la ley y, allí donde se generó algún proceso, Cosac no ha demostrado que éstos generaron un retraso en el desarrollo de su proyecto, tales como las señaladas a continuación:
 - Comunicación a la Dirección de Asuntos Ambientales de Industria del Produce del 17 de junio de 2008.- El objetivo de esta comunicación sólo fue para recabar información respecto del proyecto de Cosac y no para impedir su ingreso. Además, tampoco generó un procedimiento administrativo sancionador contra Cosac.
 - Comunicación del 17 de junio del 2008 ante la Comisaría de San Camilo.- Solicitud de constatación policial de las obras que se venían desarrollando. De acuerdo con la propia denunciante, «esta denuncia no avanzó a mayores».

- Comunicación del 23 de julio de 2008 ante el INC.- Fue sólo un requerimiento de información, sin efecto alguno sobre Cosac. No obstante ello, Cosac refiere que el Oficio de respuesta 797-2008-IN-DA, no señala nada en su contra, pero siembra un halo de duda respecto a la actuación de esta empresa.
 - Comunicación del 6 de agosto de 2008 ante la Gerencia de Fiscalización Minera del Osinergmin.- Este escrito informó que aparentemente Cosac estaba operando sin EIA, ni CIRA. Si bien esta comunicación habría generado que Cosac presente algunas comunicaciones a la autoridad, el costo de estas comunicaciones no ha sido acreditado.
 - Comunicación del 14 de octubre de 2008 ante la Gerencia Regional de Comercio Exterior y Turismo y la Jefatura de la Oficina de Promoción de la Inversión Privada del Gobierno Regional de Arequipa.- Sólo se solicitó una inspección ocular por presunta usurpación de terrenos del Estado. Cosac no habría acreditado qué acciones realizó el Estado en su contra o cómo esta acción perjudicó su proyecto.
 - Comunicación del 17 de octubre de 2008 ante el Gerente Regional de Agricultura de la Región Arequipa.- Se informó que ciertos terrenos estarían siendo usurpados por terceras personas. No se ha acreditado cómo esta comunicación impidió su ingreso al mercado.
- v. Respecto de las acciones legales relativas a la obtención de una licencia de uso de aguas, estas no fueron susceptibles de generar efecto alguno en el proyecto de Cosac, como lo han señalado las autoridades a cargo del procedimiento, pues la denunciante obtuvo una licencia de uso de aguas.
 - vi. Para que se configure la infracción, el Decreto Legislativo 1034 requiere una restricción a la competencia generada por la utilización abusiva y reiterada de procedimientos administrativos, no por simples solicitudes o comunicaciones a una autoridad, como ha ocurrido en el presente caso. Además, las acciones imputadas a Gloria poseen una clara justificación, por lo que no deberían ser consideradas abusivas.
 - vii. Incluso en el supuesto que se considere que los procesos iniciados por Gloria carecían de sustento razonable, éstos no han tenido como efecto el impedimento o retraso o en el desarrollo del proyecto de Cosac.
 - viii. Si se lograra acreditar que las acciones de Gloria perjudicaron a Cosac, eso no sería suficiente para declarar la existencia de la infracción imputada pues el impacto sufrido no ha sido suficientemente significativo como para limitar la capacidad de competir y de acceder al mercado de Cosac.
 - ix. No existe una relación de competencia entre Gloria y Cosac, por lo que no puede existir un beneficio anticompetitivo derivado de la conducta imputada.

- x. En atención a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Legislativo 807, corresponde sancionar a Cosac por la presentación de una denuncia maliciosa, al haber ocultado información y presentado una versión distorsionada de los hechos que sustentan su denuncia.
- xi. Finalmente, en atención a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Legislativo 807, corresponde imponer a Cosac las costas y costos del procedimiento.

1.5. Actuaciones en la etapa probatoria

- 23. El 5 de septiembre de 2013, Cosac presentó un escrito en el cual señaló lo siguiente:
 - i. De la jurisprudencia europea, en el caso Belgacom, puede concluirse que se puede admitir un ejercicio del derecho de defensa ante un abuso de procesos legales incluso antes del inicio formal de tales procesos. En la misma línea, las acciones de naturaleza preparatoria o de investigación también podrían considerarse un ejercicio abusivo de los mecanismos que proporciona el Estado, al perseguir fines anticompetitivos. En cambio, a diferencia de lo señalado por Gloria, no puede inferirse un requisito de certeza «absoluta» en la intención anticompetitiva del agente infractor y los efectos producidos sobre el mercado.
 - ii. Gloria interpreta erróneamente la Resolución 974-2013/SDC-INDECOPI, pues al señalar que se debe generar un daño efectivo, omite dolosamente la referencia de la Sala al posible efecto potencial derivado de un abuso de procesos legales.
 - iii. La conducta realizada por Gloria configura un abuso de derecho pues utiliza formalismos para sustentar una interpretación literal y taxativa de las normas y derechos discutidos, cuando en la práctica se están vulnerando otros derechos y libertades.
 - iv. El argumento de Gloria respecto a que Cosac está respaldado por el grupo Cimpor contradice su propia posición, pues al tener una compañía importante como respaldo, no podría suponerse que, en su ingreso al mercado, incurriera en los errores denunciados por ella.
 - v. Gloria pretende presentar como requerimiento de información la fabricación de pruebas falsas que se presentaron ante diversas autoridades. Este accionar causó retrasos considerables y el desvío de recursos para atender estos supuestos requerimientos.
 - vi. Gloria continuamente presenta denuncias ante determinadas entidades y, a continuación, adjunta estas denuncias como medios de prueba ante otras, con el objetivo de conferir a tales denuncias de un mayor impacto frente a las autoridades competentes.

- vii. Sobre el carácter abusivo de las acciones planteadas por Gloria ante las distintas autoridades:
- Comunicación a la Dirección de Asuntos Ambientales de Industria del Produce del 17 de junio de 2008: Gloria indica que esta comunicación resultó inocua; sin embargo, Cosac fue obligada a destinar recursos para absolver las consultas de dicha Dirección, suspendió los trabajos de rehabilitación de la trocha y generó en las autoridades administrativas de Arequipa y la población una predisposición negativa para las tareas de evaluación o calificación de las solicitudes de Cosac.
 - Comunicación ante la Comisaría de San Camilo del 17 de junio del 2008: Gloria argumenta que esta acción tenía el objetivo de constatar un hecho y que no avanzó a mayores; sin embargo, generó perjuicios al crear un ambiente negativo a la inversión de Cosac. Teniendo en cuenta que el Perú atraviesa por una escalada de conflictos sociales, esta acción podría haber generado un problema socioambiental que retrase o impida la inversión de Cosac.
 - Comunicación al INC del 23 de julio de 2008: Gloria señala que este fue un simple requerimiento de información; sin embargo, esta acción logró que el Director del INC de Arequipa enviara un oficio al Alcalde de la Municipalidad de Islay manifestándole que Cosac estaría realizando movimientos de suelos sin haber solicitado el respectivo CIRA.
 - Comunicación a la Gerencia de Fiscalización Minera del Osinergmin del 6 de agosto de 2008: Gloria y Yura señalaron que esta comunicación es solo una solicitud de información y no se ha probado el daño que causó. Sin embargo, debido a esta acción, Cosac tuvo que participar de la fiscalización en campo ordenada por Osinergmin, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, Oefa) les interpuso una multa y se tuvo que destinar recursos para afrontar la defensa legal de la denuncia.
24. Mediante Cartas 787 a 789-2014/ST-CLC-INDECOPI del 29 de diciembre de 2014, la Secretaría Técnica notificó a las partes su decisión de prorrogar el período de prueba del procedimiento administrativo sancionador por un mes adicional, considerando la necesidad de solicitar mayores elementos de prueba a las entidades ante las que se tramitaron los procesos legales relacionados con las conductas analizadas en el expediente.
25. Mediante Oficio 117-2014/ST-CLC-INDECOPI del 31 de diciembre de 2014, la Secretaría Técnica solicitó a la Dirección de Administración de Recursos Hídricos de la Autoridad Nacional del Agua (en adelante, ANA) una entrevista telefónica con un funcionario a fin de que pueda brindar información sobre el procedimiento y los órganos competentes para la emisión de las autorizaciones para la ejecución de Estudios Hidrogeológicos. Dicha entrevista se produjo el 19 de enero de 2015, con la participación del señor Ismael Alvarado, funcionario de

la Dirección de Administración de los Recursos Hídricos de la ANA, quien dio alcances sobre el trámite y las incidencias regulares en procedimientos de otorgamiento de licencias de uso de aguas, incluyendo la fase de autorización de estudios.

26. Mediante Oficio 118-2014/ST-CLC-INDECOPI del 31 de diciembre de 2014, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa una entrevista a fin de que pueda brindar información sobre el procedimiento y los órganos competentes de la emisión de las autorizaciones para la ejecución de Estudios Hidrogeológicos. En respuesta, el 5 de febrero de 2015, mediante Oficio 018-2015-GRA/GRAG-OAJ, la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa remitió a la Secretaría Técnica el Informe Legal 014-2015-GRA/GRAG-OAJ, relativo a las competencias para el otorgamiento de licencias de uso de recursos hídricos.
27. El 14 de enero de 2015, Gloria presentó diversas resoluciones relacionadas con la denuncia de Cosac, señalando lo siguiente:
 - i. Resolución 289-2013-OEFA/TFA del 27 de diciembre de 2013 emitida por el Oefa: Demuestra que la acción fue iniciada de oficio por el Osinergmin y que Cosac realizó actividades de exploración sin contar con los permisos legalmente requeridos.
 - ii. Constancia de Aprobación Automática 014-2008-MEM-AAM del 13 de octubre de 2008 emitida por la Dirección General de Asuntos Ambientales del Minem: Acredita que Cosac obtuvo la Constancia de Declaración de Impacto Ambiental el 13 de octubre de 2008, de manera posterior a las inspecciones realizadas por el Osinergmin.
 - iii. Oficio del 4 diciembre de 2008 del ingeniero Paredes Sanchez, Jefe de la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili: Demostraría el trato diferenciado entre Cosac y Gloria, en tanto esta última también habría solicitado autorización de ejecución de estudios hidrogeológicos.
 - iv. Resolución del 3 de septiembre de 2014 emitida por la Viceministra de MYPE e Industria del Produce: Acredita que, en el desarrollo de su proyecto, Cosac ha enfrentado problemas inimputables a Gloria.
28. El 29 de enero de 2015, Cosac presentó un escrito reiterando los argumentos antes señalados, y añadiendo lo siguiente:
 - i. Gloria ha interpuesto denuncias con el objetivo de amedrentar a los funcionarios encargados de la administración de los recursos hídricos en la Región Arequipa. Este hecho sucedió con el Ing. Paredes Sánchez, Jefe de la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili, quien autorizó la realización de un estudio hidrogeológico y posteriormente fue objeto de un procedimiento administrativo producto de una queja presentada por Gloria.

- ii. Gloria solicitó un permiso de uso de aguas cuando sabía que la autoridad competente no le podía dar el permiso al no haber cumplido con el estudio hidrogeológico requerido. De esta manera, Gloria pretende sorprender a la Secretaría Técnica señalando que interpone acciones legales en defensa de sus derechos y mostrarse víctima de discriminación al habersele otorgado un permiso a Cosac que le fuese negado a Gloria.
 - iii. Gloria ha ocultado el hecho de que sí ha sido autorizada para realizar un estudio hidrogeológico, razón por la cual no tendría ningún motivo para cuestionar la autorización que se le otorgó a Cosac.
 - iv. Más aún, no guarda ninguna lógica que Gloria inicie procedimientos para cuestionar la autorización dada a Cosac cuando este hecho no afecta de ninguna manera la obtención de su propia autorización. Es evidente, por tanto, que Gloria solo buscaba obstaculizar la obtención de la licencia de uso de aguas de Cosac.
29. El 16 de febrero de 2015, Gloria presentó un escrito reiterando los argumentos antes señalados, y añadiendo lo siguiente:
- i. Cosac ha interpretado el criterio de razonabilidad como la flexibilización en la necesidad de prueba para sancionar sin tener certeza absoluta. Sin embargo, dicho criterio exige a la autoridad evaluar con mayor profundidad la conducta investigada, para despejar toda duda de que pueda estar justificada aun cuando restrinja la competencia en cierto grado. Así, queda demostrado a través de los diversos pronunciamientos emitidos que no es Gloria, sino el Indecopi el que ha decidido ser riguroso para determinar la existencia de un caso de abuso de procesos legales.
 - ii. Cosac pretende distorsionar la tipificación legal incluida en el Decreto Legislativo 1034 respecto a los efectos anticompetitivos potenciales. Para que se configure la conducta prohibida, los actos denunciados tienen que constituir una utilización de procesos judiciales o de procedimientos administrativos, no estando incluidos en la norma los actos que potencialmente constituyan procesos o procedimientos.
 - iii. Los pedidos de información no afectan a Cosac, pues tan solo constituyen una carga para las autoridades respectivas. El hecho que la autoridad competente decida iniciar un procedimiento se basa únicamente en su facultad de abrir investigaciones cuando existen indicios razonables de una infracción.
 - iv. Las acciones imputadas a Gloria han sido acogidas por la propia Administración, por lo que queda claro que el derecho de petición no fue ejercido abusivamente. El hecho que algunas de las acciones no hayan sido amparadas no vulnera la razonable expectativa de éxito que se tuvo al iniciarlas.
 - v. Es falso que Gloria sea responsable del retraso en la obtención de la licencia de uso de aguas de Cosac, así como la construcción de la

carretera y la instalación de la fábrica, pues las supuestas demoras ocasionadas son parte del natural del proceso y del propio actuar de Cosac. Además, el denunciante no ha presentado prueba alguna que acredite que las acciones imputadas generaron un retraso en el desarrollo de su proyecto.

1.6. El Informe Técnico

30. El 21 abril de 2015 la Secretaría Técnica emitió el Informe 021-2015/ST-CLC-INDECOPI (en adelante, el Informe Técnico), con las siguientes conclusiones:

- i. De la revisión conjunta de las acciones y procesos legales cuestionados por Cosac, no es posible calificar las actuaciones del Grupo Gloria como una utilización abusiva y reiterada de procesos judiciales o procedimientos administrativos que pueda afectar indebidamente el desenvolvimiento de Cosac en el mercado de producción y venta de cemento Portland gris en la región sur del país, como consecuencia de un ejercicio fraudulento de los derechos de acción y petición.
- ii. Un conjunto de autoridades han determinado que Cosac incurrió en irregularidades, o por otros fundamentos se han pronunciado desfavorablemente a ella, en la realización de obras relacionadas a la construcción o mejoramiento de una trocha carrozable y la obtención de autorización para el uso de recursos hídricos, entre otras actividades en su fase inicial de inversión para la construcción de una fábrica de cemento; fundamento objetivo que permitía al Grupo Gloria tener una expectativa de éxito razonable al emprender las acciones cuestionadas por Cosac.
- iii. Considerando que no se ha acreditado que el Grupo Gloria haya emprendido una estrategia abusiva y reiterada de procesos legales, de conformidad con el marco teórico, no resulta pertinente analizar si las acciones de Grupo Gloria tuvieron como efecto perjudicar la competencia en el mercado relevante.
- iv. No se ha acreditado que la denuncia de Cosac haya sido interpuesta a sabiendas de (i) la falsedad de la imputación o (ii) la ausencia de motivo razonable. Por el contrario, los documentos aportados por Cosac guardan coherencia con su denuncia y, además, la Secretaría Técnica y la Sala consideraron que existían indicios razonables de que el Grupo Gloria había cometido un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.
- v. Atendiendo a lo establecido en el artículo 7 del Decreto Legislativo 807 y considerando que Cosac participa en el presente procedimiento en calidad de denunciante, corresponde declarar improcedente la solicitud formulada por Gloria para que se ordene a Cosac el pago de costas y costos del procedimiento.

31. En tal sentido, la Secretaría Técnica recomendó a esta Comisión lo siguiente:

- i. Declarar infundada la denuncia de Cementos Otorongo S.A.C. en contra de Gloria S.A. y Yura S.A., por un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales por parte del Grupo Gloria, de conformidad con lo establecido con los artículos 1 y 10.2 literal f) del Decreto Legislativo 1034.
 - ii. Denegar la solicitud de Gloria S.A. para que se sancione a Cementos Otorongo S.A.C. por la supuesta interposición de una denuncia maliciosa.
 - iii. Declarar improcedente la solicitud formulada por Gloria S.A. para que se ordene a Cementos Otorongo S.A.C. el pago de costas y costos del procedimiento.
32. Mediante escrito del 20 de mayo de 2015, Gloria presentó las siguientes alegaciones al Informe Técnico:
- i. Sin perjuicio de estar de acuerdo con la primera recomendación del Informe Técnico, es necesario precisar que las tres acciones de Gloria posteriores a la obtención del permiso otorgado a Cosac para mejorar una trocha, también contaban con fundamentos objetivos adicionales sustentados en la falta de permiso para realizar perforaciones, toda vez que, a pesar de que Cosac había comunicado a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Minem que sus actividades de perforación comenzarían el 14 de noviembre de 2008, emprendió la realización de perforaciones mucho antes de esta fecha. Este hecho fue sancionado por el Tribunal del Oefa el 27 de diciembre de 2013.
 - ii. Respecto a la segunda recomendación del Informe Técnico, reitera su solicitud de sancionar a Cosac por la interposición de una denuncia maliciosa, en virtud a los argumentos esgrimidos con anterioridad.
33. Mediante escrito del 20 de mayo de Cosac presentó las siguientes alegaciones al Informe Técnico:
- i. No resulta razonable creer que una persona natural, de buena fe, inicie diversos procedimientos y solicitudes ante distintas autoridades sobre asuntos relacionados con una misma empresa.
 - ii. Cosac interpuso en su oportunidad una demanda contenciosa administrativa contra la sanción efectuada por el Oefa, dando inicio a un proceso donde se ha acreditado que fue sancionado indebidamente por actividades de cateo y prospección, al no ser estas susceptibles de sanción.
 - iii. En relación a la licencia de uso de aguas, la Secretaría Técnica no ha valorado el contenido de la Resolución 0662-2009-ANA, mediante la cual la ANA autoriza a Gloria la ejecución de estudios hidrogeológicos en el Sector San Camilo para el desarrollo del «Proyecto Pampa Los Médanos La Joya».

- iv. Acerca de la participación del señor Santos Andrés Guillén Rojas, ex alcalde del distrito de San Camilo y su abogado, señor Alfredo Arana Miovich, la Secretaría Técnica no ha observado los principios de oficialidad y verdad material, consagrados en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al negar la posibilidad que el abogado en mención haya actuado a través de Yura por encargo del Grupo Gloria, sin siquiera haberle realizado una entrevista o un requerimiento de información.
- v. El Informe Técnico adopta el criterio adoptado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI en la Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI, con ocasión del caso iniciado por la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú contra Ferrocarril Transandino S.A., el cual podría implicar una contravención a la responsabilidad subjetiva para aplicación de sanciones administrativas, pues para el juzgador no sería relevante establecer si el investigado actuó o no con dolo o culpa.

1.7. Informe oral y alegatos finales

- 34. El 12 de junio de 2015 se llevó a cabo la audiencia de informe oral, con la participación de los representantes de Cosac, Gloria y Yura. En dicha audiencia Cosac reiteró los argumentos antes señalados y agregó lo siguiente:
 - i. Las denunciadas, haciendo un ejercicio abusivo de su derecho de acción y actuando de mala fe, han pretendido lesionar los legítimos intereses de Cosac. Teniendo en cuenta que la buena fe constituye un principio general del Derecho, no puede sostenerse válidamente que las actuaciones de Gloria tengan fundamentos objetivos o expectativas razonables de ganar.
 - ii. En efecto, en cada una de las denuncias y escritos presentados por Gloria se hace referencia a la construcción de una carretera; sin embargo, lo único que Cosac ha llevado a cabo es el mantenimiento de una trocha a través del movimiento de tierras y rocas. Este intento por confundir a la autoridad se hace evidente al tener en cuenta lo señalado en la Resolución Ministerial 660-2008-MTC/02 del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que establece claras diferencias entre ambas.
 - iii. Asimismo, a raíz de la emisión de la constancia de disponibilidad del recurso hídrico que Cosac requería para continuar con la tramitación de la Iniciativa Privada de Inversión ante el OPIP del Gobierno Regional de Arequipa, Gloria cuestionó el procedimiento a pesar que dicha constancia señala expresamente que no concede ningún derecho de uso de agua, lo cual evidenciaría que no se le causaba perjuicio alguno, y, adicionalmente, denunció al funcionario público encargado de la emisión de dicha constancia, hechos que únicamente pueden encontrar explicación en la mala fe de Gloria.
 - iv. Del mismo modo, Gloria inició un proceso contencioso administrativo contra la autorización a Cosac para la ejecución de estudios hidrogeológicos, a pesar que ésta no concedía ningún derecho de uso de agua, por lo que no podría causarle perjuicio alguno. Al respecto, Gloria

argumentó que la autoridad que emitió la referida autorización carecía de competencia; sin embargo, catorce meses antes Gloria había presentado la misma solicitud ante dicha autoridad supuestamente «incompetente», lo cual permite evidenciar su mala fe.

- v. A pesar de haber obtenido la autorización que solicitó para la realización de los estudios hidrogeológicos, Gloria no los ejecutó, lo que demuestra claramente que la denunciada nunca tuvo la intención de explotar el recurso hídrico y solo presentó sus solicitudes y recursos con la intención de impedir o retrasar la inversión de Cosac.
35. Por su parte, Gloria reiteró los argumentos expuestos con anterioridad y añadió lo siguiente:
- i. Cosac pretende que la Comisión se aparte de la metodología reconocida por el Tribunal del Indecopi para determinar la existencia de un abuso de procesos legales.
 - ii. Analizar su supuesta buena o mala fe significaría un exceso en las facultades atribuidas al Indecopi por el marco legal por cuanto, según la metodología antes indicada, como primer paso correspondería evaluar el fundamento objetivo existente al momento de iniciar cada proceso.
 - iii. Únicamente si se acredita la ausencia de un fundamento objetivo o el fraude en las acciones planteadas, puede analizarse si la conducta tuvo un objeto o efecto anticompetitivo.
36. Mediante escritos de fecha 17 y 22 de junio de 2015, Gloria presentó sus alegatos finales reiterando los argumentos indicados líneas arriba y agregó que la intención de Cosac de apartarse de la metodología aplicada por el Indecopi para determinar la existencia de la práctica investigada se comprueba en que dicha empresa pretende discutir la calificación terminológica de los movimientos de tierras realizados, dejando de lado los fundamentos objetivos de las denuncias planteadas por Gloria, es decir, la ilegalidad de dichas actividades, resultando irrelevante la calificación (carretera o trocha) que se les pueda dar.
37. Mediante escrito de fecha 22 de junio de 2015, Cosac presentó sus alegatos finales reiterando los argumentos antes expuestos.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

38. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si Gloria y Yura incurrieron en un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales en el mercado de producción y venta de cemento en la región sur del país, relacionado con la obtención de una licencia de uso de aguas, la construcción de una carretera y la instalación de una fábrica por parte de Cosac; de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1, 10.1 y 10.2, literal f), del Decreto Legislativo 1034.

III. MARCO CONCEPTUAL

3.1. Abuso de posición de dominio

39. La libertad de contratación se encuentra expresamente reconocida por el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁴. 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 autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual⁵.
40. 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 Constitución⁶. 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.
41. 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.
42. 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.
43. De acuerdo con lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:

⁴ **Constitución Política del Estado**
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.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, emitida en el Expediente 4788-2005/PA/TC.

⁶ **Constitución Política del Estado**
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.

- i. Que el supuesto infractor ostente una posición de dominio en el mercado relevante.
 - ii. Que el supuesto infractor haya restringido indebidamente la competencia.
 - iii. 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.
44. 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 y en forma sustancial, las condiciones de oferta o demanda del mercado, por razones tales como una importante participación de mercado, un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial. 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.

45. En lo que se refiere al segundo requisito, las restricciones indebidas a la competencia son aquellas conductas que, conforme a lo señalado en el literal h) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, *«impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica»*. Precisamente, el artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034 desarrolla ejemplos típicos de abuso de posición de dominio, como la negativa injustificada de trato (literal a), la discriminación indebida (literal b), las cláusulas de atadura (literal c) y, así también, el abuso de procesos legales (literal f).

En la calificación de este requisito, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en una justificación comercial válida, no se configurará un abuso de posición de dominio. Si el presunto infractor demostrase la introducción de eficiencias, éstas deberán ser contrastadas con los efectos restrictivos de la conducta observados en la siguiente etapa del análisis.

46. 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 perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, afectando de esta manera el proceso competitivo⁷.

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

⁷

Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, considerando 65.

anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o restringir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).

En la calificación de este requisito, debe verificarse una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre el presunto infractor y los presuntos afectados; además de la capacidad de la conducta investigada para afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

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

3.2. Abuso de procesos legales

48. Entre las formas en que un agente con posición de dominio puede distorsionar el correcto funcionamiento del proceso competitivo se puede identificar la manipulación del poder estatal, mediante la utilización indebida de los procesos y procedimientos judiciales, administrativos y regulatorios a cargo de las autoridades públicas, con el objeto o efecto de perjudicar a los competidores. En este caso, una conducta ilegítima y dirigida a distorsionar el proceso competitivo es realizada mediante el ejercicio fraudulento de los derechos de acción y petición, quedando fuera del ámbito de tutela comprendido por estos derechos.
49. Esta conducta, conocida en el Derecho de la Competencia como «abuso de procesos», «predación legal» o «litigación predatoria», puede ser definida como aquella estrategia a través de la cual un agente con posición de dominio deliberadamente *instrumentaliza* un conjunto de procesos o procedimientos legales cuya tramitación no se encuentra destinada a obtener un pronunciamiento favorable por parte de las autoridades respectivas, sino que tiene como objetivo esencial impedir, retrasar o encarecer el acceso o permanencia de sus competidores en el mercado⁸.

⁸ De acuerdo con Robert BORK, «El predador no necesita esperar impedir la entrada [de competidores]. Él puede tener solo el deseo de retrasarla. La litigación fraudulenta se convierte así en una táctica útil contra empresas de cualquier tamaño, con independencia relativa de sus reservas, dado que puede valer la pena asumir el precio de la litigación para retrasar un año o varios años la entrada del rival en un mercado lucrativo. En estos casos, el éxito de la predación no requiere que el predador tenga mayores reservas que la víctima o que tenga mejor acceso a capital que ésta. Ninguna otra técnica de predación es capaz de obviar estos requerimientos, y este hecho indica tanto el peligro como la probabilidad de predación a través de uso indebido de procesos gubernamentales».

Traducción libre del siguiente texto: «The predator need not expect to defeat entry altogether. He may hope only to delay it. Sham litigation then becomes a useful tactic against any size firm, regardless of relative reserves, for it may be worth the price of litigation to purchase a delay of a year or several years in a rival's entry into a lucrative market. In such case, successful predation does not require that the predator have greater reserves than the victim, or that the predator have better access to capital than the victim. No other technique of predation is able to escape all of the requirements, and that fact indicates both the danger and the probability of predation by misuse of governmental processes». BORK, Robert H. *The Antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993, p. 348.

Es dentro de este marco que puede entenderse al abuso anticompetitivo de procesos legales, además, como una forma de vulneración al principio de buena fe, en cuanto el agente infractor no adecua sus actuaciones a los fines legítimamente reconocidos para emprender y perseguir la actuación de las entidades encargadas de administrar justicia (esto es, contar con un fundamento objetivo para obtener pronunciamientos ajustados a derecho), sino fundamentalmente perjudicar a un competidor utilizando los procesos legales, en sí, como herramienta lesiva.

50. El abuso de procesos legales materializa su efecto exclusorio, básicamente, a partir del retraso o pérdida de la oportunidad de acceso al mercado y de la generación de gastos de asesoría técnica y legal, derivados de asumir la defensa frente a complicados litigios. Desde este punto de vista, el abuso de procesos legales puede ser caracterizado bajo la figura denominada *raising rivals' costs*, desarrollada por el Derecho de la Competencia norteamericano, según la cual el incremento de los costos sobre los competidores se convierte en una importante herramienta predatoria que puede impedir o retrasar su ingreso al mercado, retirarlos de dicho mercado o, en última instancia, dificultar la implementación de estrategias competitivas frente al incumbente, quien de esta manera puede mantener una posición privilegiada en un escenario escasamente competitivo⁹.
51. Por ello, reconociendo el grave riesgo que puede generar el uso abusivo de procesos legales por parte de agente con posición de dominio sobre la competencia, el Decreto Legislativo 1034, en el literal f) de su artículo 10.2, ha tipificado dicha infracción en los siguientes términos:

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia.

[Énfasis agregado]

52. En la jurisprudencia administrativa, cabe observar que tanto la Comisión como la Sala se han pronunciado hasta en tres oportunidades en relación con el abuso de procesos legales.
53. En primer lugar, en 1996, la Comisión se pronunció a propósito de la denuncia planteada por Lebar S.A., empresa distribuidora de combustible, en contra de Asesoría Comercial – ACOSA y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú – AGESP por la presunta interposición de una serie de recursos legales ante la Municipalidad Distrital de La Victoria, la Municipalidad Metropolitana de Lima y la Dirección General de Hidrocarburos, que habrían tenido por única

⁹ En efecto, según SALOP y SCHEFFMAN, la estrategia de *raising rivals' costs* puede ser rentable incluso si el competidor no sale del mercado, pues el incremento de los costos del rival genera que este reduzca su oferta, permitiendo que el predador inmediatamente aumente también sus precios o gane una mayor cuota de mercado. Al respecto, ver: SALOP, Steven C. y David SCHEFFMAN. *Raising Rivals' Costs*. En: *The American Economic Review*, Vol. 73, 2, Mayo de 1983, p. 267.

finalidad evitar la construcción de un nuevo grifo¹⁰. Si bien la denuncia fue desestimada, lo importante de la decisión es que reconoció que se podía calificar el abuso de procesos legales como una conducta sancionable bajo el ámbito del Decreto Legislativo 701.

54. El segundo caso, también bajo el Decreto Legislativo 701, corresponde al procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y otros. En este procedimiento se analizó, entre otros extremos, las medidas legales adoptadas por Pilot Station S.A. –sociedad que agrupaba a casi todos los prácticos marítimos que operaban en el Terminal Portuario del Callao– contra algunos prácticos que habían optado por dejar de laborar para dicha empresa. Al respecto, en 2005, la Comisión llegó a la conclusión de que el conjunto de los procesos y procedimientos iniciados tuvo por única finalidad dificultar que prácticos marítimos competidores, reales o potenciales, desarrollen su actividad. Dicha decisión fue confirmada por la Sala¹¹.
55. El tercer caso, tramitado bajo los alcances del Decreto Legislativo 1034, se refiere al procedimiento iniciado con motivo de la denuncia interpuesta por la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú contra Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways S.A. Al respecto, mediante Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI, la Sala determinó que, ante la imputación de un abuso de procesos legales, resulta primordial analizar si existe un fundamento objetivo, esto es, una expectativa razonable de triunfo que sustente la pretensión o las pretensiones del solicitante (elemento objetivo) y, a continuación, determinar si es que la actividad procesal se encuentra motivada en un intento de afectar el correcto funcionamiento del mercado (elemento subjetivo).
56. Como puede observarse, la Comisión y la Sala han enfatizado que las normas de competencia no son aplicables frente al ejercicio legítimo de los derechos de acción¹² y petición¹³. Dicho ejercicio, que se manifiesta a través del inicio y

¹⁰ Ver Resolución 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1996.

¹¹ Ver la Resolución 407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2007, que confirmó la Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005.

¹² El Tribunal Constitucional, en la sentencia expedida en el Expediente 2293-2003-AA/TC el 5 de julio de 2004, ha efectuado la siguiente definición: «Se conoce como derecho de acción a la facultad o poder jurídico del justiciable de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela efectiva, independientemente de que cumpla con los requisitos formales o de que su derecho sea fundado. En ese sentido, toda persona natural o jurídica puede recurrir al órgano jurisdiccional para ejercitar su derecho de acción –plasmado físicamente en la demanda– en forma directa o mediante representante, con la finalidad de que éste dé solución a un conflicto de intereses intersubjetivos o a una incertidumbre jurídica, a través de una decisión fundada en derecho». Este derecho fundamental forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú.

¹³ El artículo 2.20 de la Constitución Política del Perú consagra el derecho de petición en los siguientes términos:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a (...) formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Cabe precisar que en su sentencia emitida en el Expediente 1042-2002-AA/TC 6 de diciembre de 2002, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que el contenido esencial del derecho de petición está conformado por dos aspectos. El primero de ellos, relacionado con la libertad reconocida a cualquier sujeto de

tramitación de procesos ante las autoridades judiciales y administrativas, únicamente puede ser limitado en aquellos casos en que estos derechos sean utilizados de manera indebida, bajo un patrón sistemático y abusivo que vulnere el principio jurídico constitucional de protección de la libre competencia¹⁴.

57. En tal sentido, considerando el marco legal y los criterios reconocidos por la jurisprudencia, al analizar una presunta estrategia de abuso de procesos legales, la autoridad de competencia deberá determinar de manera concurrente:

- (i) Que el agente con posición de dominio emprendió una estrategia consistente en la utilización abusiva y reiterada de procesos legales (judiciales y administrativos).
- (ii) Que la referida estrategia tuvo como efecto, real o potencial, perjudicar la competencia en el mercado relevante.

58. Respecto del primer elemento del análisis, la utilización de procesos resultará abusiva cuando no tenga como objetivo obtener un pronunciamiento favorable por parte de las autoridades correspondientes y, en cambio, se encuentre esencialmente dirigida a lesionar a los competidores del agente dominante, reales o potenciales, directos o indirectos¹⁵.

Conforme a lo señalado por la Sala, el objetivo de obtener un pronunciamiento favorable puede reconocerse a partir del fundamento que sustenta las distintas acciones que formarían parte de la estrategia anticompetitiva. Asimismo, otros elementos que permiten complementar dicho análisis, como el número de procesos iniciados, el tipo de reglas aplicables y la conducta procesal del agente

formular pedidos escritos a la autoridad competente. El segundo aspecto se refiere a la obligación de la autoridad de otorgar una respuesta al peticionante.

¹⁴ Ver la Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI del 13 de junio de 2013, considerados 10 y siguientes.

¹⁵ En línea con este elemento de análisis, la Sala ha hecho referencia a los «tests» reconocidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos y el Tribunal Europeo para la represión del abuso de procesos legales, reconociendo lo siguiente:

«[En el caso PRE] la Corte Suprema [Norteamericana] estableció un test de dos pasos, a efectos de determinar cuándo se presenta un supuesto de sham litigation, señalando lo siguiente: “Primero, la demanda debe carecer objetivamente de fundamento en el sentido que ningún litigante razonable podría esperar, de manera realista, obtener un triunfo en los méritos. Si un litigante objetivo puede concluir que la demanda ha sido razonablemente calculada para obtener un resultado favorable, la demanda está inmune bajo Noerr, y una demanda antitrust sustentada en la sham exception debe fracasar. Sólo si la litigación cuestionada, objetivamente, carece de méritos, una corte puede examinar la motivación subjetiva del litigante. Bajo esta segunda parte de nuestra definición de sham, la corte debería enfocarse en si la demanda sin fundamento oculta ‘un intento de interferir directamente con las relaciones de negocios de un competidor’, (...) a través del uso [del] proceso gubernamental – en oposición al resultado de ese proceso – como una arma anticompetitiva”». Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI, fundamento 187. Énfasis agregado.

«La importancia del caso [Promedia] radica en que el Tribunal de Primera Instancia confirmó la regla propuesta por la Comisión Europea para analizar los supuestos de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales. Así, los dos pasos que se deben verificar para determinar si se trata o no de una conducta anticompetitiva son: (i) en primer lugar, que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa y que, por tanto, dicha acción sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria; y, (ii) en segundo lugar, que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia»». Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI, fundamento 191. Énfasis agregado.

dominante, están dirigidos a determinar si el potencial beneficio derivado de los pronunciamientos de las autoridades correspondientes justificaba haber emprendido las acciones cuestionadas; o si, por el contrario, el beneficio de emprender dichas acciones proviene fundamentalmente de un perjuicio sobre la competencia resultante, en sí, de la tramitación de los procesos y no de su resultado.

59. Respecto del segundo elemento del análisis, debe verificarse una relación causal entre la estrategia de utilización abusiva de procesos legales en relación con el daño, real o potencial, que haya podido producirse sobre la competencia en el mercado relevante, y sobre el bienestar de los consumidores.
60. En tal sentido, si el ejercicio de los derechos de acción y petición resulta legítimo o si, de ser abusivo, no tuviese la posibilidad de generar un impacto negativo sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, tal conducta no podrá calificarse como un abuso de procesos legales.

IV. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS

4.1. El Grupo Gloria

61. Gloria ha señalado que, al dedicarse a la producción de lácteos, no mantiene una relación de competencia con Cosac. Asimismo, ha indicado que si bien tiene vinculación con Yura y Cementos Sur, al no participar en el mercado cementero, no cabría esperarse que pudiese obtener un beneficio anticompetitivo derivado de la conducta investigada¹⁶.
62. Sobre el particular, es necesario recordar que el Decreto Legislativo 1034 expresamente ha considerado que las personas naturales y jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico deben ser considerados como un único agente económico para todo efecto¹⁷, lo cual implica que las relaciones de competencia de determinados miembros del grupo pueden vincular a todo el grupo. La razón es que el beneficio derivado de una conducta anticompetitiva, ciertamente, no corresponde únicamente a la empresa que lo realiza sino también al grupo económico al que pertenece, de tal manera que las acciones de unas empresas del grupo, incluyendo las conductas infractoras, pueden beneficiar a otras empresas del grupo y, por tanto, al grupo en su totalidad¹⁸.

¹⁶ En particular, en sus escritos del 9 de noviembre de 2011 ante la Sala (página 899 del Expediente), y del 5 de setiembre de 2013 (página 1144 del Expediente).

¹⁷ **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

2.3. A los efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término "agente económico". También se utilizará este término para referirse a empresas de un mismo grupo económico.

¹⁸ Así, por ejemplo, en el caso de la denuncia planteada por la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú (Apofer) contra las empresas del Grupo Fetrans; la Comisión y la Sala analizaron las acciones legales planteadas, por Ferrocarril Transandino S.A. (Fetrans), Peruval Corp S.A. (Peruval) y Peruvian Trains & Railways S.A. (PTR), como parte de la estrategia del Grupo Fetrans, a pesar de que Fetrans, Peruval y PTR no hubieran competido directamente con las empresas asociadas a Apofer en la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros.

63. Al respecto, la Sala ha señalado lo siguiente:

«[E]l Decreto Legislativo 1034 establece que el ámbito de aplicación subjetivo de la norma, esto es, los posibles sujetos que pueden ser considerados como infractores, se extiende no solo a las personas naturales o entidades individualmente consideradas, sino también a aquel conjunto de empresas que se encuentren comprendidas bajo la figura denominada «grupo económico». En efecto, el artículo 2 del Decreto Legislativo 1034 establece expresamente esta excepción al principio de personalidad de la infracción.»¹⁹

[Énfasis agregado]

64. En línea con lo señalado por la Sala, la doctrina societaria ha definido al grupo económico como aquel conjunto de empresas que si bien mantienen una personalidad jurídica separada, desarrollan una política societaria común al encontrarse sujetas a determinados vínculos de subordinación que generan que todas actúen bajo una dirección uniforme²⁰. Esta característica permite que un grupo económico pueda ser considerado como sujeto infractor bajo las normas de represión de conductas anticompetitivas.
65. Por lo demás, la interpretación de Gloria permitiría dejar impunes aquellas conductas que otorgan un beneficio anticompetitivo indebido a alguna de la empresas de un grupo económico, pero que son ejecutadas por una de sus integrantes que no participa en el mercado de los agentes que sufren el perjuicio anticompetitivo; generando un incentivo perverso que, como se ha observado, la Ley expresamente ha preferido neutralizar.
66. Como se desarrolla a continuación, en línea con lo señalado por la Secretaría Técnica, Gloria y Yura forman parte de un mismo grupo económico. Dicho grupo económico ha mantenido su vigencia entre 2008 y 2014, período de análisis de la conducta investigada.
67. Si bien en la legislación nacional no existe una norma general y abstracta sobre grupo económico que sea de aplicación en todos los casos y para todos los sujetos, existen ciertas normas sectoriales que pueden tomarse como referencia y aplicarse supletoriamente al análisis. Una de esas normas es la Resolución SBS 445-2000, emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP el 28 de junio de 2000 (en adelante, la Resolución de la SBS).

¹⁹ Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011, numeral 39.

²⁰ LE PERA sostiene que «grupo económico», «empresas de grupo» o «Konzern» según la terminología del derecho societario alemán, «ocurre cuando varias empresas están sujetas a una dirección uniforme. Empresas dominantes y dominadas; empresas vinculadas por un contrato de dominación; y empresas integradas constituyen, o se presume que constituyen, un Konzern». LE PERA, Sergio, *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979, p. 150.

Por su parte, RICHARD y MUIÑO señalan que el grupo económico se produce cuando «las administraciones de varias sociedades [que mantienen su personalidad jurídica diferenciada] desarrollan una política común por existir vínculos de subordinación». RICHARD, Efraín Hugo y Orlando Manuel MUIÑO, *Derecho Societario. Sociedades comerciales, civil y cooperativa*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 701.

68. La Resolución de la SBS define al grupo económico en los siguientes términos:

Artículo 8.- Definición.

Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

69. De la definición citada se desprende que existe un elemento central que distingue a un grupo económico de las personas que simplemente se encuentran vinculadas. Tal elemento constitutivo de un grupo económico es el control ejercido por una persona natural o jurídica sobre otras. Así, la Resolución de la SBS define el control en los siguientes términos:

Artículo 9.- Control

Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica.

El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio.

Asimismo, el control es indirecto cuando una persona tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.

[Énfasis agregado]

70. Las relaciones de propiedad por sí solas no suponen la existencia de un grupo económico pues, para ello, es necesario que dichas relaciones otorguen a los propietarios, directos o indirectos, el control sobre las empresas²¹, es decir, la capacidad de influir de manera preponderante y continua en la adopción de sus decisiones estratégicas²².

²¹ Por ejemplo, la tenencia del 5% de acciones de dos empresas por parte de un agente económico podrá significar la existencia de una relación de propiedad entre ellas pero, probablemente, un porcentaje tan reducido no le permitirá al propietario de las acciones ejercer control sobre dichas empresas.

²² Sobre el particular, en el caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube*, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió no sancionar a dos empresas denunciadas por concertación, considerando que una de ellas era la matriz de la otra (completamente de su propiedad). En efecto, se estableció que una actividad coordinada entre ellas debía ser vista como la de una sola empresa, pues ambas tenían unidad de interés o designio común. Sin embargo, aun cuando en el caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube* una de las empresas era propietaria de la otra (su subsidiaria) lo esencial en la decisión de la Corte Suprema fue el análisis realizado acerca de la unidad de interés entre la matriz y su subsidiaria y el control de la primera sobre la segunda.

Por esta razón, los posteriores desarrollos jurisprudenciales de la llamada doctrina *Copperweld* consideraron que dos entidades diferentes podían ser consideradas como una sola cuando una tuviera el control de la otra, aun cuando la primera no tuviera una relación de propiedad respecto de la segunda.

71. Las relaciones que proporcionan control sin existir propiedad de por medio se denominan relaciones de gestión. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 de la Resolución de la SBS²³, las relaciones de gestión también pueden constituir la base para la existencia de un grupo económico.
72. En consecuencia, un grupo económico puede responder a la existencia de relaciones de propiedad, de gestión o de parentesco²⁴, que otorguen a una persona jurídica o a un grupo de personas naturales el control de otra u otras personas jurídicas. Es decir, la condición necesaria para determinar la existencia de un grupo económico es que las relaciones de propiedad, de gestión o de parentesco que se presenten entre las empresas involucradas sean fuentes de control.
73. Aplicando estas reglas para el caso de Gloria y Yura, los reportes de Grupo Económico publicados en la página web de la Bolsa de Valores de Lima (en

En ese sentido, para que dos empresas distintas se comporten como una sola, no es necesario que una sea propietaria, total o parcialmente, de la otra. Lo importante para que su accionar se considere como el de una sola entidad es el grado de control ejercido por la empresa dominante.

23

Resolución de la SBS

Artículo 5.- Relaciones de gestión

Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:

- a) Entre las personas naturales que ejercen el control de un grupo económico según lo dispuesto en el artículo 8 de la presente norma.
- b) Entre el director, gerente, asesor o principal funcionario de una persona jurídica y el accionista o socio de esta última según lo establecido en el artículo anterior.
- c) Cuando una persona es destinataria final del financiamiento otorgado a otra persona.
- d) Cuando una persona es representada por otra persona.
- e) Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios.
- f) Cuando de la documentación oficial de una persona jurídica se puede afirmar, que ésta actúa como división o departamento de otra persona jurídica.
- g) Entre personas jurídicas cuando exista dependencia comercial directa difícilmente sustituible en el corto plazo.
- h) Cuando las obligaciones de una persona son garantizadas o financiadas por otra persona siempre que no sea una empresa del sistema financiero.
- i) Cuando una misma garantía respalda obligaciones de dos o más personas o exista cesión de garantías entre ellas.
- j) Cuando los recursos para el desarrollo de las actividades de una persona jurídica provienen directa o indirectamente de otra persona jurídica.
- k) Entre personas jurídicas que tienen accionistas o socios comunes que tienen la posibilidad de designar, vetar o destituir a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de dichas personas.
- l) Entre una persona y una persona jurídica cuando la primera sea director, gerente, asesor o principal funcionario de la segunda o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.
- m) Entre una persona y un grupo económico cuando la primera sea director o gerente de una persona jurídica perteneciente a dicho grupo económico o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.

La Superintendencia podrá presumir la existencia de relaciones de gestión entre personas naturales y/o jurídicas por el volumen, periodicidad o demás condiciones de las operaciones entre ellas, salvo prueba en contrario.

24

Resolución de la SBS

Artículo 2.- Definiciones

Para la aplicación del presente dispositivo, considérense las siguientes definiciones:

d. Parientes: Parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y el primero de afinidad.

Artículo 4.- Relaciones de propiedad

Se considera que una persona tiene propiedad indirecta de una persona jurídica en los siguientes casos:

- a) Cuando el cónyuge o los parientes de una persona natural son propietarios de manera directa de acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica.

adelante, BVL) dan cuenta de la siguiente distribución del accionariado con derecho a voto de Gloria y Yura, entre 2008 y 2014:

Cuadro 1
Composición del accionariado con derecho a voto de las denunciadas 2008 - 2014

Empresa	Accionistas 1 (Participación %)	Accionistas 2 de Accionistas 1 (Participación %)	Accionistas 3 de Accionistas 2 (Participación %)
GLORIA	Gloria Foods JORB S.A.* (75.54%)	Holding Alimentario del Perú S.A.** (99.99%)	Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (43.04%) Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (56.96%)
	Racionalización Empresarial S.A. (8.84%)	Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (27.73%) Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (43.92%)	
	Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (1.71%)		
	Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (2.63%)		
	Silverston Holding Inc. (11.22%)		
	Otros (0.05%)		
YURA	Consortio Cementero del Sur S.A. (92.65%)	Holding Cementero del Perú S.A.*** (79.89%)	Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (42.84%) Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (57.16%)
		Racionalización Empresarial S.A. (8.84%)	Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (27.73%) Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (43.92%)
		Silverston Holding Inc. (11.22%)	
		Inmobiliaria Alfa S.A. (0.03%)	
		Zodiac S.A. (0.01%)	
		Almacenes del Sur S.A. (0.01%)	
	Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (3.68%)		
	Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (3.66%)		

Fuente: BVL, Superintendencia de Mercado de Valores

Elaboración: Secretaría Técnica / Comisión

* En 2013, José Rodríguez Banda S.A. modificó su denominación a Gloria Foods JORB S.A.

** En 2008 y 2009 los señores Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (con 43.04%) y Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (con 56.96%) eran accionistas directos de José Rodríguez Banda S.A. A partir de 2010, Holding Alimentario del Perú S.A. asumió el 99.99% de las acciones de José Rodríguez Banda S.A., teniendo como únicos accionistas a las mismas personas, en una proporción equivalente.

*** En 2008 y 2009, los señores Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (con 34.23%) y Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (con 45.66%) eran accionistas directos de Consorcio Cementero del Sur S.A. A partir de 2010, Holding Cementero del Perú S.A. asume dicha participación (79.89%), teniendo como únicos accionistas a las mismas personas, en una proporción equivalente a la que tenían en Consorcio Cementero del Sur S.A.

74. Como se puede observar, existe una relación de propiedad entre las denunciadas, a través de los señores Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez y Vito Modesto Rodríguez Rodríguez, entre quienes existe además una relación de parentesco. Sin embargo, como se ha señalado, no basta que exista una

relación de propiedad entre las empresas involucradas para que se pueda afirmar que forman parte de un grupo económico, sino que es necesario que esta relación de propiedad otorgue a sus propietarios, directos o indirectos, el control sobre dichas empresas.

75. En el presente caso, durante el período investigado (2008 a 2014), el porcentaje de participaciones con derecho a voto de los señores Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez y Vito Modesto Rodríguez Rodríguez en las empresas denunciadas, directa o indirectamente, ha sumado por lo menos el 86.21% en Gloria y el 87.23% en Yura. Esta participación le ha otorgado a dichos señores el control de las empresas denunciadas. Esta conclusión ha sido corroborada por las propias empresas en sus reportes de Grupo Económico ante la BVL, en los cuales esta Comisión ha podido confirmar que, por lo menos desde 2008, los señores Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez y Vito Modesto Rodríguez Rodríguez son las únicas personas que han ejercido el control del grupo económico denominado Grupo Gloria²⁵.
76. En consecuencia, esta Comisión considera probado que a lo largo del período investigado, las empresas denunciadas formaron parte de un grupo económico (en adelante, Grupo Gloria). De esta manera, entre el Grupo Gloria y Cosac existe una relación de competencia, a través de Cementos Sur y Yura, que podría haber incentivado la realización de la infracción investigada, toda vez que Cosac ha representado un competidor potencial para el Grupo Gloria.

4.2. Existencia de posición de dominio

77. De conformidad con el marco teórico expuesto anteriormente, para determinar la comisión de un abuso de procesos legales como modalidad de abuso de posición de dominio, resulta imprescindible determinar la existencia de la referida posición dominante en el mercado relevante. Cabe observar que las partes no han presentado cuestionamientos a la determinación del mercado relevante y la posición de dominio planteada por la Secretaría Técnica, por lo que esta Comisión considera únicamente necesario hacer referencia a los aspectos centrales que acreditan la posición de dominio del Grupo Gloria en el mercado relevante, con las precisiones que correspondan.
78. Para determinar la existencia de posición de dominio, de acuerdo con el Decreto Legislativo 1034, es necesario definir el mercado relevante²⁶ y determinar si, en

²⁵ Al respecto, véanse los Reportes sobre Grupo Económico entre la sección de Hechos de Importancia de Gloria: http://www.bvl.com.pe/inf_hhii36100_GLORIAI1.html

²⁶ **Decreto Legislativo 1034**
Artículo 6.- El mercado relevante.-
6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.
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.
6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

dicho mercado relevante, alguna de las empresas involucradas goza de posición de dominio. Sólo una vez definido el mercado relevante, se podrá evaluar la existencia de posición de dominio.

4.2.1 Mercado relevante

79. El mercado relevante es el escenario de interacción entre oferta y demanda cuya definición resulta necesaria para la determinación de la posición de dominio y, de ser el caso, analizar los posibles efectos de la conducta investigada. El artículo 6 del Decreto Legislativo 1034 señala que el mercado relevante está conformado por el mercado de producto y el mercado geográfico. En tal sentido, a continuación se analizarán ambos aspectos²⁷.

▪ **Mercado de producto relevante**

80. El mercado de producto relevante está compuesto por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, deben evaluarse, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos²⁸. 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.
81. Yura produce cinco tipos de cemento: Portland (Tipo I, II, V y HE), y un tipo IP (Portland Puzolánico), comercializados bajo la marca «Yura»²⁹. Asimismo, Cemento Sur produce cementos Tipo IP³⁰. Cabe señalar que, a partir del 2013, Yura es la encargada de la producción y comercialización de la marca «Rumi» de su subsidiaria Cemento Sur³¹. Por su parte, Cosac señaló que su proyecto consiste en establecer una fábrica de cementos, lo que comprendería la producción de los distintos tipos de cementos demandados en su zona de influencia.

²⁷ Cabe observar que, si bien se analiza una supuesta conducta infractora llevada a cabo a partir del 2008, y posiblemente extendida hasta el 2014, en la mayoría de los casos, la información del mercado investigado se encuentra actualizada únicamente al 2013. No obstante, esta Comisión considera que el período entre 2008 y 2013 es suficientemente representativo para efectos del presente análisis.

²⁸ **Decreto Legislativo 1034**

Artículo 6.- Mercado relevante.-

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.

²⁹ Al respecto, el cemento Tipo IP es el de mayor importancia respecto a la participación en sus ingresos. Ello, debido a que el cemento Tipo IP es el que mayor demanda tiene en la región sur, debido a sus características de resistencia a los sulfatos y de permeabilidad que hacen que se adecúe al tipo de construcción local. Para mayor información, ver: Class & Asociados. Reporte de Fundamento de Clasificación de Riesgo de Yura. Diciembre 2013, pág. 6.

³⁰ Al respecto, véase el siguiente enlace: <http://www.grupogloria.com/cementoproductos.html>

³¹ Ibídem.

82. El cemento es un material aglutinante, con finura similar a la del talco, inorgánico, no metálico, finamente molido, que, al mezclarse con otros materiales como la arena y el agua, pasa por un proceso de fraguado y endurecimiento³², produciendo mortero³³ o concreto, principales insumos para la construcción.
83. El proceso productivo del cemento empieza con la extracción de los insumos básicos (caliza y arcillas) de las canteras, mediante perforaciones y voladuras. Posteriormente, las piezas extraídas pasan por procesos de trituración y molienda mezclándose con diversos elementos adicionales como hierro, yeso, diatomita, escoria, arena u otros.
84. El resultado del proceso de molienda, previo paso por los silos de homogeneización, es el «crudo» que en un horno rotatorio se somete a temperaturas superiores a los 1,450 grados centígrados para obtener el clinker³⁴. Dependiendo de los niveles de clinker y otros elementos adicionales del producto final, los cementos pueden ser catalogados bajo diferentes tipos.
85. El cemento más comúnmente comercializado a nivel mundial recibe la denominación de «cemento Portland»³⁵. Asimismo, aunque la comercialización del cemento se puede realizar a granel y en bolsa³⁶, la mayor parte se comercializa embolsado. El contenido de cada bolsa es, por lo general, de 42.5 kilogramos y, por lo general, el envase es de papel krap extensible Tipo Klupac con variable contenido de hojas (usualmente entre dos y cuatro)³⁷.
86. La variedad de tipos de cemento responde a los elementos adicionados al clinker (escoria, sílice, puzolana, caliza, filler calcárea, entre otros) y a los porcentajes utilizados en la composición del producto final³⁸. Los tipos de

³² Por estas características se les denomina comúnmente «cementos hidráulicos».

³³ Mezcla de cemento, arena y agua usada en las construcciones de albañilería.

³⁴ El clinker es el producto intermedio entre la materia prima, piedra caliza y el cemento.

³⁵ Según definición de la Norma Técnica Peruana (NTP) 334.001, el cemento Portland es un cemento hidráulico producido mediante la pulverización del clinker de Portland compuesto esencialmente de silicatos de calcio hidráulicos y que contiene generalmente una o más de las formas de sulfato de calcio como una adición durante la molienda. La denominación «Portland» se debe a que el color de dichos cementos se asemeja al de la piedra de las canteras inglesas de Portland.

Los cementos Portland pueden ser divididos genéricamente en cementos grises y cementos blancos, la mayoría de cementos comercializados en el país y a nivel mundial son cementos grises. De acuerdo a la Norma Técnica ASTM C 150, se definen cinco tipos de cemento Portland gris: Tipo I, II, III, IV y V. En el Perú también se producen otros tipos de cemento Portland gris, estos son, Tipo MS, Tipo I Co (Norma Técnica ASTM C 1157) y los cementos puzolánicos IP y IPM (Norma Técnica ASTM C 595).

³⁶ Al respecto, véase el siguiente enlace: <http://www.yura.com.pe/productos.html>

³⁷ Existe otra forma de comercialización del producto mediante *big bags* (grandes sacos), comúnmente usada para la comercialización internacional vía marítima. Al respecto, véase el siguiente enlace: <http://www.asocem.org.pe/web/mercadocemento.aspx>.

³⁸ De acuerdo a la NTP 334.082 y la NTP 334.090, según aditivos y características, los cementos pueden clasificarse de la siguiente manera: Tipo IP (puzolánico), Tipo IPM (puzolánico modificado), Tipo IS (de escoria), Tipo ISM (de escoria modificado), P (puzolánico con altos valores de resistencia a la compresión), HE (de alta resistencia inicial), MS (de moderada resistencia a los sulfatos), HS (de alta resistencia a los sulfatos), MH (de moderado calor de hidratación) y LH (de bajo calor de hidratación). Se entiende por «calor de

cemento comercializados en el Perú son cemento Portland gris Tipo I, II, V y Portland gris adicionados Tipo IP, IPM, MS, ICo. Por sus usos y características, ninguno de estos tipos de cemento Portland es comparable con otros materiales de construcción.

87. El Tipo I es para usos comunes, demandado para construcciones (casas y edificios), por el público en general, grandes y pequeñas constructoras³⁹. Los Tipos II y V, por sus características, son cementos que proporcionan resistencia a los sulfatos y resultan aplicables en construcciones en contacto con agua (obras portuarias, hidráulicas y marítimas). El Tipo ICo es el cemento Tipo I mejorado para una mayor trabajabilidad, se aplica para estructuras de edificios y conjuntos habitacionales⁴⁰. El Tipo MS se caracteriza por ser más resistente a los sulfatos y salitres, a la compresión y a las fisuras de origen térmico⁴¹.
88. Los tipos puzolánicos (IP y IPM) son más resistentes a los sulfatos y salitres, a la compresión y a las fisuras de origen térmico que el Tipo I, teniendo la particularidad de poseer mayor impermeabilidad (por lo que resultan adecuados para ambientes cálidos y lluviosos). Adicionalmente, los cementos puzolánicos inhiben las reacciones álcali-agregado que podrían provocar fisuras en el cemento⁴².
89. Así, las características de los cementos Tipo II y V (resistencia a los sulfatos y aplicabilidad en construcciones como obras portuarias, hidráulicas y marítimas)⁴³ son distintas de las características del resto de tipos de cemento comercializados en el Perú, por lo que no pueden ser considerados como productos sustitutos que forman parte del mismo mercado⁴⁴. De esta manera, los cementos Tipo I, IP, IPM, MS y ICo son productos similares por sus usos y aplicaciones comunes para construcciones en general.
90. Los tipos de cemento comercializados en el Perú según empresa productora nacional se detallan en el siguiente cuadro⁴⁵:

[Continúa en la siguiente página]

hidratación» el calor generado cuando reaccionan el cemento y el agua. Un bajo calor de hidratación evita contracciones y fisuraciones de origen térmico del cemento.

³⁹ Ver Norma Técnica ASTM C 150 y 334.009.

⁴⁰ Ver Norma Técnica ASTM C 150, ASTM C 1157 y 334.009.

⁴¹ Ver Norma Técnica ASTM C 150, ASTM C 1157 y 334.009.

⁴² Ver Norma Técnica ASTM C 595 y 334.009.

⁴³ Para mayor detalle, ver Informe 006-2003-INDECOPI/CLC.

⁴⁴ Así, en el procedimiento administrativo sancionador seguido contra Unión Andina de Cementos S.A.A., en adelante Unacem; La Viga S.A., en adelante, La Viga; A. Berio y Cía S.A.C, en adelante A. Berio; y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A., en adelante Macisa, la empresa Caliza, productora de cementos Tipo I y ICo, señaló la existencia de sustituibilidad entre los cementos Tipo I, IP y ICo. Para mayor detalle, ver Anexo 1 de la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013.

⁴⁵ Al respecto, véase el siguiente enlace: <http://www.asocem.org.pe/web/mercadocemento.aspx>

Cuadro 2
Tipos de cemento por empresa

Empresas	Tipos de Cemento						
	Portland			Portland Adicionados			
	I	II	V	1P	1(PM)	MS	1 Co
Cemento Andino (actualmente, Unacem)	✓ (1)	✓ (1)	✓ (1)		✓		
Cementos Lima (actualmente, Unacem)	✓	✓ (1)		✓			
Cemento Pacasmayo	✓	✓	✓	✓		✓	✓
Cemento Selva	✓ (1)	✓ (1)(2)	✓ (1)(2)	✓			✓
Cementos Sur	✓	✓ (2)	✓ (2)	✓	✓		
Cementos Yura	✓	✓ (2)	✓ (2)	✓	✓		

(1) de bajo contenido de álcalis

(2) a pedido

Fuente: Asocem

91. De acuerdo con lo anterior, el Grupo Gloria produce principalmente los cementos Tipo I, Tipo IP y Tipo IPM⁴⁶. La importancia regional del cemento tipo IP ha sido resaltada por Class & Asociados en el reporte de Fundamento de Clasificación de Riesgo de Yura en diciembre de 2013⁴⁷:

El cemento puzolánico tipo IP es un cemento portland adicionado con hasta 30% de puzolana, cuyas características de resistencia a los sulfatos, de permeabilidad y de mayor resistencia al tiempo, hacen que se adecue al tipo de construcción local, por lo que es el que mayor demanda tiene en la región. El cemento de tipo IP es el de mayor importancia respecto a la participación en los ingresos.

92. En ese sentido, considerando que la controversia materia de análisis se ha producido en relación con la entrada de un potencial competidor del Grupo Gloria en la fabricación de cemento Portland gris, específicamente, cementos Portland gris Tipo I, IP e IPM producidos por el Grupo Gloria, esta Comisión considera que el mercado de producto relevante está definido por la producción y comercialización de cemento Portland gris Tipo I, IP, IPM, MS y ICo.

▪ **Mercado geográfico relevante**

93. Para definir el mercado geográfico relevante para el presente caso, en línea con la metodología aplicada por la Secretaría Técnica, se analizaron, en primer lugar, los flujos comerciales internacionales, con el objeto de determinar si el mercado geográfico relevante incluye áreas fuera del territorio nacional y, en segundo lugar, la estructura de la industria nacional, los ámbitos de influencia regional según planta y los costos de transporte, con el objeto de determinar si el mercado geográfico relevante incluye todo o parte del territorio nacional.

- **Flujo comercial internacional**

94. Para la medición del patrón de comportamiento del flujo comercial, basta considerar al menos dos zonas. Si existe un amplio tráfico comercial entre esas

⁴⁶ De acuerdo con la información de la Asocem, el Grupo Gloria produce solamente a pedido de algunos clientes los cementos Tipo II y Tipo V.

⁴⁷ Class & Asociados. Reporte de Fundamento de Clasificación de Riesgo de Yura. Diciembre 2013, pág.6.

dos zonas, ambas deben ser consideradas como parte de un mismo mercado geográfico relevante. En ese sentido, el origen de las importaciones y el destino de las exportaciones puede ser un indicador útil para delimitar el territorio por el que está conformado el mercado geográfico relevante.

95. En lo que se refiere a los flujos comerciales internacionales⁴⁸, en el siguiente cuadro se aprecia que, en 2008, el ratio de importación-venta fue de 3.58% mientras que el ratio de exportación-venta fue de 0.92%. Asimismo, para 2009, el ratio de importación-venta fue de 1.96% mientras que el ratio de exportación-venta fue de 0.03%. Por su parte, durante el 2013, el ratio de importación-venta fue de 4.74% mientras que el ratio de exportación-venta fue de 2.12%. En el siguiente cuadro se muestra la evolución de los ratios antes señalados, entre 2008 y 2013:

Cuadro 3
Estadísticas de comercio exterior y ventas de cemento portland gris 2008 – 2013⁴⁹
(En miles de t)

Año	Importación	Exportación	Ventas	Ratio Importación/Ventas	Ratio Exportación/Ventas
2008	241	62	6,741	3.58%	0.92%
2009	139	2	7,094	1.96%	0.03%
2010	313	17	8,218	3.81%	0.21%
2011	413	68	8,570	4.82%	0.79%
2012	439	200	9,516	4.61%	2.10%
2013	497	223	10,495	4.74%	2.12%

Fuente: Sunat, Asocem

Elaboración: Secretaría Técnica / Comisión

96. De acuerdo con lo anterior, se observa que, si bien se produjeron incrementos y disminuciones de las importaciones y exportaciones de un año a otro, los ratios de importación-venta y exportación-venta representaron valores no significativos respecto del total de ventas registradas⁵⁰.
97. Por otra parte, los costos de transporte de las importaciones de cemento juegan un rol importante en el análisis del mercado geográfico relevante en la medida que, cuanto más elevado sea el costo de transporte del producto desde la zona de origen a la zona de destino, la posibilidad de que un consumidor se abastezca de un proveedor distinto se ve limitada o incluso se anula.
98. Ahora bien, como se trata de bienes de bajo precio en relación con su volumen o peso, el costo de transporte tiene una incidencia mayor sobre el valor del producto, circunstancia que suele generar la definición de mercados geográficos de ámbito más restringido. Por el contrario, cuando se trata de bienes de alto

⁴⁸ En esta primera sección se analizarán las importaciones al mercado nacional en conjunto. Más adelante, en la sección de cuotas de participación en el mercado relevante, se considerarán aquellas importaciones realizadas específicamente al mercado relevante determinado.

⁴⁹ Cabe precisar que los datos mostrados, representan importaciones y exportaciones a nivel nacional. Como se verá más adelante, el principal importador es Cemex S.A.

⁵⁰ Los ratios indicados se consideran valores no significativos en el mismo sentido de lo desarrollado en las Resoluciones 006-2003-INDECOPI/CLC del 14 de mayo de 2003 y 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013.

precio por unidad de volumen o peso, los mercados geográficos tienden a ser más amplios.

99. En la misma línea, la incidencia del costo de transporte, entendido como flete más seguro, en las importaciones de cemento realizadas durante el periodo 2008 - 2013 se aprecia en el cuadro siguiente:

Cuadro 4
Importancia relativa del costo de transporte respecto del valor de las importaciones de cemento Portland gris según país de origen 2008 - 2013

Año	País	Costo de Transporte (US \$)	Valor CIF (US \$)	Importación (t)	Participación en importaciones	Incidencia del costo de transporte sobre el valor CIF
2008	Argentina	7,736.65	17,806.65	6	0.00%	43.45%
	Bolivia	1,285.50	6,985.50	57	0.02%	18.40%
	China	2,165,039.25	4,293,539.25	32,973	13.56%	50.43%
	Colombia	3,186,496.91	6,919,586.01	44,402	18.25%	46.05%
	República Dominicana	5,247,271.37	13,513,323.38	165,254	67.94%	38.83%
	Trinidad y Tobago	23,074.64	447,899.42	544	0.22%	5.15%
	Estados Unidos	754.76	7,248.75	2	0.00%	10.41%
2009	Brasil	99,049.35	161,455.32	340	0.24%	61.35%
	Colombia	2,406,605.20	5,525,840.14	38,374	27.60%	43.55%
	República Dominicana	2,497,554.64	7,600,243.09	100,300	72.14%	32.86%
	Alemania	392.71	9,642.34	0	0.00%	4.07%
	Trinidad y Tobago	938.64	16,546.64	20	0.01%	5.67%
	Estados Unidos	421.69	7,802.70	0	0.00%	5.40%
2010	Brasil	751.05	5,236.05	1	0.00%	14.34%
	Canadá	6,427.58	43,847.50	36	0.01%	14.66%
	China	2,597,958.63	8,480,140.32	100,170	31.96%	30.64%
	Colombia	2,708,636.09	6,273,598.54	43,631	13.92%	43.18%
	República Dominicana	5,415,832.40	16,019,385.08	168,876	53.88%	33.81%
	Alemania	196.10	1,562.52	1	0.00%	12.55%
	Italia	78.97	83.02	0	0.00%	95.12%
	República de Corea	228.39	359.30	1	0.00%	63.57%
	España	27,429.92	86,801.40	372	0.12%	31.60%
	Reino Unido	53,981.54	64,306.03	10	0.00%	83.94%
	Estados Unidos	95,257.46	288,560.99	329	0.11%	33.01%
	Bolivia	612.00	1,412.00	1	0.00%	43.34%
2011	China	6,082,022.80	21,326,554.42	236,262	59.46%	28.52%
	Colombia	3,962,591.81	7,854,811.88	47,203	11.88%	50.45%
	República Dominicana	911,938.33	2,635,738.66	27,777	6.99%	34.60%
	Alemania	10,560.49	40,686.10	182	0.05%	25.96%
	Italia	9.62	14.93	0	0.00%	64.43%
	México	3,246,003.51	10,953,327.26	85,783	21.59%	29.63%
	España	1,957.15	14,945.27	25	0.01%	13.10%
	Reino Unido	601.62	619.12	0	0.00%	97.17%
	Estados Unidos	16,368.19	130,780.37	111	0.03%	12.52%
	Argentina	102,159.03	344,844.03	144	0.03%	29.62%
2012	Brasil	0.42	195.02	0	0.00%	0.22%
	China	861,478.09	3,242,695.32	35,048	7.98%	26.57%
	Colombia	2,682,231.01	5,186,572.92	29,862	6.80%	51.71%
	República Dominicana	3,803,904.66	12,889,325.56	134,106	30.55%	29.51%
	Alemania	6,592.82	30,357.62	147	0.03%	21.72%
	México	5,843,721.72	20,704,152.95	239,587	54.58%	28.22%
	Panamá	1,956.36	5,629.89	54	0.01%	34.75%
	España	236.90	1,364.20	3	0.00%	17.37%
	Suiza	857.28	1,495.85	0	0.00%	57.31%
	Estados Unidos	3,601.43	36,986.69	15	0.00%	9.74%
2013	China	1,815.69	7,831.77	15	0.00%	23.18%
	Colombia	3,416,372.56	6,275,800.16	33,250	6.69%	54.44%
	Cuba	218,345.13	308,020.13	425	0.09%	70.89%
	República Dominicana	634,993.71	1,942,637.11	19,855	3.99%	32.69%
	Ecuador	30.69	64.01	0	0.00%	47.95%
	Alemania	3,375.20	16,602.00	81	0.02%	20.33%
	México	7,945,800.34	34,832,742.47	408,192	82.07%	22.81%
	España	30,709.01	46,592.07	282	0.06%	65.91%
	Estados Unidos	11,555.63	75,787.99	63	0.01%	15.25%
	Vietnam	1,007,086.30	2,943,113.80	35,201	7.08%	34.22%

Fuente: Sunat

Elaboración: Secretaría Técnica / Comisión

100. Como se puede apreciar, si se consideran los principales orígenes de las importaciones⁵¹, que provienen principalmente de Colombia, China, México y República Dominicana⁵², la incidencia de los costos de transporte sobre el valor CIF⁵³ de las importaciones de cemento durante el periodo 2008 – 2013, fueron significativamente altos; específicamente, superiores al 22.81%⁵⁴.
101. Asimismo, la principal empresa importadora es Cemex S.A. (en adelante, Cemex), con participaciones de 67.94%, 72.14%, 87.52%, 88.04%, 91.88% y 92.00% del total de importaciones realizadas al Perú, respectivamente, entre el 2008 y 2013. Al respecto, cabe precisar que las zonas de influencia de Cemex son Ancash, Ayacucho, Lima, Ica, Huancavelica, Huánuco, Pasco y Junín⁵⁵. Con ello, las importaciones a otras regiones se realizaron en menores proporciones.
102. Por lo tanto, de acuerdo con el análisis de flujos comerciales internacionales en el mercado de cemento, es posible afirmar que el mercado extranjero no forma parte del mercado geográfico relevante.
- Análisis a nivel nacional
103. Respecto a la dimensión nacional o regional del mercado geográfico relevante, corresponde señalar que, durante periodo el 2008-2013, existieron siete (7) empresas cementeras, de las cuales seis pertenecieron a tres (3) Grupos Económicos⁵⁶. En particular, Unacem (que desde 2012 incorpora a Cementos Lima S.A.A. y Cemento Andino S.A.) forma parte del Grupo Económico Rizo Patrón; Cemento Pacasmayo S.A.A. y Cementos Selva S.A. del Grupo Económico Hochschild; y Yura y Cemento Sur del Grupo Económico Rodríguez Banda.
104. En el siguiente gráfico se presenta la localización geográfica de las siete fábricas de cemento del país:

[Continúa en la siguiente página]

⁵¹ Cabe señalar que, en octubre de 2007, mediante Decreto Supremo 158-2007-EF, se eliminaron los aranceles para la importación de cemento (12%), lo que habría explicado en parte el incremento de las importaciones. Sin embargo, el porcentaje de importaciones respecto del consumo nacional sigue siendo reducido.

⁵² Específicamente, para el 2008, las importaciones fueron principalmente de China, Colombia y República Dominicana (99.75%); para el 2009, de Colombia y República Dominicana (99.74%); para el 2010, de China, Colombia y República Dominicana (99.76%); para el 2011 y 2012, de China, Colombia, República Dominicana y México (99.92% ambos años); y, para el 2013, de Colombia, República Dominicana, México y Vietnam (99.83%).

⁵³ Valor FOB más el costo de seguro y flete.

⁵⁴ El ratio indicado se considera un valor significativo en el mismo sentido de lo desarrollado en las Resoluciones 006-2003-INDECOPI/CLC del 14 de mayo de 2003 y 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013.

⁵⁵ Para mayor información ver la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013.

⁵⁶ Ibidem.

Gráfico 1
Distribución Geográfica de las Fábricas de Cemento Nacional



Fuente: Memoria Anual 2013 Cementos Pacasmayo.
Elaboración: Secretaría Técnica / Comisión

105. Como se puede apreciar, las plantas de las empresas productoras de cemento se encuentran estratégicamente ubicadas y distanciadas significativamente, determinando así zonas de influencia en donde venden sus productos y enfrentando competencia de otras fábricas vecinas únicamente en las zonas límites de dichos territorios⁵⁷.
106. En efecto, al observar los volúmenes de venta local de cemento de cada una de las fábricas nacionales, se puede identificar sus respectivas zonas de influencia. Así, para el 2013, Unacem realizó ventas locales principalmente a las Regiones de Lima (62%), Junín (9%), Ica (7%) y Ayacucho (5%); Cementos Pacasmayo a las Regiones de La Libertad (29%), Lambayeque (23%), Piura (21%), Amazonas (10%) y Cajamarca (10%); Cementos Selva a las Regiones de San Martín (73%), Loreto (15%) y Amazonas (12%); Yura a las Regiones de Arequipa (33%), Cusco (23%), Puno (23%), Apurímac (7%) y Tacna (7%)⁵⁸.
107. Asimismo, Class & Asociados señaló lo siguiente en el reporte de Fundamento de Clasificación de Riesgo de Yura en diciembre de 2013⁵⁹:

De acuerdo a su ubicación geográfica, la venta en el territorio nacional se encuentra dividida en tres zonas; (i) Cementos Lima, Cemento Andino (que desde el 1° de octubre del 2012 se fusionaron) y las empresas que han

⁵⁷ Para mayor detalle sobre las cantidades y porcentajes de venta local de cemento revisar las estadísticas de venta local por empresa según departamento 2008-2013. Fuente: INEI. Compendio Estadístico 2013.

⁵⁸ De la Resolución de Inicio se desprende que estas zonas de influencia se han mantenido, por lo menos, desde 2008.

⁵⁹ Class & Asociados. Reporte de Fundamento de Clasificación de Riesgo de Yura. Diciembre 2013, pág.7.

iniciado operaciones comerciales, Cemex y Caliza Cemento Inca, que abastecen la zona de la costa y sierra central; (ii) Cementos Pacasmayo y su subsidiaria, Cementos Selva, que abastecen la zona norte del país; y (iii) Yura y su subsidiaria, Cemento Sur, que abastecen la zona sur.

108. En relación con lo anterior, en el procedimiento administrativo sancionador contra Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa⁶⁰, Unacem proporcionó información sobre sus costos de transporte desde su planta de producción hasta sus depósitos. En particular, se apreció que, para distancias entre 200 km y 250 km de Lima, los costos de transporte representaban montos significativos en relación con el precio del producto en cuestión. Ello explicaría por qué las empresas abastecen principalmente a la región en donde se ubican y a otras regiones vecinas sin que los productos penetren a regiones más alejadas. Es decir, los costos de transporte a ciudades más alejadas serían un impedimento para abastecer a regiones alejadas desde su planta de producción.
109. En ese mismo sentido, en la entrevista realizada por el Diario Gestión al Vicepresidente Ejecutivo de Planeación y Finanzas de Cemex, el señor Fernando Gonzales, respecto a la construcción de una planta de cementos, este señaló lo siguiente⁶¹:

Realmente la ubicación de la planta define el mercado. El transporte del cemento es muy costoso, una planta de cemento puede surtir de manera razonable un mercado de un radio de 300 km.

110. De acuerdo con lo anterior se desprende que, dados los costos de transporte para el área de influencia del Grupo Gloria, el mercado geográfico se restringiría a una parte del mercado nacional. Ello es corroborado por Yura, que a través su página web muestra la ubicación y radio de influencia de sus plantas⁶²:

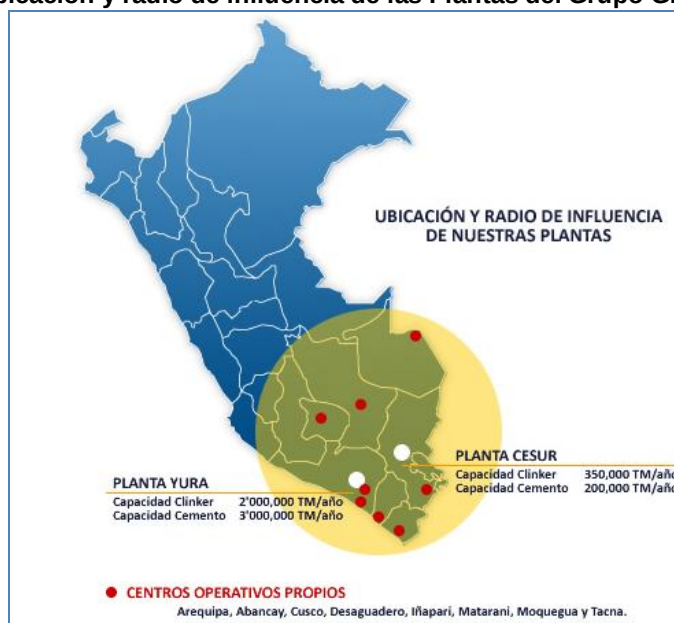
[Continúa en la siguiente página]

⁶⁰ Tramitado bajo el Expediente 003-2008/CLC.

⁶¹ Gestión, viernes 9 de abril de 2010. Pág. 16-17.

⁶² Al respecto, véase el siguiente enlace: <http://www.yura.com.pe/plantas.html>.

Gráfico 2
Ubicación y radio de influencia de las Plantas del Grupo Gloria



Fuente y elaboración: Yura

111. Al respecto, Cemento Andino S.A. señaló lo siguiente en su Memoria de 2007⁶³:

En el mercado de la Sierra Central, en la práctica tenemos una barrera de entrada que son los altos costos de transporte desde otras fábricas.

[Énfasis agregado]

112. Así también, Cementos Pacasmayo señaló lo siguiente en su Memoria Anual de 2013⁶⁴:

*Descripción del sector:
En el país existen 7 fábricas productoras de cemento, los costos de producción entre estas no varían sustancialmente; sin embargo, debido a los altos costos de transporte, las compañías productoras han competido, principalmente, en la periferia de zonas de mercado definidas.*

[Énfasis agregado]

113. Asimismo, Class & Asociados señaló lo siguiente en el reporte de Fundamento de Clasificación de Riesgo de Yura de diciembre de 2013⁶⁵:

⁶³ Memoria 2007 de Cemento Andino, pág. 6. Asimismo, Memoria 2008 de Unacem, págs. 9 -11. Apoyo & Asociados en su Informe de análisis de riesgo de Cementos Pacasmayo. Noviembre de 2008, pág. 4.

⁶⁴ Memoria 2013 de Cementos Pacasmayo, pág. 52.

⁶⁵ Class & Asociados. Reporte de Fundamento de Clasificación de Riesgo de Yura. Diciembre 2013, pág.6.

Yura mantiene el liderazgo de ventas en la Región Sur del país, en un mercado definido por barreras geográficas de entrada (distancias y vías de comunicación respecto a la ubicación de los otros productores), compartido con su subsidiaria Cemento Sur.

[Énfasis agregado]

114. Así, teniendo en cuenta los ratios de importación-venta y exportación-venta poco significativos, los costos de transporte por importación de cemento, la ubicación de las plantas cementeras, las ventas locales de las empresas cementeras, los costos de transporte nacional, el mercado geográfico relevante está constituido por las regiones de Apurímac, Arequipa, Cusco, Madre de Dios, Moquegua, Puno y Tacna (en adelante, la región sur del país).

▪ **Conclusión sobre el mercado relevante**

115. En consecuencia, considerando el análisis realizado sobre el mercado de producto y el mercado geográfico, esta Comisión considera que el mercado relevante está constituido por el mercado de producción y comercialización de cementos Portland gris Tipo I, IP, IPM, MS y ICo, en la región sur del país, compuesta por las regiones de Apurímac, Arequipa, Cusco, Madre de Dios, Moquegua, Puno y Tacna.

4.2.2 Posición de dominio

116. Habiendo definido el mercado relevante, corresponde determinar si, en dicho mercado, existió posición de dominio por parte del Grupo Gloria. Para ello, de conformidad con el artículo 7 del Decreto Legislativo 1034⁶⁶, se analizarán las cuotas de participación del Grupo Gloria en el mercado relevante, así como las posibles barreras a la entrada existentes.

- **Cuotas de participación**

117. Al respecto, como se puede apreciar en el siguiente cuadro, durante el periodo 2008 – 2013, el Grupo Gloria, a través de Cementos Yura y Cemento Sur, realizó más del 90.6% de las ventas en el mercado relevante.

⁶⁶

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.

Cuadro 5
Participación de mercado según ventas en el mercado relevante⁶⁷

Región	Grupo Económico	2008		2009		2010		2011		2012		2013	
		Toneladas	%	Toneladas	%	Toneladas	%	Toneladas	%	Toneladas	%	Toneladas	%
Apurímac, Arequipa,	Grupo Rizo Patrón	79,279	6.6%	23,682	1.8%	38,857	2.4%	55,207	3.3%	57,496	2.8%	74,688	3.2%
	Grupo Hochtchild	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%
Cusco, Madre de Dios,	Grupo Gloria	1,084,145	90.6%	1,256,919	98.1%	1,551,396	97.5%	1,625,783	96.7%	1,970,881	96.8%	2,247,013	96.5%
	Cemento Caliza Inca	0	0.0%	504	0.0%	894	0.1%	624	0.0%	838	0.0%	615	0.0%
Moquegua, Puno y Tacna	Importaciones	33,582	2.8%	20	0.0%	222	0.0%	319	0.0%	6,357	0.3%	6,138	0.3%
	Total	1,197,006	100.0%	1,281,126	100%	1,591,369	100%	1,681,933	100%	2,035,572	100%	2,328,454	100%

Fuente: INEI, Sunat

Elaboración: Secretaría Técnica

- Barreras a la entrada estructurales y legales

118. En relación con las posibles barreras existentes en el mercado, en su Memoria de 2007, Unacem⁶⁸ señaló lo siguiente:

Entre las características del sector destacan las siguientes:

- *Limitado poder de negociación de los clientes, debido a la escasez de una base consolidada de ellos y de empresas que Produzcan bienes con mayor valor agregado a base de cemento.*
- *Reducido poder de negociación de los proveedores debido al bajo costo de los principales insumos.*
- *Baja rivalidad entre las empresas competidoras debido a la exclusividad geográfica actual.*
- *Alta correlación con el PBI construcción.*
- *Existencia de barreras de entrada, las cuales dificultan el ingreso de nuevos competidores debido a la elevada capacidad instalada, requerimientos de inversión en activo fijo, costo de transporte y necesidad de una red de distribución propia.*

[Énfasis agregado]

119. En el mismo sentido, respecto a la competencia entre las empresas cementeras, Unacem⁶⁹ señaló lo siguiente⁷⁰:

Características Generales del Sector

Baja Rivalidad entre empresas competidoras: Las empresas cementeras del país solo compiten en las zonas límites de su radio de acción.

Integración vertical: Las compañías tienen yacimientos de caliza, pudiendo abastecerse sin depender de otros.

⁶⁷ Cabe precisar que para el cálculo de las importaciones, se considerarán aquellas realizadas a través de las Intendencias de Aduanas ubicadas en el ámbito geográfico del mercado relevante (Arequipa, Madre de Dios y Puno). Adicionalmente, se considerarán las importaciones realizadas a través de las Intendencias de Aduanas de Lima, menos aquellas realizadas por Cemex; lo anterior, en tanto que, se encontró evidencia de que los agentes económicos que participaron en el mercado relevante realizaron importaciones a través de dichas Intendencias.

⁶⁸ Informe de análisis de riesgo de Cementos Pacasmayo. Apoyo & Asociados. Noviembre de 2008, págs. 9-11.

⁶⁹ Presentación a Inversionistas efectuada el jueves 18 de junio de 2009 en el Auditorio del BBVA Banco Continental.

⁷⁰ Cabe precisar que las características señaladas por Unacem hacen referencia a características generales del mercado de cemento. En ese sentido, representan aquellas características que enfrentan las empresas que participan en el mercado relevante determinado en el presente caso.

Altos márgenes: Determinado por el ratio Costo de Producción/Precio de Venta.

Poder de negociación de los clientes: El poder de negociación es limitado debido a la escasez de una base consolidada de los mismos.

(...)

Barreras de entrada: Existen barreras de entrada por la elevada capacidad instalada, inversión requerida en activos fijos, costos de transporte elevados y la necesidad de una red de distribución propia.

[Énfasis agregado]

120. En lo que se refiere a la existencia de barreras de entrada legales⁷¹, cabe precisar que, como se desprende del análisis en el presente caso, existen licencias, regulaciones, permisos y otras autorizaciones gubernamentales necesarias para desarrollar actividades de producción y comercialización de cemento en el país, que son también factores que retrasan el ingreso de un nuevo agente al mercado.
121. De manera referencial, puede observarse que en el procedimiento administrativo sancionador contra Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa; Cemex señaló que para iniciar la explotación minera no metálica y la producción de cemento se requiere realizar los siguientes trámites principales (se incluye la duración aproximada de algunos trámites)⁷²:
- Solicitud y adquisición de derechos mineros ante el Instituto Geológico Minero Metalúrgico (Ingemmet);
 - Negociación contractual con los propietarios de los terrenos ubicados en zonas que permitan la construcción de la planta de industria pesada;
 - Independización, saneamiento y registro del terreno ante el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri) y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp);
 - Elaboración y aprobación de estudios de impacto ambiental (90 días hábiles con aplicación del silencio administrativo positivo como plazo de aprobación);
 - Habilitación urbana con fines industriales (90 días calendario como plazo de aprobación del proyecto y 45 días calendario, aproximadamente, para la recepción de obras);
 - Licencia de obra (entre 20 y 30 días hábiles);
 - Licencia de funcionamiento (15 días calendario aproximadamente);
 - Licencia de uso de aguas;
 - Autorización sanitaria de sistema de tratamiento y disposición sanitaria de aguas residuales industriales para vertimiento o re-uso (30 días con aplicación del silencio administrativo negativo);

⁷¹ Las restricciones gubernamentales, que toman la forma de requisitos para operar en un mercado; y que pueden ser desde autorizaciones, licencias, requisitos medioambientales, fitosanitarios, de seguridad etc. hasta concesiones monopólicas para la producción de determinado bien o la prestación de determinado servicio.

⁷² Cabe precisar que los trámites señalados aplican para todas aquellas empresas que quieran participar en la producción de cemento. En ese sentido, representan aquellos trámites que tienen que realizar las empresas que quieran participar en el mercado relevante determinado en el presente caso.

- Autorización sanitaria de sistema de tratamiento y disposición sanitaria de aguas residuales domésticas para vertimiento, re-uso o filtración en el terreno (30 días con aplicación del silencio administrativo negativo);
- Autorización sanitaria de tanques sépticos y disposición final en el terreno (30 días con aplicación del silencio administrativo negativo);
- Inscripción en el registro de hidrocarburos de consumidores directos;
- Otorgamiento de certificado de usuario de insumos químicos y productos fiscalizados (30 días para evaluar la solicitud);
- Autorización de uso del libro o formato de registros especiales para usuarios de insumos y productos químicos fiscalizados;
- Autorización para realizar proyectos de evaluación arqueológica con fines de impacto ambiental y/o aprovechamiento de recursos (30 días naturales con aplicación del silencio administrativo negativo); y
- Expedición del certificado de inexistencia de restos arqueológicos (30 días naturales con aplicación del silencio administrativo negativo)⁷³.

Asimismo, en el referido procedimiento, Unacem indicó que, entre otros requisitos para producir, distribuir y comercializar cemento, se necesita de la autorización sanitaria para re-uso de aguas residuales domésticas (6 meses aproximadamente) y la aprobación del estudio ambiental (12 meses aproximadamente).

122. En ese sentido, el ingreso al mercado relevante a través de la instalación de una planta cementera requiere de la gestión de una serie de licencias, estudios, certificados, registros, autorizaciones, entre otros, ante diversos organismos gubernamentales: ministerios, municipalidades, ANA, Instituto Geológico Minero Metalúrgico (Ingemmet), Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), Unidad Antidrogas Especializada de la Policía Nacional el Perú, entre otros.

La tramitación de dichos requisitos y licencias puede retrasar el ingreso de una empresa al mercado. Por ejemplo, la tramitación de uno de estos requisitos puede involucrar un periodo mayor a un año, el cual puede ser significativamente mayor dependiendo del tiempo que las autoridades se demoren en resolver las solicitudes que se les planteen, o del tiempo que los administrados se demoren en cumplir con los requisitos que les sean exigidos. Todos estos requisitos para el desarrollo de actividades en el mercado relevante pueden ser considerados como barreras de entrada de carácter legal.

- Conclusión sobre la definición de la posición de dominio

123. En resumen, el Grupo Gloria, a través de Cementos Yura y Cemento Sur, entre 2008 y 2013 ha tenido una participación promedio del 96.0% del mercado relevante. Asimismo, este mercado tiene características que pueden ser consideradas como barreras de entrada al mercado: operaciones verticalmente integradas, altos niveles de capacidad instalada⁷⁴, ubicación estratégica de su

⁷³ Para mayor detalle, ver Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013.

⁷⁴ De acuerdo con la Asocem, para el 2014, el Grupo Económico Rizo Patrón tiene una capacidad instalada de 7,600 miles de toneladas para la producción de cemento. Asimismo, el Grupo Económico Hochschild, el Grupo Gloria, es decir, el Grupo Económico Rodríguez Banda (a través de Yura y Cementos Sur), y Cementos Caliza

planta de producción, importante desarrollo de su red de distribución⁷⁵, altos niveles de inversión y barreras de tipo legal.

124. Por lo tanto, siguiendo los criterios tradicionales para determinar la existencia de posición de dominio, tales como la participación de mercado y la presencia de barreras de entrada, entre otros; es posible concluir que las diversas características de la operación del Grupo Gloria representan fortalezas que le permiten afectar las condiciones de oferta y demanda en el mercado relevante, con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, compradores, clientes o proveedores.
125. En consecuencia, esta Comisión considera que el Grupo Gloria, durante el periodo investigado, ha ostentado una posición de dominio en el mercado de producción y comercialización de cementos Portland gris Tipo I, IP, IPM, MS y ICo en la región sur del país.

4.3. Sobre el presunto abuso de procesos legales por parte del Grupo Gloria

126. Habiendo determinado que el Grupo Gloria, a través de Yura, durante el período analizado, ha ostentado posición de dominio en el mercado de venta de cementos Portland gris en la región sur del país; corresponde analizar si el Grupo Gloria, a través de Gloria y Yura, ha incurrido en abuso de procesos legales.
127. Para efectos de corroborar la existencia de una infracción, conforme al marco teórico esbozado en la presente Resolución corresponde determinar de manera concurrente:
 - (i) Que el Grupo Gloria emprendió una estrategia consistente en la utilización abusiva y reiterada de procesos legales (judiciales y administrativos).
 - (ii) Que la referida estrategia tuvo como efecto el perjudicar la competencia en el mercado relevante.
128. Respecto del primer elemento del análisis, la utilización de procesos resultará abusiva cuando no tenga como objetivo obtener un pronunciamiento favorable por parte de las autoridades correspondientes y, en cambio, se encuentre esencialmente dirigida a lesionar a Cosac, como competidor del Grupo Gloria en el mercado relevante. El objetivo de obtener un pronunciamiento favorable puede reconocerse a partir del fundamento que sustenta las distintas acciones que formarían parte de la estrategia anticompetitiva, y contrastándolo con otros elementos como el número de procesos iniciados, el tipo de reglas aplicables y la conducta procesal del agente dominante.

Inca, tienen una capacidad instalada de 3,340 t, 3,470 t, y 400 t, respectivamente. Para mayor información ver: <http://www.asocem.org.pe/web/estadistica.aspx>.

⁷⁵ Las empresas cuenta con su red de distribución, principalmente constituida por ferreterías ubicadas en sus zonas de su influencia. Así, por ejemplo, Unacem cuenta con más de 120 sub-distribuidores en su Red-Progresol. Por su parte, en el 2008, Yura organizó una red de distribución de forma similar, a través de su red «A construir». Para mayor detalle ver: <https://www.aconstruir.com.pe/PortalYura/home.jsf>.

Este análisis permitirá determinar si el potencial beneficio derivado de los pronunciamientos de las autoridades correspondientes justificaba haber emprendido las acciones cuestionadas; o si, por el contrario, el beneficio de emprender dichas acciones proviene fundamentalmente de un perjuicio sobre la competencia resultante, en sí, de la tramitación de los procesos y no de su resultado.

129. Respecto del segundo elemento del análisis, debe verificarse una relación causal entre la estrategia de utilización abusiva de procesos legales que pueda haber emprendido Gloria en relación con el daño, real o potencial, que haya podido producir sobre la competencia en el mercado relevante.
130. Si se cumple que el ejercicio de los derechos de acción y petición del Grupo Gloria resulta abusivo y tuviese la posibilidad de generar un efecto negativo sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, se habrá comprobado su responsabilidad en la comisión de un abuso de procesos legales para efectos del Decreto Legislativo 1034, procediéndose a determinar la multa respectiva.
131. En cambio, si el ejercicio de los derechos de acción y petición resulta legítimo o si, de ser abusivo, no tuviese la posibilidad de generar un impacto negativo sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, tal conducta no podrá calificarse como un abuso de procesos legales para efectos del Decreto Legislativo 1034.
132. Por otro lado, si bien el análisis de los efectos derivados de las acciones legales calificadas como abusivas debe realizarse en conjunto; el fundamento de tales acciones puede ser examinado en función a la materia a la que se encuentran vinculadas, según fue materia de imputación en la Resolución de Inicio y en la Resolución Ampliatoria emitidas por la Secretaría Técnica. En tal sentido, a continuación esta Comisión analizará el presunto carácter abusivo de los procesos legales relacionados con la construcción de una carretera, la instalación de una fábrica y la obtención de una licencia de uso de aguas por parte del denunciante.

4.3.1. Cuestión previa: Sobre el presunto carácter abusivo de los procesos legales relacionados con la declaratoria de interés del proyecto de inversión de Cosac

133. De la revisión del Informe Técnico y los demás actuados en el Expediente, esta Comisión ha podido verificar que existen un conjunto de procesos legales que, a pesar de no haber sido formalmente materia de imputación por parte de la Secretaría Técnica, han sido materia de análisis ulterior en la etapa probatoria. Estos procesos se encuentran vinculados con la declaratoria de interés del proyecto de inversión privada de Cosac.

Como se explica a continuación, en la medida que un pronunciamiento de la Comisión sobre tales procesos podría incidir negativamente en el derecho de defensa de los imputados y viciar la decisión de este colegiado, esta Comisión considera que no corresponde pronunciarse sobre la posible existencia de un abuso de procesos legales por parte de Gloria en relación con la declaratoria de

interés del proyecto de inversión privada de Cosac, dejando a salvo la posibilidad de que la Secretaría Técnica pueda investigar tal hipótesis y, eventualmente, pronunciarse sobre estos procesos en una imputación de cargos distinta.

134. En efecto, como se puede observar en la Resolución de Inicio⁷⁶, la Secretaría Técnica decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Gloria por la presunta comisión de un abuso de procesos legales «respecto de los procesos legales relacionados con la obtención de la licencia de uso de aguas por parte de la denunciante». Esta imputación se sustentó en la revisión de un conjunto de actuaciones que, en la fecha de emisión de la referida decisión, daban cuenta de la existencia de indicios razonables de una infracción por parte de Gloria, en el marco del trámite emprendido por Cosac para obtener una licencia de uso de aguas con fines industriales. En esta decisión, además, la Secretaría Técnica decidió no admitir a trámite la denuncia de Cosac por abuso de procesos legales «relacionados con la construcción de la carretera y la instalación de la fábrica por parte de la denunciante».
135. Como consecuencia de la decisión de la Sala contenida en la Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI, la imputación original fue modificada. En efecto, mediante la Resolución Ampliatoria⁷⁷, la Secretaría Técnica resolvió, por un lado, incluir a Yura como empresa co-denunciada y, por otro lado, informar que la instrucción del procedimiento administrativo sancionador «está referida a un presunto abuso de posición de dominio de Gloria S.A. y Yura S.A. en la modalidad de abuso de procesos legales, relacionados con la obtención de la licencia de uso de aguas, la construcción de la carretera y la instalación de la fábrica por parte de la denunciante»⁷⁸.
136. Como se puede observar, la imputación de la Secretaría Técnica se encuentra vinculada a los procesos iniciados por Gloria en relación con tres tipos concretos de actividades preparatorias de Cosac en el marco de su proyecto de construcción y operación de una fábrica de cemento en el sur del país. Resulta importante indicar, para efectos del análisis que se realiza más adelante, que los procesos que la Secretaría Técnica consideró vinculados a la «instalación de una fábrica» se encuentran precisamente más relacionados con las actividades de exploración mediante perforación diamantina que Cosac supuestamente habría emprendido sin contar con las autorizaciones respectivas⁷⁹.

⁷⁶ Resolución 002-2011/ST-CLC-INDECOPI del 11 de febrero de 2011, que se encuentra en la página 828 del Expediente.

⁷⁷ Resolución 008-2013/ST-CLC-INDECOPI del 11 de julio de 2013, que se encuentra en la página 1040 del Expediente.

⁷⁸ Página 1043 del Expediente. Énfasis agregado.

⁷⁹ Al respecto, la Resolución 002-2011/ST-CLC-INDECOPI señala lo siguiente:
«ii. **Respecto de la instalación de la fábrica de cemento**

87. El 17 de junio de 2008, Gloria habría solicitado una constatación policial con el objeto de verificar que, en terrenos eriazos del Estado, Cosac estaría realizando trabajos de construcción, se encontraría personal y maquinaria pesada perteneciente a Cosac y que, para realizar dicha actividad, resultaba necesario contar con determinadas autorizaciones. [Como se desarrolla posteriormente, esta constatación policial se encuentra únicamente vinculada a los procesos iniciados por Gloria por la supuesta construcción de una carretera]

137. Ahora bien, el 13 de junio de 2013 Cosac presentó ante la Sala un escrito adjuntando copias de nuevas denuncias, de carácter penal, presentadas por el señor Santos Andrés Guillén Rojas (en adelante, el señor Guillén), ex alcalde de San Camilo, suscritas también por el abogado Alfredo Arana Miovich, quien también habría sido abogado de Yura. A decir de Cosac, estos documentos acreditarían la conexión de Yura con la estrategia de abuso de procesos llevada a cabo por el Grupo Gloria⁸⁰. Estas denuncias penales fueron presentadas ante la Fiscalía de Prevención del Delito de Arequipa y la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, y fueron dirigidas contra funcionarios del Gobierno Regional de Arequipa involucrados en la evaluación y declaratoria de interés del proyecto de inversión privada de Cosac.
138. Debido a la fecha en que los referidos documentos fueron presentados por Cosac, no pudieron ser materia de análisis por parte de la Sala⁸¹, ni fueron objeto del pronunciamiento emitido por Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI. Por esta razón, tampoco fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Secretaría Técnica en su Resolución Ampliatoria.
139. No obstante, en la etapa probatoria, la Secretaría Técnica solicitó a Cosac, mediante Carta 781-2014/ST-CLC-INDECOPI, que remita la información adicional referida a las acciones del señor Guillén⁸². En respuesta, mediante escrito del 29 de enero de 2015, Cosac introdujo nueva información acerca del trámite de las referidas acciones penales planteadas por el señor Guillén.
140. Al revisar tal información, la Comisión ha podido corroborar que los procesos cuestionados por Cosac versan sobre denuncias presentadas por el señor Guillén y que tuvieron por objeto cuestionar a diversas autoridades del Gobierno Regional de Arequipa por la presunta renuencia a entregarle información que el señor Guillén habría estimado necesaria para su defensa en la querella que contra él había planteado Cosac. A su vez, Cosac habría planteado dicha querella como consecuencia de las afirmaciones que el señor Guillén habría realizado en una audiencia pública convocada por Cosac hacia diciembre de 2010, en el marco del proceso de declaratoria de interés del proyecto de

88. *Mediante escritos del 6 de agosto de 2008, presentados ante la Gerencia de Fiscalización Minera del Osinergmin y la Dirección General del Ministerio de Energía y Minas, referidos anteriormente, Gloria también habría comunicado que se estarían realizando trabajos de Exploración con Perforación Diamantina, solicitando copia de las autorizaciones correspondientes y que se le informara si es que Cosac había cumplido los requisitos legales correspondientes, en particular, el referido a la presentación del Estudio de Impacto Ambiental.»* (considerandos 87 y 88). Énfasis agregado.

⁸⁰ Mediante escrito del 10 de enero de 2011 (página 781 del Expediente), Cosac había presentado información sobre determinadas acciones del señor Guillén, pero sin establecer una posible vinculación entre dicho funcionario y el Grupo Gloria. En particular, la firma del señor Arana como abogado recién aparece en los documentos aportados por Cosac en junio de 2013.

⁸¹ Aunque este escrito fue dirigido a la Sala, no pudo ser valorado por dicha instancia debido a que, en la misma fecha, ya había emitido su Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI.

⁸² Carta del 15 de diciembre de 2014, que se encuentra en la página 1287 del Expediente:
«Por la presente, (...) les requerimos que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, presenten:
2. Toda la documentación actualizada en relación con la denuncia presentada por el señor Santos Andrés Guillén Rojas ante la Fiscalía de Prevención del Delito de Arequipa el 6 de enero de 2012, introducida como elemento de juicio por su empresa mediante escrito del 13 de junio de 2013 ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia»

inversión que Cosac se encontraba tramitando ante el OPIP del Gobierno Regional de Arequipa.

141. De conformidad con el Decreto Legislativo 1012⁸³ y las demás normas aplicables, la declaratoria de interés de proyectos de inversión privada –como el de Cosac– constituye un requisito indispensable que se debe cumplir entre la propuesta planteada ante el OPIP competente y la materialización del proyecto de inversión correspondiente. La declaratoria de interés del proyecto es aprobada por el Gobierno Regional correspondiente y tiene por objeto garantizar a la empresa que el proyecto de inversión privada planteado se encuentra en armonía con la política de desarrollo en la región, permitir que se convoque a otros interesados que puedan mejorar la propuesta original y, de no existir mejores propuestas, otorgarle seguridad jurídica a la empresa para que pueda emprender las acciones que sean necesarias para concretar su inversión.
142. Como puede observarse, la declaratoria de interés constituye una etapa que no se encuentra directamente vinculada con los tres tipos de procesos por los cuales se materializó la imputación de la Secretaría Técnica. En efecto, resulta evidente que la declaración de interés del proyecto de inversión privada de Cosac no se encuentra vinculada a los procesos relacionados con «la obtención de la licencia de uso de aguas» o «la construcción de una carretera»; y tampoco tendría relación con los procesos vinculados con la «construcción de una fábrica» puesto que, como se ha señalado, dicha imputación se sustentó en las acciones del Grupo Gloria ante Osinergmin y posteriormente Oefa, por la actividad exploratoria por parte de Cosac.
143. En tal sentido, a pesar de que la Secretaría Técnica haya solicitado información sobre los procesos emprendidos por el señor Guillén, su vinculación con el Grupo Gloria y sus efectos sobre Cosac, esta Comisión considera que para pronunciarse sobre tales procesos resulta imprescindible que hayan sido materia de imputación formal de cargos por parte de dicha autoridad. De otro modo, se afectaría el principio de congruencia procesal, que en materia sancionatoria garantiza a los administrados que las pretensiones del poder punitivo del Estado no podrán ejercerse sin otorgar una oportunidad concreta de defensa en el contexto de un procedimiento donde se permita a los administrados conocer desde un primer momento los hechos que son materia de imputación. Al respecto, el Tribunal del Indecopi ha señalado lo siguiente:

«[El] deber de congruencia implica que la autoridad administrativa se encuentra impedida de pronunciarse respecto de aquellos hechos o cuestionamientos que no fueron debidamente encausados e imputados, y sobre los cuales no se ha otorgado a la otra parte del procedimiento la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa. En tal sentido, la Administración no puede pronunciarse sobre pretensiones sobrevenidas durante el procedimiento respecto de las cuales no se haya formulado un contradictorio pleno, pues ello supondría vulnerar la garantía del debido procedimiento recogida en el artículo IV del Título Preliminar de

⁸³ Decreto Legislativo que aprueba la Ley marco de asociaciones público - privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. Publicado el 13 de mayo de 2008.

la Ley 27444, conforme a la cual los administrados gozan de todos los derechos inherentes al debido proceso, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.»⁸⁴

[Énfasis agregado]

144. La garantía de congruencia procesal como parte del debido proceso se desprende además de la exigencia contenida en el artículo 30.2 del Decreto Legislativo 1034⁸⁵, vinculada a la necesidad de que toda modificación a la determinación inicial de los hechos o su posible calificación debe ser objeto de una nueva imputación de cargos por parte de la Secretaría Técnica, con la finalidad de permitir a los administrados formular descargos y ejercer oportunamente su derecho de defensa. Finalmente, por mandato expreso de la Ley, la presente decisión no podría declarar la responsabilidad de los administrados por hechos no vinculados a la imputación de cargos que sustenta el presente procedimiento:

Artículo 36.- Resolución final.-

36.2. La resolución de la Comisión será motivada y decidirá todas las cuestiones que se deriven del expediente. En la resolución no se podrá atribuir responsabilidad a los involucrados por hechos que no hayan sido adecuadamente imputados en la instrucción del procedimiento.

[Énfasis agregado]

145. Ahora bien, sin perjuicio de que esta Comisión se encuentra imposibilitada en esta etapa del procedimiento administrativo de analizar y atribuir responsabilidad al Grupo Gloria por los procesos relacionados con la declaratoria de interés del proyecto de inversión de Cosac, habida cuenta de la crucial importancia que dicha fase reviste para permitir el ingreso de competencia al mercado relevante, esta Comisión considera necesario recomendar a la Secretaría Técnica que monitoree la participación, directa o indirecta, del Grupo Gloria sobre la evolución de los trámites emprendidos por Cosac en relación con la declaratoria de interés y el desarrollo de su proyecto de inversión privada en el mercado de producción y comercialización de cementos en la región sur del país.

⁸⁴ Resolución 1029-2012/SDC-INDECOPI del 24 de junio de 2013, punto resolutivo 9.

⁸⁵ **Decreto Legislativo 1034**

Artículo 30.- Actuaciones de instrucción.-

30.2. Si, como consecuencia de la instrucción del procedimiento, resultase modificada la determinación inicial de los hechos o de su posible calificación, la Secretaría Técnica emitirá una nueva resolución de imputación que sustituirá como pliego de cargos a la resolución de inicio del procedimiento, informando de ello a la Comisión y notificando a las personas imputadas, así como a las personas que hayan presentado la denuncia de parte, si fuera el caso. En caso de emitirse esta nueva resolución, se inicia un nuevo cómputo de plazos para la formulación de los descargos y un nuevo cómputo del plazo legal que corresponde a la tramitación del procedimiento. [Énfasis agregado]

4.3.2. Sobre el presunto carácter abusivo de los procesos legales relacionados con la construcción de una carretera y una fábrica

146. Los procesos vinculados a la construcción de una carretera y una fábrica por parte de Cosac, tienen su origen en el cuestionamiento, por parte del Grupo Gloria, de los trabajos que Cosac emprendió a la altura del poblado de San Camilo (provincia de Islay, Arequipa), hacia junio de 2008, para la construcción o mejoramiento de una vía que uniría la carretera Panamericana Sur (alt. Km. 995) con el terreno sobre el cual Cosac instalaría su fábrica de clinker y cemento (en una zona denominada Cerro Cali – Carmelo).
147. De acuerdo con los elementos aportados al expediente, las actuaciones asociadas con la referida controversia, así como las posiciones de las partes, pueden ser resumidas en el siguiente cuadro:

[Continúa en la siguiente página]

Cuadro 6
Procesos relacionados con la construcción de una carretera y una fábrica

Entidad	Actuaciones	Posición del Grupo Gloria	Posición de Cosac
Comisaría de San Camilo (Arequipa)	Solicitud de Constatación Policial de obras en terrenos del Estado	Se trató de una solicitud para constatar un hecho que no generó mayor impacto.	Se trató de una acción que tenía como objetivo dañar la imagen de Cosac. Generó la paralización de las obras y sirvió como sustento para otras denuncias.
INC	Comunicación y denuncia sobre el desarrollo de obras civiles	Se trató de una solicitud de información (copia del CIRA y documentación correspondiente).	Se trató de una acción para generar desconfianza en la inversión de Cosac. Motivó una comunicación del Director del INC de Arequipa a la Alcaldía de Islay, que a su vez sirvió como sustento para otras denuncias.
Dirección de Asuntos Ambientales de Industria – Produce	Comunicación y denuncia sobre el desarrollo de obras	Se trató de una solicitud de información (copia del EIA y documentación correspondiente) que no generó mayor impacto.	Se trató de una denuncia para dañar la imagen de Cosac y ser utilizada como prueba en otras denuncias. A pesar de haber sido archivada, generó la paralización de las obras y el expendio de recursos para contestar a la DAAI.
Gerencia de Fiscalización Minera – Osinergmin (Posteriormente, Oefa)	Comunicación y denuncia sobre el desarrollo de obras	Se trató de una solicitud de información (autorizaciones) que no generó mayor impacto.	Se trató de una denuncia que generó expendio de recursos, la participación en la fiscalización de campo ordenada por Osinergmin y multas por parte del Oefa.
Dirección General de Minería – Minem	Comunicación y denuncia sobre el desarrollo de obras	Se trata de una comunicación que no generó un mayor impacto.	Se trató de una denuncia que fue acumulada a la denuncia ante Osinergmin, y sirvió como sustento para otras denuncias.
Gobierno Regional de Arequipa: Gerencia Regional de Agricultura	Comunicación y denuncia sobre el desarrollo de obras en terrenos del Estado	Se trató de una comunicación sin capacidad de afectar el proceso competitivo.	Se trata de una denuncia que utiliza un lenguaje ambiguo para afectar el trámite de la aprobación de la iniciativa privada de Cosac
Gob. Reg. Arequipa: Gerencia de Com. Ext. y Turismo; y Of. Promoción de la Inversión Privada	Solicitud de inspección ocular y de actuaciones de oficio (más una reiteración)	Se trató de una comunicación o solicitud sin capacidad de afectar el proceso competitivo.	Se trató de una denuncia planteada en sentido ambiguo, que tuvo por objeto afectar el trámite de la aprobación de la iniciativa privada de Cosac.

Fuente: Escritos, documentos y declaraciones de las partes.
Elaboración: Secretaría Técnica / Comisión

148. Esta Comisión ha podido comprobar que estas acciones fueron realizadas en su mayor parte por el Grupo Gloria a través del señor Nakagawa, representante de Gloria y Yura. Habiéndose acreditado a nivel indiciario en la imputación de cargos y en la Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI expedida por la Sala, dicha representación no ha sido objeto de cuestionamiento por parte de las empresas imputadas, quienes de manera consistente en sus escritos han hecho suyas las denuncias planteadas por el referido señor Nakagawa en contra de Cosac.
149. En lo que se refiere específicamente a los procesos vinculados a la construcción de una supuesta carretera, esta Comisión considera acreditado que Cosac

emprendió trabajos de rehabilitación o mejoramiento de una trocha carrozable con el objetivo de utilizarla para el tránsito de la maquinaria necesaria para el desarrollo de sus actividades de exploración y la eventual construcción de una fábrica de clinker y cemento. Las acciones planteadas por el Grupo Gloria, a través del señor Nakagawa, cuestionaban la realización de los trabajos de Cosac, aduciendo la posible falta de autorizaciones por parte de las autoridades competentes. Cabe observar que la denominación «carretera» -utilizada por el Grupo Gloria- resulta impropia para describir la naturaleza de los trabajos realizados por Cosac, consistentes en esencia en el movimiento de tierras para la rehabilitación o el mejoramiento de una trocha carrozable.

150. Contrariamente a lo señalado por Gloria, esta Comisión considera que las acciones planteadas no se trataban de simples pedidos de información que se agotaban en su postulación, sino que introducían cuestionamientos y denuncias. En efecto, tales acciones planteaban la posible existencia de infracciones graves, como el incumplimiento en la obtención de permisos y certificados necesarios, así como las usurpaciones de terrenos de propiedad ajena. Precisamente bajo estas premisas, es que en dichos escritos se presentaban solicitudes de intervención por parte de las autoridades exhortadas. Bajo esta lógica, tales actuaciones se encontraban dirigidas a provocar un impacto en las actividades desarrolladas por Cosac.

Asimismo, a diferencia de lo planteado por Gloria, el hecho que sean las autoridades quienes finalmente decidan de oficio el inicio de procedimientos, no es suficiente para establecer que la participación del Grupo Gloria es legítima o inocua. Por el contrario, la figura del abuso de procesos legales, por su propia naturaleza, establece una vinculación entre la capacidad de una parte de movilizar la actuación de las distintas autoridades, y el efecto producido por esta actuación, derivado del modo en que la parte afectada debe vincularse a las eventualidades de los procesos legales que se generen.

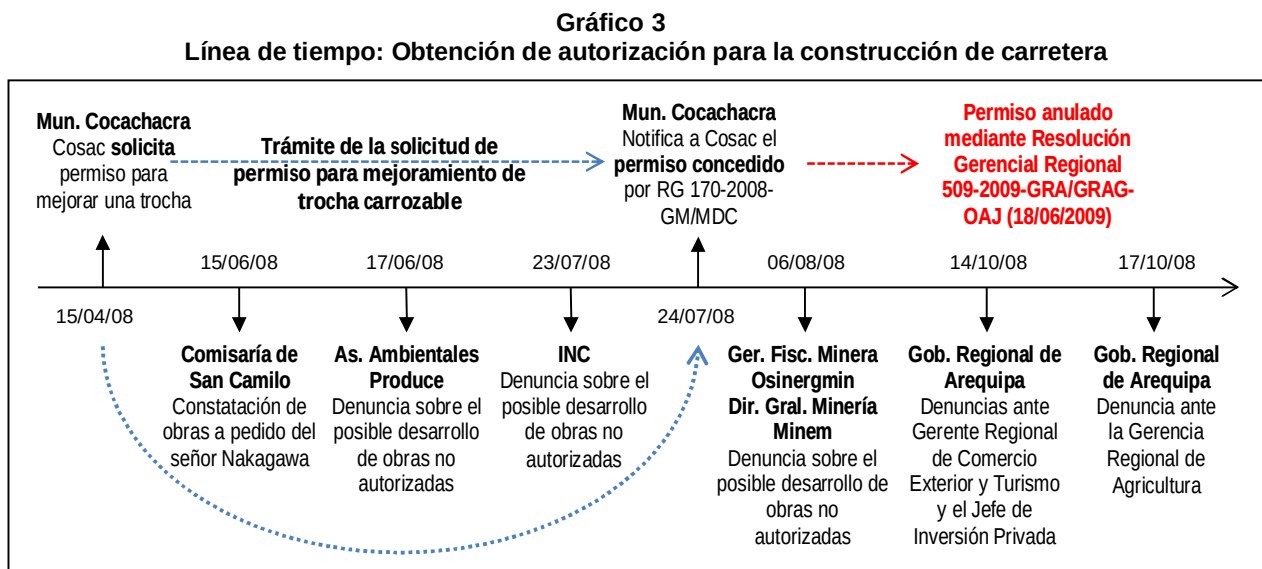
En otras palabras, el efecto anticompetitivo derivado del abuso de procesos legales no es consecuencia directa e inmediata de las actuaciones del agente dominante sobre un competidor real o potencial, sino de la activación de los mecanismos legales existentes, que a su vez afectan la situación jurídica o económica del competidor afectado. De ahí que su análisis requiera una discriminación entre una activación legítima y una activación abusiva de tales mecanismos legales.

151. Ahora bien, conforme al marco teórico, el centro de la controversia se encuentra en determinar si el Grupo Gloria, a través de las acciones antes resumidas, ha emprendido una estrategia de procesos abusivos y reiterados. Para ello, corresponde determinar si tales acciones tuvieron por objeto obtener pronunciamientos favorables al Grupo Gloria por parte de las autoridades competentes o si, en cambio, estuvieron fundamentalmente dirigidas a que los procesos en sí –y no su resultado– lesionen a Cosac, impidiendo, restringiendo o retrasando su ingreso al mercado relevante.
152. Al respecto, en línea con lo señalado por la Secretaría Técnica, esta Comisión considera que un análisis de las actuaciones contenidas en el expediente revela

que Cosac sí necesitaba una autorización para el mejoramiento de la trocha carrozable, pero que no contaba con tal autorización al momento en que el Grupo Gloria emprendió las acciones cuestionadas.

153. En efecto, el 15 de abril de 2008 Cosac solicitó una autorización para el mejoramiento de la trocha existente, obteniéndola recién el 24 de julio de 2008 mediante Resolución Gerencial 170-2008-GM/MDC⁸⁶. Sin embargo, al momento en que la constatación policial dio cuenta de la realización de las obras de mejoramiento de la trocha, realizada el 15 de junio de 2008, Cosac todavía no contaba con la referida autorización. En ese sentido, el acta de constatación policial del 17 de junio de 2008⁸⁷ habría evidenciado que Cosac estaba realizando trabajos en terrenos del Estado sin la autorización que la propia empresa había solicitado.

154. Esta situación puede ser representada en el siguiente gráfico:



Fuente: Escritos presentados por las empresas
Elaboración: Secretaría Técnica / Comisión

155. Como se puede observar, entre las acciones planteadas por el Grupo Gloria para cuestionar el desarrollo de obras por parte de Cosac, tres de ellas se presentaron en el periodo en que Cosac todavía no contaba con la autorización solicitada a la Municipalidad de Cocachacra. Con ello, no es posible afirmar que estas denuncias y pedidos de actuación carecieran de todo fundamento, incluso asumiendo que la notificación del permiso a Cosac implicaba el inmediato conocimiento de dicha situación por parte de Gloria. Asimismo, como han reconocido las partes, tales acciones –no carentes de todo fundamento– forman parte del sustento de las subsecuentes denuncias ante las otras autoridades.

⁸⁶ Expediente, página 711.

⁸⁷ Expediente, página 238.

156. Incluso, tras la obtención del permiso emitido por la Municipalidad de Cocachacra, no es posible afirmar que las acciones del Grupo Gloria fueron planteadas sin fundamento alguno, pues el Gobierno Regional de Arequipa, a través de la Gerencia Regional de Agricultura, se pronunció expresamente en contra de la autorización de dicha municipalidad, declarándola ineficaz y solicitando la paralización de las obras emprendidas por Cosac.
157. En efecto, a raíz de la denuncia del señor Nakagawa, mediante Resolución Gerencial Regional 509-2009-GRA/GRAG-OAJ del 18 de junio de 2009⁸⁸, la Gerencia Regional de Agricultura señaló lo siguiente:

«Que, al respecto se tiene que la empresa Cementos Otorongo S.A.C. ha construido una trocha carrozable que comienza en el Km. 995 (carretera hacia Moquegua-Tacna)... y se dirige hacia una plataforma construida donde se construiría la fábrica de cemento... no siendo cierta las afirmaciones (sic) que dicha trocha haya sido mejorada, por cuanto la trocha que existía se halla frente a la línea férrea y no frente a la carretera Panamericana.

Que, la carretera construida se halla sobre las Fincas 6, 7 y 8 cuyos dominios a favor del Estado se hallan inscritos... que tienen fines agrarios, por lo que la ocupación por parte de la empresa Cementos Otorongo S.A.C. afecta dichos fines, y que no cuentan con ninguna clase de autorización otorgada por la Gerencia de Agricultura.

Que, la empresa Cementos Otorongo S.A.C., ampara su ocupación en la Resolución Gerencial 170-2008-GM/MDC de fecha 17 de julio de 2008 emitida por la Municipalidad Distrital de Cocachacra, que la misma es ineficaz, por cuanto se ha otorgado permiso de mejoramiento de un área de propiedad privada de la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa y no se comunicó a esta Gerencia el inicio de las obras para la construcción de la carretera carrozable, acto que constituye un abuso del derecho.

(...)

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: *Requerir a la empresa Cementos Otorongo S.A.C. la paralización de las actividades de modificación, mejoramiento y la restitución de las áreas ocupadas donde han construido una carretera carrozable, sin autorización alguna de esta Gerencia, ubicado en el distrito La Joya, provincia y Región Arequipa; por lo expuesto en la presente resolución.»*

[Énfasis agregado]

158. Como se puede observar, la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa, al evaluar la denuncia del señor Nakagawa, consideró que, al momento de emprender los trabajos de movimiento de tierras, efectivamente Cosac carecía de las autorizaciones correspondientes para el desarrollo de obras vinculadas al mejoramiento de una trocha carrozable. Esta evaluación incluso generó que la Oficina Regional de Control de Arequipa requiriera a la Municipalidad de Cocachacra información que sustente su

decisión de otorgarle el permiso a Cosac⁸⁹. En ese sentido, no es posible afirmar que el Grupo Gloria había planteado denuncias ante el Gobierno Regional de Arequipa sin fundamento alguno y sin la expectativa de obtener un pronunciamiento favorable pues, de hecho, la autoridad competente se pronunció en sentido favorable a sus denuncias.

159. Este caso no habría sido el único incumplimiento por parte de Cosac en esta fase de su inversión. En efecto, en respuesta al Oficio 02708-2008-PRODUCE/DVI/DGI-DAAI del 23 de julio 2008, por el cual la Dirección de Asuntos Ambientales de Produce comunica a Cosac la denuncia presentada por el señor Nakagawa y le solicita información sobre el estado de sus inversiones para la construcción de una fábrica de cemento, Cosac le informa a Produce lo siguiente:

«Aunque los temas relacionados con exploraciones en concesiones mineras no están a cargo del Ministerio de la Producción, consideramos conveniente informar a vuestro Despacho que para efectos de la evaluación en detalle de la calidad y la cantidad de calizas que poseen nuestras concesiones mineras ubicadas en la zona denominada “Montón de Botellas”, se programó la realización de 11 sondeos a llevarse a cabo mediante perforación diamantina (y no pozos como el denunciante indica).

Para este efecto se contrató a la misma empresa T&M Ingenieros (que efectuó los trabajos de mejoramiento de la trocha existente mencionada antes).

Cuando nuestra Empresa tomó conocimiento que T&M Ingenieros había iniciado el plan de sondeos en 4 puntos (de los 11 programados) sin haberse todavía obtenido los permisos que correspondían, ordenó que se paralizaran de inmediato dichos trabajos hasta que se obtuviera los permisos correspondientes.»

[Énfasis agregado]

160. Como se aprecia en la referida comunicación, del 11 de setiembre de 2008⁹⁰, Cosac aceptó ante Produce que había empezado a realizar, a través de la empresa T&M Ingenieros, actividades de «evaluación de la calidad y cantidad de calizas en su concesión» que detuvo en tanto no había obtenido aún los permisos correspondientes.
161. Son precisamente estos incumplimientos en el desarrollo de las actividades tendientes a la construcción de una fábrica de cemento, por parte de Cosac, los que sustentan también la imposición de sanciones en materia ambiental. Estas sanciones fueron consecuencia de las acciones interpuestas inicialmente ante la Dirección General de Minería del Minem y la Gerencia de Fiscalización Minera de Osinergmin; que fueron luego materia de investigación y sanción por parte de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Oefa; cuya decisión fue confirmada por el Tribunal de Fiscalización Ambiental.

⁸⁹ Expediente, página 715.

⁹⁰ Expediente, página 707.

162. En efecto, el Tribunal de Fiscalización Ambiental, mediante Resolución 289-2013-OEFA/TFA del 27 de diciembre de 2013 confirmó en parte la Resolución Directoral 363-2012-OEFA/DFSAL del 26 de noviembre de 2012, imponiéndole a Cosac una multa de veinte (20) UIT⁹¹. En el procedimiento, iniciado a raíz de la denuncia del señor Nakagawa, se discutía, entre otros, si Cosac había emprendido actividades de exploración no autorizadas, o únicamente actividades de cateo y prospección (que no requieren previa aprobación); así como la disposición de desechos provenientes de las referidas actividades sin adoptar medidas de previsión y control previstas en la legislación ambiental.
163. En la referida resolución, poniendo fin al procedimiento administrativo, el Tribunal de Fiscalización Ambiental señaló que Cosac emprendió actividades de exploración sin contar con las autorizaciones legalmente exigibles:

«[D]urante la Supervisión Especial [a cargo de una Supervisora Externa] se verificó que CEMENTOS OTORONGO realizó actividades de exploración, sin contar con el estudio ambiental correspondiente, incumplimiento con lo dispuesto en el Artículo 5° y el Literal a) del Numeral 7.1 del Artículo 7° del Decreto Supremo N° 020-2008-EM.

(...) CEMENTOS OTORONGO no ha presentado medio probatorio alguno para acreditar que solo realizó actividades de exploración.

(...) [H]a quedado acreditado que CEMENTOS OTORONGO no solo realizó actividades descritas en el Artículo 19° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM [actividades de prospección], sino también actividades que causaron mayor alteración que la originada por el tránsito ordinario de las personas.

(...) [Asimismo], ha quedado debidamente acreditado que se dispuso en el ambiente desechos provenientes de las actividades de exploración minera sin adoptar las medidas de previsión y control ambiental establecidas en las normas que regulan el desarrollo de la actividad de exploración minera y en la Ley General del Ambiente»

[Énfasis agregado]

164. Por ello, siguiendo el razonamiento de la Secretaría Técnica, a criterio de esta Comisión, no es posible afirmar que, en los casos en que ha emplazado a distintas autoridades por la supuesta falta de permisos de Cosac para emprender trabajos relacionados con la construcción de una trocha carrozable o a actividades de exploración vinculadas a la construcción de su fábrica, el Grupo Gloria careciese de alguna expectativa razonable de obtener un pronunciamiento favorable. Por el contrario, se ha podido verificar que, al emprender tales actividades, Cosac habría incurrido en determinadas irregularidades que generaron pronunciamientos en su contra por parte de las autoridades respectivas.

Ello permite asumir, de manera razonable, que las acciones desarrolladas por el Grupo Gloria contaban con un grado de fundamento objetivo apreciable al

⁹¹

Expediente, páginas 1333 y ss.

momento de ser planteadas. Por lo demás, el solicitar la intervención de las entidades antes mencionadas, independientemente de la motivación subjetiva del Grupo Gloria, en la práctica permitió que, en ejercicio de sus competencias, tales autoridades aplicaran sus respectivas normas para corregir los errores en que habría incurrido Cosac.

4.3.3. Sobre el presunto carácter abusivo de los procesos legales relacionados con la obtención de una licencia de uso de aguas por parte del denunciante

165. Como se indicó anteriormente, dentro de las acciones legales que, a criterio de Cosac, formarían parte de la supuesta estrategia de abuso de procesos legales emprendida por el Grupo Gloria, se encuentran aquellas relacionadas con la obtención de una licencia de uso de aguas por parte de la denunciante. Las acciones cuestionadas tuvieron lugar en el contexto del trámite iniciado por Cosac para obtener una licencia de uso de aguas, conforme al marco legal aplicable.

166. Al respecto, mediante Resolución 005-2008-GRA/PR-OPIP del 25 de abril de 2008, el OPIP del Gobierno Regional de Arequipa declaró de interés la iniciativa privada de inversión de Cosac para la instalación de una fábrica de clinker y cemento⁹². No obstante, dicha autoridad administrativa exigió a Cosac que subsane determinadas observaciones técnicas; siendo una de ellas, la exigencia de contar con un informe que certifique la disponibilidad del recurso hídrico, emitido por las autoridades en materia de aguas.

En respuesta a estas observaciones, el 25 de junio de 2008, Cosac solicitó a la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili que emita un certificado de existencia de recursos hídricos⁹³. No obstante, dicho certificado fue declarado nulo por la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa⁹⁴, señalando que la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili no era competente para emitir certificados de existencia de recursos hídricos. Posteriormente, el 3 de setiembre de 2008, Cosac inició un procedimiento para obtener una licencia de uso de aguas, solicitando una autorización para realizar estudios hidrogeológicos.

167. Por su parte, el Grupo Gloria había presentado una solicitud de permiso de uso de aguas ante la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili el 20 de mayo de 2008⁹⁵. Ante la negativa de dicha autoridad, el Grupo Gloria presentó una solicitud para la realización de estudios hidrogeológicos el 19 de setiembre de 2009, con la finalidad de obtener una licencia de uso de aguas.

⁹² Cabe observar que dicha resolución habría sido objeto de cuestionamiento, como se desprende de los actuados vinculados a las denuncias del señor Guillen contra funcionarios del Gobierno Regional de Arequipa, que por relacionarse con la declaratoria de interés del proyecto de inversión de Cosac, no forman parte del análisis de la presente decisión.

⁹³ Emitido el 24 de julio de 2008.

⁹⁴ Mediante Resolución 530-2008-GRA/GRAG-OAJ del 28 de agosto de 2008 (página 196 del Expediente).

⁹⁵ Página 1175 del Expediente.

168. La controversia analizada por esta Comisión se suscita en torno a las acciones legales realizadas por el Grupo Gloria en contra del trámite emprendido por Cosac para obtener su licencia de uso de aguas.

Según lo indicado por Cosac, estas actuaciones carecían de justificación porque, si bien fueron emitidas a su favor, no le otorgaban ningún derecho de uso de aguas, por lo cual no podrían haber perjudicado al Grupo Gloria. De acuerdo a lo señalado por Cosac, las acciones planteadas en su contra podrían haber provocado un retraso o una negativa en la obtención de la licencia de uso de aguas, requisito indispensable para concretar su proyecto de instalación de una fábrica de clinker y cemento.

Por su parte, el Grupo Gloria indicó que, a pesar de contar con un derecho de prelación, la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili había favorecido el trámite de la solicitud de Cosac y, además, que dicha autoridad no era competente para autorizar a Cosac la realización de estudios hidrogeológicos. Por estas razones, según indicó, las acciones planteadas en contra de Cosac tenían un fundamento objetivo atendible.

169. Al respecto, como se desarrollará a continuación, esta Comisión considera que no es posible afirmar que las acciones efectuadas por el Grupo Gloria para cuestionar el procedimiento de Cosac para obtener la licencia de uso de aguas, hubiesen carecido de suficiente fundamento objetivo. Por el contrario, los elementos de prueba conjuntamente analizados generan una duda razonable a favor del Grupo Gloria en el sentido que, como consecuencia de la potencial exclusión del acceso al recurso hídrico y la tramitación diferenciada de su solicitud frente a la de Cosac, las acciones que el Grupo Gloria planteó habrían estado dirigidas a obtener un pronunciamiento favorable por parte de las autoridades competentes y no, esencialmente, a afectar de manera indebida a Cosac.

a. Sobre las acciones planteadas por el Grupo Gloria en contra de Cosac

170. Conforme a la normativa entonces aplicable⁹⁶ y a los requerimientos propios de su actividad económica, para el desarrollo y construcción de una fábrica de clinker y cemento, resultaba imprescindible que Cosac contase con una licencia de uso de aguas. Para efectos de obtener esta licencia, son tres las etapas que Cosac estaba obligado a cumplir:

- Primera Etapa: Obtener una autorización para la ejecución de estudios hidrogeológicos, para el aprovechamiento hídrico con fines industriales.
- Segunda Etapa: Obtener la aprobación del estudio hidrogeológico y autorización para la perforación de pozo con fines de alumbramiento de agua subterránea.
- Tercera Etapa: Obtención de la licencia de uso de aguas.

⁹⁶ En particular, el Decreto Ley 17751 del 24 de julio de 1969, así como sus normas complementarias y reglamentarias.

Asimismo, como se ha observado, tanto Gloria como Cosac habían emprendido trámites dirigidos a obtener una licencia de uso de aguas.

171. En relación con la Primera Etapa, ante la solicitud de Cosac, mediante Resolución Administrativa 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH del 3 de diciembre de 2008 (en adelante, la Resolución de Autorización de Estudios), la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili (hoy, Administración Local de Agua de Chili), autorizó a Cosac la ejecución del estudio hidrogeológico.

Frente a ello, mediante escrito del 17 de diciembre de 2008, el Grupo Gloria solicitó a la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa que declare la nulidad de la Resolución de Autorización de Estudios. Debido a que dicha autoridad no se pronunció sobre la referida solicitud de nulidad, el 16 de julio de 2009 Gloria le envió una Carta Notarial comunicándole que se acogería al silencio administrativo negativo, dando por agotada la vía administrativa.

El 20 de julio de 2009, el Grupo Gloria interpuso una demanda contenciosa administrativa contra la Procuraduría Pública, la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa y Cosac, solicitando que se declare la nulidad de la Resolución de Autorización de Estudios. Asimismo, solicitó que se conceda una medida cautelar con el objeto de que se suspenda la aplicación de dicha resolución, solicitud que fue denegada por el Séptimo Juzgado Civil de la Corte Superior del Distrito Judicial de Arequipa, mediante Resolución 01-2008 del 23 de setiembre de 2009.

172. En relación con la Segunda Etapa, el 26 de mayo de 2009, Cosac solicitó la aprobación de sus estudios hidrogeológicos y la autorización para la ejecución de obras. En ese sentido, el 25 de setiembre de 2009, la Administración Local de Agua de Chili emitió la Resolución Administrativa 317-2009-ANA/ALA-CH (en adelante, la Resolución de Aprobación de Estudios), mediante la cual se aprobó el «*Estudio de Evolución Hídrica Subsuperficial y Subterránea en el Sistema de San Camilo – La Joya*» a favor de Cosac, autorizándola a perforar un pozo tubular con el objeto de determinar el rendimiento del recurso solicitado.

Frente a dicha resolución, mediante escrito del 12 de octubre de 2009, el Grupo Gloria solicitó a la Administración Local de Agua de Chili que se declare la nulidad y la suspensión de sus efectos, señalando que había solicitado dicho recurso hídrico con anterioridad a Cosac, que esta última estaría usurpando terrenos del Estado y que la Resolución de Autorización de Estudios había sido impugnada judicialmente y se encontraba pendiente de decisión; por lo cual no podía continuarse con el trámite de Cosac para la obtención de la licencia de uso de aguas.

Cabe observar que poco después de emitirse la Resolución de Aprobación de Estudios a favor de Cosac, mediante Resolución 662-2009-ANA del 28 de setiembre de 2009, la ANA autorizó a Gloria a llevar a cabo sus propios estudios.

173. Adicionalmente, el 26 de octubre de 2009, el Grupo Gloria interpuso una demanda de amparo contra la Administración Local del Agua de Chili, la ANA y

la Procuraduría Pública del Ministerio de Agricultura, solicitando que se declare la nulidad de la Resolución de Autorización de Estudios y la Resolución de Aprobación de Estudios. Esta demanda se admitió a trámite mediante Resolución 2 del 29 de diciembre de 2009, emitida por el Quinto Juzgado Civil de Arequipa.

174. El 23 de agosto de 2010, la ANA emitió la Resolución Directoral 0267-2010-ANA-DARH, por medio de la cual declaró infundada la solicitud de nulidad de la Resolución de Autorización de Estudios presentada por el Grupo Gloria. Asimismo, el 24 de agosto de 2010, dicha autoridad emitió la Resolución Directoral 0271-2010-ANA-DARH, mediante la cual declaró improcedentes las solicitudes del Grupo Gloria sobre nulidad y suspensión de los efectos de la Resolución de Aprobación de Estudios.
175. En relación con la Tercera Etapa, el 5 de febrero de 2010, Cosac solicitó que se le otorgara la licencia de uso de aguas, con la finalidad de continuar con la ejecución de su proyecto de instalación de una fábrica de clinker y cemento. Mediante escrito del 31 de marzo de 2010, al no haber recibido respuesta a su solicitud del 5 de febrero de 2010, Cosac interpuso un recurso de apelación, alegando la aplicación del silencio administrativo negativo.

Finalmente, el 17 de diciembre de 2010, la ANA emitió la Resolución Directoral 0291-2010-ANA-DARH (en adelante, la Resolución de Otorgamiento de Licencia), mediante la cual declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por Cosac, otorgándole la licencia de uso de aguas.

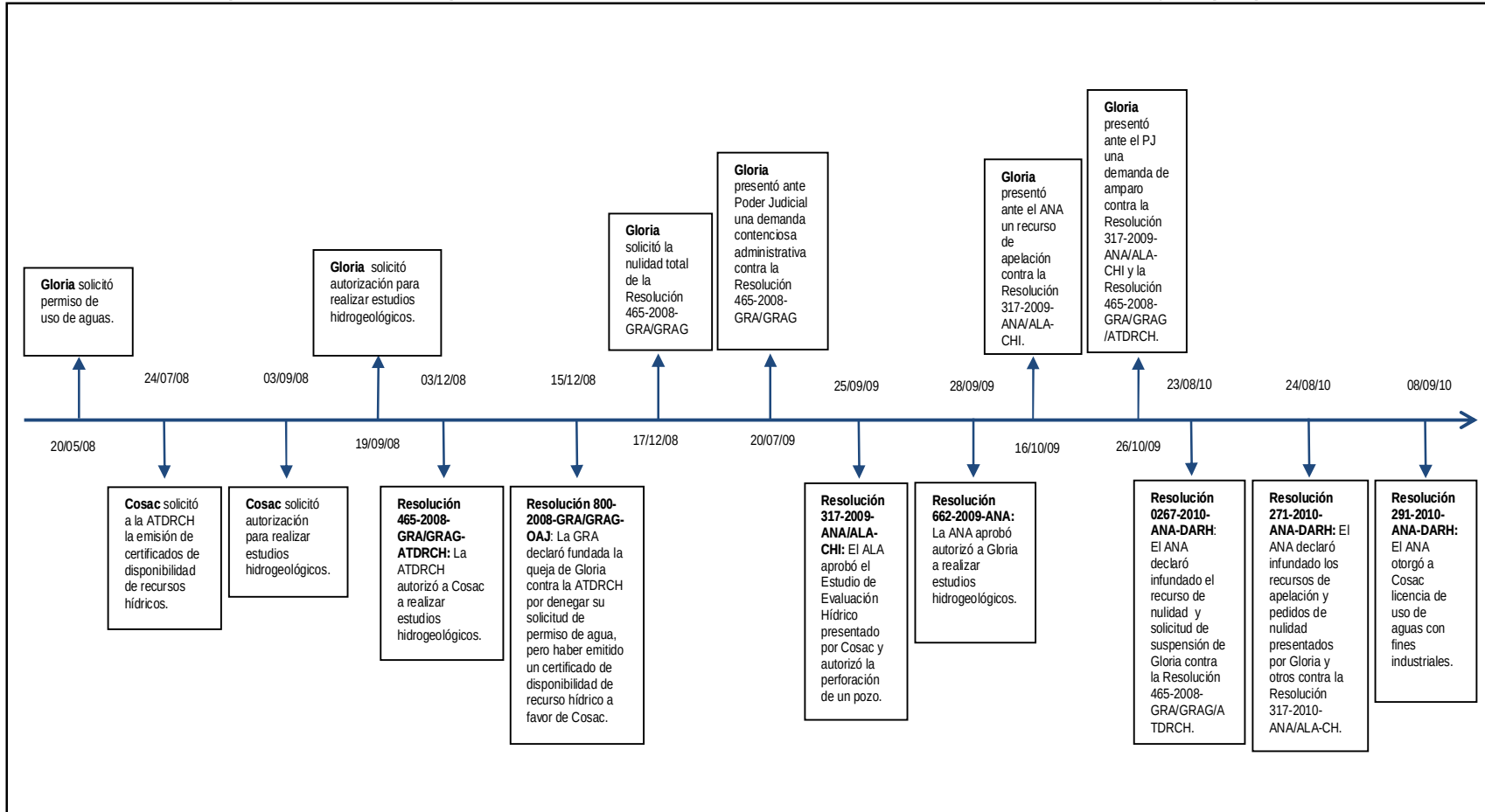
Cabe observar que si bien el 17 de diciembre de 2010 el Grupo Gloria presentó una carta ante el Presidente Regional de Arequipa cuestionando la obtención de la licencia de uso de aguas por parte de Cosac, de la revisión de dicho documento, esta Comisión considera que tal comunicación no se encontraba dirigida a impugnar la Resolución de Otorgamiento de Licencia a favor de Cosac, sino a cuestionar el proceso de declaratoria de interés del proyecto de inversión de dicha empresa. En tal sentido, conforme a lo señalado anteriormente, no corresponde a la Comisión, en esta etapa del procedimiento, pronunciarse sobre la referida comunicación en la medida que no se encuentra vinculada a las materias que fueron objeto de imputación por parte de la Secretaría Técnica.

176. El desarrollo de las acciones y actuaciones procesales hasta aquí referidas, pueden ser graficadas en la siguiente línea de tiempo:

[Continúa en la siguiente página]

Grafico 4

Línea de tiempo: Acciones del Grupo Gloria relacionadas con la obtención de una licencia de uso de aguas por parte de Cosac



Elaboración: Secretaría Técnica / Comisión

b. Sobre el cambio en la regulación para el otorgamiento de derechos sobre aguas

177. Para entender mejor las controversias que se suscitaron entre el Grupo Gloria y Cosac en relación con la tramitación de la licencia de uso de aguas de ésta última, es necesario hacer referencia al cambio normativo aplicable al otorgamiento de derechos de uso de aguas (permisos, autorizaciones y licencias) ocurrido hacia mediados de 2008. Según el Grupo Gloria, la modificación en la regulación aplicable tuvo dos consecuencias específicas que habrían justificado sus acciones legales:
- Un tratamiento discriminatorio, por cuanto a Cosac se aplicó la norma más reciente mientras que al Grupo Gloria no, cuando ambas habrían iniciado sus trámites bajo la normativa anterior. A diferencia de la normativa anterior, la normativa reciente involucraba un cambio en la autoridad competente para autorizar la realización de estudios hidrogeológicos, lo cual habría generado que el trámite de Cosac fuese más rápido que el del Grupo Gloria.
 - Una afectación a su supuesta prioridad, por cuanto, a pesar de que el Grupo Gloria habría sido el primero en solicitar derechos sobre el agua en la Irrigación San Camilo (La Joya), el trámite de Cosac recibió un trato privilegiado por parte de las autoridades, lo que habría afectado sus expectativas legítimas de acceder al recurso hídrico.
178. Al respecto, el 28 de junio de 2008 se publicó el Decreto Legislativo 1081, Decreto Legislativo que crea el Sistema de Recursos Hídricos, mediante el cual se modificó el ordenamiento aplicable a la regulación de uso de aguas. Antes de la emisión de dicha norma, los procedimientos para la obtención de derechos para el aprovechamiento de recursos hídricos se encontraban regulados por el Decreto Supremo 078-2006-AG.
179. De conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto Supremo 078-2006-AG, el Administrador Técnico del Distrito de Riego (hoy Autoridad Local de Agua) era únicamente competente para otorgar permisos de uso de aguas sobrantes, pero no para autorizar la realización de estudios hidrogeológicos (es decir, la primera etapa en la obtención de una licencia de uso de aguas). La competencia para autorizar la realización de dichos estudios, bajo dicha norma, le correspondía al Instituto Nacional de Recursos Naturales - Inrena⁹⁷ (cuyas funciones fueron asumidas por la ANA a partir del 11 de diciembre de 2008)⁹⁸.
180. En cambio, el Decreto Legislativo 1081 modificó dichas competencias, estableciendo que a partir de su vigencia las Administraciones Locales de Agua, como la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili, serían los órganos competentes para autorizar la realización de estudios hidrogeológicos. Estas reglas serían de aplicación únicamente para las nuevas solicitudes. Los trámites iniciados bajo la norma anterior, el Decreto Supremo 078-2006-AG debían seguir rigiéndose por dicha norma hasta su conclusión.

⁹⁷ El procedimiento fue regulado mediante Resolución 470-2008-INRENA-IRH, del 3 de junio de 2008.

⁹⁸ De conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo 030-2008-AG publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de diciembre de 2008.

181. De acuerdo con lo señalado, si la fecha de inicio de los trámites de Cosac o de Gloria para que se les otorgue una licencia de uso de aguas era anterior al 29 de junio de 2008, la autoridad competente para autorizar la realización de estudios hidrogeológicos (Primera Etapa) sería el Inrena (o la ANA). Por el contrario, si la fecha de las solicitudes de Cosac o de Gloria eran posteriores al 28 de junio de 2008, la autoridad competente para expedir la referida autorización para estudios hidrogeológicos habría sido la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili.

c. Sobre el tratamiento dado por la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili a las solicitudes del Grupo Gloria y de Cosac

182. Como se ha explicado, el Grupo Gloria cuestionaba la competencia de la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili para resolver el pedido de Cosac señalando que, si bien Cosac presentó una solicitud para realizar estudios hidrogeológicos el 3 de setiembre de 2008, esta solicitud habría sido una «adecuación» de la solicitud presentada por dicha empresa el 25 de junio de 2008⁹⁹. En este último supuesto la norma aplicable hubiera sido el Decreto Supremo 078-2006-AG y la autoridad competente para resolver el pedido de Cosac no sería la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili, sino el Inrena (o la ANA).

183. Al respecto, el 20 de mayo de 2008 el Grupo Gloria solicitó un permiso de uso de agua de filtraciones, el cual fue rechazado por la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili el 9 de julio de 2008, bajo el fundamento de que el recurso solicitado no podría estar sujeto a la eventual disponibilidad de aguas, habida cuenta de la inversión involucrada. Considerando lo señalado y con la finalidad de tramitar su pedido como el de licencia de uso de aguas, el 19 de setiembre de 2008, el Grupo Gloria solicitó una autorización para realizar estudios hidrogeológicos.

184. En ese sentido, esta Comisión ha podido observar que, efectivamente, a diferencia de la solicitud de Cosac del 3 de setiembre de 2008, este pedido de Grupo Gloria no fue canalizado por la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili como una nueva solicitud para obtener una licencia de uso de aguas, sino como una adecuación de su solicitud del 20 de mayo de 2008. En consecuencia, la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili tramitó la

⁹⁹ En efecto, el 25 de junio de 2008, Cosac solicitó a la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili que emita un certificado en el que se indique si existía la disponibilidad de recurso hídrico en los Asentamientos 5, 6 y 7 de la Irrigación San Camilo. Al respecto, el 24 de julio de 2008, la referida autoridad emitió un certificado sobre la disponibilidad de recurso hídrico para Cosac, el cual fue complementado el 26 de agosto de 2008, a través un nuevo certificado en el cual se indicaba que la disponibilidad de recurso hídrico solo se refiere a aguas subterráneas.

Sin embargo, dichos certificados fueron declarados nulos por la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa, mediante Resolución 530-2008-GRA/GRAG-OAJ del 28 de agosto de 2008, debido a que, entre otros fundamentos, de conformidad con el TUPA del Gobierno Regional, la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili no tenía competencia para emitir certificados. En tal sentido, se ordenó a la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili que califique nuevamente la solicitud presentada por Cosac y la resuelva.

Debido a esta última disposición de la Resolución 530-2008-GRA/GRAG-OAJ, el Grupo Gloria interpretó que el escrito del 3 de setiembre de Cosac es una adecuación de su pedido del 25 de junio de 2008.

solicitud de autorización para realizar estudios hidrogeológicos del Grupo Gloria bajo los alcances del Decreto Supremo 078-2006-AG, y no del Decreto Legislativo 1081, como en el caso de Cosac.

d. Sobre los intereses contrapuestos del Grupo Gloria y Cosac en relación con el uso de aguas en los Asentamientos 5, 6 y 7 de la Irrigación San Camilo

185. Como se ha señalado, la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili tramitó bajo regímenes distintos las solicitudes del Grupo Gloria y de Cosac, lo cual habría producido, como se desprende de la línea de tiempo antes presentada, una diferencia significativa en los plazos de tramitación de cada una de estas empresas. Así, de la revisión del expediente se puede apreciar que desde la presentación de la solicitud para realizar estudios hidrogeológicos por parte de Cosac hasta la decisión de la autoridad habrían transcurrido tres meses¹⁰⁰. Sin embargo, en el caso del Grupo Gloria, entre la presentación de su solicitud para realizar estudios hidrogeológicos hasta la decisión de la autoridad habrían transcurrido casi doce meses¹⁰¹.

Sin embargo, una afectación a los intereses del Grupo Gloria que justificase sus acciones en contra de Cosac sólo podría haberse presentado si (i) ambas empresas solicitasen el uso del recurso desde la misma localidad y (ii) el recurso solicitado fuese potencialmente limitado, de tal manera que atender a la solicitud de Cosac podría haber limitado las posibilidades de acceso al recurso del Grupo Gloria.

186. Al respecto, esta Comisión ha podido corroborar que tanto Gloria como Cosac habrían solicitado que se les otorgue derechos para el aprovechamiento de agua con fines industriales en una misma zona: los Asentamientos 5, 6 y 7 de la Irrigación San Camilo, en el sector La Joya¹⁰². En efecto, en el siguiente gráfico se pueden observar las áreas en que cada empresa había solicitado realizar la actividad de exploración para sus estudios hidrogeológicos:

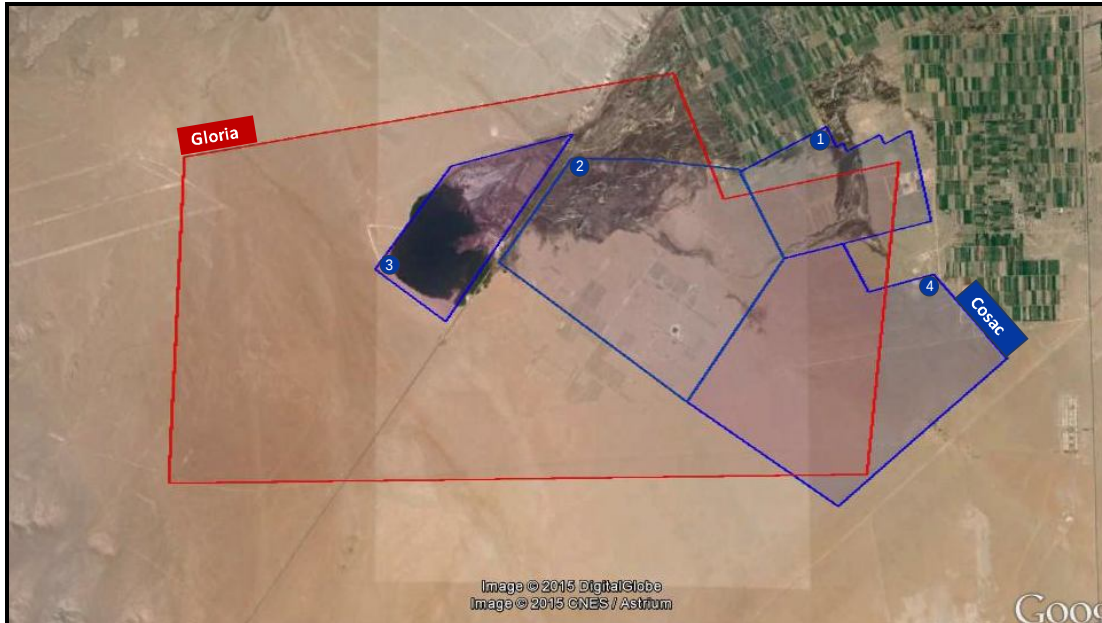
¹⁰⁰ Cosac presentó su solicitud de autorización para realizar estudios hidrogeológicos el 3 de setiembre de 2008, la cual fue resuelta por la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili el 3 de diciembre de 2008, mediante Resolución 465-2008-GRA/GRAG-ATDRCH.

¹⁰¹ El Grupo Gloria presentó su solicitud de autorización para realizar estudios hidrogeológicos el 19 de setiembre de 2008, la cual fue resuelta por la ANA el 28 de setiembre de 2009, mediante Resolución Jefatural 662-2009-ANA.

¹⁰² En efecto, de conformidad con lo señalado en la Resolución de Autorización de Estudios (página 200 y ss. Del Expediente), Cosac solicitó que se le autorice a realizar estudios hidrogeológicos para determinar los volúmenes existentes de agua subterránea en los Asentamientos 5, 6 y 7 de la Irrigación San Camilo, en el sector La Joya. También las Resoluciones de Aprobación de Estudios y de Otorgamiento de Licencia hacen referencia específica a dichos asentamientos.

Respecto al Grupo Gloria, en su escrito del 20 de mayo de 2008 (página 1175 del Expediente), Gloria solicitó que se le otorgue permiso de uso de agua, precisando que la zona en la cual deseaba acceder al referido recurso también se encontraba en los Asentamientos 5, 6 y 7 de la Irrigación San Camilo. Asimismo, en su escrito del 19 de setiembre de 2008 el Grupo Gloria solicitó que se le autorice a realizar estudios hidrogeológicos en la referida zona.

Gráfico 5
Ubicación de las zonas para la realización de estudios hidrogeológicos por parte de Gloria y Cosac



Fuente: Empresas, Google Earth

Elaboración: Secretaría Técnica / Comisión de Libre Competencia

Nota metodológica: La determinación de las áreas se basó en el formato WGS84 utilizado por el Google Earth¹⁰³. Fecha de imagen según Google Earth: 18 de noviembre de 2014.

187. Como se puede apreciar, el Grupo Gloria había iniciado un procedimiento para obtener una licencia de uso de aguas respecto a la misma zona en la cual Cosac había solicitado también dicha licencia. En tal sentido, si se confirmase que el acceso a dicha licencia se encontraba condicionada a la existencia de disponibilidad del recurso de manera no contingente, podría resultar razonable suponer que el Grupo Gloria tenía interés en que no se afecte la disponibilidad de agua subterránea en los Asentamientos 5, 6 y 7 de la Irrigación San Camilo, dado que ello podría afectar la viabilidad de su proyecto.
188. En efecto, de conformidad con la regulación aplicable, el otorgamiento de derechos sobre el recurso en la zona se encontraba sujeto a la previa realización de los estudios hidrogeológicos para determinar la disponibilidad del caudal de agua subterránea existente. Esta disponibilidad de agua podría encontrarse restringida por las limitaciones del recurso en sí o por el otorgamiento de derechos a un tercer usuario.

¹⁰³ Las coordenadas de las áreas que Gloria y Cosac solicitaron para realizar las actividades de exploración, que se encuentran en el Expediente, utilizan el formato PSAD'56 (Datum provisional sudamericano de 1956), sistema de proyección regional que puede variar dependiendo la ubicación geográfica de la zona de referencia. Dicho formato se convirtió al formato WGS84 (World Geodetic System 84) que es un sistema de referencia global utilizado por el Google Earth. La conversión consideró como referencia los parámetros Geodésicos OGC-EPG, que utiliza el sistema de la Agencia de Inteligencia Geoespacial y datos de sistemas de referencia de coordenadas (CRS) para cada región y país del mundo.

189. Ello significa que la posibilidad de otorgar derechos a favor de una empresa podría encontrarse potencialmente limitada por el otorgamiento de los mismos derechos a otra, si es que el recurso sobrante no lo permite¹⁰⁴. Al respecto, esta Comisión ha podido observar que mediante la Resolución de Otorgamiento de Licencia, la ANA le otorgó a Cosac una licencia de uso de aguas por el caudal disponible en las zonas donde se realizaron los estudios hidrogeológicos de los Asentamientos 5, 6 y 7 de la Irrigación San Camilo, conforme a lo determinado en el Informe Técnico de la Dirección de Administración de Recursos Hídricos del 1 de setiembre de 2010¹⁰⁵. La obtención de este derecho por parte de Cosac podría haber limitado las expectativas del Grupo Gloria por obtener un derecho equivalente a dicho recurso.
190. Por ello, esta Comisión considera que, en principio, podría resultar razonable que el Grupo Gloria haya emprendido acciones en defensa de intereses contingentes con los de Cosac, puesto que el otorgamiento de una licencia de uso de aguas subterránea a favor de Cosac podía afectar el caudal disponible restante que eventualmente podía ser aprovechado por el Grupo Gloria y, en consecuencia, afectar la viabilidad de su propio proyecto de inversión. Esta premisa, no obstante, debe ser contrastada con el sustento de las acciones concretamente emprendidas por el Grupo Gloria en el caso bajo análisis.
- e. Sobre el fundamento de las acciones del Grupo Gloria en contra del trámite de Cosac para la obtención de una licencia de uso de aguas
191. Como se ha señalado, respecto de la Resolución de Autorización de Estudios (Primera Etapa), el Grupo Gloria planteó una queja y una solicitud de nulidad a nivel administrativo (ante la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa y ante la ANA) seguida de una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial (incluyendo una solicitud de medida cautelar), y una demanda de amparo.
- Asimismo, respecto de la Resolución de Aprobación de Estudios (Segunda Etapa), el Grupo Gloria habría solicitado que se declare la nulidad y la suspensión de sus efectos, en vía administrativa (ante la ANA) y judicial (a través de una demanda de amparo).
192. Al respecto, durante la entrevista realizada por la Secretaría Técnica al ingeniero Ismael Alvarado, representante de la ANA, éste indicó que era habitual que se presenten oposiciones a las autorizaciones para la ejecución de estudios hidrogeológicos y para el otorgamiento de licencias de uso de aguas.

¹⁰⁴ Conviene recordar que el artículo 4.4 del Decreto Legislativo 1081, que crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos, establecía como uno de los principios de la gestión integrada de los recursos hídricos el de seguridad jurídica, en virtud del cual se garantizaba a los titulares de los derechos administrativos para el uso de los recursos hídricos su ejercicio, para la inversión relacionada con el manejo del agua sea pública o privada o en coparticipación. En consecuencia, una vez que Cosac obtuviera su licencia de uso de aguas, el Grupo Gloria como cualquier otro agente únicamente podrían haber accedido a dicho recurso por volúmenes de agua adicionales existentes, a efectos de no afectar los derechos otorgados a Cosac.

¹⁰⁵ En efecto, la Resolución 291-2010-ANA-DARH del 8 de setiembre de 2010 resuelve lo siguiente: «**ARTÍCULO 1°.-** (...) otórguese licencia de uso de aguas subterránea con fines industriales proveniente del pozo ubicado en la Coordenadas daum PSAD'56: Este 192 445,21, Norte 8 150 211,84 m, a favor de Cementos Otorongo S.A.C. por un caudal de hasta 84 201,12 m³/año [equivalentes a 2.67 l/s]».

193. No obstante, esta Comisión considera necesario hacer una evaluación de la conducta del Grupo Gloria, a efectos de determinar si sus acciones en contra del trámite de Cosac se encontraban sustentados en el legítimo interés de obtener un pronunciamiento favorable por parte de las autoridades competentes o si, por el contrario, se encontraban fundamentalmente dirigidas a perjudicar a Cosac.

- Respecto a las acciones legales emprendidas por el Grupo Gloria contra la Resolución de Autorización de Estudios (Primera Etapa)

194. Respecto de las acciones emprendidas en contra de la Resolución de Autorización de Estudios, el Grupo Gloria señaló que la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili no era la autoridad competente para emitir la autorización para la ejecución de estudios hidrogeológicos. Ello, en tanto que la solicitud de Cosac debía tramitarse, al igual que la solicitud de Gloria, bajo el Decreto Supremo 078-2006-AG y no bajo el nuevo régimen establecido a partir de junio de 2008 con la emisión del Decreto Legislativo 1018.

Asimismo, el Grupo Gloria indicó que se había autorizado a Cosac la ejecución de estudios hidrogeológicos sin tomar en consideración la prelación que les correspondía por iniciar su trámite antes que Cosac. Por ello, según manifestaron los investigados, su conducta habría tenido por finalidad defender sus legítimos intereses respecto del acceso a los recursos hídricos, habida cuenta que la tramitación de la solicitud de Cosac podría haberles impedido acceder a una licencia de uso de aguas en la misma zona.

195. Al respecto, mediante Resolución 800-2008-GRA/GRAG-OAJ del 15 de diciembre de 2008¹⁰⁶, la Gerencia Regional de Agricultura resolvió declarar fundado el reclamo en queja presentado por el Grupo Gloria por el presunto trato diferenciado a su empresa en relación con Cosac¹⁰⁷. Dicha Resolución señalaba expresamente lo siguiente:

«[La autoridad quejada] no tomó en consideración el derecho de prelación de Gloria S.A. al haber presentado su petición de permiso de aguas subterráneas con anterioridad a Cementos Otorongo, contraviniendo el principio de imparcialidad, de celeridad y no cumplir con los deberes previstos en los incisos 1, 2, 3, 5, 7 y 8 del artículo 75 de la Ley 27444.»

[Énfasis agregado]

196. Como se puede apreciar, la Gerencia Regional de Agricultura se pronunció a favor el Grupo Gloria, señalando que Gloria tenía un derecho de prelación sobre Cosac respecto de la evaluación para la autorización de ejecución de estudios hidrogeológicos. En tal sentido, esta Comisión considera que no es posible afirmar que, al cuestionar la Resolución de Autorización de Estudios ante la Gerencia Regional de Agricultura, el Grupo Gloria careciese razonablemente de

¹⁰⁶ Expediente, página 198.

¹⁰⁷ Incluso, dicha autoridad resolvió trasladar el reclamo a la Comisión Especial de Procesos Disciplinarios para que califique el inicio de un procedimiento disciplinario en contra de los funcionarios responsables de la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili.

fundamento objetivo, y que tuviera como objetivo esencial lesionar a Cosac de manera indebida.

197. Ahora bien, como se ha señalado, Gloria utilizó estos mismos argumentos para cuestionar la Resolución de Autorización de Estudios ante la ANA, sin embargo, mediante Resolución 267-2010-ANA-DARH dicha entidad declaró infundado su recurso. También utilizó tales argumentos para cuestionar la misma resolución ante el Poder Judicial en julio de 2009.

Sin embargo, debe considerarse que, sin perjuicio del rechazo a la medida cautelar solicitada a nivel judicial, el Grupo Gloria habría obtenido su primer pronunciamiento adverso, en definitiva, ante el ANA recién en agosto de 2010; es decir, cerca de un año y medio después de que el Grupo Gloria planteara la nulidad a nivel administrativo; y más de un año después de que presentara su acción contenciosa administrativa y 10 meses después de que planteara su acción de amparo a nivel judicial contra esta resolución y la Resolución de Aprobación de Estudios.

198. Por ello, en relación con los cuestionamientos a la Resolución de Autorización de Estudios, habida cuenta el Grupo Gloria había obtenido un pronunciamiento favorable ante el Gobierno Regional de Arequipa en diciembre de 2008 y un pronunciamiento desfavorable recién en agosto de 2010, varios meses después de presentar la nulidad a nivel administrativo y las acciones contencioso administrativa y de amparo a nivel judicial, esta Comisión estima que no resultaba irrazonable para el Grupo Gloria cuestionar dicha decisión a nivel administrativo y judicial, en la medida que habría una expectativa razonable de obtener éxito en los méritos a partir de los argumentos antes esbozados.

- Respecto a las acciones legales emprendidas por el Grupo Gloria contra la Resolución de Aprobación de Estudios (Segunda Etapa)

199. En relación con el cuestionamiento del Grupo Gloria a la emisión de la Resolución 317-2009-ANA/ALA-CH mediante la cual se aprobó el estudio hidrogeológico de Cosac y se autorizó emprender actividades de perforación (Segunda Etapa), esta Comisión considera que no resulta irrazonable que el Grupo Gloria haya formulado una impugnación a nivel administrativo ante la ANA y una demanda de amparo ante el Poder Judicial contra dicha resolución. Ello, bajo consideraciones similares a las explicadas en relación con la Resolución de Autorización de Estudios (Primera Etapa).

200. Debe considerarse, en primer lugar, que la aprobación de los estudios hidrogeológicos constituye la etapa inmediatamente anterior a la obtención de una licencia de uso de aguas. Teniendo en cuenta la estrecha relación existente en las distintas etapas del trámite de obtención de una licencia de uso de aguas, resulta razonable suponer que algún interesado, que estima tener un derecho de preferencia para obtener acceso a dicho recurso en la misma zona, pueda entender afectados sus intereses si el trámite de un tercero se adelanta al suyo¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Ello guarda correspondencia con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento de Procedimientos para el Otorgamiento de Licencias de Uso de Agua, aprobado mediante Resolución de Superintendencia 470-2008-

Esta premisa, no obstante, debe ser contrastada con los elementos de prueba en el caso concreto para verificar si el Grupo Gloria, al impugnar la Resolución de Aprobación de Estudios, pretendía obtener una decisión favorable por parte de la ANA o del Poder Judicial (a nivel de amparo), o si, fuera de duda razonable, planteó dichas acciones esencialmente para perjudicar a Cosac.

201. Al respecto, como se puede observar en la línea de tiempo antes presentada, la ANA se pronunció a favor de Cosac, aprobando los estudios hidrogeológicos realizados por dicha empresa (Segunda Etapa) antes de autorizar al Grupo Gloria a llevar a cabo sus propios estudios (Primera Etapa). Si bien el Grupo Gloria obtuvo esta autorización poco después, es posible afirmar que el trámite emprendido por Cosac se encontraba avanzando más rápidamente que el del Grupo Gloria.

De acuerdo con lo señalado por el Grupo Gloria, la posibilidad de que a Cosac le sea otorgada una licencia de uso de aguas justificaba que planteara acciones contra la Resolución de Aprobación de Estudios, con mayor razón si se había recibido un pronunciamiento favorable por parte de la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa.

202. Sobre el particular, esta Comisión observa que, al momento en que el Grupo Gloria impugnó la Resolución de Aprobación de Estudios ante la ANA en octubre de 2009, no había recibido pronunciamientos adversos sobre el fondo de las acciones planteadas¹⁰⁹. Por el contrario, el Gobierno Regional de Arequipa se había pronunciado a su favor mediante Resolución 800-2008-GRA/GRAG-OAJ del 15 de diciembre de 2008, reconociendo un presunto derecho de prelación a su favor y la falta de competencia, mientras que la primera respuesta negativa de la ANA fue emitida recién cerca de 10 meses después, mediante Resolución 267-2010-ANA-DARH del 23 de agosto de 2010.

INRENA-IRH, que establece una secuencia bajo la cual la existencia de un cuestionamiento al otorgamiento de la autorización para la ejecución de estudios hidrogeológicos (Primera Etapa) podría afectar la aprobación del estudio hidrogeológico y la autorización para la perforación que finalmente se otorgó a Cosac mediante la Resolución 317-2009-ANA/ALA-CH (Segunda Etapa).

Ello ha sido reconocido por la propia ANA en su Resolución 271-2010-ANA-DARH del 24 de agosto de 2010, emitida por la Dirección de Administración de Recursos Hídricos, mediante la cual se resolvió la solicitud de nulidad de la Resolución 317-2009-ANA/ALA-CH. Si bien esta decisión fue contraria al Grupo Gloria, reconoce la existencia de esta secuencia de etapas directamente relacionadas según la normativa aplicable:

«[C]onforme establece el artículo 17 del Reglamento de Procedimientos para el Otorgamiento de Licencias de Uso de Agua, los procedimientos para obtener una licencia de uso de agua[s] subterránea[s] son: 1) Autorización de Ejecución de Estudios Hidrogeológicos, para el aprovechamiento hídrico; 2) Aprobación de Estudio Hidrogeológico y autorización para la perforación de pozo con fines de alumbramiento de agua subterránea; 3) Otorgamiento de Licencia de Uso de Agua[s] Subterránea[s], y 4) Autorización de perforación de pozo; siendo oportuno mencionar que constituyen procedimientos administrativos autónomos, preclusivos e independientes entre sí, al iniciarse cada uno de ellos, con la solicitud del interesado y culminar con la decisión de la Administración; de esa manera, para obtener una licencia de uso de agua[s] subterránea[s], los administrados previamente, deberán haber obtenido primero, la Resolución que les autoriza la ejecución de estudios hidrogeológicos, y, luego de ello, obtener la Resolución que aprueba los estudios y autorice la perforación del pozo».

[Énfasis agregado]

¹⁰⁹ No se está considerando como un pronunciamiento adverso definitivo el rechazo del Poder Judicial a establecer una medida cautelar al admitir a trámite la acción contenciosa administrativa del Grupo Gloria contra la Resolución de Autorización de Estudios.

En tal sentido, si bien mediante Resolución 271-2010-ANA-DARH del 24 de agosto de 2010, la ANA rechazó la apelación planteada por el Grupo Gloria, esta Comisión considera que no puede afirmarse fuera de duda razonable que, al momento en que tal acción fue formulada, el Grupo Gloria careciese de un fundamento objetivo razonable, que no tuviera por objetivo obtener un pronunciamiento favorable y que tuviera como objetivo esencial lesionar a Cosac de manera indebida.

203. Por ello, no es posible afirmar que el Grupo Gloria, al emplazar al ANA y al Poder Judicial para cuestionar la eficacia de la Resolución de Aprobación de Estudios, las acciones del Grupo Gloria estuvieron esencialmente dirigidas a perjudicar el desarrollo de la inversión de Cosac en el mercado relevante.

f. Sobre la ausencia de efectos en las acciones planteadas por Gloria

204. Sin perjuicio de que no se ha verificado que, al emprender determinadas acciones en contra del trámite de la licencia de uso de aguas por parte de Cosac, el Grupo Gloria hubiese dirigido sus acciones fundamentalmente a perjudicar a dicha empresa y no a obtener un pronunciamiento favorable; esta Comisión considera importante destacar que, incluso bajo el supuesto de que las acciones del Grupo Gloria pudiesen considerarse abusivas, no se ha acreditado que tuviesen un efecto, real o potencial, sobre el desenvolvimiento de la competencia en el mercado relevante.

Concretamente, no se ha acreditado que las referidas acciones legales del Grupo Gloria hubieran estado en capacidad de afectar significativamente el ingreso de Cosac al mercado de producción y comercialización de cementos Portland gris Tipo I, IP, IPM, MS y ICo, en la región sur del país.

205. En primer lugar, debe observarse que, en reiteradas oportunidades, la Secretaría Técnica le solicitó a Cosac que especifique la manera concreta en que las acciones del Grupo Gloria habrían impactado en el trámite de su licencia de uso de aguas o, en general, en el desarrollo de su proyecto de inversión en el mercado relevante¹¹⁰. Sin embargo, Cosac no explicó de manera concreta la forma en que las acciones del Grupo Gloria habían afectado su desarrollo en el mercado, únicamente haciendo referencia a la mala reputación que podría haber generado sobre su empresa el planteamiento de acciones en su contra.

La Comisión reiteró dicha pregunta en la audiencia de informe oral llevada a cabo el 12 de junio de 2015¹¹¹. En dicha oportunidad, el representante de Cosac hizo únicamente referencia a la forma en que las denuncias del señor Guillén podrían haber afectado negativamente la voluntad de los funcionarios del Gobierno Regional de Arequipa a seguir adecuadamente el trámite de la aprobación de su iniciativa de inversión privada, lo cual, como se ha señalado, corresponde a procedimientos que no han sido materia de imputación.

¹¹⁰ Así, por ejemplo, en la Carta 335-2010/ST-CLC-INDECOPI del 16 de setiembre de 2010. Esta misma pregunta fue formulada en la entrevista llevada a cabo el 24 de noviembre de 2010.

¹¹¹ Que se encuentra en la página 1750 del Expediente.

Finalmente, en su escrito de alegatos finales del 22 de junio de 2015, Cosac indicó que existía una relación causal entre las acciones del Grupo Gloria y la demora provocada al ingreso de su empresa al mercado relevante, por cuanto únicamente el trámite para la obtención de una licencia de uso de aguas le había tomado cerca de dos años, el doble de la supuesta duración estimada para instalar y operar una planta cementera.

Al respecto, el análisis de la Secretaría Técnica únicamente hacía referencia a la existencia de barreras legales, utilizando como ejemplos algunos trámites que podrían implicar más de un año¹¹². Más aún, la Comisión considera que los plazos señalados de manera referencial por la Secretaría Técnica podrían extenderse por períodos incluso mayores a los plazos establecidos en la normas como consecuencia de la actuación de las autoridades o los administrados involucrados. En cualquier caso, la afirmación de Cosac no cumple con demostrar un nexo causal entre las acciones del Grupo Gloria y una posible afectación a su ingreso al mercado.

206. Sin perjuicio de lo señalado, esta Comisión ha podido observar que, en todo caso, las posibles demoras en el trámite de Cosac para obtener una licencia de uso de aguas serían atribuibles, en mayor medida, a las autoridades encargadas de emitir pronunciamientos o a la propia empresa interesada.

En efecto, puede observarse que desde que Cosac presentó su solicitud de autorización para realizar estudios hidrogeológicos hasta que se le otorgó la licencia de uso de aguas transcurrieron aproximadamente veinticuatro (24) meses¹¹³. Dentro de este período, se aprecia que catorce (14) meses correspondieron aproximadamente al tiempo que demoraron las autoridades en emitir sus respectivas decisiones en Primera, Segunda y Tercera etapa¹¹⁴. Los diez (10) meses restantes serían atribuibles a la demora propia de los requisitos que debía cumplir Cosac¹¹⁵.

¹¹² Como se puede observar en el punto 111 del Informe Técnico, la Secretaría Técnica no estableció un plazo referencial para el trámite de las licencias de uso de aguas.

¹¹³ En efecto, Cosac solicitó autorización para realizar estudios hidrogeológicos el 3 de setiembre de 2008 y obtuvo su licencia de uso de aguas el 8 de setiembre de 2010, mediante Resolución 291-2010-ANA-DARH.

¹¹⁴ Así, respecto a la primera etapa, Cosac presentó su solicitud de autorización para realizar estudios hidrogeológicos el 3 de setiembre de 2008, la cual fue resuelta por la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili el 3 de diciembre de 2008, mediante Resolución 465-2008-GRA/GRAG-ATDRCH.

Respecto a la segunda etapa, el 26 de mayo de 2009, Cosac solicita la aprobación de estudio hidrogeológico y la autorización para la ejecución de obras. El 25 de setiembre de 2009, la Administración Local de Agua de Chili del ANA emitió la Resolución 317-2009-ANA/ALA-CHI mediante la cual aprobó el Estudio de Evaluación Hídrico presentado por Cosac y la autorizó para la perforación de un pozo.

Respecto a la tercera etapa, el 5 de febrero de 2010, Cosac solicitó el otorgamiento de la licencia de uso de aguas con usos industriales, pedido que fue resuelto favorablemente por la Dirección de Administración de Recursos Hídricos del ANA el 8 de setiembre de 2010, mediante Resolución 291-2010-ANA-DARH.

¹¹⁵ En efecto, desde que se emite la Resolución 465-2008-GRA/GRAG-ATDRCH que autoriza a Cosac a realizar estudios hidrogeológicos (3 de diciembre de 2008) hasta que solicita la aprobación de los estudios correspondientes (26 de mayo de 2009) transcurren 5 meses y 23 días. Asimismo, desde que se emite la Resolución 317-2009-ANA/ALA-CHI que aprueba los estudios presentados por Cosac (25 de setiembre de 2009) hasta que solicita la licencia de uso de aguas (5 de febrero de 2010) transcurren 4 meses y 11 días.

207. Cabe indicar que en ninguna de las etapas del procedimiento las autoridades decidieron suspender su trámite como consecuencia de las acciones legales iniciadas por el Grupo Gloria. Asimismo, se observa que el Grupo Gloria planteó acciones ante el Poder Judicial (una acción contenciosa administrativa y una acción de amparo) y ante entidades administrativas (Gerencia Regional de Agricultura y Autoridad Nacional del Agua), lo cual no habría incrementado la carga procesal de la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili, autoridad encargada de pronunciarse sobre los pedidos de Cosac; sin perjuicio de que un pronunciamiento favorable al Grupo Gloria sí podría haber afectado el trámite de Cosac.
208. Finalmente, se puede apreciar que el tiempo que le tomó a la ANA resolver los pedidos de Cosac fue incluso menor al que se tomó para resolver los pedidos del Grupo Gloria. Al respecto, debe recordarse que desde que el Grupo Gloria presentó su solicitud de autorización de estudios hidrogeológicos hasta que la ANA resolvió dicho pedido transcurrieron más de doce (12) meses¹¹⁶.
- g. Conclusión sobre las acciones planteadas por el Grupo Gloria en relación con el trámite de Cosac para la obtención de una licencia de uso de aguas
209. De conformidad con las consideraciones expuestas en la presente sección, en relación con los procesos legales relacionados con la obtención de una licencia de uso de aguas por parte de Cosac, esta Comisión considera que no es posible afirmar que, en los casos en que el Grupo Gloria ha emplazado a distintas autoridades, careciese de alguna expectativa de obtener un pronunciamiento favorable.
210. Por el contrario, se ha podido verificar que por lo menos una autoridad se pronunció a favor de su posición en lo relativo a la prelación para la obtención de una autorización para la ejecución de estudios hidrogeológicos (Primera Etapa) y que el Grupo Gloria recién recibió pronunciamientos adversos por parte de la ANA entre diez (10) meses y un año y medio después de plantear sus acciones en contra del trámite de Cosac para obtener una licencia de uso de aguas, tanto en Primera como en Segunda Etapa.
211. Sin perjuicio de ello, tampoco se ha acreditado que estas acciones del Grupo Gloria hayan tenido o podido tener un impacto concreto sobre el trámite emprendido por Cosac para obtener su licencia de uso de aguas, o en general sobre su desarrollo en el mercado.

4.3.4. Conclusión sobre el presunto carácter abusivo de los procesos legales cuestionados

212. De la revisión conjunta de las acciones y procesos legales cuestionados por Cosac, esta Comisión considera que no es posible calificar las actuaciones del

¹¹⁶ Debe tomarse en consideración que la ANA recién asumió la competencia para resolver los procedimientos sobre derechos de aprovechamiento de agua a fines de 2008 y que se había producido un cambio normativo en la regulación aplicable a dichos procedimientos. En consecuencia, el tiempo que tomó al ANA resolver las solicitudes del Grupo Gloria y Cosac podría estar relacionado con estas modificaciones en el marco normativo.

Grupo Gloria como una utilización abusiva y reiterada de procesos judiciales o procedimientos administrativos que pueda afectar indebidamente el desenvolvimiento de Cosac en el en el mercado de producción y comercialización de cementos Portland gris Tipo I, IP, IPM, MS y ICo en la región sur del país, como consecuencia de un ejercicio fraudulento de los derechos de acción y petición.

213. En particular, esta Comisión observa que un conjunto de autoridades han determinado que Cosac incurrió en irregularidades, o por otros fundamentos se han pronunciado desfavorablemente a ella, en la realización de obras relacionadas al mejoramiento de una trocha carrozable, las actividades de exploración mediante perforación diamantina (con miras a la construcción de una fábrica) y la obtención de una licencia de uso de aguas; fundamento objetivo que, a criterio de esta Comisión, habría permitido al Grupo Gloria tener una expectativa de éxito razonable al emprender las acciones cuestionadas por Cosac.
214. Considerando que no se ha acreditado que el Grupo Gloria haya emprendido una estrategia abusiva y reiterada de procesos legales, de conformidad con el marco teórico correspondiente al abuso de procesos legales, la denuncia de Cosac debe declararse infundada, al no haberse acreditado un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales por parte del Grupo Gloria, de conformidad con lo establecido con los artículos 1 y 10.2 literal f) del Decreto Legislativo 1034.

V. CUESTIONES ADICIONALES

215. Habiendo determinado que corresponde declarar infundada la denuncia interpuesta por Cosac, a continuación esta Comisión analizará las solicitudes de Gloria de imponer una multa a la denunciante por la presentación de una denuncia maliciosa, así como la imposición de costos y costas devengadas del presente procedimiento administrativo.

5.1. Solicitud de Gloria de imposición de una multa a Cosac por la presentación de denuncia maliciosa

216. El artículo 7 del Decreto Legislativo 807 establece que la Comisión u Oficina competente tienen facultades para sancionar con una multa de hasta 50 UIT a quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, interponga una denuncia contra alguna persona natural o jurídica atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del Indecopi, sin perjuicio de la sanción penal o indemnización por daños y perjuicios que corresponda¹¹⁷.

¹¹⁷

Decreto Legislativo 807, Ley de Facultades, normas y organización del INDECOP

Artículo 7.- (...) Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

217. Como se puede apreciar, esta norma faculta a la Comisión a sancionar a quien interponga una denuncia maliciosa. Para que proceda esta sanción, deberá acreditarse que la denuncia fue interpuesta a sabiendas de (i) la falsedad de la imputación o (ii) la ausencia de motivo razonable.

(i) La falsedad de la imputación

218. En el presente caso, Gloria no ha cumplido con acreditar que Cosac interpuso una denuncia, a sabiendas de la falsedad de sus imputaciones. En efecto, Gloria se ha limitado a señalar que Cosac habría afirmado que el Grupo Gloria interpuso de manera abusiva y reiterada procedimientos administrativos y procesos judiciales en su contra, cuyos efectos habrían sido restringir la competencia y boicotear a Cosac en su iniciativa privada de inversión para la construcción de una fábrica de clinker y cemento en la región de Arequipa, dificultando su acceso al mercado por razones distintas a una mayor eficiencia económica; lo que, a su criterio, constituye un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.
219. A fin de sustentar su denuncia, Cosac adjuntó los documentos correspondientes a los procedimientos administrativos y procesos judiciales impulsados por el Grupo Gloria. De la revisión del expediente, no se puede apreciar que exista incongruencia entre los hechos objetivos señalados por Cosac y los documentos presentados.
220. Por lo tanto, en la medida en que no se ha acreditado que la denuncia fue interpuesta a sabiendas de la falsedad de las imputaciones, corresponde analizar si se ha demostrado la ausencia de motivo razonable para interponer la denuncia.

(ii) La ausencia de motivo razonable

221. En el presente caso, cabe precisar que, el hecho de que la Comisión haya concluido en la presente Resolución que no se ha acreditado la existencia de la realización de un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, no significa que Cosac no haya tenido motivo razonable para interponerla.
222. Por el contrario, mediante las Resoluciones 002-2011/ST-CLC-INDECOPI y 008-2013/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador debido a que existían indicios razonables de que el Grupo Gloria había realizado un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales. Incluso, mediante Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI, la Sala consideró que existían indicios de conductas vinculadas a elementos que la Secretaría Técnica no había considerado en su imputación inicial.
223. Por lo tanto, considerando que tampoco se ha acreditado la ausencia de motivo razonable para interponer la denuncia, esta Comisión considera que

corresponde denegar la solicitud del Grupo Gloria para que se sancione a Cosac por la interposición de una denuncia maliciosa.

5.2. Solicitud de Gloria de imponer a Cosac las costas y costos del procedimiento administrativo

224. Mediante escrito del 5 de septiembre de 2013, Gloria solicitó que, en atención a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Legislativo 807, se condene a Cosac al pago de costas y costos del procedimiento.
225. Al respecto, el artículo 7 del Decreto Legislativo 807 establece que, en cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de los costos y costas del proceso en que haya incurrido el denunciante o el propio Indecopi¹¹⁸.
226. Como se puede observar, de la norma en cuestión se desprende que el pago de los costos y las costas del procedimiento únicamente procede a favor del denunciante o del Indecopi en aquellos casos en que la Comisión declare fundada la denuncia y ordene al imputado asumírselos. En tal sentido, esta Comisión carece de facultades para ordenar el pago de los costos y costas a la parte denunciante¹¹⁹.
227. Por lo tanto, en la medida que Cosac participa en el presente procedimiento en calidad de denunciante, esta Comisión considera que corresponde declarar improcedente la solicitud formulada por Gloria para que se ordene a Cosac el pago de costas y costos del procedimiento.

VI. CONCLUSIONES

228. Del análisis realizado por esta Comisión sobre los medios probatorios que obran en el expediente, la opinión de la Secretaría Técnica y los argumentos y elementos de prueba presentados por las partes durante el procedimiento, se desprenden las siguientes conclusiones:
- i. De la revisión conjunta de las acciones y procesos legales cuestionados por Cosac, no es posible calificar las actuaciones del Grupo Gloria como una utilización abusiva y reiterada de procesos judiciales o procedimientos administrativos que pueda afectar indebidamente el desenvolvimiento de Cosac en el mercado de producción y comercialización de cementos Portland gris Tipo I, IP, IPM, MS y ICo en la región sur del país, como

¹¹⁸ **Decreto Legislativo 807**

Artículo 7.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del Artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716..

¹¹⁹ Al respecto, ver la Resolución 022-2010/CLC-INDECOPI emitida en el Expediente 013-2007/CLC.

consecuencia de un ejercicio fraudulento de los derechos de acción y petición.

- ii. En particular, un conjunto de autoridades han determinado que Cosac incurrió en irregularidades, o por otros fundamentos se han pronunciado desfavorablemente a ella, en la realización de obras relacionadas al mejoramiento de una trocha carrozable, las actividades de exploración mediante perforación diamantina (con miras a la construcción de una fábrica) y la obtención de una licencia de uso de aguas; fundamento objetivo que, a criterio de esta Comisión, habría permitido al Grupo Gloria tener una expectativa de éxito razonable al emprender las acciones cuestionadas por Cosac.

Sin perjuicio de lo señalado, no se ha acreditado que estas acciones del Grupo Gloria hayan tenido o podido tener un impacto concreto sobre el trámite emprendido por Cosac para obtener su licencia de uso de aguas, o en general sobre su desarrollo en el mercado; y Cosac no ha presentado información que permita a esta Comisión entender o cuantificar el supuesto impacto anticompetitivo alegado durante el procedimiento.

- iii. No se ha acreditado que la denuncia de Cosac haya sido interpuesta a sabiendas de (i) la falsedad de la imputación o (ii) la ausencia de motivo razonable. Por el contrario, los documentos aportados por Cosac guardan coherencia con su denuncia y, además, la Secretaría Técnica y la Sala consideraron que existían indicios razonables de que el Grupo Gloria había cometido un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.
- iv. Atendiendo a lo establecido en el artículo 7 del Decreto Legislativo 807 y considerando que Cosac participa en el presente procedimiento en calidad de denunciante, corresponde declarar improcedente la solicitud formulada por Gloria para que se ordene a Cosac el pago de costas y costos del procedimiento.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar infundada la denuncia de Cementos Otorongo S.A.C. contra Gloria S.A. y Yura S.A., al no haberse acreditado un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales por parte del Grupo Gloria, de conformidad con lo establecido con los artículos 1 y 10.2 literal f) del Decreto Legislativo 1034.

SEGUNDO: Recomendar a la Secretaría Técnica que monitoree la participación, directa o indirecta, de Gloria S.A. y Yura S.A., sobre la evolución de los trámites emprendidos por Cementos Otorongo S.A.C. en relación con la declaratoria de interés en el desarrollo de su proyecto de inversión privada en el mercado de producción y comercialización de cementos en la región sur del país.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Ena Garland Hilbck, Arturo Leonardo Vásquez Cordano y María del Pilar Cebrecos González.

**Ena Garland Hilbck
Presidenta**