

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

DENUNCIANTE : IRRADIA S.R.L.

DENUNCIADOS : HUNT OIL COMPANY OF PERU L.L.C. SUCURSAL DEL PERÚ
PLUSPETROL CAMISEA S.A.
PLUSPETROL PERÚ CORPORATION S.A.
REPSOL EXPLORACIÓN PERÚ SUCURSAL DEL PERÚ
SK INNOVATION SUCURSAL PERUANA
SONATRACH PERÚ CORPORATION S.A.C.
TECPETROL DEL PERÚ S.A.C.

MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO
NEGATIVA INJUSTIFICADA DE TRATO

ACTIVIDAD : SUMINISTRO DE GAS NATURAL

SUMILLA: *se CONFIRMA la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, en el extremo que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia declaró infundada la denuncia interpuesta por Irradia S.R.L. contra Hunt Oil Company of Peru L.L.C. Sucursal del Perú, Pluspetrol Camisea S.A., Pluspetrol Perú Corporation S.A., Repsol Exploración Perú Sucursal del Perú, SK Innovation Sucursal Peruana, Sonatrach Perú Corporation S.A.C. y Tecpetrol del Perú S.A.C., empresas que conforman el Consorcio Camisea, por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a reprogramar la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de suministro de gas natural suscrito entre la denunciante y el Consorcio Camisea, supuesto tipificado en los artículos 1 y 10.2 literal a) del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.*

La razón es que luego de desestimar las nulidades deducidas por la denunciante, esta instancia ha verificado que el análisis efectuado por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013 para sustentar la inexistencia del presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato se encuentra debidamente motivado y fundamentado en las disposiciones y metodología aplicable previstas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, así como se ajusta a los principios y criterios generalmente aceptados en el Derecho de la Libre Competencia.

Asimismo, se CONFIRMA la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI en el extremo en que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia resolvió no

sancionar a Irradia S.R.L. por la interposición de una denuncia maliciosa. Ello debido a que no se acreditó que la denunciante haya incoado el procedimiento a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de un motivo razonable, pues si bien finalmente la denuncia fue desestimada, en el presente caso se presentaron elementos que permitían inferir de manera indiciaria la existencia de la presunta práctica anticompetitiva denunciada.

Lima, 9 de junio de 2016

I. ANTECEDENTES

1. El 25 de junio de 2010, Irradia S.R.L. (en adelante, Irradia) denunció a Hunt Oil Company of Peru L.L.C. Sucursal del Perú (en adelante, Hunt), Pluspetrol Camisea S.A. (en adelante, Pluspetrol Camisea), Pluspetrol Perú Corporation S.A. (en adelante, Pluspetrol Perú), Repsol Exploración Perú Sucursal del Perú (en adelante, Repsol), SK Innovation Sucursal Peruana (en adelante, SK), Sonatrach Perú Corporation S.A.C. (en adelante, Sonatrach) y Tecpetrol del Perú S.A.C. (en adelante, Tecpetrol), empresas que conforman el Consorcio Camisea (en adelante, el Consorcio¹), por un presunto abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada a reprogramar el inicio del Contrato de suministro de gas natural² (en adelante, Contrato de Suministro), restringir de manera injustificada y discriminatoria la posibilidad de reprogramar el inicio de dicho contrato y crear limitaciones indebidas para excluirla de participar y lograr la adjudicación de gas natural en la licitación convocada por el Consorcio, impidiendo su entrada al mercado de distribución de gas natural a clientes industriales y vehiculares. Para sustentar su denuncia, Irradia presentó los siguientes argumentos:

- (i) El Consorcio habría incurrido en una serie de conductas anticompetitivas en su contra tales como aplicarle condiciones contractuales más restrictivas en comparación con las ofrecidas a otros clientes, negarse a reprogramar la fecha de nominación³ de gas del Contrato de Suministro y

¹ Cuando en la presente resolución se mencione al Consorcio, se estará haciendo referencia a las empresas denunciadas.

² Suscrito entre Irradia y el Consorcio el 5 de setiembre de 2007.

³ Según se advierte del Contrato de Suministro, la nominación es una comunicación por medio de la cual el suministrado indica al proveedor la cantidad de gas que deberá ser puesta a su disposición diariamente, como se muestra a continuación:

“CLÁUSULA PRIMERA: DEFINICIONES

1.18 Fecha de Inicio de Suministro de Gas: Es la fecha en que el Cliente efectúa la primera nominación.

1.26 Nominación: Es la comunicación diaria que realiza el Cliente a los Productores, requiriendo la cantidad diaria de Gas que Día a Día deberá ser puesta a disposición en el Punto de Recepción por éstos, conforme a las Normas de Servicios de Transporte de Gas Natural por ductos y de las Normas de Despacho de Gas Natural, que para tal efecto se expidan.

a continuar la relación contractual entablada entre ambas, así como obligarla a participar en una nueva licitación⁴ para obtener la adjudicación de gas para atender a clientes industriales y obstaculizar su participación en la licitación de gas para atender el mercado vehicular a través de camiones cisterna.

- (ii) El mercado relevante de producto se encontraría definido por el gas natural disponible para la distribución, dado que no existen otros tipos de combustibles que puedan ser considerados como sustitutos razonables del gas natural. Por su parte, el mercado relevante geográfico se restringiría en general al Perú, por los altos costos que involucra la importación de gas natural y, en particular, a la zona de Camisea debido a los altos costos de transporte del gas desde otras fuentes de abastecimiento existentes en el país. En consecuencia, el mercado relevante en el presente caso estaría constituido por el gas natural proveniente de la zona de Camisea.
- (iii) El Consorcio habría ostentado posición de dominio en el mercado relevante, por constituir la única fuente de abastecimiento de gas natural.
- (iv) Por las consideraciones expuestas, Irradia solicitó a la Comisión que ordene al Consorcio las siguientes medidas correctivas:
 - (a) respetar los términos y condiciones del Contrato de Suministro que dejó sin efecto, para lo cual deberá reprogramar su fecha de inicio, es decir, modificar la fecha de la primera nominación de gas natural; o,
 - (b) subordinadamente, celebrar un nuevo contrato de suministro de gas natural con Irradia en las mismas condiciones previstas en el Contrato de Suministro, en el que se incluya como fecha de primera nominación una que coincida con el inicio de operaciones comerciales de Irradia; o,
 - (c) subordinadamente, garantizar a Irradia a través de un compromiso contractual de carácter irrevocable que, antes del inicio de sus operaciones comerciales, contará con un contrato de suministro de

CLÁUSULA TERCERA: VIGENCIA Y DURACIÓN

3.1 *El Contrato entrará en vigencia en la Fecha de Inicio de Suministro de Gas realizada por el Cliente conforme a los términos de este Contrato (...).*"

⁴ Según Irradia, ante la negativa del Consorcio a reprogramar la fecha de la primera nominación del Contrato de Suministro, se vio obligada a participar en el Proceso de Licitación para Selección de Ofertas de Gas Natural del Lote 88 convocado por el Consorcio y publicado el 3 de noviembre en el diario "El Comercio" (foja 1563 del expediente). Sin embargo, el Consorcio habría creado hasta en dos (2) oportunidades limitaciones indebidas para excluirla de participar en dicho proceso, tal como se muestra a continuación: (i) cuando las bases de la licitación la excluían de participar en el orden de prioridad que le correspondería; y, (ii) cuando el Consorcio le solicitó que aclare determinados aspectos sobre su capacidad financiera y técnica en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas, bajo apercibimiento de descalificarla.

gas natural celebrado con el Consorcio Camisea bajo las mismas condiciones previstas en el Contrato de Suministro.

2. Mediante Resolución 005-2011/ST-CLC-INDECOPI del 29 de marzo de 2011, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia, por un presunto abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada a reprogramar la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de Suministro, según lo previsto en los artículos 1 y 10.2 literal a) del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas). Ello, debido a la existencia de indicios razonables sobre la configuración de la conducta denunciada⁵:
- (i) Que el Consorcio habría ostentado posición de dominio en el mercado relevante definido como la venta mayorista de gas natural en la zona de la Selva Sur, debido a su cuota de mercado, el nivel de concentración del mercado y la presencia de barreras de entrada.
 - (ii) Que el Consorcio se habría negado a reprogramar la fecha de la primera nominación, lo cual se desprende de su falta de respuesta a la solicitud de reprogramación presentada por Irradia y de la posterior resolución del Contrato de Suministro.
 - (iii) Que no habría existido justificación comercial válida para la negativa a reprogramar la fecha de la primera nominación pues existían indicios razonables de que el Consorcio no aplicaba los criterios de evaluación que afirmó haber aplicado en el caso de Irradia. En efecto, en el caso de Termochilca S.A.C. (en adelante, Termochilca)⁶, el Consorcio habría aceptado la solicitud de reprogramación de esta empresa a pesar de que, al igual que Irradia, Termochilca todavía era un proyecto y no había realizado consumos anteriores.
 - (iv) Que la conducta del Consorcio podría haber tenido efectos anticompetitivos, debido a que podría haber producido: (a) el efecto de mantener el poder de mercado de Repsol YPF Comercial del Perú S.A.

⁵ Asimismo, la Secretaría Técnica de la Comisión declaró inadmisibile la denuncia, por un presunto abuso de posición de dominio consistente en: (i) la restricción injustificada y discriminatoria de la posibilidad de reprogramar el inicio del Contrato de Suministro y (ii) la creación de limitaciones indebidas para excluir a Irradia de participar y lograr la adjudicación de gas natural en la licitación convocada por el Consorcio Camisea. Ello, considerando que a criterio de la Secretaría Técnica de la Comisión no existían indicios razonables de la comisión de tales presuntas infracciones.

⁶ En el año 2009, Termochilca interpuso una denuncia contra el Consorcio, por un presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación, consistentes en negarse a suscribir un contrato de suministro de gas natural. Al respecto, mediante Resolución 054-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010, la Comisión aceptó el desistimiento presentado por Termochilca y declaró la conclusión del procedimiento (Expediente 003-2009/CLC).

(en adelante, Rycopesa)⁷, esto es, un beneficio anticompetitivo y, a la vez, (b) el efecto de dificultar la entrada de Irradia como su competidor potencial e indirecto, al mercado de distribución de gas natural a clientes industriales y vehiculares a través de camiones cisterna, esto es, un perjuicio anticompetitivo.

3. El 30 y 31 de mayo de 2011, Hunt, Pluspetrol Camisea, Pluspetrol Perú, Repsol, Sonatrach, SK y Tecpetrol⁸, respectivamente, presentaron sus descargos. En dicha oportunidad, Pluspetrol Camisea y Pluspetrol Perú solicitaron a la Comisión que sancione a Irradia por la interposición de una denuncia maliciosa⁹, pues a su criterio esta habría pretendido ocultar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales a través de una denuncia sobre conductas anticompetitivas y habría omitido en su denuncia información relevante para el inicio del presente procedimiento¹⁰.
4. El 23 de setiembre, 13 de octubre, 11 de noviembre, 5 de diciembre de 2011, 5, 13 y 29 de marzo, 19 de abril y 5 de julio de 2012, Pluspetrol Camisea y Pluspetrol Perú presentaron información relacionada con la resolución del Contrato de Suministro, la participación del Consorcio en el mercado de gas natural, las diferencias entre la situación de Irradia y Termochilca, entre otros aspectos.
5. El 5 de octubre, el 4, 7, 9, 10 y 25 de noviembre de 2011 y 24 de enero de 2012, Irradia se pronunció sobre el pedido de las denunciadas para que se le sancione por la interposición de una denuncia maliciosa y los argumentos vertidos por aquellas durante el procedimiento, absolvió el requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica mediante Carta 280-2011/ST-CLC-INDECOPI del 26 de octubre de 2011 para reunir mayores elementos de juicio para resolver el presente caso, así como presentó información sobre el detalle de sus comunicaciones con el West LB Bank, entre otros aspectos.
6. El 9 de noviembre de 2011, Neogas Perú S.A. absolvió el requerimiento de información realizado por la Secretaría Técnica mediante Carta 283-2011/ST-CLC-INDECOPI del 26 de octubre de 2011, para reunir mayores elementos de juicio para resolver el presente caso.

⁷ Empresa vinculada a un miembro del Consorcio Camisea (específicamente, Repsol) y dedicada a la comercialización de líquidos asociados al gas natural.

⁸ Asimismo, Tecpetrol solicitó la suspensión del procedimiento, alegando un supuesto de litispendencia, según lo dispuesto por el artículo 65 del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi y el artículo 64 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; sin embargo, mediante Resolución 015-2011/ST-CLC-INDECOPI del 23 de agosto de 2011 dicho pedido fue denegado al no haberse verificado la existencia de un supuesto de suspensión.

⁹ Dicho pedido fue reiterado por Pluspetrol Camisea y Pluspetrol Perú mediante escritos del 27 de julio y 9 de noviembre de 2011.

¹⁰ Ver folios del 9043 al 9046 y del 9539 al 9540 del expediente.

7. El 14 y 18 de noviembre de 2011, GNC Energía Perú S.A. absolvió el requerimiento de información realizado por la Secretaría Técnica mediante Carta 282-2011/ST-CLC-INDECOPI del 26 de octubre de 2011, para reunir mayores elementos de juicio para resolver el presente caso.
8. El 6 de diciembre de 2011, Clean Energy del Perú S.R.L. absolvió el requerimiento de información realizado por la Secretaría Técnica mediante Carta 281-2011/ST-CLC-INDECOPI del 26 de octubre de 2011 para reunir mayores elementos de juicio para resolver el presente caso.
9. El 1 de marzo de 2012, Repsol reiteró los principales argumentos presentados en sus descargos y, adicionalmente, precisó los detalles de su actuación y la de sus empresas vinculadas (en particular, Repsol LNG Holding S.A.) durante las negociaciones que sostuvo de manera independiente con Irradia.
10. El 12 de marzo de 2012, Hunt presentó información adicional relacionada con la participación del Consorcio en el mercado de gas natural, la inexistencia de una negativa injustificada en perjuicio de Irradia, la ausencia de beneficios anticompetitivos, entre otros aspectos.
11. El 16 de marzo de 2012, SK reiteró los principales argumentos de sus descargos, incidiendo, entre otros aspectos, en los siguientes: (i) la resolución del Contrato de Suministro fue única y exclusivamente responsabilidad de Irradia, toda vez que no habría obtenido el financiamiento necesario para operar su proyecto; e, (ii) Irradia habría actuado de mala fe al justificar la pérdida de su financiamiento en la crisis internacional, pese a que dicha pérdida se explicaría por el incumplimiento de sus obligaciones frente al Banco West LB.
12. El 19 de marzo de 2012, Sonatrach presentó información adicional relacionada con la participación del Consorcio Camisea en el mercado de gas natural, la inexistencia de una negativa injustificada en perjuicio de Irradia, la ausencia de beneficios anticompetitivos, entre otros aspectos.
13. Mediante Informe Técnico 015-2013/ST-CLC del 29 de abril de 2013 (en adelante, el Informe Técnico), la Secretaría Técnica recomendó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) que declare infundada la denuncia por un presunto abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada a reprogramar la fecha de la primera nominación del Contrato de Suministro, conducta tipificada en los artículos 1 y

10.2 literal a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por los siguientes fundamentos¹¹:

- (i) El Consorcio ostentó posición de dominio en el mercado relevante constituido por la comercialización mayorista de gas natural en la Selva Sur entre los años 2007 y 2009.
 - (ii) El Consorcio no respondió la solicitud de reprogramación presentada por Irradia y, posteriormente, decidió resolver el Contrato de Suministro, de lo cual se desprendía que se negó a reprogramar la fecha de la primera nominación. Sin embargo, la existencia de circunstancias como la limitada capacidad de producción disponible, el crecimiento de la demanda y la presencia de demanda insatisfecha, así como la inoperancia de Irradia en el corto plazo, acreditaban que la negativa a reprogramar habría constituido una decisión comercialmente válida y económicamente eficiente. En consecuencia, la conducta del Consorcio se encontraba justificada.
 - (iii) La conducta del Consorcio no habría producido un efecto exclusorio pues la participación en el mercado de su empresa vinculada Rycopesa y del Grupo Repsol se redujo, por lo que no existiría beneficio anticompetitivo alguno. Asimismo, la venta de gas natural se incrementó durante el periodo investigado, lo que implicaba que la conducta denunciada no habría generado un perjuicio anticompetitivo.
- 14. Entre el 27 y 29 de mayo de 2013, Repsol, Sonatrach, Hunt Oil, Pluspetrol Camisea, Pluspetrol Perú, Irradia y SK, respectivamente, presentaron sus observaciones al Informe Técnico.
 - 15. El 30 de octubre de 2013, se realizó una audiencia de informe oral con la asistencia de todas las partes.
 - 16. El 14 de noviembre de 2013, Irradia presentó sus alegatos posteriores a la audiencia de informe oral.
 - 17. Mediante Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, la Comisión declaró infundada la denuncia, por un presunto abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada a reprogramar la fecha de la primera nominación del Contrato de Suministro, conducta tipificada en los artículos 1 y 10.2 literal a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por las siguientes consideraciones:

¹¹ Asimismo, sometió a consideración de la Comisión la solicitud formulada por Pluspetrol Camisea y Pluspetrol Perú para que se sancione a Irradia por la interposición de una denuncia maliciosa.

- (i) El Consorcio ostentó posición de dominio en el mercado relevante constituido por la comercialización mayorista de gas natural en la Selva Sur entre los años 2007 y 2009.
- (ii) La negativa del Consorcio a reprogramar la fecha de la primera nominación del Contrato de Suministro se encontraba justificada en la limitada capacidad de producción disponible, el crecimiento de la demanda y la presencia de demanda insatisfecha (y el desarrollo paralelo de regulación sectorial), así como a la inoperancia de Irradia en el corto plazo. De ello que, dicha negativa habría constituido una decisión comercialmente válida o económicamente eficiente.
- (iii) La negativa del Consorcio a reprogramar la fecha de la primera nominación del Contrato de Suministro no habría tenido un efecto exclusorio en el mercado de comercialización de combustibles a clientes industriales y vehiculares pues a pesar de la exclusión a Irradia, la participación de Rycopesa (e incluso la del Grupo Repsol), respecto de los combustibles no se incrementó sino que se redujo, por lo que no se habría producido un beneficio anticompetitivo; y, las ventas del gas natural en el mercado se incrementaron durante el periodo investigado, por lo que tampoco se habría producido un perjuicio anticompetitivo.

La Comisión declaró infundado el pedido de sanción a Irradia por la interposición de una denuncia maliciosa ya que la denuncia presentada por Irradia había sido evaluada por la Secretaría Técnica en la Resolución Admisoria, determinándose en dicho momento la existencia de indicios razonables de la realización de una conducta anticompetitiva.

18. El 28 de enero de 2014, Irradia interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI, alegando los siguientes argumentos:

- (i) La Comisión habría motivado indebidamente la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI debido a que no se pronunció sobre todas las cuestiones planteadas por Irradia durante el procedimiento; y, los hechos sobre los cuales basa su decisión no cuentan con sustento probatorio. En particular, Irradia cuestionó lo siguiente:
 - (a) El Consorcio no habría justificado su negativa reprogramar la fecha de la primera nominación del Contrato de Suministro.
 - (b) La Comisión no habría valorado los indicios razonables de la existencia de la infracción denunciada identificados al admitir a trámite la denuncia.
 - (c) El análisis de la existencia de una situación de escasez sería insuficiente.

- (d) La situación de escasez alegada por el Consorcio habría sido creada y mantenida por el propio Consorcio.
 - (e) Las normas que regulan la asignación de gas natural no justificarían la negativa del Consorcio.
 - (f) El Consorcio no habría realizado un análisis sobre la viabilidad del emprendimiento de Irradia.
 - (g) No se habría realizado un análisis adecuado sobre la justificación de eficiencia.
 - (h) No existiría justificación objetiva para distinguir entre el caso de Irradia y el de Termochilca.
 - (i) Se debería analizar la potencialidad nociva de la conducta del Consorcio para determinar el efecto exclusorio.
 - (j) La conducta cuestionada supondría un perjuicio para los usuarios y un beneficio para el Consorcio.
- (ii) De ello se advierte que la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI habría sido emitida en contravención a las disposiciones de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, Ley del Procedimiento Administrativo General), la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y el Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi (en adelante, Ley de Organización y Funciones del Indecopi). En consecuencia, Irradia solicitó que se declare la nulidad de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI, al amparo de lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- (iii) Como pretensión subordinada, Irradia solicitó que se revoque la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI, alegando que la Comisión no habría interpretado adecuadamente los hechos materia de denuncia a la luz de la normativa aplicable. Para sustentar su pretensión, se remitió a los argumentos expuestos en el procedimiento de primera instancia.
19. El 8 y 11 de agosto de 2014, Hunt, Sonatrach, Tecpetrol y Repsol, respectivamente, presentaron sus absoluciones al traslado del recurso de apelación cuestionando el pedido de nulidad de Irradia, así como señalando que el Consorcio no ostentaba posición de dominio, que la conducta denunciada resultaba justificada y que no tuvo efectos exclusorios y, que Irradia y el Consorcio no mantenían relación de competencia alguna. En dicha oportunidad, Repsol solicitó que se le conceda el uso de la palabra.
20. El 8 y 11 de agosto de 2014, Pluspetrol Perú, Pluspetrol Camisea y SK, respectivamente, absolvieron el traslado del recurso de apelación y presentaron recursos de adhesión a la apelación presentada contra la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI en el extremo que la Comisión declaró

infundado el pedido de sanción a Irradia por la interposición de una denuncia maliciosa.

21. Mediante Resolución de Trámite 0023-2015/SDC-INDECOPI del 15 de enero de 2015, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) concedió los recursos de adhesión presentados por Pluspetrol Perú, Pluspetrol Camisea y SK.
22. El 17 y 16 de febrero de 2015, Irradia se pronunció sobre los argumentos presentados por las empresas denunciadas en sus escritos del 8 y 11 de agosto de 2014.
23. El 14 de julio de 2015, Repsol se pronunció sobre el pedido de sanción a Irradia por la interposición de una denuncia maliciosa.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

24. En el presente caso, corresponde determinar lo siguiente:
 - (i) Si la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI adolece de algún vicio que amerite declarar su nulidad.
 - (ii) Si el Consorcio ha incurrido en un presunto abuso de posición dominio consistente en la negativa injustificada a reprogramar la fecha de la primera nominación del Contrato de Suministro, conducta tipificada en los artículos 1 y 10.2 literal a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - (iii) Si se debe sancionar a Irradia por la interposición de una presunta denuncia maliciosa.
 - (iv) Si se debe otorgar a Repsol el uso de la palabra.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Marco normativo aplicable

III.1.1 La protección a la libre competencia y la prohibición de los abusos de posición de dominio

25. En la gran mayoría de mercados, en los que existen condiciones de competencia, el precio, cantidad y calidad de productos y/o servicios ofrecidos se determinan por la libre interacción de la oferta y la demanda. La competencia incentiva a los agentes económicos a ofrecer productos de la

mejor calidad al menor precio posible -es decir, a lograr una mayor eficiencia económica- para ganar la preferencia de los consumidores. Ello, a su vez, incrementa el bienestar de los consumidores y de la sociedad en su conjunto.

26. Bajo esa premisa, la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) tutela el bien jurídico de la libre competencia y lo reconoce como un principio esencial de la economía social de mercado, como se aprecia a continuación:

“CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 61.- *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”.*

27. En efecto, a través del artículo 61 de la Constitución se impone al Estado la obligación de combatir las conductas anticompetitivas consistentes en abusos de posición dominante y concertaciones. Cabe señalar que el principio constitucional de libre competencia también es vigilado por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los términos siguientes:

“DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”.

28. Como se puede apreciar, en aras de permitir una mejor asignación de recursos en la economía y por tanto una maximización del bienestar del consumidor y de la sociedad en su conjunto, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas busca preservar el proceso competitivo entre los agentes económicos, prohibiendo y sancionando, entre otras, las conductas de abuso de posición de dominio.
29. El artículo 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹² define a las conductas de abuso de posición de dominio de la siguiente manera: “(s)e considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y

¹²

DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

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

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

(...)

perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición”.

30. Asimismo, el artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas tipifica de manera enunciativa las conductas que pueden constituir un abuso de posición de dominio, entre las que se encuentran por ejemplo, la negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o a aceptar ofertas de venta (negativa de trato), la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes (discriminación), o la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que no guarden relación con el objeto de tales contratos (ventas atadas) y, en general, todas aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica¹³.
31. Es importante señalar que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas precisa en su artículo 10.4¹⁴ que las conductas de abuso de posición de dominio constituyen “prohibiciones relativas”. Ello implica que para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad deberá probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores, de conformidad con lo señalado en el artículo 9 de dicha Ley¹⁵.

¹³ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
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 excluyente tales como:
a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

(...)

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

¹⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

¹⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 9.- Prohibición relativa.-

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

32. En esa línea, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.5 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁶, para que se configure una conducta de abuso de posición de dominio deberá acreditarse la afectación a competidores reales o potenciales, esto es, que dicha conducta tenga efectos exclusorios, conforme fue señalado por la Sala en un pronunciamiento anterior: *“Un abuso de posición de dominio exclusorio es aquel que afecta directamente la dinámica de la competencia pues impide el acceso de competidores del dominante al mercado o dificulta su permanencia en él”*¹⁷.
33. En atención al marco normativo aplicable, se advierte que los requisitos para que se configure una conducta de abuso de posición de dominio son los siguientes:
- (i) Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - (ii) Que el supuesto infractor haya restringido la competencia en alguna de las modalidades descritas en la norma.
 - (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.

III.1.2 El análisis de las negativas injustificadas de trato

34. En ausencia de regulación específica¹⁸, los agentes económicos tienen la facultad de negarse a contratar con cualquier otro agente económico sin necesidad de que medie justificación alguna. De este modo, las empresas pueden escoger libremente a sus proveedores y clientes, en virtud de la libertad de contratar consagrada en la Constitución.
35. Los artículos 2 numeral 14 y 62 de la Constitución otorgan a los privados el derecho a contratar (y a no contratar) con fines lícitos mientras no se contravenga normas de orden público, así como a pactar válidamente según las normas vigentes al momento de celebración del contrato¹⁹.

¹⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

¹⁷ Resolución 0930-2011/SC1-INDECOPI del 27 de abril de 2011, expedida en el Expediente 001-2010/CLC, correspondiente al procedimiento seguido por Super Star S.R.L. contra Deprodeca S.A.C. Parágrafo 12, página 5.

¹⁸ En el presente caso, si bien el mercado de gas natural se encuentra regulado, la regulación sectorial aplicable a la comercialización de gas natural no regula la “negativa a reprogramar la fecha de primera nominación de gas natural”. En ese sentido, la controversia debe dilucidarse a la luz de la legislación en materia de libre competencia.

¹⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**
Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
(...)

36. Ahora bien, esta libertad puede ser limitada en ciertas ocasiones por la legislación de libre competencia. Uno de estos límites lo constituye precisamente el literal a) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el cual establece que se encuentra prohibido *“negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios”* cuando se cuente con posición de dominio en el mercado.
37. La conducta sancionable consiste en este caso en que una empresa con posición de dominio se niegue, injustificadamente, a proveer un determinado producto o servicio a otra, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales²⁰. Siendo así, la conducta no será sancionable por ejemplo, cuando se haya sustentado en una justificación válida o económicamente eficiente o, cuando haya sido realizada por una empresa que no tiene posición de dominio, pues en este caso se asume que la contraparte contará con distintas opciones para adquirir el bien o contratar el servicio que requiere.
38. Al evaluarse un caso de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, no resulta necesario que la empresa dominante pruebe fehacientemente que su decisión de negarse a contratar era *“la más eficiente posible en el mercado”*²¹, sino que será suficiente que acredite que se trata de una decisión *“razonable”* a la luz de los fines válidos de su negocio. Todo ello deberá ser evaluado por la agencia de competencia al amparo de la información disponible para las partes al momento de la adopción de la negativa.

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

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...).

²⁰ La referencia a la exigencia de un beneficio propio y un perjuicio al competidor se encuentra regulada en el artículo 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, como se ha señalado en los párrafos precedentes.

²¹ Ver, por ejemplo, WERDEN, Gregory W. *The “No Economic Sense” Test for Exclusionary Conduct*. En: The Journal of Corporation Law. Invierno 2006. pp. 303-304: *“La prueba se puede aplicar a la decisión de reducir los precios 25% en respuesta a la entrada, pero no a la decisión marginal de seleccionar un corte de 25% en lugar de 24%. La prueba no identifica como exclusoria a cada desviación de la maximización de beneficios a corto plazo”. “(...) La prueba ‘sin sentido económico’ no examina el impacto real de la conducta denunciada, sino más bien el impacto razonablemente anticipado de la conducta. La prueba ‘sin sentido económico’ se aplica desde el momento que se realizó la conducta cuestionada sobre la base de las expectativas razonables en ese momento”*. Traducción libre de: *“The test may be applied to the decision to slash prices 25% in response to entry, but not to the marginal decision to select a cut of 25% rather than 24%. The test does not identify as exclusionary every departure from short-run profit maximization”. “(...) The ‘no economic sense’ test does not inquire into the actual impact of the challenged conduct, but rather into the reasonably anticipated impact of the conduct. The ‘no economic sense’ test is applied as of the time the challenged conduct was undertaken on the basis of reasonable expectations at that time”*.

39. Como se ha señalado precedentemente, la sola negativa a contratar no se encuentra sancionada por el ordenamiento jurídico, pues lo que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas reprime es que esta negativa no posea una justificación válida. A manera de ejemplo, algunas justificaciones consideradas válidas para sustentar la negativa de trato son: la falta de capacidad para satisfacer la demanda debido a que la producción se encuentra previamente colocada, la falta de capacidad técnica para proveer el servicio, la falta de pago o incumplimiento de obligaciones contractuales del solicitante.
40. La negativa a atender una demanda de compra o una oferta de venta puede generar eficiencias al agente con posición dominante que le permitirían, por ejemplo, proteger sus derechos de propiedad intelectual. De ello que este tipo de conductas anticompetitivas constituyan prohibiciones relativas²². No obstante, no puede desconocerse que estas conductas también pueden ser utilizadas por una empresa con posición dominante por ejemplo, para mantener su participación en un mercado “aguas arriba” o para obtenerla en un mercado “aguas abajo”.
41. En esa línea, sobre los efectos de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, la Sala ha señalado lo siguiente:

“73. El abuso de posición de dominio de un agente es reprimible en tanto evidencie la existencia de un objetivo de restricción del mercado (foreclosure), el que puede tener lugar en el mismo mercado donde opera el dominante o en un mercado relacionado o conexo, buscando el “apalancamiento” (monopoly leveraging) de su poder de mercado. Así, la doctrina ha hecho referencia a tres posibles tipos de efecto exclusorio: la exclusión dentro del mismo mercado, en la que un operador fuerza la salida o impide la entrada de un competidor; la exclusión en un mercado adyacente, en la que la empresa dominante excluye a fabricantes activos en mercados distintos pero relacionados con su mercado principal, y la exclusión en un mercado relacionado verticalmente, en la que la exclusión se produce en diferentes etapas del proceso productivo”²³
(Subrayado agregado).

42. De igual modo, para que se configure una negativa injustificada de trato en los términos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, no basta que

²² Ver: CARLTON, Dennis W. *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal - Why Aspen and Kodak are Misguided*. NBER Working Paper No. 8105. Febrero de 2001. p. 17. Disponible en: <http://papers.nber.org/papers/w8105> (visitada por última vez el 28 de diciembre de 2015).

²³ Resolución 1122-2007/SDC-INDECOPI del 2 de julio de 2007, expedida en el procedimiento seguido por Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C., la Comisión de Libre Competencia y el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – Ositrán contra Ferrocarril Transandino S.A. Parágrafos 72 y 73, p. 28.

una negativa a contratar tenga por efecto la salida de una o algunas empresas específicas del mercado. Si como consecuencia de la conducta no se reduce injustificadamente el nivel de competencia, no debería ser sancionada por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas²⁴.

43. Finalmente, debe tenerse presente que los casos de negativas de trato deben ser analizados teniendo en consideración el impacto que podría generar la intervención de la autoridad. La razón es que este hecho podría suponer que en algunos casos la agencia de competencia tenga que pronunciarse indirectamente sobre el precio u otras condiciones de la contratación de un bien o servicio²⁵.
44. En atención a lo expuesto, para analizar la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, la autoridad de competencia deberá analizar lo siguiente:
- (i) Que el presunto infractor gozaba de posición de dominio.
 - (ii) Que el presunto infractor haya incurrido en una negativa injustificada de trato.
 - (iii) Que, mediante dicha conducta, se produjo un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.

III.2 Sobre el pedido de nulidad de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI efectuado por Irradia

45. En su escrito de apelación, Irradia alegó que la Comisión habría motivado indebidamente la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI, debido a que no se habría pronunciado sobre todas las cuestiones que planteó en el procedimiento; y, habría basado su decisión en hechos sin sustento probatorio. A su criterio, ello vulneraría los principios de legalidad, debido procedimiento y verdad material de la Ley del Procedimiento Administrativo General, así como las disposiciones de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Ley de Organización y Funciones del Indecopi que regulan el procedimiento en primera instancia y las funciones de la Secretaría

²⁴ A mayor abundamiento, incluso un sector de la doctrina anota que la intervención de las agencias de competencia debe encontrarse debidamente sustentada en la existencia de un daño significativo al mercado, como refiere Carlton en la siguiente cita: "(P)or lo menos, a fin de evitar prohibir condenar conductas que generan eficiencia, debería requerirse a los denunciantes demostrar un daño significativo al mercado, y no debería permitírseles demostrar solamente que la conducta exclusoria no genera eficiencias. Las eficiencias son difíciles de medir y el beneficio de la duda debería otorgarse al denunciado y no a los denunciantes". Traducción libre de: "At a minimum, in order to avoid condemning efficient conduct, a plaintiff should be required to show a significant harm to competition and should not be allowed to prove only no efficiencies from the exclusionary conduct. Efficiencies are hard to measure and the benefit of the doubt should go to defendants not plaintiffs". Ver: CARLTON, Dennis. W. Op. Cit., p. 21.

²⁵ CARLTON, Dennis. W. Op. Cit., p. 6.

Técnica, respectivamente. Por tanto, la denunciante solicitó que se declare la nulidad de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI, según lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General²⁶.

46. Al amparo de los principios de legalidad, debido procedimiento y verdad material recogidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General²⁷, es deber de la autoridad administrativa verificar los hechos que motivan sus decisiones, para lo cual recabará toda la información necesaria para esclarecer los hechos materia de investigación en cada caso en concreto. Ello garantiza el derecho de los administrados a obtener un pronunciamiento motivado y fundado en el ordenamiento jurídico vigente.
47. Asimismo, conforme lo exige el artículo 6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General²⁸, la motivación de un acto debe ser expresa y basarse

26

LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

27

LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. (...)

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

28

LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

(...)

en una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso, y en la exposición de las razones jurídicas y normativas que justifican el acto adoptado.

48. Cabe señalar que a nivel constitucional, el derecho a la debida motivación de las resoluciones se encuentra recogido en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución de la siguiente manera:

“CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 139.- *Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

(...)

La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. “

49. Tal como ha explicado el Tribunal Constitucional²⁹, el derecho constitucional a la debida motivación de resoluciones judiciales implica que *“tales resoluciones deben expresar de manera razonada, suficiente y congruente las razones que fundamentan la decisión del juzgador respecto a la materia sometida a su conocimiento”*. Su contenido esencial se respeta *“siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión”*³⁰.
50. Por su parte, en el marco de los procedimientos de libre competencia, el denunciante únicamente es un colaborador de la investigación pues la titularidad de la acción de oficio le corresponde a la Secretaría Técnica. Como parte de sus labores de instrucción³¹, la Secretaría Técnica emitirá un Informe Técnico dando cuenta de los hechos probados, la determinación de la infracción administrativa, entre otros aspectos, el cual será puesto en conocimiento de la Comisión, conjuntamente con todo lo actuado en el expediente, para que esta pueda adoptar una decisión motivada y fundada en derecho³².

²⁹ Ver, por ejemplo, la Resolución emitida en el Expediente No. 03530-2008-PA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03530-2008-AA.html> (visitada por última vez el 28 de diciembre de 2015).

³⁰ Ibid.

³¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1033, LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**

Artículo 44.- Funciones de las Secretarías Técnicas.-

44.1 Son funciones de las Secretarías Técnicas del Área de Competencia:

(...)

b) Instruir y tramitar los procedimientos administrativos seguidos ante las Comisiones, ejerciendo facultades de investigación y de actuación de medios probatorios, a fin de proporcionar a las Comisiones elementos de juicio para la resolución de los asuntos sometidos a su competencia; (...).

³² **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento.-

(...)

51. A la luz de la normativa citada, la resolución final que emita la Comisión deberá sustentarse en los cuestionamientos de hecho y las pruebas aportadas por las partes en el procedimiento, así como en las razones de derecho que justifican el sentido de la decisión adoptada, esto es, la determinación de la existencia o no de una conducta anticompetitiva.
52. Es importante precisar que, a diferencia de lo señalado por la denunciante, el deber de motivación no involucra que la Comisión deba pronunciarse de manera expresa respecto de todos y cada uno de los argumentos alegados por las partes en el procedimiento (incluso cuando estos no tengan incidencia en la conducta presuntamente infractora), sino de aquellos que resulten esenciales y que le otorguen certeza a efectos de dilucidar la cuestión controvertida en el caso en concreto. Así, la Comisión habrá cumplido con su deber de motivación si de manera integral valora los medios probatorios que sustentan la existencia o no de una conducta anticompetitiva.
53. Este criterio ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional, al señalar que: *“no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la ‘insuficiencia’ de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”*³³.

18.2. En el procedimiento sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento de investigación, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio. (Numeral modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1205, publicado el 23 septiembre 2015 en el diario oficial El Peruano, cuyo texto original era el siguiente: “18.2. En el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento de investigación, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio”).

Artículo 33.- El Informe Técnico.-

33.1. En un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles contados desde el vencimiento del período de prueba, la Secretaría Técnica emitirá un Informe Técnico dando cuenta de lo siguiente:

- (i) Hechos probados;
- (ii) Determinación de la infracción administrativa;
- (...)

33.4. Vencido el plazo para formular alegaciones, la Secretaría Técnica dispondrá de un plazo de cinco (5) días hábiles para poner en conocimiento de la Comisión lo actuado en el procedimiento, su Informe Técnico, las alegaciones de las partes respecto del Informe Técnico y, de ser el caso, las solicitudes de uso de la palabra que se hubieran presentado.

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.

³³ Resolución emitida en el Expediente 3943-2006-PA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03943-2006-AA%20Resolucion.html>. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.

54. A manera de ejemplo, tenemos que si durante un procedimiento sobre abuso de posición de dominio en la modalidad de prácticas discriminatorias (literal b) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas), la autoridad de competencia luego de analizar las pruebas relacionadas con la determinación de la posición de dominio del presunto infractor, verifica que la empresa denunciada no posee posición dominante en el mercado relevante, entonces carecerá de objeto que se pronuncie sobre los cuestionamientos efectuados por las partes sobre la existencia de la conducta denunciada y de sus efectos exclusorios.
55. En atención a lo expuesto, considerando los cuestionamientos de Irradia sobre la presunta motivación indebida de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI, corresponde verificar si la Comisión cumplió o no su deber de motivación.
- (a) Sobre el argumento de que la Comisión no consideró que el Consorcio no habría justificado su negativa reprogramar la fecha de la primera nominación del Contrato de Suministro
56. La recurrente sostuvo que la Comisión no habría considerado en la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI que el Consorcio no justificó ante Irradia su negativa a otorgar la reprogramación de la fecha de la primera nominación del Contrato de Suministro.
57. Al respecto, si bien de lo actuado en el expediente la Comisión pudo verificar que el Consorcio no respondió la solicitud de reprogramación efectuada por Irradia³⁴ y, por tanto, no justificó su negativa ante Irradia (a manera de ejemplo, mediante una comunicación dirigida a dicha empresa), debe considerarse que dicha circunstancia no determina que se configure una práctica de abuso de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.
58. En esa línea, puede que una empresa denunciada por incurrir en una presunta negativa de trato haya brindado una explicación al agente económico que demandó sus productos o servicios (solicitante) por haberse negado a atenderlo y, aun así, la negativa sea considerada injustificada por la autoridad de competencia. Del mismo modo, es posible que la empresa no haya

³⁴ Esta Sala ha constatado que la Comisión, luego de evaluar que mediante Carta Notarial PPC-LEG-09-141 del 15 de octubre de 2009 (ver a foja 1557 del expediente), el Consorcio comunicó a Irradia su decisión de resolver el Contrato de Suministro, determinó que el Consorcio no había atendido la solicitud de reprogramación efectuada por Irradia. Cabe precisar que esta falta de respuesta no ha sido cuestionada por las partes en el procedimiento.

trasladado la justificación de su conducta al solicitante, pero dadas las circunstancias del caso, la negativa resulte justificada.

59. En consecuencia, toda vez que se trata de una circunstancia que no resulta determinante para configuración de la conducta imputada, corresponde desestimar el argumento de Irradia en este extremo.

(b) Sobre el argumento de que la Comisión no habría valorado los indicios razonables de la existencia de la infracción denunciada identificados al admitir a trámite la denuncia

60. De acuerdo a lo indicado por Irradia, la Comisión habría omitido valorar la existencia de elementos comunes entre Irradia y Termochilca que sustentarían que el Consorcio indebidamente le brindó a la denunciante un trato distinto al que le otorgó a Termochilca en el pasado, pese a que estos hechos fueron identificados como indicios razonables de la existencia de la infracción controvertida en la Resolución 005-2011/ST-CLC-INDECOPI del 29 de marzo de 2011, en virtud de la cual la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia³⁵.
61. Al respecto, cabe señalar que el hecho que la Secretaría Técnica identifique determinados indicios al admitir a trámite la denuncia, no significa que dicho órgano o la Comisión, de ser el caso, deban necesariamente fundamentar su decisión en ellos ni considerarlos como determinantes sin previamente realizar el análisis que, a su criterio, resulta necesario para establecer la existencia o inexistencia de la conducta infractora.
62. En efecto, los indicios aportados por la denunciante únicamente ofrecían un elemento de comparación a la Secretaría Técnica para analizar la conducta denunciada, esto es, para determinar si las condiciones exigidas a Irradia eran razonables o no y si preliminarmente justificaban o no la negativa de trato. Sin embargo, luego de que la autoridad de competencia pudo verificar que la negativa de trato era justificada, el tratamiento brindado por el Consorcio a otras empresas no resultaba relevante para analizar la presente controversia, más aun cuando este argumento se encontraba vinculado con la presunta comisión de prácticas discriminatorias, hecho que fue declarado inadmisibile mediante Resolución 005-2011/ST-CLC-INDECOPI³⁶.

³⁵ La recurrente señaló que mediante Resolución 005-2011/ST-CLC-INDECOPI del 29 de marzo de 2011, la Secretaría Técnica identificó lo siguiente: (i) que existían elementos comunes entre Irradia y Termochilca que deberían haber provocado una aplicación similar de los criterios de evaluación del Consorcio pues ambas empresas eran proyectos sin consumos anteriores; (ii) que el Consorcio no aplicó de manera similar los criterios de evaluación a Irradia y Termochilca y (iii) que la negativa cuestionada no respondía a los criterios de evaluación informados por el Consorcio.

³⁶ Ver nota al pie 5.

63. En consecuencia, corresponde desestimar el argumento de Irradia en este extremo.
- (c) Sobre el argumento de que el análisis de la existencia de una situación de escasez sería insuficiente
64. Según Irradia, el análisis de la Comisión sobre la existencia de una situación de escasez sería insuficiente y no tendría sustento probatorio al haberse efectuado sobre la base de una declaración de parte.
65. Contrariamente a lo alegado por Irradia, como se advierte de la revisión de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI, la Comisión analizó diversa evidencia probatoria para sustentar la escasez de gas natural en el periodo materia de análisis. Así, la Comisión no solo citó la declaración de parte efectuada por el Consorcio, sino también información proveniente del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin y del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional - COES, que daba cuenta de la existencia de mayor demanda en la industria de generación eléctrica³⁷.
66. Adicionalmente, cabe precisar que la propia Irradia, mediante escrito del 25 de junio de 2010³⁸, señaló que durante el año 2009, el Consorcio no atendió las solicitudes de suministro de gas natural de siete (7) empresas pertenecientes a los rubros industrial y generación eléctrica. Dado un contexto en el cual el Consorcio no podía aumentar el precio del gas, no tendría sentido que restringiera la oferta, por lo que el hecho de que haya rechazado a determinados postores es un claro indicio de que el gas era, en efecto, escaso.
67. En consecuencia, corresponde desestimar el argumento de Irradia en este extremo.
- (d) Sobre el argumento de que la situación de escasez alegada por el Consorcio habría sido creada y mantenida por el propio Consorcio
68. A criterio de Irradia, la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI no habría analizado que la situación de escasez alegada por el Consorcio habría sido creada, sostenida o administrada por el propio Consorcio.

³⁷ Ver párrafos del 120 al 131 de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI y párrafos del 144 al 155 del Informe Técnico 015-2013/ST-CLC-INDECOPI.

³⁸ Ver de fojas 3 a 149 del expediente. Denuncia presentada el 25 de junio de 2010.

69. Si bien dicho argumento no fue expresamente mencionado en la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI, sí fue analizado implícitamente. En efecto, la Comisión determinó que la evolución de la demanda de gas natural en el Perú se había caracterizado por su tendencia creciente, lo que había originado que se superaran las proyecciones iniciales. Asimismo, precisó que el desarrollo de la industria de generación eléctrica, el crecimiento del consumo industrial y vehicular, entre otros aspectos, provocaron un crecimiento imprevisto de la demanda y la presencia de escasez relativa de gas natural³⁹.
70. Como puede apreciarse, la Comisión identificó y sustentó a través de evidencia disponible en el expediente, las causas de la escasez de gas natural, con lo cual implícitamente rechazó la teoría propuesta por Irradia según la cual dicha escasez fue generada por el propio Consorcio.
71. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que Irradia tampoco ha presentado evidencia probatoria alguna que sustente dicha teoría, y siendo que en este caso se pudo determinar lo contrario, esto es, que la Comisión sustentó la existencia de escasez en causas objetivas, corresponde desestimar el argumento de Irradia en este extremo.
- (e) Sobre el argumento de que las normas que regulan la asignación de gas natural no justificarían la negativa del Consorcio
72. De acuerdo a lo alegado por Irradia, la Comisión no tomó en consideración que las normas aprobadas por el Estado peruano para regular la asignación de gas natural no justificarían la negativa de trato efectuada por el Consorcio.
73. Al respecto, es necesario precisar que la Comisión no señaló que las referidas normas (Decreto de Urgencia 023-2009, Decreto Supremo 018-2010-EM y Decreto Supremo 046-2010-EM) justificaban la negativa de trato del Consorcio, sino que estas conjuntamente con otra evidencia constituían indicios de la escasez de gas natural que caracterizó al mercado peruano en el periodo materia de análisis⁴⁰.
74. En consecuencia, corresponde desestimar el argumento de Irradia en este extremo.
- (f) Sobre el argumento de que el Consorcio no habría analizado la viabilidad del emprendimiento de Irradia

³⁹ Ver párrafos del 120 al 129 de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI y párrafos del 144 al 153 del Informe Técnico 015-2013/ST-CLC-INDECOPI.

⁴⁰ Ver párrafos 130 y 131 de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI y párrafos 154 y 155 del Informe Técnico 015-2013/ST-CLC-INDECOPI.

75. A decir de Irradia, la Comisión no habría analizado que el Consorcio no realizó un análisis respecto de la viabilidad del emprendimiento de Irradia.
76. En línea con lo que se explicó en los párrafos 57 y 58 de la presente resolución, el Consorcio no se encontraba obligado a analizar exhaustivamente (ni a demostrar que lo hizo) el emprendimiento de Irradia o sus posibilidades de éxito, pues dada la materia controvertida en este caso bastaba con acreditar que su negativa de trato se encontraba justificada, lo cual fue verificado por la Comisión.
77. En consecuencia, corresponde desestimar el argumento de Irradia en este extremo.
- (g) Sobre el argumento de que la Comisión no habría realizado un análisis adecuado sobre la justificación de eficiencia
78. Irradia argumentó que la Comisión no realizó un análisis adecuado o suficiente sobre la justificación de eficiencia de la negativa de trato del Consorcio.
79. Sin embargo, como se advierte de la revisión de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI, la Comisión analizó expresamente la eficiencia de la conducta del Consorcio, determinando que la negativa a reprogramar la fecha de la primera nominación habría constituido una decisión comercialmente válida o económicamente eficiente, por lo que la conducta cuestionada se encontraba justificada. Para ello, basó su análisis en una apreciación de la aversión al riesgo del Consorcio y en su preferencia por ingresos próximos y ciertos en un contexto de escasez⁴¹.
80. A criterio de Irradia, dicho análisis sería insuficiente pues la Comisión debía haber demostrado que la decisión de preferir a otros clientes implicaba la asignación de gas natural más eficiente posible.
81. No obstante ello, como se ha señalado en el acápite III.1.2 de la presente resolución, el análisis de eficiencia no debe implicar que las empresas investigadas deban probar fehacientemente que una determinada decisión de negocio era *“la más eficiente posible en el mercado”*, siendo suficiente comprobar que se trata de una decisión de negocio *“razonable”* a la luz de objetivos válidos de un negocio y de la información con la que cuentan las partes al momento de adoptar dicha medida.

⁴¹ Ver párrafos del 135 al 147 de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI y párrafos del 160 al 175 del Informe Técnico 015-2013/ST-CLC-INDECOPI.

82. En ese sentido, considerando que esta Sala ha verificado que el análisis sobre la justificación de eficiencia de la conducta del Consorcio realizada por la Comisión sustenta de manera motivada que se trataba de una negativa justificada, corresponde desestimar el argumento de Irradia en este extremo.
- (h) Sobre el argumento de que no existiría justificación objetiva para distinguir entre el caso de Irradia y el Termochilca
83. Irradia alegó que la Comisión no consideró de manera adecuada que no existiría una justificación objetiva para distinguir entre el caso de Irradia y el de Termochilca.
84. Como se ha señalado en los párrafos 57 y 58 de la presente resolución, a efectos de analizar si en este caso se configuró o no la existencia de una conducta de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, no resulta relevante determinar si el Consorcio brindó un tratamiento a Irradia distinto del que le brindó a Termochilca. Conforme ha sido mencionado en los párrafos precedentes, en el presente procedimiento no se analiza la presunta comisión de prácticas discriminatorias.
85. En consecuencia, corresponde desestimar el argumento de Irradia en este extremo.
- (i) Sobre los argumentos vinculados a que se debió analizar la potencialidad nociva de la conducta del Consorcio para determinar el efecto exclusorio y que esta conducta supondría un perjuicio para los usuarios y un beneficio para el dominante
86. Irradia señaló que la Comisión no habría considerado la potencialidad nociva de la conducta del Consorcio para determinar el efecto exclusorio, ni que dicha conducta implicaba un perjuicio para los usuarios en forma de sobre costos y un beneficio para el Consorcio al evitar pérdida en la participación de mercado de su empresa vinculada.
87. Al respecto, dado que en este caso la Comisión verificó que la negativa a reprogramar la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de Suministro por parte del Consorcio se encontraba justificada, carecía de objeto analizar si la conducta tuvo o no un efecto exclusorio.
88. Sin perjuicio de ello, como se puede apreciar de la lectura de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI, la Comisión sí realizó dicho análisis y verificó que

la negativa de trato del Consorcio no generó efectos exclusorios, motivando adecuadamente dicha conclusión y sustentándola en evidencia que, a su criterio, consideró aplicable⁴².

89. En atención a lo expuesto, habiéndose verificado que contrariamente a lo alegado por Irradia, la Comisión (al igual que en su momento la Secretaría Técnica mediante Informe Técnico 015-2013/ST-CLC-INDECOPI) se pronunció sobre los cuestionamientos presentados por las partes durante el procedimiento a efectos de sustentar su pronunciamiento y obtener una decisión fundada en derecho; se concluye que la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI fue debidamente motivada y no ha vulnerado alguna norma del ordenamiento jurídico por lo que no incurrió en vicio de nulidad alguno.

III.3 Sobre el análisis de la existencia de la conducta denunciada por Irradia

90. Sin perjuicio de los vicios de nulidad deducidos en su recurso de apelación, Irradia solicitó adicionalmente que se revoque la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI, alegando que la Comisión no habría interpretado adecuadamente los hechos materia de denuncia ni el derecho aplicable a la luz de las circunstancias reales y la normativa vigente. Para sustentar su pretensión, se remitió a los argumentos expuestos durante el procedimiento en primera instancia, y en caso la Sala desestime los fundamentos que sustentan su pedido de nulidad, disponga en virtud de ellos la revocatoria de la resolución apelada.
91. Al respecto, el artículo 209 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que el recurso de apelación debe sustentarse en una diferente interpretación de las pruebas producidas o en cuestiones de puro derecho, tal como se aprecia a continuación:

“LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 209.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.”

92. En esa línea, el artículo 355 del Código Procesal Civil, establece que: *“mediante los medios impugnativos las partes o terceros legitimados solicitan que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error”*.

⁴² Ver párrafos del 148 al 165 de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI y párrafos del 176 al 195 del Informe Técnico 015-2013/ST-CLC-INDECOPI.

93. De acuerdo a lo expuesto, al solicitar la revocación de la resolución de primera instancia, Irradia debía precisar en su apelación el error de derecho o de interpretación en el que presuntamente habría incurrido la Comisión al emitir la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI. En tal sentido, a criterio de la Sala, no resulta atendible sustentar su recurso haciendo referencia de manera genérica a todos los argumentos esgrimidos durante el procedimiento. Ello, toda vez que mediante la apelación se cuestiona la decisión final de la primera instancia y los fundamentos que la sustentan.
94. Pese a lo anterior, a continuación la Sala procederá a revisar si la metodología aplicada por la Comisión para evaluar la existencia de una presunta práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato se ajusta al marco normativo aplicable. En dicha evaluación, se analizarán los argumentos aducidos por Irradia en su recurso de apelación en la medida que resulten pertinentes según la etapa de análisis que corresponda.
95. Como se ha señalado en el acápite III.1.2 de la presente resolución, para que pueda concluirse que el Consorcio ha incurrido en un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a reprogramar la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de Suministro deberá demostrarse que concurren los siguientes elementos:
- (i) Que el Consorcio gozaba de posición de dominio.
 - (ii) Que el Consorcio se negó injustificadamente a reprogramar la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de Suministro.
 - (iii) Que, mediante su conducta, el Consorcio produjo un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
96. Estos elementos, además, deben presentarse de manera concurrente. En ese sentido, bastará que falte uno de ellos para que la referida conducta no constituya un abuso de posición de dominio.
97. Para analizar un caso de abuso de posición de dominio, el primer paso consiste en determinar el mercado relevante en el cual se producía la presunta práctica anticompetitiva, el cual está conformado por el mercado de producto y el mercado geográfico de dicho producto, según lo establecido por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁴³.

43

DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Artículo 6.- El mercado relevante.-

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

(...)

98. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6.2 de la cita norma⁴⁴, el mercado de producto relevante está constituido por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para determinar qué bienes son sustitutos del bien o servicio en cuestión, deben evaluarse, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas de sustitución y el tiempo requerido para la sustitución.
99. En el presente caso, Irradia demandó del Consorcio la provisión de gas natural, con la finalidad de destinarlo a la comercialización mayorista de clientes industriales y vehiculares mediante una red virtual⁴⁵. En línea con ello, no cualquier tipo de gas podía ser considerado un sustituto razonable para el gas natural que el Consorcio proveía y que Irradia demandaba.
100. Si bien los clientes de Irradia podrían haber demandado otros combustibles como el diésel, los petróleos industriales y el gas licuado de petróleo (GLP), para Irradia no era factible proveerlos, dado que las instalaciones requeridas para comercializar gas natural son específicas para este producto⁴⁶ y no permiten proveer otros combustibles. En otras palabras, para proveer por ejemplo diésel, petróleos industriales o GLP, Irradia hubiera tenido que ingresar a un nuevo mercado y, con ello, realizar inversiones considerables para adquirir las instalaciones necesarias para comercializar tales

⁴⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 6.- El 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.

⁴⁵ (...) Cabe precisar que Irradia señaló que comercializaría el gas natural mediante una red virtual, consistente en una red de camiones cisterna que se encargarían del transporte terrestre del gas natural, desde una planta de licuefacción/compresión hacia las zonas de demanda que no cuentan con la disponibilidad (y/o conexión) del suministro de gas natural por la red de distribución por ductos. En particular, Irradia comercializaría el gas natural a clientes industriales y vehiculares (gasocentros que comercializan el gas natural a vehículos automotores), ubicados fuera de la red de distribución por ductos de Cálida, concesionaria en Lima y Callao, así como en zonas donde aún no operaran otras concesiones de distribución por ductos. Ver foja 41 del Expediente.

⁴⁶ Cabe indicar que la Comisión sustentó dicha conclusión -y la Sala lo ha verificado- en los siguientes documentos: (i) el "Contrato de Ingeniería, Fabricación y Dirección del Emprendimiento" entre Irradia y Salof Refrigeration Co. Inc. del 20 de abril de 2007 (foja 173 a 381 del Expediente); y, (ii) las especificaciones técnicas descritas en el documento denominado "Request for Proposal"; se evidencia que las instalaciones requeridas por Irradia son específicas para comercializar gas natural. En particular, en las secciones "Scope" (foja 267 del Expediente) y "Facility Description" (foja 268 del Expediente) del "Request for Proposal", se describen diversas especificaciones técnicas como el tipo de producto a comercializar, el volumen requerido (150,000 galones por día), la estructura química del producto, la presión de almacenamiento requerida, entre otros, que demuestran que los activos requeridos por Irradia son específicos para comercializar gas natural.

Asimismo, según el Departamento de Energía de Estados Unidos, los activos para este tipo de proyectos resultan específicos debido a la estructura química del producto, el octanaje, la energía contenida por unidad de medida, la presión requerida, la temperatura necesaria, entre otros. Para mayor información, ver: www.afdc.energy.gov/afdc/pdfs/afv_info.pdf. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.

combustibles. Sin embargo, dado que no resultaba posible realizar esta inversión en el corto plazo, dichos combustibles no formaban parte del mercado de producto relevante.

101. Siguiendo ese razonamiento, la Comisión consideró que el mercado de producto relevante estaba constituido por la comercialización mayorista de gas natural, mercado en el que el Consorcio Camisea participaba como ofertante e Irradia como demandante.
102. Por su parte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁴⁷, el mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento, deben evaluarse, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras de entrada existentes.
103. En el presente caso, en el Contrato de Suministro se estableció como lugar de despacho la zona de Camisea⁴⁸ y como lugar de demanda la zona de Chilca⁴⁹. En función a ello, debían evaluarse, tal como hizo la Comisión, las posibles fuentes alternativas de aprovisionamiento, nacionales e internacionales para satisfacer la demanda de gas natural en Chilca.
104. Para identificar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a nivel nacional la Comisión tuvo en cuenta la capacidad productiva, la capacidad disponible (oferta disponible) de gas natural y los costos de abastecimiento involucrados. Asimismo, consideró que dichos indicadores debían ser analizados en función al periodo comprendido entre el 2007 y el 2009⁵⁰, pues durante este período Irradia suscribió el Contrato de Suministro, solicitó la reprogramación de la fecha de su primera nominación y se resolvió el referido contrato.
105. Como se advierte de la revisión de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI⁵¹, la Comisión concluyó que, dado que Irradia solicitó la reprogramación de la

⁴⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 6.- El mercado relevante.-

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.

⁴⁸ De acuerdo a la denuncia de Irradia (foja 58 del Expediente), ubicada en la provincia de La Convención, departamento de Cusco.

⁴⁹ De acuerdo con los términos de la denuncia de Irradia (foja 11 del expediente), ubicada a 64 km al sur de la ciudad de Lima, en el distrito de Chilca, provincia de Cañete, departamento de Lima.

⁵⁰ Ver a foja 14 del Expediente.

⁵¹ Ver párrafo 78 de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI.

fecha de primera nominación del Contrato de Suministro en agosto de 2009, no era posible considerar la evolución posterior del gas natural.

106. Al respecto, las empresas denunciadas alegaron que el ámbito temporal del análisis de mercado relevante debía extenderse a fin de considerar la evolución de la disponibilidad de gas natural, la cual incluía los procesos de selección de ofertas de compra de gas natural de los Lotes 88 y 57, el descubrimiento del Lote 58 y las potenciales inversiones en la Costa Norte y Zócalo Continental⁵². A su criterio, esta evolución trajo consigo una mayor oferta de gas natural, lo que probablemente habría modificado las conclusiones a las que la Comisión arribó en relación a la definición del mercado relevante en este caso.
107. Si bien era posible argumentar que la evolución del mercado constituía una evidencia de competencia potencial que habría disciplinado cualquier posible ejercicio de posición de dominio del Consorcio, para sostener dicho argumento el ingreso al mercado de dicha competencia potencial debió ser mucho más cierto y próximo de lo que fue en el año 2009. Sin embargo, las empresas denunciadas no han presentado evidencia que acredite dicha circunstancia.
108. De lo actuado en el expediente⁵³, durante el periodo comprendido entre el 2007 y el 2009, se advierte que existían tres (3) posibles zonas de abastecimiento de gas natural en el país: (i) la Selva Sur, (ii) la Selva Central y (iii) la Costa Norte y Zócalo Continental.
109. La Selva Sur del Perú concentró en promedio más del setenta y siete por ciento (77%) de la producción nacional de gas natural, siendo el Consorcio Camisea el único productor en dicha zona⁵⁴. De otro lado, la Selva Central

⁵² Cabe precisar que la Comisión sustentó la evolución de la disponibilidad de gas natural -y la Sala lo ha verificado- en la siguiente información:

- Lote 88: Noviembre, 2009 (fecha de convocatoria del proceso de selección). Disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/negocios/consorcio-camisea-convocara-licitacion-venta-gas-peru-noticia-347172>. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.
- Lote 57: Abril-junio, 2010 (fecha de convocatoria del proceso de selección). Disponible en: <http://gestion.pe/noticia/458010/dan-ultimatum-repsol-ypf-que-subaste-gas-lote-57>. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.
- Lote 58: Noviembre, 2009 (fecha de noticia del descubrimiento). Disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/365574/noticia-gas-natural-encontrado-lote-58-podria-explotado-desde-2012>. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.
- Costa Norte – Zócalo Continental: Febrero, 2011 (fecha de anuncio de inversiones en Lote Z-1). Disponible en: <http://gestion.pe/noticia/707818/bpz-energy-invertira-us-50-mlls-norte-peru-este-ano>. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.

⁵³ Ver párrafo 86 de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI y párrafo 96 del Informe Técnico 015-2013/ST-CLC-INDECOPI.

⁵⁴ Con una producción promedio de 2,467.46 MMm3 anuales durante el periodo 2007 - 2009, la Selva Sur fue la región con mayor producción (77.30%), seguida de la Selva Central con una producción promedio anual en dicho período de 391.93 MMm3 (12.53%) y la Costa Norte y el Zócalo Continental con 317.44 MMm3 (10.15%). El detalle de la información se puede revisar en:

concentró en promedio más del doce por ciento (12%) de la producción nacional de gas natural, siendo Aguaytía Energy del Perú S.R.L. la única productora en dicha zona. Dicho proveedor tenía capacidad disponible de gas natural (0.73, 0.69 y 0.83 MMm3/día) para satisfacer la demanda de Irradia (0.44 MMm3/día)⁵⁵.

110. Sin embargo, ninguno de los catorce (14) sistemas de transporte de gas por ducto que operaban en el Perú⁵⁶ conectaba la Selva Central con Chilca. Asimismo, si bien el gas natural podía transportarse a través de camiones cisterna (una red virtual como la que la propia Irradia pretendía usar para distribuir el gas a sus clientes), para que esta opción resultara económicamente viable, era necesario reducir su volumen, transformándolo en gas natural comprimido (en adelante, GNC) o gas natural líquido (en adelante, GNL)⁵⁷.
111. Por su parte, en el mismo periodo de análisis, la Costa Norte y Zócalo Continental concentraron en promedio menos del diez por ciento (10%) de la producción nacional de gas natural, existiendo diversos productores en dicha zona. En esta zona no habría existido suficiente capacidad disponible de gas natural (0.35, 0.31 y 0.25 MMm3/día) para satisfacer la demanda de Irradia (0.44 MMm3/día)⁵⁸.
112. En lo que respecta a la posibilidad de importar el gas natural, la Comisión tuvo en cuenta que el comercio internacional de gas natural se realiza normalmente reduciendo su volumen, transformándolo en GNL y transportándolo a través de buques o camiones cisterna. Sin embargo, para

-
- 2007: <http://www.minem.gob.pe/estadisticaSector.php?idSector=5&fechaMes=12&fechaAño=2007&idCategoria=9&pagina=1>. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.
 - 2008: <http://www.minem.gob.pe/estadistica.php?idSector=5&idEstadistica=5795>. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.
 - 2009: <http://www.minem.gob.pe/estadistica.php?idSector=5&idEstadistica=5828>. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.

⁵⁵ Ver nota al pie 58 de la presente resolución.

⁵⁶ La Comisión basó esta afirmación en el contenido del documento: Regulación del Gas Natural en el Perú. Estado del Arte al 2008. Documento elaborado por la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – Osinergmin, página 3. Dicha información ha sido verificada por la Sala. Documento disponible en: http://www2.osinerg.gob.pe/Infotec/GasNatural/pdf/Regulacion_Gas_Natural_Peru.pdf. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.

⁵⁷ La Comisión señaló que el GNL es un gas natural (principalmente, metano) licuado mediante un proceso criogénico en el que se disminuye su temperatura a -160°C y se reduce su volumen en seiscientos veces para facilitar su almacenamiento y transporte a las plantas de regasificación. La Sala ha verificado lo señalado por la primera instancia en la fuente citada. Para mayor información, ver: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/gasnatural.pdf>. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.

⁵⁸ Ver nota al pie 55.

que el comercio internacional de gas natural sea viable, es necesario que en el país importador exista una planta de regasificación⁵⁹.

113. En consecuencia, considerando que el Perú no cuenta con plantas de regasificación de gas natural⁶⁰, lo que se condice con el hecho que no se hayan realizado importaciones de gas natural durante el período investigado, el mercado internacional tampoco podría haber constituido una fuente alternativa de aprovisionamiento para satisfacer la demanda de gas natural de Irradia en Chilca.
114. En línea con lo anterior, la Comisión (al igual que la Secretaría Técnica mediante Informe Técnico 015-2013/ST-CLC-INDECOPI) consideró que el mercado geográfico relevante se encontraba constituido por la zona de la Selva Sur. En consecuencia, determinó que el mercado relevante en el presente caso estaba constituido por la comercialización mayorista de gas natural en la Selva Sur, mercado en el que el Consorcio Camisea participaba como único ofertante e Irradia, como demandante, por lo tanto, contaba con posición de dominio.
115. Las empresas denunciadas sostuvieron que al tratarse de un proyecto y no de una empresa en operación, Irradia podría haberse establecido en otras zonas distintas a Chilca, por lo que el análisis del mercado geográfico relevante debería incluir a estas zonas adicionales.
116. Sobre el particular, la Comisión señaló que: *“(...) el hecho que Irradia sea sólo un proyecto no enerva que el análisis deba partir de Chilca, pues el mercado geográfico relevante se define a partir de las fuentes alternativas de aprovisionamiento para satisfacer la demanda de una zona y no de un cliente en particular”⁶¹*.
117. Adicionalmente, debe considerarse que, pese a que su proyecto no era todavía del todo viable, Irradia había realizado considerables inversiones en dicha planta⁶². Por lo tanto, dicha empresa enfrentaba el dilema de escoger entre las distintas locaciones existentes, las cuales representaban monopolios regionales en el suministro de gas natural, debido a los altos costos de

⁵⁹ La Comisión basó su afirmación en el documento: U.S. Energy Information Administration – Energy Explained .Esta información ha sido verificada por la Sala. Disponible en: http://www.eia.gov/energyexplained/index.cfm?page=natural_gas_delivery. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.

⁶⁰ Regulación del Gas Natural en el Perú. Estado del Arte al 2008. Documento elaborado por la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – Osinergmin, páginas 89 y 90. Disponible en: http://www2.osinerg.gob.pe/Infotec/GasNatural/pdf/Regulacion_Gas_Natural_Peru.pdf. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.

⁶¹ Ver párrafo 92 de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI.

⁶² Ver foja 33 del Expediente.

transporte de gas natural, tal como ha sido explicado en los párrafos anteriores.

118. Cabe señalar que, en su apelación, Irradia no ha presentado argumento alguno para discutir el alcance o la metodología utilizada por la Comisión para definir el mercado relevante ni para analizar la posición de dominio del Consorcio⁶³.
119. Por su parte, Hunt señaló en su escrito de absolución al recurso de apelación que la Comisión debió tomar en cuenta la oferta de gas de empresas como Gas Natural de Lima y Callao S.A. (Cálidda) y Contugas S.A.C. como posibles fuentes alternativas de aprovisionamiento de gas para Irradia. No obstante, durante el período de análisis ambos proyectos se encontraban en etapa de planeamiento o en reciente inicio de actividades, por lo que no constituían una fuente cierta de aprovisionamiento⁶⁴. En ese sentido, no se ha acreditado que los referidos proyectos representaran competencia efectiva para el Consorcio.
120. Cabe indicar que en segunda instancia, las demás empresas denunciadas no presentaron argumentos adicionales a los evaluados por la Comisión y revisados por esta Sala, en torno a la definición de mercado relevante de producto y geográfico ni a la posición de dominio del Consorcio en dicho mercado.
121. En atención a lo expuesto, puede concluirse que el análisis de la Comisión para sustentar la posición de dominio del Consorcio en el mercado relevante previamente definido resulta justificado y se ajusta a la metodología aplicable.
122. Luego de haberse concluido que el Consorcio sí ostentó posición de dominio en el mercado relevante, de acuerdo a la metodología aplicable para analizar el presente caso, correspondía determinar si incurrió efectivamente en una negativa de trato y si esta resultaba justificada o no.
123. Del análisis de los medios probatorios que obran en el expediente y de una lectura de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI, se aprecia que mediante Carta Notarial PPC-LEG-09-141 del 15 de octubre de 2009 el Consorcio comunicó a Irradia su decisión de resolver el Contrato de Suministro⁶⁵, en virtud de lo cual se evidencia que, en efecto, se negó a reprogramar la fecha

⁶³ Ver a fojas 4824 y 4825 del expediente.

⁶⁴ Regulación del Gas Natural en el Perú. Estado del Arte al 2008. Documento elaborado por la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – Osinergmin, página 158. Disponible en: http://www2.osinerg.gob.pe/Infotec/GasNatural/pdf/Regulacion_Gas_Natural_Peru.pdf. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.

⁶⁵ Ver a foja 1557 del expediente.

de nominación de gas natural del Contrato de Suministro. Cabe señalar que la existencia de esta negativa no ha sido discutida por las empresas denunciadas.

124. De este modo, corresponde analizar si la referida negativa resultaba justificada o injustificada conforme a la legislación de libre competencia.
125. Al respecto, el solo hecho que, durante el período comprendido entre el 2007 y 2009, la demanda de gas haya sobrepasado la capacidad de producción del Consorcio justifica que este haya sido más restrictivo al celebrar y ejecutar sus contratos de suministro. La escasez de gas natural durante el periodo materia de análisis se encuentra suficientemente probada a través de las estadísticas de los organismos reguladores del sector⁶⁶ e, incluso, se desprende de los hechos relatados por Irradia a lo largo del procedimiento. En efecto, mediante escrito del 25 de junio de 2010, Irradia señaló que, durante 2009, el Consorcio Camisea no atendió las solicitudes de suministro de gas natural de siete (7) empresas pertenecientes a los rubros industrial y generación eléctrica.
126. Asimismo, el proceso de licitación realizado en ese entonces⁶⁷ tenía por objeto la adjudicación de 80 MMPCD⁶⁸ de gas natural, los cuales fueron finalmente adjudicados a Fénix Power Perú S.A. y a la propia Irradia, dejando sin atender la demanda de, por lo menos, nueve (9) empresas⁶⁹. Cabe señalar que la demanda insatisfecha ascendió a 51.10 MMPCD lo que implicó que, para este proceso, la demanda total superó en más de sesenta por ciento (60%) a la oferta disponible. Considerando que el Consorcio no podía subir el precio del gas natural, sus ingresos provenían de los mayores volúmenes de ventas de MMPCD de gas natural. En este escenario, la negativa ante la solicitud de Irradia constituía una decisión comercial racional.
127. Por otro lado, el contexto de escasez caracterizado por la existencia de limitaciones en la capacidad de producción disponible del Consorcio y la

⁶⁶ La Comisión consideró que, de acuerdo con lo indicado por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, la demanda de gas natural creció durante el período investigado a una tasa promedio anual de treinta y nueve por ciento (39%), lo que refleja el incremento de las preferencias por este combustible. Esta información ha sido corroborada por la Sala. Para un mayor detalle ver: "Boletín Semestral de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural" entre los años 2007 y 2011. Disponible en: http://gasnatural.osinerg.gob.pe/contenidos/empresas_sector/publicaciones_osinergmin.html. Fecha de última visita: 7 de junio de 2016.

⁶⁷ Proceso de Licitación para Selección de Ofertas de Gas Natural del Lote 88 llevado a cabo por el Consorcio entre el 2009 y el 2010.

⁶⁸ Millones de pies cúbicos diarios.

⁶⁹ Específicamente, los demandantes que no obtuvieron gas natural fueron: Generación Eléctrica de Atocongo S.A., Consorcio Grupo Gloria (Illapu Energy S.A., Gloria S.A. y Cartavio S.A.A.), Minsur S.A., Duke Energy Egenor S. en C. por A., Refinería La Pampilla S.A.A., Corporación Aceros Arequipa S.A., Cerámica San Lorenzo S.A.C., Cerámica Lima S.A. y Corporación Cerámica S.A. Ver: Escrito de Pluspetrol y Pluspetrol Camisea del 30 de mayo de 2011. Ver a foja 8989 del expediente.

presencia de demanda insatisfecha, se confirma por el hecho que el Estado peruano aprobó un conjunto de normas que buscaban asegurar una mejor asignación del gas natural⁷⁰.

128. En consecuencia, a criterio de este colegiado, la situación de escasez antes descrita permite afirmar que la negativa de reprogramar la nominación de gas natural resultaba justificada.
129. En adición a este factor, la Comisión también consideró que cuando Irradia solicitó la reprogramación de la fecha de la primera nominación, no se encontraba operando su planta de GNL o GNC. De hecho, según la propia Irradia, el motivo de su solicitud de reprogramación consistía en que no resultaba posible cumplir con la primera nominación del Contrato de Suministro en la fecha pactada, debido a la falta de financiamiento para continuar con su proyecto⁷¹. Por lo tanto, era razonable predecir que Irradia no estaría en condiciones de operar en el corto plazo.
130. En este sentido, era razonable que el Consorcio actúe cautelosamente y busque reasignar el gas que Irradia no iba a requerir en el corto plazo para asignarlo a terceras empresas. Cabe resaltar que los problemas de las operaciones de Irradia en el corto plazo se desprenden incluso de su propia versión de los hechos. En efecto, tomando en consideración las referencias “*lo que no se pudo lograr*” o a la poca tolerancia de bancos y clientes y proveedores en su escrito de denuncia, puede inferirse que su retraso en ingresar el mercado se debe a su propio actuar o, en cualquier caso, a riesgos que el Consorcio no tiene por qué asumir ni directa ni indirectamente.
131. En atención a lo expuesto, se concluye que el análisis llevado a cabo por la Comisión (al igual que el de la Secretaría Técnica mediante Informe Técnico 015-2013/ST-CLC-INDECOPI) respecto de la conducta de las empresas denunciadas se ajusta a ley y a los criterios generalmente aceptados en materia de libre competencia.
132. Finalmente, al haberse acreditado que la negativa del Consorcio resultaba justificada, no era necesario analizar si la conducta tuvo o no un efecto

⁷⁰

Las normas son las siguientes:

- Decreto de Urgencia 023-2009 del 18 de febrero de 2009, que establece un orden de prioridad para la celebración de nuevos contratos de venta de gas natural.
- Decreto Supremo 018-2010-EM del 6 de abril de 2010, que establece la obligación por parte de los productores de realizar ofertas públicas para la venta de gas natural.
- Decreto Supremo 046-2010-EM del 4 de agosto de 2010, que establece el mecanismo para la transferencia entre consumidores de la producción contratada de gas natural.

⁷¹

Ver fojas 21 y 22 del Expediente.

exclusorio en el mercado⁷². En consecuencia, se confirma la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI en el extremo que la Comisión declaró infundada la denuncia presentada por Irradia contra el Consorcio, por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.

III.4 El pedido de sanción a Irradia por la interposición de una presunta denuncia maliciosa

133. En el presente procedimiento, Pluspetrol Perú, Pluspetrol Camisea y SK se adhirieron al recurso de apelación de la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI, en el extremo que la Comisión declaró infundado el pedido de sanción a Irradia por la interposición de una denuncia maliciosa, alegando que Irradia habría actuado con mala fe: (i) al haber ocultado información relevante para la resolución del presente caso como por ejemplo, que no obtuvo el financiamiento de su proyecto; (ii) al haber pretendido que un tema de naturaleza contractual derivado de su incumplimiento sea evaluado en los términos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; así como (iii) al haber utilizado a la autoridad de competencia para obtener un mejor trato en las relaciones contractuales actuales o futuras con el Consorcio.
134. Cabe precisar que Repsol en su escrito del 14 de julio de 2015, reiteró los argumentos expuestos por Pluspetrol Perú, Pluspetrol Camisea y SK, en relación a los motivos que sustentaban la imposición de una sanción a Irradia por la presentación de una denuncia maliciosa.
135. Al respecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi⁷³, la Comisión puede sancionar con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades

⁷² Sin perjuicio de ello, la Comisión analizó los presuntos efectos exclusorios de la conducta denunciada: beneficios y perjuicios anticompetitivos, concluyendo que la conducta del Consorcio no habría producido un efecto exclusorio en el mercado de comercialización de combustibles a clientes industriales y vehiculares. Ello debido a que, a pesar de la exclusión de Irradia, la participación de Rycopesa (e incluso la del propio Grupo Repsol), respecto de los combustibles no se incrementó sino que se redujo, por lo que no se habría producido un beneficio anticompetitivo; y, a que las ventas del gas natural se incrementaron durante el periodo investigado, por lo que tampoco se habría producido un perjuicio anticompetitivo.

⁷³ **DECRETO LEGISLATIVO 807, LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI**
Artículo 7.- Pago de costas y costos.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el INDECOPI, la comisión o dirección competente, además de imponer la sanción que corresponda, puede ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el INDECOPI. En los procedimientos seguidos de parte ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se podrá ordenar el pago de costas y costos a la entidad que haya obtenido un pronunciamiento desfavorable.
En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier comisión o dirección del INDECOPI puede aplicar las multas de acuerdo a los criterios previstos en el artículo 118 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.
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 cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

Impositivas Tributarias a quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, interponga una denuncia contra uno o más agentes económicos, atribuyéndoles una infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; ello, sin perjuicio de la sanción penal o la indemnización por daños y perjuicios que corresponda. De ese modo, para sancionar estas conductas deberá acreditarse no solo la interposición de una denuncia sin sustento razonable o basada en información falsa, sino también el pleno conocimiento de ello.

136. Debe tenerse en consideración que la solicitud de sanción por la presentación de una presunta denuncia maliciosa debe ser evaluada por la autoridad de competencia con especial cautela. Caso contrario, se podrían generar desincentivos para la interposición de denuncias de parte, las cuales constituyen un mecanismo que coadyuva a la detección y posterior sanción de conductas infractoras en el marco de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
137. De la revisión de la Resolución 005-2011/ST-CLC-INDECOPI del 19 de marzo de 2011⁷⁴, mediante la cual la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia presentada por Irradia, se advierte que a criterio de dicho órgano existían indicios razonables de la realización de una conducta anticompetitiva, los que precisamente motivaron el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Consorcio. En efecto, en dicha oportunidad, luego de un análisis preliminar de los hechos y medios probatorios aportados por la denunciante, la Secretaría Técnica consideró que existían indicios razonables de que el Consorcio ostentaba posición de dominio en el mercado relevante, que habría incurrido en la conducta denunciada y que, potencialmente, se podrían haber generado efectos exclusorios en el mercado.
138. Asimismo, esta Sala ha podido apreciar que los cuestionamientos efectuados por las empresas denunciadas para sustentar sus pedidos de sanción a Irradia por la presentación de una presunta denuncia maliciosa, se vinculan con las justificaciones alegadas por el Consorcio para sustentar la negativa de trato contra Irradia como por ejemplo, la falta de obtención del financiamiento de su proyecto, las que requerían de un análisis de ponderación definitivo y cierto (no preliminar) durante el procedimiento, como ocurrió en este caso. Ello, con la finalidad de verificar si las justificaciones aducidas se sustentaban o no en razones de eficiencia y con ello, establecer si se incurrió o no en la conducta infractora.
139. Así, la determinación de una justificación comercial válida de dicha negativa requería un análisis riguroso y detallado como el que se realiza en el marco de un procedimiento administrativo, con la intervención de todas las partes

⁷⁴ Ver párrafos del 36 al 97 de la referida resolución.

involucradas pues, precisamente, la interacción entre ellas, mediante la presentación de alegatos o medios probatorios, entre otros mecanismos, aportó los elementos de juicio necesarios para generar convicción para resolver el caso en concreto.

140. En ese sentido, dado que a criterio de la autoridad instructora, los hechos denunciados por Irradia sustentaban, a nivel indiciario, una hipótesis creíble de la comisión de una conducta anticompetitiva y que, sin perjuicio de ello, tampoco se ha acreditado que Irradia haya actuado con conocimiento de que su denuncia carecía de fundamento, corresponde desestimar los argumentos de las empresas denunciadas en este extremo.
141. Del mismo modo, de lo actuado en el expediente no se advierte la existencia de elementos de juicio que acrediten que la denuncia presentada contra el Consorcio se sustentó en información falsa, ni mucho menos que Irradia actuó con la intención de presentar información no veraz. En consecuencia, a criterio de esta Sala, no se configura en este caso una infracción al artículo 7 del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.
142. En atención a lo expuesto, al no haberse demostrado que Irradia haya presentado una denuncia a sabiendas que carecía de sustento razonable o basada en información falsa, esta Sala considera que no corresponde sancionarla por la presunta interposición de una denuncia maliciosa, debiéndose confirmar este extremo de la resolución apelada.
143. De igual modo, no corresponde pronunciarse sobre el pedido de condena de costas y costos a Irradia, por tratarse de una solicitud extemporánea pues fue planteada en el recurso de apelación. Por tanto, debe declararse improcedente dicha solicitud.

III.5 Sobre la solicitud de informe oral presentada por Repsol

144. El 11 de agosto de 2014, Repsol solicitó a la Sala que se le conceda el uso de la palabra para sustentar oralmente sus argumentos.
145. Al respecto, el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033 señala que la Sala podrá denegar la solicitud de audiencia de informe oral mediante una decisión debidamente fundamentada, por lo que la citación a informe oral es una potestad y no una obligación.
146. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que: *“en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral;*

*dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación*⁷⁵.

147. En el presente caso, de lo actuado en el expediente se ha podido verificar que las partes han presentado sus argumentos y sustentado mediante diversos medios probatorios a lo largo del procedimiento en primera y en segunda instancia, en torno a la definición de mercado relevante, la determinación de la posición de dominio en dicho mercado, la existencia e inexistencia de la conducta infractora materia de controversia, así como la generación de efectos exclusorios.
148. En consecuencia, considerando que la Sala ha contado con todos los elementos de juicio para resolver la cuestión controvertida, se advierte que no resulta necesario convocar a una audiencia de informe oral y, en ese sentido, se desestima la solicitud formulada por Repsol.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: denegar el pedido de informe oral solicitado por Repsol Exploración Perú Sucursal Perú.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, en el extremo que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia declaró infundada la denuncia presentada por Irradia S.R.L. contra Hunt Oil Company of Peru L.L.C. Sucursal del Perú, Pluspetrol Camisea S.A., Pluspetrol Perú Corporation S.A., Repsol Exploración Perú Sucursal Perú, SK Innovation Sucursal Peruana, Sonatrach Perú Corporation S.A.C. y Tecpetrol del Perú S.A.C., empresas que conforman el Consorcio Camisea, por un presunto abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada a reprogramar la fecha de la primera nominación del Contrato de suministro de gas natural, conducta tipificada en los artículos 1 y 10.2 literal a) del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

TERCERO: confirmar la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, en el extremo que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia declaró infundado el pedido de Pluspetrol Camisea S.A., Pluspetrol Perú

⁷⁵

En la sentencia recaída en el Expediente 01147-2012-PA/TC se indicó lo siguiente:

"(...)

Sobre el particular es importante precisar que el recurrente cuestiona el hecho de que se le haya privado o impedido ejercer su derecho de defensa por medio del informe oral; sin embargo, ello no constituye una vulneración de este derecho constitucional toda vez que no significó un impedimento para el ejercicio del derecho de defensa del recurrente, ya que este Colegiado en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado a este respecto manifestando que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación. En consecuencia, no se ha producido vulneración alguna del derecho constitucional de defensa del recurrente. Por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado en aplicación, a contrario sensu, del artículo 2º del Código Procesal Constitucional."

Corporation S.A. y SK Innovation Sucursal Peruana para que se sancione a Irradia S.R.L. por la presunta interposición de una denuncia maliciosa.

CUARTO: declarar improcedente el pedido de condena de costas y costos formulado por Pluspetrol Camisea S.A. y Pluspetrol Perú Corporation S.A. contra Irradia S.R.L.

Con la intervención de los señores vocales Sergio Alejandro León Martínez, José Luis Bonifaz Fernández, Silvia Lorena Hooker Ortega y Julio Carlos Lozano Hernández.

SERGIO ALEJANDRO LEÓN MARTÍNEZ
Presidente