

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

Expediente 005-2012/CLC

004-2013/ST-CLC-INDECOPI

20 de mayo de 2013

VISTA:

La denuncia interpuesta por Petróleos del Perú - Petroperú S.A. (en adelante, Petroperú) contra Future Pipe Industries S.A.E. (en adelante, Future Pipe) y Roac Perú S.A.C. (en adelante Roac) por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de fijación de precios excesivos; y,

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. Petroperú es una empresa estatal de derecho privado dedicada a actividades de producción y comercialización de combustibles, conforme lo dispone la Ley 26221¹ y sus normas modificatorias, complementarias y conexas².
2. Future Pipe es una empresa privada internacional con sede, para sus operaciones en Latinoamérica, en El Cairo, Egipto, cuyo objeto social es el desarrollo, fabricación industrial y suministro de tubos de fibra de vidrio de amplio diámetro y accesorios relacionados, para los sectores de distribución de agua e infraestructura pública, entre otros. A su vez, cuenta con agencias de venta en Egipto, Reino Unido, Francia, España, Pakistán, Tailandia y Singapur³.
3. Roac es una empresa privada cuyo objeto social se relaciona con las actividades de importación, exportación, comercialización y distribución de productos para las industrias petrolera, minera y energética, entre otras⁴. A su vez, Roac actúa como distribuidor exclusivo de materiales de fibra de vidrio de Future Pipe, en las transacciones realizadas en el Perú.
4. Consorcio Prisma Contratistas Generales S.A.C. (en adelante, Consorcio Prisma) está conformado por las empresas Prisma Contratistas Generales

¹ Ley orgánica que norma las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional, publicada el 19 de agosto de 1993.

² Decreto Supremo 024-2002-EM, publicado el 26 de agosto de 2002.

³ Asimismo, realiza actividades en México y cuenta con oficinas representativas en China y Grecia.

⁴ Según Partida Electrónica 12195086 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ



S.A.C.⁵, Metra Constructora S.A.C.⁶ y Murgisa Servicios Generales S.A.C.⁷, y su objeto social incluye actividades de ingeniería; construcción de edificios y viviendas; obras de habilitación urbana; elaboración de diseños; proyectos, estudios, labores de consultoría en materia de construcción; mantenimiento de obras civiles; construcción civil; metalmecánica; entre otros.

5. El 5 de junio de 2012, Petroperú interpuso una denuncia ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) contra Future Pipe y Roac por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdo vertical para la fijación de precios excesivos en la venta de tuberías y accesorios de fibra de vidrio en perjuicio de Petroperú⁸.
6. En su denuncia Petroperú formuló las siguientes pretensiones ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión):
 - **Pretensión principal:** Que se declare que las denunciadas incurrieron en abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdo vertical para la fijación de precios excesivos en perjuicio de Petroperú.
 - **Pretensión accesorio:** Que se ordene a las denunciadas la devolución de un monto ascendente a US\$ 481 093,76 (cuatrocientos ochenta y un mil noventa y tres y 76/100 Dólares Americanos) más los intereses que correspondan, en virtud del cobro excesivo que se realizó en perjuicio de Petroperú.
7. Asimismo, la denunciante manifestó que la conducta en la que habrían incurrido Future Pipe y Roac, le generó un perjuicio en su condición de consumidor de los productos suministrados por éstas, por lo que señaló que su denuncia también se encontraría amparada en el inciso ii) del artículo 30 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716 – Ley de Protección al Consumidor⁹, referido a la devolución de cantidades pagadas en exceso¹⁰.
8. Petroperú sustentó su denuncia sobre la base de los siguientes argumentos:
 - i. La práctica denunciada se habría realizado en el marco del Proceso de Contratación CMA-022-2007-OTL/PETROPERÚ para la ejecución del

⁵ Según Partida Electrónica 06005794 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP.

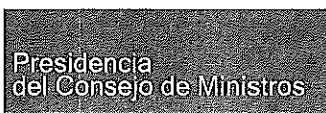
⁶ Según Partida Electrónica 00111093 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP.

⁷ Según Partida Electrónica 1120814 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP.

⁸ Ventas identificadas a través de las órdenes de compras ONO 9410013-OI, ONO-9410000-OI y ONO-10210211-OI.

⁹ Resulta importante destacar que esta norma se encuentra actualmente derogada desde la entrada en vigencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor el 2 de octubre de 2010, publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2010.

¹⁰ Cabe precisar que Petroperú también hace alusión al Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571. Folio 4 del Expediente.



proyecto "Obra: Reemplazo de Red Contra incendio de Refinería Talara", cuya Buena Pro fue otorgada al Consorcio Prisma, suscribiéndose el Contrato 70789-YF el 10 de noviembre de 2007 (en adelante, el Contrato de Obra). El Contrato de Obra definió las especificaciones técnicas de las tuberías y accesorios de fibra de vidrio a utilizarse en la ejecución de la obra¹¹; y, conforme a ello, Prisma Contratistas adquirió materiales de la empresa Future Pipe.

- ii. Luego de efectuada la compra de materiales por parte de Consorcio Prisma en ejecución del Contrato de Obra, los funcionarios de Petroperú acordaron realizar una compra directa de tuberías y accesorios a Future Pipe, en mérito del surgimiento de nuevos requerimientos y/o imprevistos de nuevos materiales, los mismo que debían portar la misma calidad que los materiales utilizados por Consorcio Prisma¹². Sobre el particular, Petroperú manifestó que no existirían otras empresas, además de Future Pipe, que provean materiales con las especificaciones técnicas necesarias para la ejecución del Contrato de Obra¹³.
- iii. Petroperú solicitó a Future Pipe la venta de dichos materiales y obtuvo como respuesta que la transacción no podía realizarse directamente entre Petroperú y Future Pipe, sino que ésta debía efectuarse a través de Roac, su distribuidora exclusiva en el Perú para materiales de fibra de vidrio.

Conforme a lo señalado, Petroperú realizó tres compras de materiales a Future Pipe a través de Roac, las mismas que se observan de las Órdenes de Compra ONO-9410013-OI, ONO-9410000-OI y ONO-10210211-OI¹⁴.

De la comparación entre los precios pagados por el Consorcio Prisma¹⁵ para la ejecución del Contrato de Obra y los pagados a Future Pipe, a través de Roac; Petroperú estimó que los precios que Roac le cotizó estuvieron sobrevalorados. Al respecto, de los documentos remitidos por Petroperú se advierte que dicha estimación fue confirmada por el Gerente

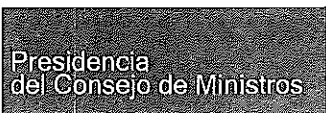
¹¹ Al respecto, el Contrato de Obra remite a las Bases Administrativas por Competencia Mayor para la Contratación de la Obra publicado en la Convocatoria CMA-022-2007-OTL/PETROPERU, cuyo anexo 11 detalla las especificaciones técnicas de los materiales a utilizarse en la obra.

¹² Al respecto, ver el Anexo 1-D correspondiente a la Minuta de Coordinación 4. Folios 42 al 44 del Expediente.

¹³ Sobre el particular, Petroperú también manifestó que Future Pipe le había indicado que el cambio de algún procedimiento, material o pegamento no especificado por ellos, dejaría sin efecto su garantía de cincuenta (50) años sobre los productos vendidos al Consorcio Prisma para la ejecución del Contrato de Obra. En ese sentido, la sustitución o cambio de Future Pipe como proveedor dejarían sin efecto su garantía, lo que podría resultar muy costoso para Petroperú. Al respecto, ver la página 13 de la denuncia de Petroperú. Folio 16 del Expediente.

¹⁴ Para la adquisición de los materiales, Roac remitió a Petroperú las Cotizaciones 004/Petroperú/149_6/08, 002/Petroperú/149_6/08 y 006/Petroperú/122009 de fechas 15 de febrero de 2009, 30 de septiembre de 2008 y 15 de diciembre de 2009, respectivamente.

¹⁵ En relación a ello, Petroperú manifestó que tuvo conocimiento de la cotización realizada a Consorcio Prisma, a través de las Declaraciones Únicas de Importación 118-2010-10-035312-00 y 235-2010-10-013910-00 referida a las ventas de materiales a Consorcio Prisma. Folio 35 y Anexo L de la denuncia. Folios 67 a 69 del Expediente. Asimismo, en el anexo 1-M de la denuncia de Petroperú figuran documentos que acreditan los precios de venta de Future Pipe a Consorcio Prisma. Folios 70 a 76 del Expediente.



de Ventas de Future Pipe pues manifestó que por un error de cálculo, Roac habría remitido una cotización errada¹⁶.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

9. En su denuncia Petroperú señaló que Future Pipe y Roac habrían incurrido en un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdo vertical para la fijación de precios excesivos en su contra. Al respecto, si bien Petroperú hace mención a un acuerdo vertical entre Future Pipe y Roac, los argumentos de su denuncia¹⁷ permiten establecer que el verdadero objetivo de Petroperú está orientado a probar un abuso de posición de dominio en su contra conforme a lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1034.
10. En ese sentido, el presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si esta Secretaría Técnica y la Comisión son competentes para conocer un presunto abuso de posición de dominio mediante la fijación de precios excesivos en perjuicio de Petroperú.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

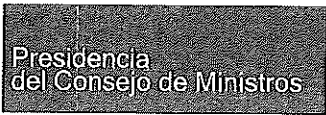
11. Antes de analizar la cuestión en discusión, y a efectos de esclarecer aspectos conceptuales y legales vinculados a la materia controvertida, esta Secretaría Técnica considera necesario establecer: (i) la distinción entre las denominadas prácticas exclusorias y las prácticas explotativas; y, (ii) si corresponde sancionar las prácticas explotativas, de acuerdo con las normas vigentes en materia de libre competencia.

III.1. Las prácticas exclusorias y las prácticas explotativas

12. La doctrina internacional clasifica a las conductas de abuso de posición de dominio en conductas de efecto exclusorio y conductas de efecto explotativo.
13. Las conductas de abuso de posición de dominio con efectos exclusorios tienen el efecto real o potencial de afectar la competencia, en beneficio del dominante y en perjuicio de sus competidores actuales o potenciales, directos o indirectos. Es importante precisar que la afectación a la competencia y a los competidores se produce por razones distintas a la mayor eficiencia económica. Las conductas exclusorias generan un impacto directo en el proceso competitivo y un impacto indirecto sobre el bienestar de los consumidores pues, al reducir los niveles de competencia (efecto directo), reducen las opciones disponibles para los consumidores (efecto indirecto). Pueden ser conductas exclusorias la negativa

¹⁶ Al respecto, ver el Anexo 1-P correspondiente a los correos electrónicos cursados entre Petroperú y Future Pipe. Folios 84 a 87 del Expediente.

¹⁷ Entre los que cuenta por ejemplo el hecho de que Future Pipe y Roac no compiten entre sí o con Petroperú, o que Future Pipe y Roac habrían utilizado indistintamente la posición de dominio de Future Pipe para cobrarle precios excesivos a Petroperú en la provisión de los productos elaborados por la propia Future Pipe.



de trato, la discriminación de precios, las ventas atadas, los precios predatorios, entre otras.

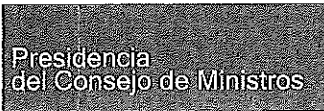
14. El objetivo final de la práctica exclusoria es reforzar una posición dominante y, en el extremo, crear un monopolio. La sanción de estas prácticas tendrá sentido en tanto protege a los competidores de verse desplazados por conductas reñidas con la libre competencia y garantiza para ellos la posibilidad de responder competitivamente a la empresa dominante¹⁸.
15. De otro lado, las conductas de abuso de posición de dominio con efecto explotativo consisten en el ejercicio directo del poder de mercado del dominante. A través de estas conductas, el agente económico que goza de posición de dominio impone a sus clientes o proveedores condiciones que le permiten obtener mayores beneficios económicos (condiciones distintas a las que hubiera podido establecer si no gozara de posición de dominio). Las conductas explotativas no sólo no afectan el proceso competitivo sino que incluso podrían dinamizarlo, incentivando el ingreso de nuevos competidores atraídos por las ganancias del dominante. Son ejemplos de conductas explotativas los "precios excesivos" y la "discriminación explotativa".
16. Los "precios excesivos" pueden definirse a través del concepto de precios monopólicos utilizado la teoría económica. El precio monopólico es aquel que establece una empresa en condición de monopolio maximizando sus beneficios¹⁹. Otro concepto económico vinculado es el de "poder de mercado", el cual es entendido como la capacidad que tiene una empresa de influir en el precio de un bien, fijándolo o manteniéndolo por encima de precios que regirían en un entorno competitivo²⁰. El ejercicio del poder de mercado determinará la imposición de un precio monopólico. Por lo tanto, la imposición de los denominados "precios excesivos" representa la fijación por parte de una empresa dominante de precios superiores a los de un entorno competitivo²¹.
17. Como se puede apreciar, ambos tipos de conductas son sustancialmente distintas. Mientras que las conductas de efecto exclusorio afectan el proceso competitivo y, a través de él, a los consumidores; las conductas de efecto explotativo afectan a los consumidores pero pueden favorecer el proceso competitivo.

¹⁸ Resolución 005-2005-INDECOPI emitida en el Procedimiento iniciado por Representaciones Tecnimotors E.I.R.L. contra Empresa Luz del Sur S.A.A. (Expediente 14-2004/CLC).

¹⁹ A diferencia del resultado de competencia perfecta en donde los precios se igualan a los costos marginales, la conducta maximizadora de beneficios de una empresa monopólica determina la fijación de precios en un nivel superior al de sus costos marginales ("precio monopólico") y una reducción de la oferta respecto al nivel que prevalecería en un entorno competitivo.

²⁰ Bajo el modelo de competencia perfecta los productores, actuando individualmente, no tienen la capacidad de influir en el precio de mercado sino que lo toman como dado y en función del mismo deciden los niveles de producto a ofrecer; sin embargo, una empresa dominante o, en el extremo, monopólica, sí se encuentra en capacidad de influir por sí sola en los niveles de precios del mercado. El ejercicio de dicha capacidad ("poder de mercado") en este último caso determinará la imposición de un precio monopólico.

²¹ Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC emitida en el Procedimiento iniciado por Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu - Consettur Machupicchu S.A.C. (Expediente 003-2005/CLC).



III.2 Las prácticas explotativas y las normas de libre competencia

18. El artículo 1 del Decreto Legislativo 1034 establece lo siguiente:

"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."

19. Según se desprende de lo anterior, y de manera coincidente con el artículo 61 de la Constitución Política del Perú²², el objeto de la legislación de libre competencia es eliminar las conductas anticompetitivas, entendiéndolas como aquellas que restringen el proceso de competencia. De acuerdo a ello, la finalidad del Decreto Legislativo 1034 es promover la eficiencia económica, lo cual implica proteger la dinámica del mercado y el desenvolvimiento de la libre iniciativa privada para lograr finalmente el mayor beneficio de los consumidores.
20. El artículo 10.5 del Decreto Legislativo 1034²³ señala que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición, sin afectar indebidamente a competidores reales o potenciales. Por lo tanto, para que se pueda configurar un supuesto de abuso de posición de dominio, la norma vigente ha establecido expresamente la necesidad de un efecto exclusorio²⁴.
21. La acción de cobrar "precios excesivos" no produce efectos exclusorios pues no afecta a competidores reales ni potenciales. Tal y como se ha señalado en el apartado previo, esta conducta produce únicamente efectos explotativos. Conforme a ello, los "precios excesivos" no son susceptibles de configurar una infracción tipificada como abuso de posición de dominio en los términos del Decreto Legislativo 1034.
22. Cabe añadir que nuestro ordenamiento jurídico ha considerado, ya desde la vigencia de la norma anterior de defensa de la libre competencia (Decreto Legislativo 701²⁵), que el objetivo de la aplicación de las normas de defensa de la

²² Constitución Política del Perú

Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

²³ DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, Artículo 10.- El abuso de 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.

²⁴ Procedimiento iniciado por la denuncia de Armando Kiyan Kiyan, Inversiones Kiyashi S.A., Inversiones Nor Chicken E.I.R.L., Inversiones House Chicken E.I.R.L., Inversiones Tomás Valle E.I.R.L., Inversiones Gran Chimú S.A., Gloria Kiyan E.I.R.L., Armando Kiyan Oshiro, Víctor Raúl Yara Kiyán y Luis Yasuaki Higa Yogui contra la Sociedad de Gestión Colectiva, Unión Peruana de Productores Fonográficos. Expediente 013-2008/CLC.

²⁵ Decreto Legislativo contra las prácticas monopolísticas y restrictivas de la libre competencia.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



libre competencia es únicamente la represión de las conductas que afectan el funcionamiento eficiente del proceso competitivo²⁶.

23. Adicionalmente, la sanción de conductas explotativas es contraria al modelo de economía social de mercado establecido por el artículo 58 de la Constitución Política del Perú²⁷; a la prohibición de fijar precios administrativamente contenida en el artículo 4²⁸ del Decreto Legislativo 757²⁹; así como a la necesidad práctica de evitar las distorsiones que podría provocar la existencia de una agencia de competencia dedicada a determinar el nivel de los precios (o márgenes de ganancia) que resulte "aceptable" en el mercado.
24. En la misma línea, el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Comisión mediante Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC³⁰, estableció que el efecto exclusorio constituye un requisito indispensable para que pueda investigarse una práctica de abuso de posición de dominio.
25. Asimismo, en la Resolución 0027-2008/SC1-INDECOPI³¹ la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) indicó que la sanción por la imposición de precios considerados "excesivos" implicaría que mediante la aplicación del Decreto Legislativo 1034, la agencia de competencia determine y se pronuncie sobre si un nivel de precios resulta muy alto o si las ganancias

²⁶ Sobre el particular, cabe recordar que la libre competencia entre los agentes económicos permite el funcionamiento eficiente del proceso competitivo. En efecto, la pugna entre los competidores por satisfacer las necesidades de los consumidores provoca que los primeros mejoren sus procesos productivos y reduzcan sus costos de producción (eficiencia productiva), que establezcan precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa) y que innoven en la producción de nuevos y mejores productos para los consumidores (eficiencia innovativa).

Sin embargo, el proceso competitivo puede producir un "daño concurrencial" a algunos competidores, es decir, una afectación derivada de la mayor eficiencia económica de determinados agentes económicos que se ganan las preferencias de los consumidores, gracias a sus menores costos y precios o a la mejor calidad de sus productos. Este daño concurrencial es resultado de la propia dinámica del mercado y no resulta sancionable.

A diferencia del daño concurrencial, el abuso de posición de dominio afecta el proceso competitivo, en beneficio del dominante y en perjuicio de sus competidores actuales o potenciales, directos o indirectos, por razones distintas a la mayor eficiencia económica, y, en esa medida, sí resulta sancionable.

²⁷ Constitución Política del Perú

Artículo 58.- Economía social de mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

²⁸ Decreto Legislativo 757 – Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada

Artículo 4º.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República.

²⁹ Ello, toda vez que la intervención de la agencia de competencia para sancionar conductas de efecto explotativo como los "precios excesivos" o la "discriminación explotativa" tendría un efecto equivalente a la fijación de precios (o márgenes de ganancia) por parte de una autoridad administrativa.

³⁰ Procedimiento iniciado por la denuncia interpuesta por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu - Consettur Machupicchu S.A.C. Expediente 003-2005/CLC.

³¹ Dicha Resolución confirmó la Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



resultan excesivas, lo que por vía indirecta, llevaría a la autoridad a la fijación o establecimiento de precios.

26. En el mismo sentido, mediante Resolución 0708-2011/SC1-INDECOPI, la Sala señaló que reprimir las prácticas explotativas, tales como "precios excesivos", llevaría a la agencia de competencia a sancionar el nivel de ganancia de un determinado agente económico y a establecer un máximo para dichas ganancias, lo cual implicaría indirectamente intervenir en la fijación de los precios, pese a que esta posibilidad se encuentra expresamente proscrita por el artículo 4 del Decreto Legislativo 757³².
27. En consecuencia, conforme a lo expuesto, se debe señalar que el Decreto Legislativo 1034 exige como condición para la intervención de la Secretaría Técnica y la Comisión que la conducta investigada tenga la capacidad de generar un efecto exclusorio actual o potencial sobre los competidores del agente dominante que realiza la práctica. Así, no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

III.4. Análisis de procedencia de los hechos denunciados como supuestos de abuso de posición de dominio

28. A continuación, se analizarán las características de la denuncia formulada por Petroperú contra Future Pipe y Roac, y si esta Secretaría Técnica y la Comisión resultan competentes para conocerla.

III.4.1. Pretensión Principal

29. Mediante su escrito de denuncia Petroperú solicitó, como pretensión principal, que se determine si la venta de Future Pipe de tuberías y accesorios de fibra de vidrio relacionados, a precios que superan y difieren significativamente de los costos de producción, distribución, transporte y exportación, constituye una práctica de abuso de posición de dominio tipificada en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1034.
30. En particular, con relación al precio excesivo Petroperú señaló lo siguiente:

*"En consecuencia, fácticamente está debidamente acreditado, que la Empresa ROAC PERÚ SAC, en su condición de Representante Exclusiva de la Empresa fabricante de tuberías y accesorios de Fibra de Vidrio – FUTURE PIPE INDUSTRIES, en connivencia con ésta última, abusando de su posición de exclusividad en el Mercado, sobrevaloró las cotizaciones de la Empresa fabricante, obteniendo un beneficio económico y perjudicando a PETROPERÚ S.A. (...)."*³³

³² Procedimiento iniciado por la denuncia interpuesta por la Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú y el Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera de la Cuenca de Lima contra Gloria S.A.. Expediente 013-2007/CLC.

³³ Folio 20 del Expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



31. En efecto, de las alegaciones y los medios de prueba presentados por Petroperú, se advierte que su pretensión principal se orienta a probar que fue víctima de una práctica explotativa por parte de Furute Pipe y Roac. En su denuncia señaló lo siguiente:

"De manera paralela, mediante Carta N° TL-CG-342-2010 del 05.04.2010, PETROPERÚ S.A. dirigida directamente a la empresa Future Pipe Industries SAE, se les precisó el hallazgo de la sobrevaloración de los productos efectuados por la empresa ROAC PERU S.A.C., quien abusando de su posición de representante exclusiva venía alterando onerosamente el precio de las tuberías y accesorios de fibra de vidrio en la primera y segunda compra, efectuadas con intermediación de la empresa ROAC PERU SAC (...)." ³⁴

"(...) [La] compra de materiales FRP Wavistrong consistentes en 1,080 KIT, comprados directamente a la empresa ROAC PERU S.A.C., por ser su representante exclusivo, resultó ser excesivamente onerosa desde un 300% hasta un 500%, en comparación con la compra que esta empresa fabricante le vendió a la empresa contratista Prisma – Metra- Murgisa, situación que fue advertida y comunicada a la empresa fabricante (...)." ³⁵

32. Asimismo, Petroperú indicó que Future Pipe y Roac habrían acordado realizar un abuso de posición de dominio consistente en fijar los precios de sus productos muy por encima de los costos reales, en perjuicio de Petroperú; lo cual no sucedería en contrataciones con otros agentes como Consorcio Prisma.

" (...) tanto FPI como ROAC PERU S.A.C. sobrevaloraron los precios de los materiales, en comparación a los precios anteriormente comunicados y contratados con la Empresa Prisma Contratistas Generales, integrante del Consorcio Prisma – Metra – Murgisa que venía ejecutando la Obra: Reemplazo de Red Contra incendio, perjudicando a PETROPERÚ respecto a los precios planteados en el mercado en condiciones de libre competencia." ³⁶

"(...) es preciso señalar que el abuso de la posición de dominio del agente económico FUTURE PIPE INDUSTRIES S.A. y ROAC S.A.C. es por su conducta explotativa en desventaja y perjuicio económico [para Petroperú]." ³⁷

33. Por lo tanto, lo que Petroperú denuncia es la presunta realización de un abuso de posición de dominio con efecto explotativo.

³⁴ Folio 17 del Expediente.

³⁵ Folio 21 del Expediente.

³⁶ Folio 15 del Expediente.

³⁷ Folio 27 del Expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



34. Al respecto, el Decreto Legislativo 1034 señala que los supuestos de prácticas explotativas no son considerados infracciones a las normas de libre competencia, desechando así la posibilidad de interpretaciones en distinto sentido.
35. En consecuencia, la Secretaría Técnica y la Comisión no resultan competentes para el análisis de la denuncia de Petroperú; por lo que, corresponde declarar su denuncia improcedente.
36. La determinación de la competencia por parte de la autoridad al momento de emitir un acto administrativo resulta de vital importancia, pues la autoridad sólo puede poner en marcha el aparato estatal cuando, en virtud del principio de legalidad³⁸, se encuentra debidamente habilitada para ello, siendo la Ley el acto por el cual se atribuye una potestad a la administración.
37. El numeral 1 del artículo 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley 27444, establece que uno de los requisitos de validez del acto administrativo es que éste sea emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado³⁹.
38. Asimismo, en virtud del principio de debido procedimiento, establecido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, es aplicable al procedimiento administrativo, en cuanto resulte compatible con dicho régimen, la regulación de Derecho Procesal Civil. En tal sentido, para la evaluación de la procedencia o admisibilidad de la denuncia presentada, la Secretaría Técnica deberá tomar en consideración las normas pertinentes establecidas en la legislación procesal civil.
39. Así, el artículo 427 del Código Procesal Civil establece una lista de causales taxativas por las cuales el órgano juzgador debe declarar improcedente la demanda que se somete a su conocimiento. En particular, el numeral 4 establece que el juez debe declarar improcedente la demanda cuando verifique su incompetencia para conocer de una determinada pretensión.

³⁸ Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley 27444.-
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.

(...)

³⁹ Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley 27444
Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

(...)



Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP



40. Asimismo, el artículo 9 del Código Procesal Civil señala que la competencia por materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan⁴⁰.
41. En dicha línea, tomando en consideración que la denuncia señalada por Petroperú está orientada a probar la existencia de efectos explotativos y, por consiguiente, no es materia que pueda ser analizada por la Secretaría Técnica o la Comisión conforme a lo establecido por el Decreto Legislativo 1034 y las normas vigentes; corresponde que la pretensión principal solicitada por Petroperú sea declarada improcedente.

III.4.2. Pretensión Accesoría

42. Adicionalmente, como pretensión accesoría, Petroperú solicitó que se le ordene a las denunciadas la devolución de una suma ascendente a US\$ 481 093,76 (cuatrocientos ochenta y un mil noventa y tres y 76/100 Dólares Americanos) más los intereses que correspondan, en virtud del cobro excesivo que habrían realizado en su contra.
43. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 87 del Código Procesal Civil⁴¹, norma aplicable supletoriamente al presente procedimiento, habiéndose determinado que corresponde declarar improcedente la pretensión principal, esta Secretaría Técnica considera que también corresponde declarar improcedente la pretensión accesoría solicitada por Petroperú.
44. En relación con la supuesta aplicación de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, y el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, cabe precisar que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia no es competente para aplicar las referidas normas.

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

⁴⁰ Código Procesal Civil

Artículo 9.- La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan.

⁴¹ Código Procesal Civil

Artículo 87.-Acumulación objetiva originaria

La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoría. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesoría cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.

Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.

Si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento procesal. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



RESUELVE:

PRIMERO: Declarar improcedente la denuncia interpuesta por Petróleos del Perú - Petroperú S.A. contra Future Pipe Industries S.A.E. y Roac Perú S.A.C., por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad fijación de precios excesivos, debido a que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034, no siendo esta Secretaría Técnica ni la Comisión de Defensa de la Libre Competencia competentes para conocerla.

SEGUNDO: Declarar improcedente la pretensión accesorio planteada por Petróleos del Perú - Petroperú S.A., al haber sido declarada improcedente la pretensión principal.

Hugo Figari Kahn
Secretario Técnico (e)
Comisión de Defensa de la Libre Competencia