



Expediente 004-2010/CLC

Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI

27 de diciembre de 2013

VISTOS:

La Resolución 005-2011/ST-CLC-INDECOPI del 29 de marzo de 2011 que admitió a trámite 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 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 suscrito entre Irradia y el Consorcio Camisea el 5 de setiembre de 2007; el Informe Técnico 015-2013/ST-CLC de 29 de abril del 2013 elaborado por la Secretaría Técnica de esta Comisión; las observaciones al Informe Técnico 015-2013/ST-CLC presentadas por las partes del presente procedimiento; la audiencia de informe oral del 30 de octubre de 2013; y,

CONSIDERANDO:

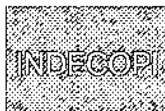
I. ANTECEDENTES

1. Irradia S.R.L. (en adelante, Irradia) es una empresa cuyo objeto social es la licuefacción de gas natural, almacenamiento criogénico, transporte criogénico y regasificación de gas natural líquido para su comercialización, operación de plantas de procesamiento de gas natural, importación, exportación y comercialización de hidrocarburos en general y actividades conexas, por sí mismas o de manera conjunta con terceros, ya sean personas naturales o jurídicas¹.
2. Hunt Oil Company of Peru L.L.C. Sucursal del Perú (en adelante, Hunt Oil) es una empresa cuyo objeto social es adquirir, explorar, perforar, desarrollar, operar y disponer de propiedades de petróleo y gas; producir, recolectar, almacenar, tratar, procesar, refinar, enviar, comercializar, vender o disponer de los hidrocarburos; realizar cateo, prospección, exploración y explotación de minerales y otras actividades mineras; y dedicarse a cualquier otro negocio o actividad que, en la actualidad o en el futuro, pudieran ser necesarios,

¹ Según Partida Electrónica 11895468 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP.



Presidencia
del Consejo de Ministros



incidentales, idóneos, aconsejables o convenientes para cumplir con el propósito antes mencionado².

3. Pluspetrol Camisea S.A. (en adelante, Pluspetrol Camisea) es una empresa cuyo objeto social es explorar, descubrir, explotar, desarrollar, producir, comprar y vender petróleo, gas, otras sustancias de hidrocarburos líquidos y gaseosos, minerales e invertir, retirar la inversión y administrar propiedades de petróleo y gas y contratos de exploración y explotación; realizar negocios relacionados con la energía y recursos naturales, construcción y operación de sistemas de transporte de gas y petróleo, fraccionamiento y distribución de gas natural y otros gases provenientes de los hidrocarburos, refinación de hidrocarburos, fraccionamiento y comercialización mayorista y minorista de combustibles, transporte y distribución de electricidad³.
4. Pluspetrol Perú Corporation S.A. (en adelante, Pluspetrol) es una empresa cuyo objeto social es explorar, descubrir, explotar, desarrollar, producir, comprar y vender petróleo, gas, otras sustancias de hidrocarburos líquidos y gaseosos, minerales, e invertir, retirar la inversión y administrar propiedades de petróleo y gas y contratos de exploración y explotación; realizar negocios relacionados con la energía y recursos naturales, construcción y operación de sistemas de transporte de gas y petróleo, fraccionamiento y distribución de gas natural y otros gases provenientes de los hidrocarburos, refinación de hidrocarburos, fraccionamiento y comercialización mayorista y minorista de combustibles, transporte y distribución de electricidad, así como cualquier otra actividad relacionada o derivada, directa o indirectamente, de las antes mencionadas o distinta a las mismas que sea aprobada por la Junta General de Accionistas⁴.
5. Repsol Exploración Perú Sucursal del Perú (en adelante, Repsol) es una empresa cuyo objeto social es desarrollar actividades de exploración, investigación, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos y otros productos afines⁵.
6. SK Innovation Sucursal Peruana, antes SK Energy Sucursal Peruana⁶ (en adelante, SK Innovation) es una empresa cuyo objeto social es llevar a cabo actividades hidrocarburíferas de acuerdo con las leyes de la República del Perú⁷.

² Según Partida Electrónica 11123160 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

³ Según Partida Electrónica 11776271 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

⁴ Según Partida Electrónica 11246333 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

⁵ Según Partida Electrónica 306614 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

⁶ El cambio de razón social consta en la Escritura Pública del 10 de mayo de 2011, otorgada por el Notario David Sánchez Manrique Tavella el 19 de mayo de 2011 e inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

⁷ Según Partida Electrónica 02015544 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.



Presidencia
del Consejo de Ministros



7. Sonatrach Perú Corporation S.A.C. (en adelante, Sonatrach) es una empresa cuyo objeto social es identificar y desarrollar acumulaciones de hidrocarburos ubicadas en el Perú o en aguas litorales adyacentes al Perú; explorar, desarrollar, producir, procesar, transportar y comercializar gas, así como cualquier otro tipo de hidrocarburo o sus derivados; desarrollar actividades de refinación de hidrocarburos y operaciones de licuefacción de gas natural; desarrollar, operar, financiar, hipotecar, vender, canjear o enajenar de otro modo todos o cualquiera de los bienes antes referidos; y, dedicarse a cualquier otro negocio que sea necesario, apropiado, aconsejable o conveniente, ahora o en el futuro, para lograr los objetivos precedentes⁸.
8. Tecpetrol del Perú S.A.C. (en adelante, Tecpetrol) es una empresa cuyo objeto social es realizar actividades de exploración, explotación y desarrollo de yacimientos de hidrocarburos. También puede dedicarse al transporte, transformación, destilación y comercialización de hidrocarburos y de sus derivados⁹.
9. Mediante Resolución 005-2011/ST-CLC-INDECOPI del 29 de marzo de 2011 (en adelante, la Resolución Admisoria), la Secretaría Técnica decidió admitir a trámite la denuncia interpuesta por Irradia contra el Consorcio Camisea, por 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 suscrito entre Irradia y el Consorcio Camisea el 5 de setiembre de 2007 (en adelante, el Contrato de Suministro)¹⁰, infracción tipificada en los artículos 1 y 10.2, literal a), del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, debido a que existían indicios razonables de los siguientes hechos que constituyen requisitos de la conducta:

⁸ Según Partida Electrónica 11464787 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

⁹ Según Partida Electrónica 11227091 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

¹⁰ Acerca de la fecha de la primera nominación y el inicio del Contrato de Suministro, éste señala lo siguiente:

"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 realizará 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.
(...)

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 (...).

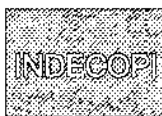
Cabe precisar que, como se desprende del Contrato de Suministro, el plazo para realizar la primera nominación vence el 4 de setiembre de 2009.

Asimismo, cabe precisar que, considerando la relación que existe entre la fecha de la primera nominación y el inicio del Contrato de Suministro, se hará referencia a ambos términos de manera indistinta, para referirse al mismo concepto o idea.

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



- Que el Consorcio Camisea 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 participación, el nivel de concentración del mercado y la presencia de barreras de entrada.
- Que el Consorcio Camisea se habría negado a reprogramar la fecha de la primera nominación, situación que se desprende de su silencio respecto de la solicitud de Irradia y de la posterior resolución del Contrato de Suministro.
- Que no habría existido justificación comercial válida para la negativa a reprogramar la fecha de la primera nominación. Por el contrario, existían indicios razonables de que el Consorcio Camisea 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)¹¹, el Consorcio Camisea 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.
- Que la conducta del Consorcio Camisea podría haber tenido efectos anticompetitivos, debido a que podría haber producido: (i) el efecto de mantener el poder de mercado de Repsol YPF Comercial del Perú S.A. (en adelante, Rycopesa)¹² (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de dificultar la entrada de Irradia, su competidor potencial e indirecto, al mercado de distribución de gas natural a clientes industriales y vehiculares a través de camiones cisterna (perjuicio anticompetitivo).

Asimismo, la Secretaría Técnica declaró inadmisible la denuncia interpuesta por Irradia contra el Consorcio Camisea, por presunto abuso de posición de dominio consistente en restringir de manera injustificada y discriminatoria la posibilidad de reprogramar el inicio del Contrato de Suministro y crear limitaciones indebidas para excluirla de participar y lograr la adjudicación de gas natural en el Proceso de Licitación para Selección de Ofertas de Gas Natural del Lote 88 realizado por el Consorcio Camisea entre 2009 y 2010 (en adelante, el Proceso de Licitación).

10. Mediante escritos del 30 de mayo de 2011, Hunt Oil, Pluspetrol Camisea, Pluspetrol, Repsol y Sonatrach presentaron sus descargos. Mediante escritos del 31 de mayo de 2011, hicieron lo mismo SK Innovation y Tecpetrol.
11. Mediante escrito del 27 de julio de 2011, Pluspetrol Camisea y Pluspetrol reiteraron el pedido contenido en su escrito de descargos para que se sancione a Irradia por presunta interposición de denuncia maliciosa.

¹¹ Al respecto, cabe señalar que, en 2009, Termochilca interpuso denuncia contra el Consorcio Camisea, por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación, consistente en negarse a suscribir un contrato de suministro de gas natural. Asimismo, cabe precisar que, mediante Resolución 054-2010/CLC-INDECOP del 13 de agosto de 2010, la Comisión aceptó el desistimiento presentado por Termochilca y declaró la conclusión del procedimiento (Expediente 003-2009/CLC).

¹² Empresa vinculada a un miembro del Consorcio Camisea (específicamente, Repsol) y dedicada a la comercialización de líquidos asociados al gas natural.

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



12. Mediante Resolución 015-2011/ST-CLC-INDECOPI del 23 de agosto de 2011, la Secretaría Técnica denegó el pedido de suspensión del procedimiento realizado por Tecpetrol sustentado en un supuesto de litispendencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 65 del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi¹³, así como el artículo 64 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁴.
13. Mediante escrito del 23 de setiembre de 2011, Pluspetrol Camisea y Pluspetrol presentaron información relacionada con la resolución del Contrato de Suministro de Gas Natural del 12 de abril de 2010, celebrado entre Irradia y el Consorcio Camisea como consecuencia del Proceso de Licitación (en adelante, el Segundo Contrato de Suministro).
14. Mediante escrito del 5 de octubre de 2011, Irradia presentó sus comentarios con relación al pedido de Pluspetrol Camisea y Pluspetrol de que se sancione a Irradia por interposición de denuncia maliciosa.
15. Mediante escrito del 13 de octubre de 2011, Pluspetrol Camisea y Pluspetrol presentaron información adicional relacionada con la participación del Consorcio Camisea en el mercado de gas natural.
16. Mediante Carta 280-2011/ST-CLC-INDECOPI del 26 de octubre de 2011, se requirió a Irradia determinada información relacionada con su solicitud para reprogramar la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de Suministro.
17. Mediante Cartas 281, 282 y 283-2011/ST-CLC-INDECOPI del 26 de octubre de 2011, la Secretaría Técnica solicitó a Clean Energy del Perú S.R.L. (en adelante, Clean Energy), GNC Energía Perú S.A. (en adelante, GNC Energía) y Neogas Perú S.A. (en adelante, Neogas) determinada información con el objeto de reunir mayores elementos de juicio sobre las características y el funcionamiento del mercado de comercialización de gas natural.

13

Decreto Legislativo 807

Artículo 65.- Los órganos funcionales de Indecopi suspenderán la tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen sólo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respectiva, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramite ante el Indecopi.

14

Ley 27444

Artículo 64.- Conflicto con la función jurisdiccional

64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso.

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



18. Mediante escrito del 4 de noviembre de 2011, Irradia respondió el escrito de Pluspetrol Camisea y Pluspetrol del 23 de setiembre de 2011 relacionado con la resolución del Segundo Contrato de Suministro.
19. Mediante escrito del 7 de noviembre de 2011, Irradia respondió el argumento de las denuncias relacionado con la naturaleza contractual del conflicto.
20. Mediante escrito del 9 de noviembre de 2011, Pluspetrol Camisea y Pluspetrol señalaron que Irradia presentó argumentos inexactos y ocultó información relevante en su denuncia. Asimismo, reiteraron su pedido para que se le sancione por presunta interposición de denuncia maliciosa.
21. Mediante escrito del 9 de noviembre de 2011, en respuesta al requerimiento de información realizado mediante Carta 280-2011/ST-CLC-INDECOPI, Irradia presentó los detalles de su solicitud para reprogramar la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de Suministro.
22. Mediante escrito del 9 de noviembre de 2011, Neogas cumplió con absolver el requerimiento de información realizado mediante Carta 283-2011/ST-CLC-INDECOPI.
23. Mediante escrito del 10 de noviembre de 2011, Irradia presentó copia de la Carta IRR-GG-037-11, remitida a Pluspetrol el 9 de noviembre de 2011, solicitándole la devolución de la garantía debido a la resolución del Segundo Contrato de Suministro.
24. Mediante escrito del 11 de noviembre de 2011, Pluspetrol Camisea y Pluspetrol presentaron información adicional relacionada con la participación del Consorcio Camisea en el mercado de comercialización de gas natural.
25. Mediante escritos del 14 y 18 de noviembre de 2011, GNC Energía absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 282-2011/ST-CLC-INDECOPI.
26. Mediante escrito del 25 de noviembre de 2011, en respuesta al requerimiento de información realizado mediante Carta 280-2011/ST-CLC-INDECOPI, Irradia presentó el detalle de sus comunicaciones con el West LB Bank.
27. Mediante escrito del 5 de diciembre de 2011, Pluspetrol Camisea y Pluspetrol presentaron copia de la Carta PPC-COM-11-0526, remitida a Irradia el 29 de noviembre de 2011, comunicándole la conformidad del Consorcio Camisea con la resolución del Segundo Contrato de Suministro.
28. Mediante escrito del 6 de diciembre de 2011, Clean Energy absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 281-2011/ST-CLC-INDECOPI.
29. Mediante escrito del 24 de enero de 2011, Irradia reiteró los principales argumentos de su denuncia y, adicionalmente, alegó la existencia de un supuesto efecto perjudicial para el bienestar de los consumidores, como

U



consecuencia de la conducta demandada, como consecuencia de la conducta denunciada.

30. Mediante escrito del 1 de marzo de 2012, Repsol reiteró los principales argumentos de 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 independientes que sostuvo con Irradia.
31. Mediante escrito del 5 de marzo de 2012, Pluspetrol Camisea y Pluspetrol presentaron copia de diversas comunicaciones entre Irradia y el Consorcio Camisea, en particular, aquellas relacionadas con el Proceso de Licitación.
32. Mediante escrito del 12 de marzo de 2012, Hunt Oil 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.
33. Mediante escrito del 13 de marzo de 2012, Pluspetrol Camisea y Pluspetrol reiteraron la posición en la que se encontraba Irradia luego de haber perdido el financiamiento del West LB Bank.
34. Mediante escrito del 16 de marzo de 2012, SK Innovation reiteró los principales argumentos de sus descargos, incidiendo en que: (i) la resolución del Contrato de Suministro fue única y exclusivamente responsabilidad de Irradia, toda vez que ésta no habría obtenido el financiamiento necesario para la puesta en operación de su proyecto, (ii) Irradia habría actuado de mala fe al pretender culpar a la crisis internacional por la pérdida de su financiamiento, cuando en realidad esta pérdida se explicaría por el incumplimiento de sus obligaciones frente al Banco West LB y (iii) a pesar de que al 2 de mayo del 2008 el Banco West LB ya había resuelto el contrato de financiamiento con Irradia, ésta última tardó más de un año para informar de esta situación al Consorcio Camisea y solicitar la prórroga de la primera nómina.
35. Mediante escrito del 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.
36. Mediante escrito del 29 de marzo de 2012, Pluspetrol Camisea y Pluspetrol negaron la supuesta intención del Consorcio Camisea y, en particular, de Repsol de participar en el mercado en el que Irradia pretendía participar. Asimismo, reiteraron las diferencias existentes entre Irradia y Termochilca.
37. Mediante escrito del 19 de abril de 2012, Pluspetrol Camisea y Pluspetrol presentaron información adicional relacionada con el supuesto tratamiento diferenciado otorgado a Irradia frente a Termochilca. Asimismo, adjuntaron el informe del 12 de abril de 2012, elaborado por los abogados Mario Castillo Freyre y Verónica Rosas Berastain, a solicitud de Pluspetrol, acerca de las obligaciones originadas de la relación contractual entre el Consorcio Camisea e Irradia y las justificaciones objetivas de su resolución.

△



Presidencia
del Consejo de Ministros



38. Mediante escrito del 5 de julio de 2012, Pluspetrol Camisea y Pluspetrol presentaron copia de una entrevista realizada al señor Germán Freyre, Gerente de Neogas, publicada por la revista Semana Económica el 1 de julio de 2012, acerca de la evolución del mercado de gas natural en el Perú.
39. El 29 de abril de 2013, mediante Informe Técnico 015-2013/ST-CLC (en adelante, el Informe Técnico), la Secretaría Técnica recomendó a esta Comisión que declare infundada la denuncia interpuesta por Irradia en atención a las siguientes consideraciones:
- (i) El Consorcio Camisea ostentó posición de dominio en el mercado relevante constituido por la comercialización mayorista de gas natural en la Selva Sur, entre 2007 y 2009.
 - (ii) Las circunstancias que se presentaron cuando Irradia realizó su solicitud de reprogramación de la fecha de la primera nominación acreditan que la negativa a reprogramar habría constituido una decisión comercialmente válida y económicamente eficiente y que, en consecuencia, la conducta del Consorcio Camisea se encontraba justificada.
 - (iii) La conducta del Consorcio Camisea no ha producido un efecto exclusorio. Repsol YPF Comercial del Perú S.A. (en adelante, Rycopesa)¹⁵, e incluso el Grupo Repsol¹⁶, redujo su participación de mercado; asimismo, la venta del gas natural se incrementó durante el periodo investigado.

Adicionalmente, la Secretaría Técnica sometió a consideración de esta Comisión la solicitud formulada por Pluspetrol y Pluspetrol Camisea para que se sancione a Irradia por presunta interposición de denuncia maliciosa.

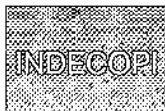
40. Mediante sendos escritos entre el 27 y 29 de mayo de 2013, Repsol, Sonatrach, Hunt Oil, Pluspetrol Camisea, Pluspetrol, Irradia y SK Innovation, presentaron sus observaciones al Informe Técnico.
41. El 30 de octubre de 2013 se realizó la audiencia de Informe Oral del presente caso con la asistencia de todas las partes.
42. El 14 de noviembre de 2013 Irradia remitió por escrito sus alegatos presentados en la audiencia de Informe Oral.

¹⁵ Empresa vinculada a un miembro del Consorcio Camisea (específicamente, Repsol) y dedicada a la comercialización de líquidos asociados al gas natural.

¹⁶ El Grupo Repsol es un grupo económico que cuenta con operaciones en más de treinta países y maneja cuatro áreas de negocio: exploración y producción; refinación y marketing; química; y electricidad. En el caso peruano, el Grupo Repsol participa en el sector hidrocarburos desde 1996, año en el que adquirió de Petroperú el 60.37% de las acciones de Refinería La Pampilla. El Grupo Repsol está conformado por Refinería La Pampilla S.A.A., Repsol, Repsol YPF, Repsol YPF Marketing S.A.C., Servicios y Operaciones Perú S.A.C. Ver: <http://www.equilibrium.com.pe/Relapasaacc.pdf>, http://www.repsol.com/pe_es/refinerialapampilla/info_accionistas_e_inversores/informacion_general/diagrama_de_grupo_economico/



Presidencia
del Consejo de Ministros



II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

43. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si el Consorcio Camisea incurrió en 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.

III. CUESTIÓN PREVIA

3.1. Competencia de la Comisión

44. Las investigadas han cuestionado la competencia de la Comisión para pronunciarse sobre la conducta investigada. En particular, se mencionó que (i) la competencia fue atribuida legalmente y por acuerdo expreso de las partes a otras entidades, (ii) la materia de controversia está delimitada a la interpretación contractual y no a la evaluación de prácticas anticompetitivas, (iii) no se ha verificado una afectación real a la libre competencia en el mercado sino que se trata de un conflicto entre privados.
45. Las denunciadas sostienen que la denuncia debe ser declarada improcedente por falta de competencia de la Comisión, dado que la controversia versa sobre materias contractuales relacionadas con la validez de la resolución del Contrato de Suministro por parte del Consorcio Camisea.
46. Sobre el particular, se debe mencionar que en ejercicio de su libertad de contratación, un agente económico, en principio, puede decidir libremente si contrata o no sin necesidad de manifestar una causa para su decisión. A su vez, debe precisarse que la libertad de contratación no es irrestricta puesto que debe coexistir con otros principios que guían el régimen económico del Estado. Uno de esos principios es el de la libre competencia, entendida como la situación en la cual los agentes económicos rivalizan entre si con el fin de hacerse de las preferencias de los consumidores.
47. Así, en el caso de un agente económico con posición de dominio, la negativa a contratar, bajo determinadas circunstancias, está proscrita por las normas de defensa de la libre competencia. El objetivo de sancionar las conductas de abuso de posición de dominio es evitar que la actuación de una empresa que goza de dicha posición afecte el proceso competitivo.
48. En este sentido, el enfoque de la agencia de competencia frente a estos casos consiste en proteger las condiciones del proceso competitivo a efectos de minimizar los costos sociales generados por el ejercicio irregular del poder de mercado. En ejercicio de sus atribuciones, la agencia busca desincentivar, vía la imposición de sanciones y medidas correctivas, la comisión de conductas que califiquen como abuso de posición de dominio, entre las que se encuentra la negativa injustificada de trato.
49. Desde el enfoque con el que trabaja la Comisión, el presente procedimiento no busca determinar la validez o invalidez de una o más cláusulas del Contrato de

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



Suministro¹⁷, la de su resolución unilateral, la eficacia o ineficacia de los actos de ejecución, así como tampoco pretende pronunciarse sobre la ejecución o inejecución de las prestaciones de Irradia, ni las responsabilidades que ello generaría. El objetivo del presente procedimiento busca analizar si las conductas de los agentes económicos involucrados, al margen de su calificación en el ámbito puramente contractual, constituyen supuestos de conductas anticompetitivas. En particular, si existe un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, infracción tipificada en el artículo 10.2, literal a), del Decreto Legislativo 1034.”

50. En efecto, tal como ha sido señalado en la Resolución Admisoria y el Informe Técnico, el análisis de la controversia está delimitada a la presunta realización de una conducta de abuso de posición de dominio consistente en la negativa del Consorcio Camisea de reprogramar a Irradia la fecha de la primera nominación del Contrato de Suministro.
51. En consecuencia, esta Comisión tiene competencia para analizar si los hechos investigados podrían configurar un abuso de posición de dominio en tanto es la encargada de velar por el cumplimiento del Decreto Legislativo 1034, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi¹⁸, y el numeral 1.1 del artículo IV y el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 27444¹⁹.

3.2. Calificación de la denuncia

52. Las investigadas solicitaron que se declare la improcedencia de la denuncia, alegando un error en la calificación de la conducta investigada. En particular, señalaron que al analizar la celebración de contratos de suministro con otros agentes distintos a Irradia, la Secretaría Técnica buscó constatar la existencia de condiciones desiguales para situaciones equivalentes, supuesto que corresponde

¹⁷ Cabe mencionar que el Contrato de Suministro de gas natural vehicular fue adjuntado como medio probatorio a la denuncia de Irradia.

¹⁸ **Decreto Legislativo 1033**
Artículo 24.- De la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.-
Corresponde a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia velar por el cumplimiento de la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y de las otras leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas o promueven una competencia efectiva en los mercados, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

¹⁹ **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.

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 nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
(...)

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



a una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación.

53. Con relación a estas alegaciones, se debe precisar que la Secretaría Técnica solicitó información a Pluspetrol acerca de las solicitudes de reprogramación que había recibido el Consorcio Camisea, las respuestas que había brindado y los criterios de evaluación que aplicaba, con la finalidad de comprender los mecanismos comerciales con los que operaba. Dicho requerimiento fue absuelto por escrito del 5 de octubre de 2010, mediante el cual Pluspetrol informó de los criterios utilizados para evaluar las solicitudes de reprogramación. Posteriormente, la Secretaría Técnica analizó las solicitudes de reprogramación que había recibido el Consorcio Camisea y las respuestas que había brindado a otros agentes²⁰.
54. De la Resolución Admisoria se desprende que las referencias a las negociaciones con otros agentes, como por ejemplo Termochilca, no buscaban determinar la existencia de indicios razonables de una discriminación, sino únicamente verificar si el Consorcio Camisea efectivamente aplicaba los criterios de evaluación que afirmó haber considerado en el caso de Irradia y si, en consecuencia, existían indicios razonables de una justificación comercial válida.
55. Ello se refleja en las conclusiones a las que arribó la Resolución Admisoria al calificar la conducta investigada:

"Por lo tanto, habiéndose determinado la existencia de indicios razonables de que el presunto infractor habría ostentado posición de dominio en el mercado relevante, se habría negado a reprogramar la fecha de la primera nominación y habría obtenido beneficios y causado perjuicios a un competidor potencial e indirecto (efecto exclusorio), y que no existen indicios razonables de una justificación comercial válida para la conducta denunciada; esta Secretaría Técnica considera que corresponde admitir a trámite la denuncia interpuesta por Irradia respecto de este extremo de la denuncia."

56. En efecto, la evaluación que realizó la Secretaría Técnica en la Resolución Admisoria estuvo dirigida a constatar la existencia de indicios razonables de la realización de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato. Y, de otro lado, la referencia a contratos de suministro con otros agentes distintos a Irradia estuvo dirigida a constatar la justificación del comportamiento del Consorcio Camisea.
57. Por tanto, esta Comisión considera que no existe un error en calificación de la conducta investigada en la Resolución Admisoria, toda vez que los presupuestos que se analizaron son los correspondientes a la tipificación de la conducta anticompetitiva admitida a trámite. Así, la Secretaría Técnica evaluó los

²⁰

Por ejemplo, al analizar el caso de Termochilca se determinó que el Consorcio Camisea había 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. En otras palabras, se determinó que existían indicios razonables de que el Consorcio Camisea no aplicaba los criterios de evaluación que afirmó haber aplicado en el caso de Irradia.

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



presupuestos para la configuración de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, constatando la existencia de indicios de que el Consorcio Camisea habría ostentado posición de dominio en el mercado relevante, que se habría negado injustificadamente a reprogramar la fecha de la primera nominación y que esta conducta podría haber tenido efectos anticompetitivos.

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

4.1. Marco conceptual

58. La libertad de contratación se encuentra expresamente reconocida por el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú²¹. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este derecho garantiza, por un lado, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la otra parte contratante y, por otro lado, la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual²².
59. No obstante, la libertad de contratación debe ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico. Uno de ellos es el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución²³. Este principio ha sido desarrollado legislativamente mediante el Decreto Legislativo 1034. Por lo tanto, la libertad de contratación no es irrestricta sino que debe ejercerse en armonía con la libre competencia.
60. Una de las limitaciones a la libertad de contratación establecidas en el Decreto Legislativo 1034 se encuentra, precisamente, en la realización de conductas de abuso de posición de dominio. En efecto, si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce como regla general que los agentes económicos tienen libertad de contratación, el Decreto Legislativo 1034 establece como excepción aquel supuesto en el que un agente económico goza de posición de dominio y realiza una conducta que restringe de manera indebida la competencia.
61. En particular, el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034 establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico, que goza de posición de dominio en el mercado relevante, restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Al respecto, el artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio en el mercado supuestamente afectado. En la misma línea, el artículo 10.5 establece que no

²¹ **Constitución**
Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, emitida en el Expediente 4788-2005/PA/TC.

²³ **Constitución**
Artículo 61.- Libre competencia
El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

LA



constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

62. De acuerdo con lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
- a. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - b. Que el supuesto infractor haya restringido la competencia en alguna de las modalidades descritas en la norma.
 - c. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
63. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad para afectar o distorsionar unilateralmente en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del mercado, por razones tales como una importante participación de mercado, un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial. Si no contara con posición de dominio, su conducta no podría constituir un abuso de posición de dominio.

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

64. En lo que se refiere al segundo requisito, un ejemplo es la modalidad de negativa injustificada de trato (descrita en el literal a) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034), que puede producirse cuando el presunto infractor rechaza directamente una solicitud de compra o venta (negativa directa), o cuando no responde o responde con reiteradas evasivas la solicitud del supuesto afectado (negativa indirecta), sin que exista una justificación objetiva para su conducta.
65. El tercer requisito establece que, para que se configure un abuso de posición de dominio, la conducta del presunto infractor debe haber producido un efecto exclusorio. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la conducta investigada restringió o pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas) y en detrimento de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, afectando el bienestar de los consumidores.

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

CA



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

66. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de modo concurrente. En tal sentido, bastará que falte uno de estos requisitos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.
67. Finalmente, cabe precisar que, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en razones relacionadas con una mayor eficiencia económica o en una justificación comercial válida, no se configurará un abuso de posición de dominio. Una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar de los consumidores. Así, por ejemplo, se han aceptado como justificaciones la prevención del *free riding*, la reducción de costos o la provisión de productos de mejor calidad para los consumidores²⁴.

4.2. Análisis de la conducta denunciada

68. A continuación, se determinará si existen medios probatorios que demuestren que el Consorcio Camisea incurrió 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. Específicamente, se analizará si existen medios probatorios que demuestren los siguientes requisitos:
- a. Que el Consorcio Camisea gozaba de posición de dominio.
 - b. Que el Consorcio Camisea se negó injustificadamente a reprogramar la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de Suministro.
 - c. Que, mediante su conducta, el Consorcio Camisea produjo un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
69. Cabe reiterar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de forma concurrente, con lo cual bastará que falte uno de ellos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

4.2.1. Posición de dominio

Definición del mercado relevante

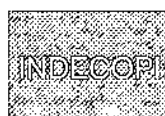
24

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

U



Presidencia
del Consejo de Ministros



70. El mercado relevante está constituido por el mercado producto y el mercado geográfico.
71. El mercado de producto relevante está compuesto por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, deben evaluarse, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas de sustitución y el tiempo requerido para la sustitución²⁵. En ese sentido, para definir el mercado de producto relevante, es necesario identificar el producto en cuestión y determinar si existen sustitutos adecuados para el consumidor de este producto.
72. De acuerdo con lo expresado por Irradia, su actividad principal consiste en la comercialización mayorista de gas natural a clientes industriales y vehiculares mediante una red virtual²⁶. Así, la demanda de Irradia no estaría destinada al consumo final sino a la satisfacción de la demanda de sus clientes industriales y vehiculares. En tal sentido, corresponde determinar si Irradia contaría con sustitutos adecuados para proveer a los clientes industriales y vehiculares de gas natural u otro combustible y, de ser el caso, si estos podrían ser provistos a bajo costo.
73. Los clientes industriales y vehiculares podrían considerar como sustitutos del gas natural a otros combustibles como el diesel, los petróleos industriales y el gas licuado de petróleo (en adelante, GLP)²⁷; sin embargo, resulta relevante señalar que dado que las instalaciones para comercialización de gas natural son exclusivas de este producto²⁸, Irradia no podría proveer estos combustibles a

²⁵ **Decreto Legislativo 1034**
(...)

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

²⁶ Folio 41 del Expediente.

Cabe precisar que Irradia 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.

²⁷ De acuerdo con escrito de Irradia del 25 de junio de 2010. Folio 48 del Expediente.

Cabe precisar que estos combustibles se diferencian principalmente por su contenido energético y su nivel contaminante.

El contenido energético de un combustible se puede aproximar mediante la comparación del costo en unidades monetarias por unidad de energía (medido en gigajoules) como consecuencia de su combustión bajo condiciones estándar. En ese sentido, el combustible con un menor costo por unidad de energía se supone más eficiente. Para mayor información, ver la Resolución 054-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010.

De igual forma, el nivel contaminante de un combustible se puede determinar mediante los kilos de contaminantes (producto de su combustión) por unidad de energía. Para mayor información, ver: <http://www.naturalgas.org/environment/naturalgas.asp>

²⁸ Cabe precisar que el "Contrato de Ingeniería, Fabricación y Dirección del Empeñamiento" entre Irradia y Salof Refrigeration Co. Inc. del 20 de abril de 2007 (folios 0173 a 0381 del Expediente) y las especificaciones técnicas descritas en el documento denominado "Request for Proposal" evidencian que las instalaciones

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



bajo costo. En efecto, para poder proveer estos combustibles alternativos, tendría que adquirir otro tipo de instalaciones.

74. En consecuencia, otros combustibles como el diésel, petróleos industriales y GLP no constituyen sustitutos adecuados del gas natural. En ese sentido, esta Comisión considera que el mercado de producto relevante está constituido por la comercialización mayorista de gas natural, mercado en el que el Consorcio Camisea participa como ofertante e Irradia como demandante.
75. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante²⁹. Para determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento, deben identificarse la zona geográfica en cuestión y determinar si existen fuentes alternativas de aprovisionamiento para el consumidor de esta zona, tomando en cuenta, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras de entrada existentes.
76. El Contrato de Suministro estableció como lugar de despacho la zona de Camisea³⁰ y como lugar de demanda a la zona de Chilca³¹. Tomando ello en consideración, se evaluará si existen fuentes alternativas de aprovisionamiento para satisfacer la demanda de gas natural en Chilca, a nivel nacional e internacional.
77. Para identificar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a nivel nacional, se tomará en cuenta la capacidad productiva, la capacidad disponible de gas natural (oferta disponible) y los costos de abastecimiento involucrados durante el periodo comprendido entre 2007 y 2009, en el cual Irradia suscribió el Contrato de Suministro, solicitó la reprogramación de la fecha de la primera nominación y se resolvió el Contrato de Suministro.
78. Al igual que la Secretaría Técnica, esta Comisión considera necesario recalcar que si bien posteriormente se produjo una evolución de la disponibilidad de gas

requeridas por Irradia son específicas para comercializar gas natural. En particular, en las secciones "Scope" (folio 00267 del Expediente) y "Facility Description" (folio 00268 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

²⁹ **Decreto Legislativo 1034**
(...)

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.

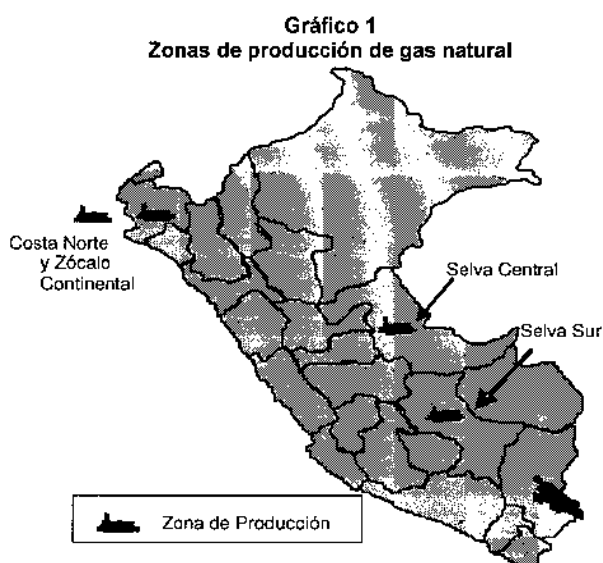
³⁰ Cabe mencionar que, de acuerdo al Contrato de Suministro, el lugar de despacho estaría ubicado en la provincia de La Convención, departamento de Cusco.

³¹ De acuerdo con la denuncia de Irradia (folio 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.

C

natural, - en razón de 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 Continental³² - no es posible considerar dicha evolución posterior, toda vez que el caso está circunscrito a un determinado espacio temporal, esto es, cuando Irradia solicitó la reprogramación de la fecha de primera nominación en agosto de 2009 y cuando el Consorcio Camisea dio por resuelto el Contrato de Suministro.

79. Las fuentes de aprovisionamiento relevantes para el periodo de investigación, además de la zona de producción del Consorcio Camisea ubicada en la Selva Sur (Lote 88)³³, son la Selva Central y la Costa Norte y Zócalo Continental. El siguiente gráfico muestra la ubicación de las referidas zonas de producción:



Fuente: MINEM
Elaboración: Secretaría Técnica

80. Por otro lado, con relación a la producción anual de gas natural por zona de producción se observa lo siguiente:

³²

Evolución de la disponibilidad de gas natural:

- Lote 88: Noviembre, 2009 (fecha de convocatoria del proceso de selección). Disponible en: <http://nueva2008.esan.edu.pe/newsletter/sector-energetico/En%2030%20d%C3%ADas%20se%20iniciar%C3%ADan%20subastas%20por%20gas%20adicional%20de%20Camisea.pdf>
- 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>
- 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>
- 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-mills-norte-peru-este-ano>

³³

Cabe precisar que el Lote 88 era el único lote en producción en la Selva Sur durante el periodo investigado. Informe Estadístico – Producción Fiscalizada de Gas Natural Diciembre 2009. Elaborado por el MINEM. Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Hidrocarburos/estadistica2009/DICIEMBRE/Prod.%20Fisca%20de%20Gas%20Natural.pdf>



Presidencia
del Consejo de Ministros



Cuadro 1
Producción anual de gas natural por zona de producción

Zona	Lotes	Empresa	Producción 2007 (MMm ³)	Producción 2008 (MMm ³)	Producción 2009 (MMm ³)
Selva Sur (Cusco)	88	Consortio Camisea	1,942.52	2,636.02	2,823.84
Selva Central (Ucayali)	31C	Aguaytía Energy del Perú S.R.L.	394.51	422.10	359.17
Costa Norte y Zócalo Continental (Piura)	I	Petro-Tech Peruana S.A.	144.50	146.10	113.70
	VI/VII	Petrobras Energía Perú S.A.	103.86	112.79	110.03
	X	Graña y Montero Petrolera S.A.	40.82	49.57	48.40
	XIII	Sapet Development Perú INC Sucursal Perú	21.14	20.38	12.97
	Z-2B	Olympic Peru INC Sucursal del Perú	12.41	9.81	5.83
Total			2,659.76	3,396.77	3,473.94

Fuente: MINEM, Energy Information Agency (Agencia de Información de Energía de Estados Unidos)
Elaboración: Secretaría Técnica

81. Del cuadro anterior se observa que entre el 2007 y el 2009, el mercado presentó las siguientes características:
- (i) La Selva Sur concentró en promedio más del 77% de la producción nacional de gas natural, siendo el Consortio Camisea el único productor en dicha zona.
 - (ii) La Selva Central concentró en promedio más del 12% de la producción nacional de gas natural, siendo Aguaytía Energy del Perú S.R.L. la única productora en dicha zona.
 - (iii) La Costa Norte y Zócalo Continental concentró en promedio menos del 10% de la producción nacional de gas natural, existiendo 5 empresas que se dedican a la producción.
82. Adicionalmente, como se muestra en el siguiente cuadro, entre 2007 y 2009, en la Selva Central habría existido suficiente capacidad disponible de gas natural (0.73, 0.69 y 0.83 MMm³/día) para satisfacer la demanda de Irradia (0.44 MMm³/día)³⁴

Cuadro 2
Capacidad disponible de gas natural en la Selva Central

	2007 MMm ³ /día	2008 MMm ³ /día	2009 MMm ³ /día
Capacidad de Producción	1.83	1.83	1.83
Capacidad Contratada	1.10	1.14	1.00
Capacidad Disponible	0.73	0.69	0.83

Fuente: MINEM, Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C. y SMV
Elaboración: Secretaría Técnica

83. Al respecto, cabe precisar que, generalmente, las zonas de producción se encuentran ubicadas a una gran distancia de las zonas de consumo, por lo que

³⁴ Cantidad diaria máxima solicitada por Irradia al Consortio Camisea, según el Contrato de Suministro (folio 00873 del Expediente).





Presidencia
del Consejo de Ministros



la mayor parte del gas natural se transporta a través de gaseoductos³⁵. Por otro lado, si bien el gas natural puede transportarse a través de camiones cisterna, para que esta opción resulte económicamente viable, es necesario reducir su volumen, transformándolo en gas natural comprimido (en adelante, GNC) o gas natural líquido (en adelante, GNL)³⁶.

84. No obstante, ninguno de los catorce sistemas de transporte de gas por ducto que operan en el Perú³⁷ conectan la Selva Central con Chilca y solo existe una planta de licuefacción en el Perú, la Planta de Licuefacción de Gas Melchorita ubicada en Cañete³⁸.
85. En consecuencia, considerando que, entre 2007 y 2009, no existía un gaseoducto que conectara la Selva Central con Chilca ni una planta de licuefacción en la Selva Central que permitiese transformar el gas natural en GNC o GNL para transportarlo a Chilca a través de camiones cisterna, la Selva Central no podría haber constituido una fuente alternativa de aprovisionamiento para satisfacer la demanda de gas natural de Irradía en Chilca.
86. Por otro lado, entre 2007 y 2009, la Costa Norte y Zócalo Continental concentró en promedio menos del 10% de la producción nacional de gas natural, existiendo diversos productores en dicha zona. Sin embargo, como se muestra en el siguiente cuadro, en la Costa Norte y Zócalo Continental no habría existido suficiente capacidad disponible de gas natural (0.35, 0.31 y 0.25 MMm³/día) para satisfacer la demanda de Irradía (0.44 MMm³/día).

Cuadro 3
Capacidad disponible de gas natural en la Costa Norte y en el Zócalo Continental

	2007	2008	2009
	MMm ³ /día	MMm ³ /día	MMm ³ /día
Capacidad de Producción	0.90	0.94	0.81
Capacidad Contratada	0.55	0.63	0.56
Capacidad Disponible	0.35	0.31	0.25

Fuente: MINEM, Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C. y SMV
Elaboración: Secretaría Técnica

87. Adicionalmente, entre 2007 y 2009, no existía un gaseoducto que conectara la Costa Norte y Zócalo Continental con Chilca ni una planta de licuefacción en la

³⁵ Para mayor información, ver: 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. Disponible en: http://www2.osinerg.gob.pe/Infotec/GasNatural/pdf/Regulacion_Gas_Natural_Peru.pdf

³⁶ El GNL es 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. Para mayor información, ver: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/gasnatural.pdf>

³⁷ Al respecto, cabe señalar que los referidos sistemas se distribuyen de la siguiente manera: seis son para uso propio de empresas particulares (Corporación Aceros Arequipa S.A., Minsur S.A., Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A., Kallpa Generación S.A., Perú LNG y Enersur S.A.), cuatro son para la recolección e inyección de los Lotes 88, 56 y 31-C, y cuatro están relacionados con el Consorcio Camisea. Ver: http://gasnatural.osinerg.gob.pe/contenidos/empresas_sector/alcance_labores_actividad_transporte_gas_natural.html

³⁸ Al respecto, ver: <http://www.gvm.com.pe/web/petro2.htm>

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



Costa Norte y Zócalo Continental que permitiese transformar el gas natural en GNL para transportarlo a Chilca a través de camiones cisterna. En consecuencia, la Costa Norte y Zócalo Continental no podrían haber constituido una fuente alternativa de aprovisionamiento para satisfacer la demanda de gas natural de Irradia en Chilca.

88. De otro lado, el comercio internacional de gas natural se realiza reduciendo su volumen a través de su transformación en GNL y transportándolo a través de buques o camiones cisterna³⁹. No obstante, para que el comercio internacional de gas natural sea viable es necesario que en el país importador exista una planta de regasificación⁴⁰.
89. El Perú no cuenta con plantas de regasificación de gas natural. Así, en la última década, no se han realizado importaciones de gas natural⁴¹. En tal sentido, el mercado internacional no puede ser considerado una fuente alternativa de aprovisionamiento para satisfacer la demanda de gas natural de Irradia en Chilca.
90. En conclusión, el mercado geográfico relevante está constituido por la comercialización mayorista de gas natural en la Selva Sur, mercado en el que el Consorcio Camisea participa como único ofertante.
91. Cabe mencionar que las denunciadas han alegado que, en el presente caso, no correspondería utilizar el test del monopolista hipotético⁴² para la definición del mercado relevante, debido a que la existencia de precios regulados incrementaría la posibilidad de incurrir en la "falacia del celofán inversa"⁴³. No obstante, cabe precisar que, en el presente caso, se ha definido el mercado relevante comprobando que, por sus características particulares, no existen sustitutos adecuados para el gas natural, que dado los costos de transporte no existen fuentes alternativas de aprovisionamiento para la Selva Sur y, en consecuencia, no es necesario utilizar el test del monopolista hipotético.
92. Asimismo, cabe mencionar que las denunciadas han alegado que, al ser sólo un proyecto y no una empresa operativa, Irradia podría haberse establecido en otras zonas distintas a Chilca, por lo que el análisis del mercado geográfico

³⁹ U.S. Energy Information Administration – Energy Explained.
Disponible en: http://www.eia.doe.gov/energyexplained/index.cfm?page=natural_gas_delivery

⁴⁰ De acuerdo con la California Energy Commission, entidad encargada del desarrollo y planeamiento energético del Estado de California, Estados Unidos, para obtener gas natural a partir del GNL, se requiere de un proceso de regasificación que involucre transmisión de calor. Al respecto, ver: <http://www.energy.ca.gov/lng/faq.html>

⁴¹ Al respecto, ver la página web de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT. Disponible en: <http://www.aduanet.gob.pe/cl-ad-itesdesp/FrmConsultaSumin.jsp?Icon=E>

⁴² O test SSNIP ("small but significant non-transitory increase in price", que significa "incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio), que consiste en evaluar si un monopolista hipotético podría realizar un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio y que dicho incremento le sea rentable. Al respecto, ver: MÓTTA, Massimo (2004), "Competition Policy: Theory and Practice". Cambridge University Press.

⁴³ Escrito de Repsol del 30 de mayo de 2011. Folio 57 del Expediente.

Al respecto, ver: ARON, D. & BURNSTEIN, D. (2008), "Regulatory Policy and the Reverse Celophane Fallacy".
Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1171292

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



relevante debería incluir a estas otras zonas. Sin embargo, la Comisión considera 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.

Determinación de la posición de dominio

93. La posición de dominio es la capacidad para afectar o distorsionar, en forma sustancial y unilateralmente, las condiciones de oferta o demanda del mercado, por razones tales como una importante participación de mercado, un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial.
94. Respecto a su participación en el mercado, el Consorcio Camisea fue el único proveedor en el mercado relevante, entre 2007 y 2009, la participación del Consorcio Camisea fue de 100%. Por lo tanto, el nivel de concentración, según el Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI, por sus siglas en inglés), fue de 10,000 (mercado altamente concentrado)⁴⁴. Esta situación indicaría que el Consorcio Camisea habría ostentado posición de dominio en el mercado relevante, entre 2007 y 2009.
95. En las observaciones al Informe Técnico⁴⁵ y durante el Informe Oral, las denunciadas reiteraron que para la determinación de la posición de dominio no se debería considerar la producción total del Consorcio Camisea sino únicamente la disponible, dado que gran parte de su producción estaba comprometida en otros proyectos. Sobre este punto se debe aclarar que dado que el Consorcio Camisea fue el único proveedor en el mercado relevante, su participación de mercado y el nivel de concentración seguirán siendo los mismos (100% y 10,000), independientemente de si se considera su producción total o la disponible.
96. Con relación a la existencia de barreras de entrada, estas se relacionan directamente con la ausencia de competencia potencial⁴⁶. En efecto, la existencia de barreras de entrada puede impedir o dificultar el ingreso de nuevos competidores al mercado relevante.

⁴⁴ De acuerdo al HHI, el grado de concentración de un mercado se calcula sumando las cuotas de mercado de los agentes económicos elevadas al cuadrado. Así, los mercados pueden ser clasificados en desconcentrados (HHI<1500), moderadamente concentrados (1500<HHI<2500) y altamente concentrados (2500<HHI). U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2010). Horizontal Merger Guidelines. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html#5c>

⁴⁵ Asimismo, mediante escrito del 13 de octubre de 2011, Pluspetrol y Pluspetrol Camisea señalaron lo siguiente: "Tal como menciona la FTC, el cálculo de la participación de mercado (ya sea para casos de concentraciones o de abuso de posición de dominio) no puede hacerse de la forma propuesta por Irradia, sino que, por el contrario, debe evitarse la inclusión de la capacidad comprometida previamente por la empresa investigada, a fin de evitar distorsiones que conlleven a resultados erróneos." Folios 9582 a 9592 del Expediente.

⁴⁶ La competencia potencial limita el ejercicio de poder de mercado por parte de la empresa establecida en la medida en que, a pesar de que no participan en el mercado, los competidores potenciales ejercen presión competitiva.

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



97. Las barreras de entrada pueden ser estratégicas o estructurales⁴⁷. Las barreras estratégicas o de conducta se refieren a comportamientos de las empresas que impiden o dificultan el ingreso de nuevos competidores. Por su parte, las barreras estructurales, legales o económicas, se refieren a circunstancias propias del mercado que impiden o dificultan el ingreso de nuevos competidores. En particular, las barreras legales se refieren a las regulaciones estatales que interfieren de manera directa en la entrada de nuevos competidores. Por su parte, las barreras económicas se refieren a las inversiones y el tiempo necesarios para la entrada de nuevos competidores (por ejemplo, la inversión y el tiempo requeridos para la construcción de la infraestructura necesaria para proveer el producto en cuestión).
98. En el presente caso, en lo que se refiere a las barreras económicas, existen determinadas inversiones que los competidores potenciales del Consorcio Camisea tendrían que realizar para poder participar en el mercado de comercialización mayorista de gas natural en la Selva Sur. Así, como se puede apreciar en el siguiente cuadro, el Consorcio Camisea tuvo que realizar una inversión aproximada de ochocientos cincuenta millones de dólares americanos (US\$ 850'000,000) por concepto de explotación de gas natural, durante cuatro (4) años. Adicionalmente, se comprometió a realizar una inversión aproximada de trescientos setenta y nueve millones de dólares americanos (US\$ 379'000,000) por concepto de exploración de gas natural, durante cinco (5) años⁴⁸. En ese sentido, el tiempo requerido para la realización de las inversiones necesarias para participar en el mercado (barreras económicas) dificultaría que, en el corto plazo, un nuevo competidor ingrese al mercado relevante.

Cuadro 4
Inversión y tiempo requeridos para la provisión de gas natural

Concepto	Duración	Inversión
Explotación del Lote 88	4 años	US\$ 850'000,000
Exploración del Lote 88	5 años	US\$ 379'000,000
Planta de Regasificación (GNL Quintero S.A. – Chile)	4 años	US\$ 1,066'000,000

Fuente: Apoyo & Asociados (Mayo 2010⁴⁹) y GNL Quintero S.A.
Elaboración: Secretaría Técnica

99. Por otro lado, para la importación de gas natural, la experiencia internacional señala que la instalación de una planta de regasificación requiere una inversión superior a los mil millones de dólares americanos (US\$ 1,000'000,000). Así, por ejemplo, la planta de regasificación instalada por GNL Quintero S.A. en Chile supuso una inversión aproximada de mil sesenta y seis millones de dólares americanos (US\$ 1,066'000,000), durante cuatro (4) años⁵⁰.

⁴⁷ Organisation for Economic Co-Operation and Development (2007). "Competition and Barriers to Entry", página 3. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/9/59/37921908.pdf>

⁴⁸ Apoyo & Asociados. Mayo de 2010. Disponible en: http://www.aai.com.pe/files/financiamientos_estructurados/financiamientos_estructurados/pluspetrol_camisea/pluspetrol_camisea_ca.pdf

⁴⁹ Apoyo & Asociados. "Análisis de Riesgo de Pluspetrol Camisea S.A.". Mayo de 2010. Disponible en: http://www.aai.com.pe/files/financiamientos_estructurados/financiamientos_estructurados/pluspetrol_camisea/pluspetrol_camisea_ca.pdf

⁵⁰ Ver: <http://www.gnlquintero.com/index.htm>

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



100. De acuerdo con lo anterior, el tiempo requerido para la realización de las inversiones necesarias para poder participar en el mercado de comercialización mayorista de gas natural en la Selva Sur (barreras económicas) dificultaría que, en el corto plazo, un nuevo competidor ingrese al mercado relevante.
101. En consecuencia, considerando que es el único ofertante del mercado relevante, el alto nivel de concentración y la existencia de barreras de entrada, esta Comisión considera que el Consorcio Camisea ostentó posición de dominio en el mercado relevante constituido por la comercialización mayorista de gas natural en la Selva Sur, entre 2007 y 2009.
102. Habiéndose determinado que el Consorcio Camisea ostentó posición de dominio en el mercado relevante, a continuación se analizará si se negó injustificadamente a reprogramar la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de Suministro.

4.2.2. Negativa injustificada a reprogramar la fecha de la primera nominación

103. A continuación corresponde determinar (i) si Irradia solicitó al Consorcio Camisea la reprogramación de la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de Suministro, (ii) si el Consorcio Camisea se negó a reprogramarla y (iii) si esta conducta se encontraba justificada.

Solicitud de reprogramación de Irradia

104. Del análisis de los medios probatorios que obran en el Expediente, se aprecia que, mediante correo electrónico del 16 de setiembre de 2008, Irradia consultó a Pluspetrol acerca de la posibilidad de reprogramar la fecha de la primera nominación, indicando que existía la probabilidad de que no pueda cumplir con los plazos establecidos en el Contrato de Suministro⁵¹.
105. Posteriormente, mediante Carta IRR-GG-082-09 del 17 de agosto de 2009, Irradia comunicó a Pluspetrol que no le sería posible realizar la primera nominación dentro del plazo establecido en el Contrato de Suministro y solicitó una reunión para suscribir una adenda respecto del referido plazo.
106. Dichas comunicaciones acreditan que Irradia solicitó al Consorcio Camisea la reprogramación de la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de Suministro.

Configuración de la negativa

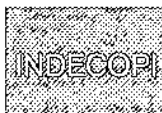
107. Habiéndose determinado que Irradia solicitó la reprogramación de la fecha de nominación del Contrato de Suministro, corresponde ahora verificar si el Consorcio Camisea (a través de su operador Pluspetrol) atendió o rechazó las referidas solicitudes.

⁵¹ Folio 1433 del Expediente.

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



108. Sobre el particular, mediante correo electrónico del 17 de setiembre de 2008, Pluspetrol respondió el correo electrónico de Irradia de 16 de setiembre de 2008, señalando lo siguiente:

"(...) según la cláusula (sic) 3.1 del Contrato de Suministro se indica que el plazo para realizar la primera nominación sólo puede ser prorrogado en caso se produzca un evento fortuito o de fuerza mayor que demore la construcción de la planta e impida realizar dicha nominación, el cual deberá ser debidamente sustentado a los Productores mediante la documentación pertinente. Posteriormente, Los (sic) Productores evaluarán si el evento en mención califica como fuerza mayor"⁵².

109. De otro lado, por Carta PPG-LEG-09-141⁵³ de 15 de octubre de 2009, el Consorcio Camisea dio por resuelto el Contrato de Suministro, amparándose en el numeral 3.1. de la Cláusula Tercera de dicho contrato.
110. En consecuencia, considerando que el Consorcio Camisea no habría respondido la solicitud de reprogramación de Irradia realizada mediante Carta IRR-GG-082-09 y, posteriormente, decidió resolver el Contrato de Suministro, esta Comisión considera que el Consorcio Camisea se negó a reprogramar la fecha de la primera nominación.

La justificación de la conducta

111. Una vez determinado que el presunto infractor ostentó posición de dominio en el mercado relevante y que se negó a reprogramar la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de Suministro, corresponde determinar la validez de su justificación.
112. Como consecuencia de la denuncia interpuesta por Irradia contra el Consorcio Camisea, se pidió a Pluspetrol información⁵⁴ acerca de las solicitudes de reprogramación de la fecha de la primera nominación recibidas por el Consorcio Camisea, las respuestas que brindó y los criterios de evaluación que aplicó.
113. Mediante escrito del 5 de octubre de 2010, Pluspetrol precisó que al evaluar las solicitudes de reprogramación se tenían en cuenta las características particulares de la ejecución de cada contrato como, por ejemplo, la operatividad del proyecto correspondiente, las nominaciones y los consumos anteriores a la solicitud de reprogramación y el volumen del negocio involucrado.
114. Con la finalidad de verificar si el Consorcio Camisea efectivamente aplicaba los referidos criterios de evaluación, la Secretaría Técnica analizó las solicitudes de reprogramación que había recibido y las respuestas que había brindado. En particular evaluó el procedimiento tramitado bajo el Expediente 003-2009/CLC referido a la denuncia presentada por Termochilca contra los miembros del

⁵² Folio 1432 del Expediente.

⁵³ Folio 1556 del Expediente.

⁵⁴ Mediante Carta 334-2010/ST-CLC-INDECOPI del 16 de setiembre de 2010 (Folio 6609 al 6611 del Expediente).

U



Presidencia
del Consejo de Ministros



Consortio Camisea por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato al haberse negado a suscribir un contrato de suministro de gas natural.

115. Del análisis del referido procedimiento la Secretaría Técnica determinó que existían ciertos elementos comunes entre la situación de Irradia y la de Termochilca; en particular, que al momento de la solicitud ambos eran proyectos y no habían realizado consumos anteriores, lo que constituían indicios razonables de que el Consortio Camisea no aplicaba los criterios de evaluación que afirmó haber aplicado para la solicitud de Irradia, lo que supondría una negativa injustificada.
116. Al respecto, esta Comisión considera necesario precisar que el procedimiento de Termochilca se relacionó con negociaciones precontractuales mientras que el presente procedimiento se relaciona con negociaciones durante la vigencia de un contrato; no obstante, dicho extremo no es un punto controvertido materia de análisis dado que conforme se ha mencionado en la Resolución Admisoria, el Informe Técnico y la cuestión previa de la presente resolución, el procedimiento versa única y exclusivamente sobre la determinación de si el Consortio Camisea habría abusado de su posición dominante negándose a reprogramar la fecha de nominación del Contrato de Suministro.
117. Adicionalmente, durante la tramitación del procedimiento, los denunciados han señalado otras circunstancias que, basadas en la búsqueda de la eficiencia económica⁵⁵, justificarían su negativa a reprogramar la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de Suministro, a saber:
- La limitada capacidad de producción disponible⁵⁶.
 - El crecimiento de la demanda y la presencia de demanda insatisfecha (y el desarrollo paralelo de regulación sectorial)⁵⁷.
 - La inoperancia de Irradia en el corto plazo⁵⁸.
118. Según los denunciados, la negativa se habría presentado en un contexto en el que el Consortio Camisea tenía una limitada capacidad de producción disponible⁵⁹ frente al crecimiento de la demanda de gas natural, lo que habría

⁵⁵ Cabe señalar que los denunciados se han referido indistintamente a los términos "eficiencia económica", "sentido económico", entre otros.

⁵⁶ Escritos de Hunt Oil, Pluspetrol y Pluspetrol Camisea, Repsol, SK Innovation y Tecpetrol del 30 y 31 de mayo de 2011 (en folios 9177 a 9187, 8960 a 8969, 9307 a 9317, 9405 a 9409 y 9471 a 9478 del Expediente).

⁵⁷ Escritos de Pluspetrol y Pluspetrol Camisea del 30 de mayo de 2011 (en folios 8960 a 8969 del Expediente).

⁵⁸ Escritos de Pluspetrol y Tecpetrol del 30 y 31 de mayo de 2011 (en folios 8960 a 8969 y 9471 a 9478 del Expediente).

⁵⁹ De acuerdo con la documentación remitida por Pluspetrol a Irradia el 29 de setiembre de 2009, las cantidades comprometidas serían las siguientes:

"(...) En ese sentido, les indicamos que a la fecha, el Consortio Camisea tiene comprometido un acumulado de 5.86 TCF para el mercado interno como sigue: a) contratos de suministro ya suscritos, b) contratos en estado de negociación avanzada y c) volúmenes reservados para futuras renovaciones para distribuidores e industriales. Dicha cifra está compuesta por los siguientes contratos:

- Contratos firmados con obligación de entrega a partir de Julio de 2009: 2.08 TCF
- Consumos realizados hasta Junio de 2009: 0.27 TCF

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



originado la presencia de una demanda insatisfecha (y el desarrollo paralelo de regulación sectorial), por lo que no resultaba eficiente mantener asignado el gas natural a una empresa como Irradia que, debido a su condición de emprendimiento, tenía pocas posibilidades de utilizarlo en el corto plazo. Por lo tanto, en esas circunstancias, habría resultado comercialmente válido y económicamente eficiente que el Consorcio Camisea se negara a reprogramar la fecha de la primera nominación, resolviera el Contrato de Suministro y asignara el gas natural a otro agente que sí lo utilizaría en el corto plazo.

119. En ese sentido, corresponde verificar si se presentaron las circunstancias señaladas por el Consorcio Camisea y si, en ese contexto, la negativa a reprogramar la fecha de la primera nominación habría constituido una decisión comercialmente válida o económicamente eficiente. Ello, con la finalidad de determinar si la conducta del Consorcio Camisea se encontraba justificada.
120. Al respecto, cabe señalar que la evolución de la demanda de gas natural en el Perú se ha caracterizado por su tendencia creciente⁶⁰, lo que ha originado que se superen las proyecciones iniciales⁶¹. El desarrollo de la industria de generación eléctrica⁶², el crecimiento del consumo industrial y vehicular, entre otros, ha provocado un crecimiento imprevisto de la demanda y la presencia de escasez relativa de gas natural.
121. Al respecto, la Comisión ha señalado lo siguiente en un pronunciamiento previo⁶³:

(...) según se muestra en el siguiente gráfico, durante el periodo comprendido entre julio 2008 y diciembre 2009, la capacidad de producción del Consorcio Camisea fue inferior a la capacidad contratada y los compromisos asumidos con sus clientes. Es decir, a fines de 2008, el Consorcio Camisea no habría tenido capacidad para producir la cantidad de gas natural demandada por un cliente con las características de

-
- Primer proyecto petroquímico (en negociación avanzada con CFI): 0.10 TCF
 - TGP (compresión intermedia): 0.16 TCF
 - Distribuidores de Lima y Callao (renovación): 1.91 TCF
 - Subtotal: 5.86 TCF*

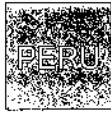
Folio 8972 del Expediente.

⁶⁰ De acuerdo con los Boletines Semestrales de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural del OSINERGMIN, el promedio diario de gas natural procesado en la Planta de Separación de Malvinas presenta un incremento, pasando de 550 MMPCD en el 2007 a 1100 MMPCD en el 2011, aproximadamente. Para mayor información, ver: http://gasnatural.osinerg.gob.pe/contenidos/ciudadania/publicaciones_osinergmin.html

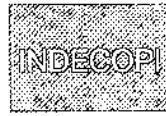
⁶¹ Así, por ejemplo, si se toma como referencia las diferentes estimaciones de la demanda recogidas en el Documento de Trabajo del OSINERGMIN denominado: "La Industria del Gas Natural en el Perú" (2004), y se compara con lo efectivamente procesado y publicado en los Boletines Semestrales de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural, se puede identificar que, desde 2007, lo realmente procesado supera a las estimaciones realizadas, lo que indica un crecimiento de la demanda por encima del nivel previsto.

⁶² En particular, la generación eléctrica que utiliza gas natural ha incrementado su participación en el mercado de producción, pasando de 31.50% en el 2008 a 41.09% en el 2010, de acuerdo con la Estadística Anual de Operaciones del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional. Para mayor información, ver: <http://www.coes.org.pe/wcoes/coes/estadistica/estadanual.aspx>

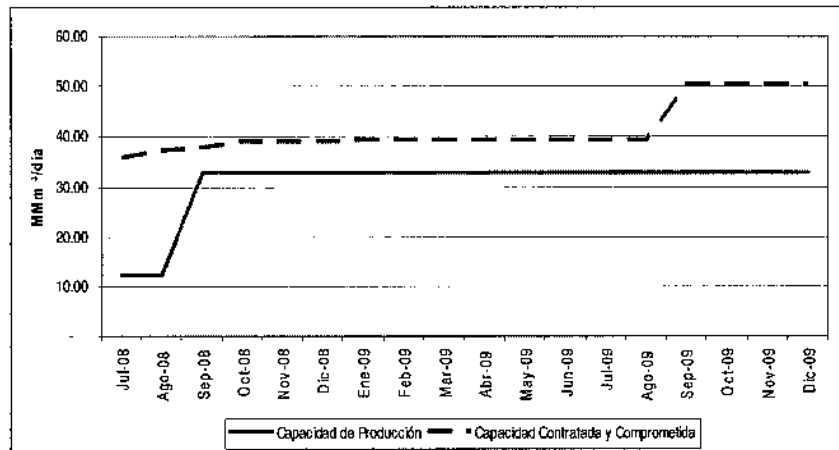
⁶³ Resolución 054-2010/CLC del 13 de agosto de 2010, que puso fin al procedimiento iniciado por Termochilca contra el Consorcio Camisea.



Presidencia
del Consejo de Ministros



Termochilca, dado que su capacidad contratada habría excedido su capacidad de producción, lo que habría significado una condicionante para la provisión de gas natural y una restricción contractual para proveer a nuevos clientes.



122. Así, para un periodo coincidente con el de la solicitud de reprogramación de Irradia (agosto de 2009), la Comisión ya había determinado en un pronunciamiento anterior que el Consorcio Camisea enfrentó límites en su capacidad de producción disponible para la provisión de gas natural a nuevos clientes.
123. Los límites en la capacidad de producción disponible del Consorcio Camisea se habrían reflejado en el establecimiento de plazos más específicos para que sus clientes realizaran la primera nominación. En efecto, los contratos firmados por el Consorcio Camisea entre 2000 y 2009⁶⁴ fueron volviéndose cada vez más exigentes en lo que se refiere a las condiciones relacionadas al cumplimiento del plazo para realizar la primera nominación. En particular, el Consorcio Camisea fue estableciendo en sus contratos plazos más específicos para que sus clientes realizaran la primera nominación y cláusulas de resolución contractual en caso de incumplimiento, en la medida en que la capacidad contratada (y comprometida) se incrementaba, lo que se condice con la existencia de límites en su capacidad de producción disponible.
124. En consecuencia, el Consorcio Camisea habría presentado límites en su capacidad de producción disponible durante el periodo investigado, situación que habría provocado el establecimiento de plazos más específicos para que sus clientes realizaran la primera nominación y cláusulas de resolución contractual en caso de incumplimiento.
125. Como se indicó, para justificar su negativa a reprogramar la fecha de la primera nominación, el Consorcio Camisea también señaló el crecimiento de la demanda y la presencia de demanda insatisfecha⁶⁵.

⁶⁴ De acuerdo con la información incorporada del Expediente 003-2009/CLC y provista por Perupetro. Folios 1877-4461 del Expediente.

⁶⁵ Escritos de Pluspetrol y Pluspetrol Camisea del 30 de mayo de 2011 (en folios 8960 a 8969 del Expediente).



Presidencia
del Consejo de Ministros



126. Con relación al crecimiento de la demanda de gas natural, de acuerdo al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, el Osinergmin)⁶⁶, la demanda de gas natural creció durante el periodo investigado a una tasa promedio anual de 39%, lo que refleja el incremento de las preferencias por este combustible.
127. Con relación a la presencia de demanda insatisfecha, cabe señalar que la información proporcionada por la propia Irradia y los resultados del Proceso de Licitación, confirman la presencia de demanda insatisfecha durante el periodo investigado.
128. Asimismo, 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. El siguiente cuadro muestra el detalle de las solicitudes no atendidas por el Consorcio Camisea:

Cuadro 5
Solicitudes no atendidas por el Consorcio Camisea (2009)

Cliente	Solicitud	Rubro
Duke Energy Egenor S. en C. por A.	07-Abr-09	Generación Eléctrica
Gaz et L'energie S.A.C.	22-Sep-09	Generación Eléctrica
Praxair S.R.L.	24-Sep-09	Industrial
Fénix Power S.A.	01-Oct-09	Generación Eléctrica
Shougang Generación Eléctrica S.A.A.	31-Oct-09	Industrial
Electrocodad del Perú	12-Nov-09	Generación Eléctrica
Electroperú S.A.	14-Nov-09	Generación Eléctrica
Empresa de generación eléctrica de Pisco S.A.		

Fuente: Irradia (fojas 0122 del Expediente)

Elaboración: Secretaría Técnica

129. Adicionalmente, el Proceso de Licitación tenía por objeto la adjudicación de 80 MMPCD⁶⁷ 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) empresas⁶⁸. Cabe señalar que la demanda insatisfecha

⁶⁶ De acuerdo con "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

⁶⁷ Millones de pies cúbicos diarios.

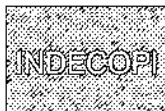
⁶⁸ Específicamente, los demandantes que no obtuvieron gas natural fueron: Generación Eléctrica de Atocongo S.A., Consorcio Grupo Gloria (Illapu Energy S.A., Gloria S.A. y Cartavio S.A.A.), Minsur S.A., Duke Energy Egenor S. en C. por A., Refinería La Pampilla S.A.A., Corporación Aceros Arequipa S.A., Cerámica San Lorenzo S.A.C., Cerámica Lima S.A. y Corporación Cerámica S.A.

Escrito de Pluspetrol y Pluspetrol Camisea del 30 de mayo de 2011. Folio 8989 del Expediente.

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



ascendió a 51.10 MMPCD, lo que implica que, para este proceso, la demanda total superó en más de 60% a la oferta disponible.

130. Cabe precisar que, en ese contexto, caracterizado por la existencia de limitaciones en la capacidad de producción disponible del Consorcio Camisea y la presencia de demanda insatisfecha, el Estado aprobó un conjunto de normas que buscaban asegurar una mejor asignación del gas natural. A continuación, se enumeran las principales:

- 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 natural⁶⁹.
- 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.

131. Considerando que estas normas regulan la actuación de los ofertantes y los demandantes de gas natural, así como la transferencia de gas natural contratado no utilizado, es posible afirmar que el Estado no fue ajeno a los cambios en las condiciones de oferta y demanda del mercado sino que estableció regulación sectorial precisamente en respuesta a estos cambios.

132. Por último, el Consorcio Camisea ha señalado que la inoperancia de Irradia en el corto plazo también justificaría su negativa a reprogramar la fecha de la primera nominación establecida en el Contrato de Suministro⁷⁰.

133. Al respecto, cabe señalar que la situación de emprendimiento de Irradia alegada por el Consorcio Camisea se refiere al limitado avance en las obras civiles de su planta de GNL o GNC, circunstancia que supondría un alto riesgo y un perjuicio potencial para el Consorcio Camisea, debido a que Irradia no habría podido nominar gas natural en el corto plazo. En efecto, 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 iba a poder cumplir con realizar la primera nominación en la fecha pactada, debido a la falta de

69

"Artículo 1.- Priorización de la asignación de volúmenes de gas natural.

Para la celebración de los nuevos contratos de venta de gas natural, cuyo suministro se inicie durante la vigencia de la presente norma, la asignación de los volúmenes seguirá el siguiente orden de prioridad:

- 1. Concesionarios de distribución de gas natural destinado a servicio público.*
- 2. Centrales térmicas duales de ciclo combinado que entren en operación antes del 31 de diciembre de 2011.*
- 3. Centrales térmicas duales de ciclo abierto que entren en operación antes del 31 de diciembre de 2011.*
- 4. Otros clientes.*

Para efectos de determinar la cantidad disponible a ser ofertada, los productores aplicarán el criterio de consumo promedio en estiaje y deberán incluir los volúmenes comprometidos para los ductos regionales y la industria petroquímica en las licitaciones."

Vigente hasta el 31 de diciembre de 2011.

70

Escritos de Pluspetrol y Tecpetrol del 30 y 31 de mayo de 2011 (en folios 8960 a 8969 y 9471 a 9478 del Expediente).

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



financiamiento para continuar con su proyecto⁷¹. Por lo tanto, era razonable predecir que Irradia no estaría en condiciones de operar en el corto plazo.

134. Se desprende de lo señalado que durante el periodo investigado, se presentaron las circunstancias señaladas por el Consorcio Camisea consistentes en la limitada capacidad de producción disponible, el crecimiento de la demanda y la presencia de demanda insatisfecha (incluido el desarrollo paralelo de regulación sectorial), y la inoperancia de Irradia en el corto plazo.
135. Por lo tanto, corresponde determinar si, en ese contexto, la negativa a reprogramar la fecha de la primera nominación habría constituido una decisión comercialmente válida o económicamente eficiente. Ello, con la finalidad de determinar si la conducta del Consorcio Camisea se encontraba justificada.
136. Una limitada capacidad de producción disponible condiciona la operación comercial de una empresa en el mercado pues restringe su posibilidad de atender la nueva demanda de su producto, ello acorta la demanda que el productor puede atender y provoca la escasez relativa de su producto. Durante el periodo investigado, el Consorcio Camisea presentó una limitada capacidad de producción disponible, incluso con compromisos contractuales (asociados a la máxima demanda) superiores a su capacidad de producción. Esta situación habría originado la escasez relativa del gas natural en el mercado relevante.
137. De otro lado, el incremento de la demanda de una empresa que enfrenta una limitada capacidad de producción disponible provoca la presencia de demanda insatisfecha. Normalmente, las empresas enfrentan la presencia de demanda insatisfecha incrementando el precio de su producto, lo que reduce la demanda, elimina la demanda insatisfecha y le proporciona mayores beneficios. No obstante, incrementar el precio no resultaba una opción para el Consorcio Camisea ya que el Contrato de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos del Lote 88 lo obligaba a cobrar precios previamente definidos sujetos a un esquema de precios máximos.
138. La solicitud de reprogramación de Irradia se habría realizado en un contexto en el que el Consorcio Camisea enfrentaba una limitada capacidad de producción disponible, un crecimiento en la demanda y la presencia de demanda insatisfecha, por lo que, en ese momento, el gas natural constituía un bien escaso y altamente valorado en el mercado relevante. Por ello, aceptar la solicitud de reprogramación de Irradia habría provocado que el Consorcio Camisea postergara la entrega del volumen de gas natural contratado, lo que habría implicado diferir su producción y postergar los ingresos derivados de su comercialización.
139. Adicionalmente, en un contexto de demanda insatisfecha creciente, el costo de oportunidad de utilizar el gas natural en el corto plazo es mayor. Por ello, diferir la producción de gas natural incluso podría ser contrario a la maximización de beneficios.

⁷¹

Escrito de denuncia de Irradia. Folios 3 al 149 del Expediente.

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



140. Conforme a lo señalado, esta Comisión considera que la limitada capacidad de producción disponible, el crecimiento de la demanda, la presencia de demanda insatisfecha (con el desarrollo paralelo de regulación sectorial), y la inoperancia de Irradia en el corto plazo, acreditan que la negativa a reprogramar la fecha de la primera nominación habría constituido una decisión comercialmente válida y económicamente eficiente. Consecuentemente, la conducta del Consorcio Camisea se encontraba justificada.
141. En particular, con relación a la inoperancia de Irradia en el corto plazo, el Consorcio Camisea además ha manifestado que no resultaba razonable diferir la producción del gas natural que contrató con Irradia por todo el tiempo adicional que le tomaría construir su planta⁷², más aún si no se tenía certeza acerca de la culminación de la referida planta⁷³. En otras palabras, según el Consorcio Camisea, un cliente que se encuentre operando sería preferible a otro que se encuentre en una situación de emprendimiento.
142. La principal diferencia entre un emprendimiento y un cliente en operación consiste en la proximidad y certidumbre del beneficio esperado. Así, existiría una mayor proximidad y certidumbre del beneficio esperado cuando se atiende a un cliente que se encuentre operando que cuando se atiende a otro que se encuentre en una situación de emprendimiento.
143. Decidir entre un beneficio mayor e incierto y uno menor con mayor nivel de proximidad y certidumbre depende de la impaciencia del agente maximizador. Por lo tanto, para determinar si una decisión comercial es consistente con la de preferir ingresos próximos y seguros a futuros e inseguros, corresponde identificar la impaciencia del agente maximizador.
144. En el presente caso, considerando que el Contrato de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos del Lote 88 establece precios máximos de acuerdo con los diferentes tipos de clientes (generadores y no generadores)⁷⁴, el Consorcio Camisea utilizó variables distintas al precio para enfrentar su impaciencia, como por ejemplo:
- Establecer la modalidad "*take or pay*" para un porcentaje del volumen contratado⁷⁵, el cual se encuentra directamente relacionado con el precio final y los descuentos por volumen.

⁷² Escrito de Tecpetrol del 31 de mayo de 2011. Folio 9509 del Expediente.

⁷³ Cabe señalar que, hasta la fecha, Irradia no ha culminado su planta de GNL o GNC. Por otro lado, el 9 de setiembre de 2011 Irradia comunicó al Consorcio Camisea que no podría utilizar el gas natural que se adjudicó en el Proceso de Licitación. Escrito de Pluspetrol y Pluspetrol Camisea del 23 de setiembre de 2011. Folio 09566 del Expediente.

⁷⁴ **"Contrato de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos del Lote 88**
8.4.4.1 El Precio Realizado del Gas Natural para el mercado interno se determinará de la forma siguiente:
a) A la Fecha de Inicio de la Extracción Comercial, el Precio Realizado máximo será de un Dólar y 00/100 (US \$1.00) por millón de BTU (MMBTU) para el generador eléctrico y un Dólar 80/100 (US \$1.80) por millón de BTU (MMBTU) para los demás usuarios.
(...)"

⁷⁵ Referido a la cantidad mínima que los demandantes se comprometen a pagar al Consorcio Camisea (ya sea como parte de su nominación o en unidades monetarias). Se suele expresar como un porcentaje de la cantidad diaria contratada.



Presidencia
del Consejo de Ministros



- Establecer una fecha exacta para la primera nominación y la correspondiente resolución contractual por incumplimiento⁷⁶.
145. De acuerdo con ello, en un contexto de precios máximos, el Consorcio Camisea estableció la modalidad *"take or pay"* para un porcentaje del volumen contratado y una fecha exacta para la primera nominación⁷⁷, entre otros mecanismos para enfrentar su impaciencia por ingresos próximos.
146. Establecer la modalidad *"take or pay"* para un porcentaje del volumen contratado y acceder a recortes en el precio a cambio de mayor seguridad en el volumen realmente demandado, indica una preferencia por ingresos próximos y ciertos. Asimismo, establecer una fecha exacta para la primera nominación y la correspondiente resolución contractual por incumplimiento, también indica una preferencia por ingresos próximos y ciertos. Así, el uso de estos mecanismos para enfrentar el riesgo asociado a una demanda final incierta revelan al Consorcio Camisea como un agente que valora ingresos próximos.
147. Por lo tanto, la inoperancia de Irradia en el corto plazo y la preferencia del Consorcio Camisea por ingresos próximos confirman que la negativa a reprogramar la fecha de la primera nominación habría constituido una decisión comercialmente válida o económicamente eficiente y que, en consecuencia, la conducta del Consorcio Camisea se encontraba justificada.

⁷⁶ De acuerdo con la Resolución 005-2011/ST-CLC-INDECOP, se establecieron tres (3) grupos de clientes, de acuerdo con la fecha de celebración de sus respectivos contratos, los cuales presentaron como principal diferencia las condiciones relacionadas a la fecha de la primera nominación.

⁷⁷ A modo de ejemplo, en el siguiente cuadro se muestran los resultados del Proceso de Licitación:

Resultados del Proceso de Licitación (2009)

Orden	Empresa	Tipo	Fecha Inicio	%ToP	Volumen (MMPCD)
1	Irradia	Distribución (Vehículos)	07/01/2012	80%	2.70
2	Fénix Power	Ciclo Combinado Dual	15/08/2012	90%	84.10
3	Atocongo	Ciclo Abierto Dual	07/01/2012	70%	7.82
4	Gloria	Ciclo Abierto Dual	30/06/2012	80%	3.00
5	Duke	Ciclo Abierto Dual	30/06/2012	70%	30.00
6	Minsur	Ciclo Abierto Simple	04/01/2012	70%	1.06
7	La Pampilla	Industrial / Cogeneración	30/06/2012	91%	4.06
8	Cerámica Lima	Industrial	30/06/2012	90%	1.94
9	Cerámica San Lorenzo	Industrial	07/01/2012	90%	1.48
10	Aceros Arequipa	Industrial	30/06/2012	80%	1.30
11	Corporación Cerámica	Industrial	30/06/2012	90%	0.39

Fuente: Pluspetrol

Elaboración: Secretaría Técnica

El cuadro anterior muestra el ordenamiento de las ofertas siguiendo el criterio de selección establecido por el Oficio 1770-2009-EM/DGH, la fecha de inicio y el porcentaje *"take or pay"* (en ese orden). Asimismo, muestra que el volumen puesto a disposición (80 MMPCD) sirvió para cubrir las demandas de Irradia y Fénix Power. Disponible en:

http://gasnatural.osinerg.gob.pe/contenidos/consumidores_industriales/ofertas_publicas_capacidad.html

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



4.2.3. Efecto exclusorio

148. Sin perjuicio de haber determinado que la negativa del Consorcio Camisea fue justificada, y que en consecuencia no se ha configurado la conducta imputada en atención a la exigencia de concurrencia de los requisitos, con el objetivo de ampliar el entendimiento sobre el mercado relevante, la Comisión considera pertinente evaluar el presunto efecto exclusorio, es decir, los beneficios o perjuicios que la negativa del Consorcio Camisea habría causado a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
149. En concreto, se verificará si la conducta investigada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor o de alguna de sus empresas vinculadas (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o impedir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).
150. Para ello, como primer requisito de la existencia de afectación a la competencia se debe verificar una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre el presunto infractor y el presunto afectado. Cabe recordar que, para que se configure un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada, no basta que el presunto infractor haya gozado de posición de dominio y se haya negado a contratar (incluso injustificadamente) sino que resulta imprescindible que, mediante su conducta, haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos. La razón es muy sencilla y es que ni la posición de dominio ni la negativa están prohibidas en sí mismas sino única y exclusivamente cuando pueden afectar la competencia. Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

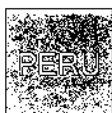
"La negativa a contratar de un monopolista no puede ser ilegal a menos que extienda, mantenga, cree o amenace crear un poder de mercado significativo en algún mercado, que podría ser el propio mercado en el que la firma monopolística participa o un mercado horizontal o verticalmente relacionado. Las negativas que no provocan al menos uno de estos resultados no violan la Sección 2 sin importar cuánto puedan dañar a la persona o grupo de personas a las que se negó el servicio. (...) Si la razón de la negativa a contratar no está directamente relacionada con la competencia, entonces incluso una negativa que resulta inconsistente con un comportamiento competitivo racional no es una violación de la ley antitrust."⁷⁸

(Énfasis agregado)

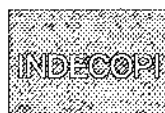
78

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

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



151. En el mismo sentido, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (*Organization for Economic Co-operation and Development – OECD*) ha señalado lo siguiente acerca de las condiciones que las negativas de trato deben satisfacer para constituir una violación a las normas de libre competencia:

*“La negación del servicio en términos y condiciones “adecuadas” debe tener un impacto material sobre la competencia en un mercado relacionado, en detrimento de los consumidores. **No es suficiente que la negativa de trato elimine a un competidor específico. Debe ser el caso que la negativa de trato elimine al menos algo de competencia** (y, en algunas jurisdicciones, toda la competencia) en el mercado relacionado, en detrimento de los consumidores.”⁷⁹*

(Énfasis agregado)

152. Asimismo, cabe recordar que pueden presentarse distintos tipos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa de trato, como por ejemplo:

- Cuando el infractor participa en el mercado relevante y en el mercado aguas abajo. En este supuesto, el infractor goza de posición de dominio en el mercado relevante y se niega a contratar con un cliente con el que compite, de manera directa, en el mercado aguas abajo. De esta manera, la conducta del infractor lo beneficia y perjudica a un competidor directo, afectando la competencia y el bienestar de los consumidores en el mercado aguas abajo.
- Cuando el infractor participa en el mercado relevante y, aunque no participa en el mercado aguas abajo, se encuentra vinculado a una empresa que sí participa en dicho mercado. En este supuesto, el infractor goza de posición de dominio en el mercado relevante y se niega a contratar con un cliente que compite con la empresa con la que se encuentra vinculado dicho infractor en el mercado aguas abajo. De esta manera, la conducta del infractor beneficia a la empresa con la que se encuentra vinculado y perjudica a un competidor indirecto, afectando la competencia y el bienestar de los consumidores en el mercado aguas abajo.

153. Ambos tipos de negativa de trato tienen por efecto desplazar a un competidor del mercado aguas abajo, ya sea que se trate de un competidor directo (cuando el infractor también participa en el mercado aguas abajo) o de un competidor indirecto (cuando el infractor no participa en el mercado aguas abajo pero se encuentra vinculado a una empresa que sí participa en dicho mercado).

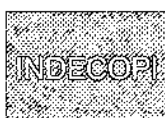
154. Como se ha señalado, el Consorcio Camisea e Irradia no participan en el mismo nivel de la cadena sino que Irradia participaría en un nivel inferior de la cadena.

⁷⁹ Traducción libre del siguiente texto: “*The denial of service at “appropriate” terms and conditions must have a material impact on competition in a related market, to the detriment of consumers. It is not sufficient that the RTD [refuse to deal] eliminates a specific competitor. It must be the case that the refusal to deal eliminates at least some competition (and in some jurisdictions, all competition) from the related market, to the detriment of consumers.*” OECD. Policy Roundtables – Refusals to Deal, DAF/COMP(2007)46 del 3 de setiembre de 2009, pág. 12.

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



En efecto, el Consorcio Camisea produce el gas natural que demandaría Irradia para su posterior comercialización a los clientes industriales y vehiculares.

155. En ese sentido, la hipótesis anticompetitiva para el análisis de los efectos, en un escenario favorable a la investigación, consistiría en que el Consorcio Camisea se habría negado a abastecer a un cliente (Irradia) que competiría con una empresa con la que el supuesto infractor se encuentra vinculado (Rycopesa, empresa vinculada a Repsol, que es uno de los miembros del Consorcio Camisea). Ello, con la finalidad de beneficiar a Rycopesa y perjudicar a Irradia, afectando la competencia y el bienestar de los consumidores en el mercado aguas abajo.
156. Al respecto, los denunciados han argumentado que no existe relación de competencia entre el Consorcio Camisea e Irradia⁸⁰ y que los agentes económicos que forman parte de un consorcio persiguen sus propios beneficios y no un beneficio común⁸¹. Asimismo, han alegado que, en un pronunciamiento anterior, la Comisión señaló que el beneficio de un miembro del Consorcio Camisea no favorece al resto de sus miembros⁸².
157. De acuerdo con la hipótesis planteada, el Consorcio Camisea podría tener incentivos para beneficiar, en el mercado aguas abajo, a una empresa vinculada (Rycopesa) a uno de sus socios en la explotación de gas natural (Repsol). Ello, considerando que, mientras Rycopesa mantuviera un buen desempeño comercial en el mercado aguas abajo (el mercado de comercialización de combustibles a clientes industriales y vehiculares), Repsol se encontraría en mejor posición de afrontar cualquier contingencia en la explotación de gas natural, mercado en el que compartiría riesgo con el resto de miembros del Consorcio Camisea⁸³.

⁸⁰ Escritos de Pluspetrol y Pluspetrol Camisea, y Repsol del 30 de mayo de 2011 (en folios 9037 a 9038 y 9343 a 9349).

⁸¹ Escritos de Hunt Oil, Sonatrach, Pluspetrol y Pluspetrol Camisea, y Repsol del 30 de mayo de 2011 (en folios 9193, 9242 a 9247, 9038 a 9039 y 9349 a 9350); y SK Energy y Tecpetrol del 31 de mayo (en folios 9423 y 9250 a 9251).

⁸² Resolución 021-2009/CLC-INDECOPI del 20 de marzo de 2009, referida a la solicitud de medida cautelar presentada por Termochilca S.A.C. contra Pluspetrol, Pluspetrol Camisea, Hunt Oil, SK Corporation, Sonatrach, Tecpetrol y Repsol.

Al respecto, cabe precisar que, mediante este pronunciamiento, la Comisión no descartó la posibilidad de que existiera una relación de competencia entre el Consorcio Camisea y uno de sus clientes, a través de uno de los miembros del Consorcio Camisea, sino que se limitó a señalar que no existía verosimilitud acerca de la existencia de la infracción investigada en el marco del análisis y tiempo para la evaluación de una solicitud de medida cautelar.

⁸³ El 28 de noviembre de 2000, el Estado peruano otorgó al Consorcio Camisea la concesión de la explotación del Lote 88, a través del Contrato de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos del Lote 88. De la explotación de este lote, el Consorcio Camisea obtiene gas natural y líquidos asociados al gas natural.

Según el numeral 8.4.4.1 del referido contrato, el precio de comercialización del gas natural será de US\$ 1 por millón de BTU para el generador eléctrico y de US\$ 1.80 por millón de BTU para los demás usuarios. Así, el Consorcio Camisea no podría cobrar por encima de los referidos precios en la comercialización de gas natural pero sí podría cobrar un precio superior en la comercialización de los líquidos asociados al gas natural (diesel, nafta y GLP). Al respecto, cabe señalar que los líquidos asociados al gas natural son altamente demandados a nivel nacional e internacional.

CA



Presidencia
del Consejo de Ministros



158. Asumiendo que el gas natural tiene como sustitutos al GLP y otros combustibles, que según la propia Irradia podrían utilizar sus clientes industriales y vehiculares⁸⁴, en el siguiente cuadro se puede apreciar que la participación del gas natural fue reducida pero creciente durante el periodo investigado y, de otro lado, la participación del GLP comercializado por Rycopesa fue también reducida pero decreciente durante este periodo. Más aún, la participación del Grupo Repsol, a través de sus diversas líneas de producto, también fue decreciente durante este periodo.

Cuadro 6
Cantidad de combustible refinado en MBPD (2007-2011)

Repsol YPF	2007	2008	2009	2010	2011
Diesel	208.88	253.93	324.03	446.29	178.05
Gasolinas	76.19	90.39	105.04	131.76	50.21
GLP	13.32	18.42	17.11	20.48	8.45
Petróleo Ind	170.99	204.90	168.33	167.73	54.39
Total Repsol	469.38	567.64	614.51	766.26	291.10
Otros	2007	2008	2009	2010	2011
Diesel	221.87	359.82	537.07	568.77	247.21
Gasolinas	99.48	145.68	199.55	215.66	90.22
GLP	38.86	55.35	54.46	59.21	22.92
GNC (C/I)	4.82	5.69	6.29	7.83	3.35
GNV	0.91	2.65	4.33	6.10	3.82
Petróleo Ind	145.29	242.73	14.12	164.30	83.66
Total Otros	511.23	811.92	815.82	1,021.87	451.18
Total	980.61	1,379.56	1,430.33	1,788.13	742.28
% Rycopesa	1.36%	1.34%	1.20%	1.15%	1.14%
% Repsol YPF	47.87%	41.15%	42.96%	42.85%	39.22%
% GNC+GNV	0.58%	0.60%	0.74%	0.78%	0.97%

Fuente: Minem

Elaboración: Secretaría Técnica

MBPD = Miles de barriles por día

* A mayo de 2011

** Tanto el GNC como el GNV son provistos por Calídda.

***El rubro diesel incluye también (aunque en menores cantidades) al kerosene.

159. Como se puede observar, durante el periodo investigado (2007-2009), la participación del gas natural (GNC y GNV) creció a una tasa promedio anual

En ese sentido, el efecto neto de una reducción del volumen de GLP comercializado por Rycopesa y un incremento del volumen de gas natural comercializado por el Consorcio Camisea, medidos en BTU, podría ser desfavorable para los intereses del Consorcio Camisea.

Ver:

<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/contratogas.pdf>,

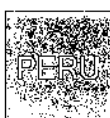
<http://www.camisea.pluspetrol.com.pe/esp/project.asp>,

<http://cendoc.esan.edu.pe/paginas/infoalerta/project/pluspetrol.pdf>

⁸⁴

Cabe señalar que, de acuerdo con las características del gas natural y sus posibles sustitutos, como el diesel, el petróleo industrial y otros, se podría asumir que el primero es un producto más deseable, si se considera su precio y su menor grado de polución. En efecto, el gas natural presenta un precio menor que cualquiera de los combustibles mencionados (ver: <http://www.cpgnv.org.pe/abc.htm> y escrito de Irradia en folios 0051). Asimismo, el gas natural es el menos contaminante de los combustibles fósiles (ver: <http://www.naturalgas.org/environment/naturalgas.asp>). En consecuencia, es posible asumir una sustitución de otros combustibles por el gas natural pero no viceversa. En otras palabras, si bien otros combustibles no pueden sustituir al gas natural, éste sí puede sustituir a otros combustibles (sustitución unidireccional).

CA



cercana al 10%. Por el contrario, la participación de Rycopesa disminuyó a una tasa promedio anual superior al 5%. Asimismo, la participación del Grupo Repsol disminuyó a una tasa promedio anual cercana al 2.5%. Estas tendencias se mantuvieron en los años posteriores.

160. De acuerdo con lo anterior, se considera que no se habría producido un efecto exclusorio en el mercado de comercialización de combustibles a clientes industriales y vehiculares (mercado aguas abajo). En efecto, a pesar de la exclusión de Irradia, la participación de Rycopesa (e, incluso, la del propio Grupo Repsol) no sólo no se incrementó sino que se redujo (por lo que no se habría producido un beneficio anticompetitivo) y, por otro lado, la participación de las ventas de gas natural se incrementó durante el periodo investigado (por lo que tampoco se habría producido un perjuicio anticompetitivo).
161. En otras palabras, la conducta del Consorcio Camisea no habría producido el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado de Rycopesa. Por el contrario, durante el periodo investigado, esta empresa vio disminuida su participación en el mercado de comercialización de combustibles a clientes industriales y vehiculares. Al respecto, cabe recordar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, no basta que la conducta haya afectado a un competidor específico sino que es imprescindible que haya producido el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del supuesto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas).
162. Por otro lado, el mercado de comercialización de gas natural a clientes industriales y vehiculares (en el que Irradia pretendía participar) ha mostrado cierto dinamismo en lo que se refiere al ingreso de nuevas empresas. En efecto, como se puede apreciar en el siguiente cuadro, el número de ofertantes de este mercado presentó una tendencia creciente durante el periodo investigado, pasando de un ofertante en 2008 a tres ofertantes en 2010⁸⁵.

Cuadro 7
Capacidad instalada de distribuidoras establecidas

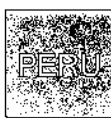
Empresa	Capacidad de contenedores (m3)	Utilización de Contenedores (m3)	Utilización de Contenedores (%)	Rubro	Fecha de Inicio
Clean Energy	11.89	11.89	100.00%	GNV/Industria	Abr-08
Neogas	160,000.00	77,000.00	48.13%	GNV/Industria	Ago-09
GNC Energía	21,000.00	15,000.00	71.43%	GNV/Industria	Jun-10
Promedio	181,011.89	92,011.89	50.83%		

Fuente: Osinergmin, Clean Energy, GNC Energía y Neogas.

Elaboración: Secretaría Técnica

⁸⁵

Considerando que Cálidda provee gas natural a clientes industriales y vehiculares, también podría ser considerado ofertante.



Presidencia
del Consejo de Ministros



163. Adicionalmente, cabe resaltar que la capacidad disponible agregada de las empresas que participan en el mercado de comercialización de gas natural a clientes industriales y vehiculares (en el que Irradia pretendía participar) alcanza casi el 50% de su capacidad instalada agregada. De acuerdo con lo anterior, estas empresas se encuentran en la capacidad de atender eventuales incrementos en la demanda, en el corto plazo y sin tener que invertir en nuevas instalaciones. Ello supone un contexto favorable para la competencia.
164. Asimismo, se ha verificado que algunos de los clientes que Irradia pretendía atender y con los que celebró compromisos de compra para cuando ingresara al mercado, como Cerámicos Peruanos S.A. (Ladrillos Pirámide) y Backus & Johnston S.A.A., han sido atendidos por Clean Energy, Gascope y Neogas⁸⁶. De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que los clientes que Irradia pretendía atender contaron con fuentes alternativas de aprovisionamiento en el mercado.
165. Por todo lo expuesto, esta Comisión considera que la conducta del Consorcio Camisea no habría producido un efecto excluyente en el mercado de comercialización de combustibles a clientes industriales y vehiculares. En efecto, 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 la participación de las ventas del gas natural no sólo se incrementó durante el periodo investigado (por lo que tampoco se habría producido un perjuicio anticompetitivo).

4.3. Interposición de una denuncia maliciosa por parte de Irradia

166. Las investigadas solicitaron que se sancione a Irradia por presunta interposición de denuncia maliciosa. En particular, manifestaron que Irradia trató de ocultar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales a través de una denuncia sobre conductas anticompetitivas y que había omitido información relevante en su denuncia para lograr el inicio del procedimiento⁸⁷.
167. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto Legislativo 807⁸⁸, la Comisión puede sancionar con una multa de hasta 50 UIT a quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, interponga una denuncia contra uno o más agentes económicos, atribuyéndoles una infracción al Decreto Legislativo 1034. Ello, sin perjuicio de la sanción penal o la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

⁸⁶ En folio 9198 del Expediente (Escrito de Hunt Oil del 30 de mayo de 2011).

⁸⁷ Ver folios 9043 a 9046 y 9539 a 9540 del Expediente.

⁸⁸ **Decreto Legislativo 807**

Artículo 7.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del Artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716. Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

U



Presidencia
del Consejo de Ministros



168. En el presente caso, la denuncia presentada por Irradia fue evaluada por la Secretaría Técnica en la Resolución Admisoria, determinándose la existencia de indicios razonables de la realización de una conducta anticompetitiva. En efecto, de la información proporcionada por Irradia y por el propio Pluspetrol (en su comunicación mediante la cual informó sobre los criterios que utilizó para evaluar las solicitudes de reprogramación), la Secretaría Técnica determinó la existencia de una apariencia real y objetiva de la realización de una práctica anticompetitiva en la modalidad de negativa injustificada.
169. Por lo tanto, dado que existieron elementos que verosímilmente constituyeron motivos razonables para que un agente económico presente una denuncia ante la Comisión, no corresponde sancionar a Irradia por la presunta interposición de una denuncia maliciosa.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar infundada la denuncia interpuesta por Irradia S.R.L. contra Pluspetrol Perú Corporation S.A., Pluspetrol Camisea S.A., Hunt Oil Company of Peru L.L.C. Sucursal del Perú, SK Innovation Sucursal Peruana, Sonatrach Perú Corporation S.A.C., Tecpetrol del Perú S.A.C. y Repsol Exploración Perú Sucursal Perú; por abuso de posición de dominio, consistente en la negativa injustificada a reprogramar la fecha de la primera nominación de su Contrato de Suministro, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1 y 10.2, literal a), del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

SEGUNDO: Declarar infundado el pedido de sanción a Irradia S.R.L. por la interposición de una denuncia maliciosa.

Con el voto favorable de los siguientes miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Ena María Garland Hilbck, Arturo Leonardo Vásquez Cordano y Josefyn Olaechea Flores.

Ena María Garland Hilbck
Presidenta