

13 de agosto de 2010

VISTOS:

La Resolución 005-2009/ST-CLC-INDECOPI del 6 de mayo de 2009, y los desistimientos presentados por Termochilca S.A.C., el 22 de octubre de 2009, Sonatrach Perú Corporation S.A.C., el 6 de noviembre de 2009, Hunt Oil Company of Peru L.L.C. Sucursal del Perú, el 19 de noviembre de 2009, SK Energy Sucursal Peruana, el 24 de noviembre de 2009, Tecpetrol del Perú S.A.C., el 1 de diciembre de 2009, Repsol Exploración Perú Sucursal, el 1 de diciembre de 2009, Pluspetrol Perú Corporation S.A., el 13 de enero de 2010 y Pluspetrol Camisea S.A., el 13 de enero de 2010; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1 Los agentes económicos involucrados

1. Termochilca S.A.C. (en adelante, Termochilca) es una empresa dedicada al desarrollo de proyectos e inversiones en las áreas de energía, hidrocarburos, infraestructura, servicios, transporte, comunicaciones y recursos naturales. También puede realizar actividades de generación, transmisión y comercialización de energía eléctrica, transporte y comercialización de combustibles en general y administración de inversiones, entre otros¹.
2. Pluspetrol Perú Corporation S.A. (en adelante, Pluspetrol Perú Corporation) es una empresa dedicada a 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

¹ Según Partida Electrónica 12114169 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Regional de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

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 Accionistas².

3. Pluspetrol Camisea S.A. (en adelante, Pluspetrol Camisea) es una empresa dedicada a 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. Hunt Oil Company of Peru L.L.C. Sucursal del Perú (en adelante, Hunt Oil) es una empresa dedicada a adquirir, explorar, perforar, desarrollar, operar y disponer de propiedades de petróleo y gas; producir, recolectar, almacenar, tratar, procesar, refinar, enviar, comercializar, vender o disponer de los hidrocarburos; realizar cateo, prospección, exploración y explotación de minerales y otras actividades mineras; y dedicarse a cualquier otro negocio o actividad que, en la actualidad o en el futuro, pudieran ser necesarios, incidentales, idóneos, aconsejables o convenientes para cumplir con el propósito antes mencionado⁴.
5. SK Energy Sucursal Peruana (en adelante, SK Energy) es una empresa dedicada a llevar a cabo actividades hidrocarburíferas de acuerdo con las leyes de la República del Perú⁵.
6. Sonatrach Perú Corporation S.A.C. (en adelante, Sonatrach) es una empresa dedicada a 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

² Según Partida Electrónica 11246333 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Regional de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

³ Según Partida Electrónica 11776271 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Regional de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

⁴ Según Partida Electrónica 11123160 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Regional de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

⁵ Según Partida Electrónica 02015544 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Regional de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

necesario, apropiado, aconsejable o conveniente, ahora o en el futuro, para lograr los objetivos precedentes⁶.

7. Tecpetrol del Perú S.A.C. (en adelante, Tecpetrol) es una empresa dedicada a la realización de actividades de exploración, explotación y desarrollo de yacimientos de hidrocarburos. También puede dedicarse al transporte, transformación, destilación y comercialización de hidrocarburos y de sus derivados⁷.
8. Repsol Exploración Perú Sucursal Perú (en adelante, Repsol) es una empresa dedicada a desarrollar actividades de exploración, investigación, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos y otros productos afines⁸.

1.2 El procedimiento

9. El 10 de febrero de 2009, Termochilca interpuso una denuncia contra Pluspetrol Perú Corporation, Pluspetrol Camisea, Hunt Oil, SK Energy, Sonatrach, Tecpetrol y Repsol (en adelante, conjuntamente, el Consorcio Camisea) y quienes respectivamente ejerzan la dirección, gestión o representación de dichas empresas por un presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación, al haberse negado a suscribir un contrato de suministro de gas natural.

Asimismo, Termochilca presentó una solicitud de medida cautelar con las siguientes pretensiones:

- i. Pretensión principal, que se ordene al Consorcio Camisea suscribir, formalizar notarialmente y ejecutar el contrato de suministro de gas natural negociado y acordado.
- ii. Pretensión accesoria, que se imponga al Consorcio Camisea los términos y condiciones contractuales acordados con ella el 3 de julio de 2008.
- iii. Pretensión subordinada, que el Consorcio Camisea, previamente a la suscripción con terceros de cualquier nuevo contrato de suministro de gas natural o de cualquier ampliación de volumen o modificación de contrato de suministro de gas natural ya celebrado, proceda a suscribir y formalizar notarialmente, de manera obligatoria y preferente, un contrato de suministro con ella.

⁶ Según Partida Electrónica 11464787 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Regional de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

⁷ Según Partida Electrónica 11227091 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Regional de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

⁸ Según Partida Electrónica 306614 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Regional de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

10. El 20 de marzo de 2009, mediante Resolución 021-2009/CLC-INDECOPI, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) resolvió denegar la solicitud de medida cautelar presentada por Termochilca.
11. Mediante Cartas 058-2009/ST-CLC-INDECOPI y 152-2009/ST-CLC-INDECOPI del 20 de marzo y 14 de mayo de 2009, respectivamente, la Secretaría Técnica de la Comisión (en adelante, la Secretaría Técnica) requirió a Perupetro S.A. (en adelante, Perupetro)⁹ información relacionada con la explotación de hidrocarburos en el Lote 88 a cargo del Consorcio Camisea. Este requerimiento fue atendido mediante escritos del 13 de abril y 17 de junio de 2009.
12. Mediante Resolución 005-2009/ST-CLC-INDECOPI del 6 de mayo de 2009, la Secretaría Técnica resolvió admitir a trámite la denuncia interpuesta por Termochilca contra los integrantes del Consorcio Camisea por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación, al haberse negado a suscribir un contrato de suministro de gas natural.
13. El 8 de mayo de 2009, Termochilca presentó argumentos adicionales a su denuncia, refiriéndose al menor pago de regalías al Estado como consecuencia de destinar el gas natural a la exportación y no al consumo de las generadoras eléctricas.
14. El 24 de junio de 2009, Pluspetrol Perú Corporation y Pluspetrol Camisea formularon de manera conjunta sus descargos, indicando lo siguiente:
 - i. La controversia del procedimiento es de naturaleza contractual, por lo que no constituye una violación a las normas de libre competencia.
 - ii. La definición del mercado relevante contenida en la denuncia no ha considerado que:
 - Termochilca es un proyecto en fase inicial y puede elegir la tecnología que utilizará para la generación eléctrica, por lo que posee proveedores alternativos distintos al Consorcio Camisea.
 - El precio del gas natural no responde a condiciones de mercado sino a decisiones políticas; por lo tanto, no resulta técnicamente correcto delimitar el mercado sobre la base de un precio preferencial regulado.
 - Existen futuros proveedores de gas natural para el mercado local.

⁹ Perupetro es una empresa estatal de derecho privado encargada de promover la inversión en actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el Perú. En representación del Estado, negocia, celebra y supervisa los contratos en materia hidrocarburífera, y los Convenios de Evaluación Técnica. Asimismo, comercializa, a través de terceros y bajo los principios del libre mercado, los hidrocarburos provenientes de las áreas bajo contrato, en la modalidad de servicios. Actúa con plena autonomía económica, financiera y administrativa, de acuerdo a los objetivos, políticas y estrategias que aprueba el Ministerio de Energía y Minas. Disponible en: <http://www.perupetro.com.pe/empresa01-s.asp>

- El Consorcio Camisea, debido a compromisos previos, no controla ni tiene la capacidad de influir en el manejo o destino de parte importante del gas natural.
- iii. Los beneficios obtenidos por Enersur S.A. (en adelante, Enersur) solo favorecen a su grupo económico y no al Consorcio Camisea, o a alguno de sus miembros, debido a que no existe relación o vinculación directa o indirecta.
- iv. La práctica en cuestión no genera un problema de competencia en el mercado de generación eléctrica, debido a que la supuesta exclusión de Termochilca no implica la disminución de competidores.
- v. Pluspetrol Perú Corporation solo ha actuado como facilitador en las negociaciones con potenciales clientes de gas natural. Cerrar un acuerdo requiere de la aceptación y suscripción de un contrato por parte de todos los miembros del Consorcio Camisea.
- vi. Ante la percepción de restricciones en el transporte de gas natural, el Consorcio Camisea decidió suspender toda negociación con nuevos clientes hasta no tener una evaluación de las posibilidades de asumir nuevos compromisos. Por lo tanto, no se celebró un contrato con Termochilca debido a que las negociaciones no concluyeron antes de la decisión del Consorcio Camisea.
- vii. La celebración de contratos con otras empresas se debió a las condiciones particulares de cada negociación, como la existencia de relaciones previas, los volúmenes demandados, la mayor inmediatez del requerimiento, entre otros.

Asimismo, solicitaron a la Comisión que ordene a Termochilca el pago de las costas y costos en los que incurran durante la tramitación del procedimiento.

15. El 25 de junio de 2009, Hunt Oil, Repsol y SK Energy se adhirieron a los descargos presentados por Pluspetrol Perú Corporation y Pluspetrol Camisea. Asimismo, solicitaron a la Comisión que ordene a Termochilca el pago de las costas y costos en los que incurran durante la tramitación del procedimiento.
16. El 25 de junio de 2009, Tecpetrol formuló sus descargos en similares términos y, adicionalmente, solicitó a la Comisión que ordene a Termochilca el pago de las costas y costos en los que incurra durante la tramitación del procedimiento.
17. El 25 de junio de 2009, Sonatrach presentó sus descargos, señalando lo siguiente:
 - i. Termochilca no ha considerado las alternativas futuras de abastecimiento de gas natural, pues solo ha identificado a los agentes presentes en el mercado y sus respectivas cuotas de participación.

- ii. Ninguno de los beneficios señalados en la denuncia se refiere a la posibilidad de que los miembros del Consorcio Camisea puedan excluir a competidores del mercado en el cual operan directa o indirectamente. Los supuestos beneficios señalados se refieren a ganancias de carácter comercial, cuya obtención no es sancionable.
- iii. Los perjuicios que alega Termochilca no configuran un daño al interés económico general, sino un daño concurrencial derivado de las actividades económicas de los agentes del mercado.
- iv. Termochilca solo ha solicitado las cotizaciones de los equipos necesarios para la generación térmica, por lo que dispone de equipos alternativos.
- v. Las obligaciones contraídas por el Consorcio Camisea le han quitado control sobre determinado volumen de gas natural, por lo que éste no debe ser asumido bajo su control.
- vi. El precio del gas natural no responde a condiciones de mercado sino a decisiones políticas; por lo tanto, no resulta técnicamente correcto delimitar el mercado sobre la base de un precio preferencial regulado.

Adicionalmente, solicitó a la Comisión que ordene a Termochilca el pago de las costas y costos en los que incurra durante la tramitación del procedimiento.

- 18. El 27 de julio de 2009, la Secretaría Técnica publicó en los diarios “El Peruano” y “La República” una nota sucinta sobre la admisión a trámite de la denuncia interpuesta por Termochilca contra los miembros del Consorcio Camisea, señalando que cualquier persona con interés legítimo podía apersonarse al procedimiento o simplemente aportar información a la investigación¹⁰.
- 19. El 14 de agosto de 2009, Hunt Oil solicitó que se sancione a Termochilca por denuncia maliciosa¹¹, puesto que alegó la existencia de una negativa injustificada a contratar, utilizando como sustento de su denuncia la existencia del propio contrato.
- 20. El 19 de agosto de 2009, Pluspetrol Perú Corporation y Pluspetrol Camisea reiteraron, de forma conjunta, su solicitud de declarar improcedente la denuncia, dado que Termochilca había decidido activar, de manera paralela al procedimiento, el mecanismo de solución de controversias contenido en el proyecto del supuesto contrato de suministro de gas natural, lo que significaría que, para Termochilca, el contrato existe y, por lo tanto, no puede haber una negativa a contratar.

¹⁰ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 21.5 del Decreto Legislativo 1034.

¹¹ **Decreto Legislativo 807, Facultades, Normas y Organización del INDECOPI**
Artículo 7.- (...) Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

21. El 22 de octubre de 2009, Termochilca presentó un escrito de desistimiento de todas sus pretensiones y del procedimiento.
22. El 6, 19 y 24 de noviembre y 1 de diciembre de 2009, y 13 de enero de 2010, Sonatrach, Hunt Oil, SK Energy, Repsol y Tecpetrol, y Pluspetrol Perú Corporation y Pluspetrol Camisea se desistieron de sus respectivas pretensiones para que se imponga a Termochilca el pago de costas y costos originados por el procedimiento. Asimismo, Hunt Oil se desistió de su pretensión para que se imponga a Termochilca una sanción por denuncia maliciosa.
23. Mediante Cartas 141-2010/ST-CLC-INDECOPI y 181-2010/ST-CLC-INDECOPI, del 23 de marzo y 20 de abril de 2010, respectivamente, la Secretaría Técnica requirió a Transportadora de Gas del Perú S.A. (en adelante, TGP)¹² información relacionada con el transporte de gas natural y líquidos de gas natural. Este requerimiento fue atendido mediante escritos del 29 de marzo y 29 de abril de 2010.
24. El 10 y 28 de mayo, y 3, 8 y 30 de junio de 2010 Pluspetrol Perú Corporation y Pluspetrol Camisea ampliaron sus argumentos a efectos de que la Comisión tuviese mayores elementos de juicio al momento de resolver¹³.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

25. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si corresponde aceptar los desistimientos presentados por Termochilca, Pluspetrol Perú Corporation, Pluspetrol Camisea, Hunt Oil, SK Energy, Sonatrach, Tecpetrol y Repsol; y, de ser el caso, si corresponde continuar de oficio el procedimiento, siempre que, del análisis de los hechos, se concluya que podría estarse afectando los intereses de terceros o el interés general.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Aceptación de los desistimientos

26. El artículo 186.1 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que el desistimiento es una vía para poner fin a un procedimiento administrativo¹⁴. Asimismo, el artículo 189.5 de la referida norma señala que el

¹² Es la concesionaria responsable del diseño, suministro de bienes y servicios y construcción del sistema de transporte de gas natural por ductos de Camisea City Gate y la explotación de los bienes de la concesión, firmado con el Estado peruano a través del MINEM el 3 de febrero de 2001. (folio 2754 del Expediente)

¹³ En particular se refirieron a aspectos relacionados con: la existencia de normativa que regula la disponibilidad de gas natural, la ausencia de participación directa o indirectamente del Consorcio Camisea (o las empresas que lo componen) en el mercado de generación eléctrica, el precio de gas natural, la realización de procesos de licitación para la venta de gas natural proveniente del Lote 57, la capacidad de Termochilca de utilizar otros insumos distintos al gas natural y la existencia de otros productores adicionales al Consorcio Camisea.

¹⁴ **Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.-**
Artículo 186.- Fin del procedimiento

186.1 Pondrán fin al procedimiento las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso a que se refiere el inciso 4) del artículo

desistimiento puede efectuarse en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final de la instancia correspondiente, por cualquier medio que permita su constancia y señalando su contenido y alcance. Cumplidos estos requisitos, conforme lo establece el artículo 189.6, la autoridad deberá aceptar de plano el desistimiento¹⁵.

27. En tal sentido, considerando que:
- i. Termochilca presentó su desistimiento antes de la emisión de la resolución final de la Comisión, de manera escrita, precisando que se desistía de sus pretensiones y del procedimiento.
 - ii. Sonatrach, Hunt Oil, SK Energy, Repsol, Tecpetrol, Pluspetrol Perú Corporation y Pluspetrol Camisea presentaron sus desistimientos antes de la emisión de la resolución final de la Comisión, de manera escrita, precisando que se desistían de sus respectivas pretensiones del pago de las costas y costos originados por el procedimiento; además, Hunt Oil se desistió de su pretensión para que se imponga a Termochilca una sanción por presentar una denuncia maliciosa.

De conformidad con lo señalado por los artículos 189.5 y 189.6 de la Ley 27444, corresponde aceptar los desistimientos de Termochilca, Sonatrach, Hunt Oil, SK Energy, Repsol, Tecpetrol, Pluspetrol Perú Corporation y Pluspetrol Camisea.

3.2. Continuación del procedimiento

28. Respecto de la continuación del procedimiento, cabe mencionar que, si bien las partes gozan de la libertad de contratar (la facultad que tienen de decidir con quién contratar) y la libertad contractual (la posibilidad de decidir sobre las condiciones de contratación), de acuerdo con la Constitución Política del Perú, estas libertades deben ejercerse respetando los límites previstos por la ley. En el presente caso, estas libertades deben ejercerse en armonía con las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que constituye la legislación de desarrollo del principio constitucional de la libre competencia.
29. En efecto, la libertad de contratar y la libertad contractual no son absolutas ni irrestrictas, siendo un límite natural el interés público contenido en las normas de defensa de la libre competencia. En ese sentido, si bien existe la libertad de contratar y la libertad contractual, estas libertades no puede ser ejercidas de manera tal que restrinjan injustificadamente la libre competencia. Así, por

188, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado en caso de petición graciable.

¹⁵

Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.-

Artículo 189.- Desistimiento del procedimiento o de la pretensión.

189.5 El desistimiento se podrá realizar en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final en la instancia.

189.6 La autoridad aceptará de plano el desistimiento y declarará concluido el procedimiento, salvo que, habiéndose apersonado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento.

ejemplo, aspectos propios de la contratación no pueden justificar una restricción a la competencia cuando constituyan una práctica ilícita.

30. En ese sentido, sin perjuicio de la aceptación de los desistimientos presentados por las partes, el artículo 189.7 de la Ley 27444¹⁶ establece que la autoridad podrá decidir continuar de oficio el procedimiento si, del análisis, de los hechos, considera que podría estarse afectando los intereses de terceros o el interés general. En tal supuesto, la autoridad podrá limitar los efectos del desistimiento al interesado y continuar de oficio el procedimiento.
31. Por lo tanto, a continuación se determinará si, a partir del análisis de los hechos, es posible inferir una presunta afectación a la competencia y, en consecuencia, si corresponde continuar de oficio el presente procedimiento.
32. Respecto del perjuicio a los intereses de terceros, cabe mencionar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 21.5 del Decreto Legislativo 1034, la Secretaría Técnica publicó el 27 de julio de 2009 en los diarios “El Peruano” y “La República” una nota sucinta sobre la admisión a trámite del presente procedimiento, en la que se identificó a las partes involucradas y los extremos denunciados, entre otros, y se indicó que cualquier persona con interés legítimo podría apersonarse al procedimiento. Sin embargo, transcurrido más de un año luego de la referida publicación, ninguna persona ha solicitado su apersonamiento, a partir de lo cual se puede inferir que las acciones imputadas al Consorcio Camisea, materia del presente procedimiento, no perjudicarían los intereses de terceros.
33. Respecto del perjuicio al interés general corresponde determinar si las acciones imputadas al Consorcio Camisea podrían haber afectado la competencia en el mercado, lo que equivale a determinar si la actuación del Consorcio Camisa pudo constituir un abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato o discriminación. Para ello, se debe verificar si podrían haberse cumplido los requisitos legales para su configuración.

3.3 Requisitos legales para la configuración de un abuso de posición de dominio

34. El artículo 10 del Decreto Legislativo 1034 define al abuso de posición de dominio en los siguientes términos:

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

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

¹⁶

Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.-

Artículo 189.- Desistimiento del procedimiento o de la pretensión.

189.7 La autoridad podrá continuar de oficio el procedimiento si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento extrañase interés general. En ese caso, la autoridad podrá limitar los efectos del desistimiento al interesado y continuará el procedimiento.

35. Por su parte, los literales a) y b) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034¹⁷ recogen como posibles modalidades de abuso de posición de dominio a la negativa injustificada de trato y a la discriminación, respectivamente.
36. De acuerdo a las normas citadas, los requisitos necesarios para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
- a. Que el supuesto infractor ostente posición de dominio.
 - b. Que se haya realizado la conducta denunciada, es decir, para el presente caso, una negativa injustificada de trato o una discriminación.
 - c. Que el presunto infractor obtenga beneficios y perjudique a competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
37. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad para afectar o distorsionar unilateralmente en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del mercado. Si no contara con posición de dominio, su acción 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.

38. En lo que se refiere al segundo requisito, la modalidad de negativa injustificada de trato 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 medie justificación objetiva para su conducta.

Por su parte, la modalidad de discriminación puede producirse cuando el presunto infractor aplica, en las relaciones comerciales, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No obstante, no constituye un acto de discriminación el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas.

¹⁷

Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

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

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

(...)

39. Finalmente, el tercer requisito establece que, para que se configure un abuso de posición de dominio, el infractor debe obtener beneficios y causar perjuicios. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la infracción denunciada redujo la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna empresa vinculada) en detrimento de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, disminuyendo el bienestar de los consumidores.

Concretamente, el fin de obtener beneficios y causar perjuicios se verifica cuando la infracción denunciada produjo o puede producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la entrada o limitar el crecimiento de uno o más competidores directos o indirectos del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo). No obstante, estos efectos reales o potenciales no son sancionables cuando son consecuencia de la búsqueda de la mayor eficiencia económica por parte del presunto infractor.

40. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que los requisitos antes señalados se presenten de forma concurrente. En tal sentido, bastará que falte uno de los requisitos para que la actuación de la empresa investigada no constituya un abuso de posición de dominio.
41. De acuerdo a lo anterior, con el objeto de determinar si podría existir una posible afectación al interés general a través de la realización de un presunto abuso de posición de dominio por parte del Consorcio Camisea, a continuación se analizará si se cumplen de manera concurrente los siguientes requisitos:
- a. Que el Consorcio Camisea habría ostentado posición de dominio en el mercado relevante.
 - b. Que el Consorcio Camisea habría realizado la conducta denunciada (negativa injustificada o discriminación).
 - c. Que la conducta del Consorcio Camisea pudo haber producido efectos anticompetitivos.

3.4 Posición de dominio

42. La posición de dominio es la capacidad de un agente para influir de manera unilateral en las condiciones de oferta o demanda del mercado, por razones tales como su cuota de participación, el nivel de concentración, la presencia de barreras de entrada y la inexistencia de competencia potencial, entre otros. Para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor ostentaría dicha posición.

3.4.1. Determinación del mercado relevante,

43. Para la determinación del mercado relevante, es necesario identificar previamente (i) el mercado de producto o servicio relevante y (ii) el mercado geográfico relevante.

A. El mercado del producto o servicio relevante

44. Respecto del mercado de producto o servicio relevante, el artículo 6.2 del Decreto Legislativo 1034 dispone que es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución del producto, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, sus características de uso en el mercado y sus niveles de precio.
45. Para definir el mercado de producto o servicio relevante, es necesario identificar el producto o servicio demandado y, a partir de éste, determinar la existencia de sustitutos adecuados. En el presente caso, la empresa denunciante demanda la provisión de gas natural para la generación eléctrica, por lo que corresponde analizar las características y usos de este producto para evaluar su posible sustitución.
46. El gas natural es un combustible que se encuentra en reservorios ubicados bajo tierra¹⁸, el cual es utilizado como combustible para la generación eléctrica, en plantas industriales, en el funcionamiento de automóviles, entre otros.
47. Por sus características de uso como combustible para la generación eléctrica, el gas natural se puede comparar¹⁹ con el diesel, residuales industriales²⁰ y el carbón, por lo que a continuación se realizará el análisis de sustituibilidad respecto de estos productos.
48. Como criterio de comparación se utilizará el costo en dólares americanos de obtener una unidad de energía²¹ (medido en gigajoules²²) como consecuencia de la combustión de cada producto bajo condiciones estándar²³. En ese sentido, se comparará el costo en dólares de obtener una unidad de energía, así, el menor costo supone un producto más eficiente.
49. El siguiente gráfico muestra el costo por unidad de energía obtenida de los productos utilizados como combustibles para la generación eléctrica.

¹⁸ U.S. Energy Information Administration – *Energy Explained*. Disponible en: http://tonto.eia.doe.gov/energyexplained/index.cfm?page=nonrenewable_home

¹⁹ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas – Osinergmin. “Operaciones del Sector Hidrocarburos”, pp. 10, Noviembre - Diciembre 2008. Disponible en: <http://www2.osinerg.gob.pe/gart.htm>

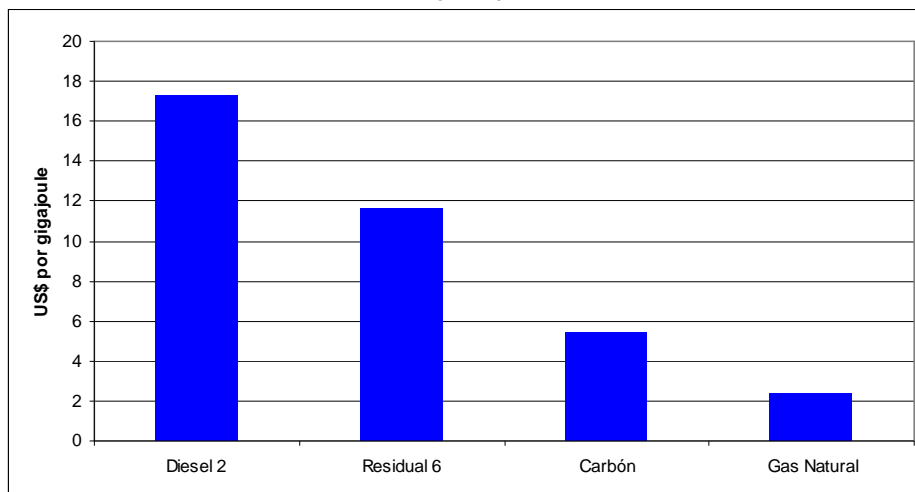
²⁰ Los residuales industriales son derivados del petróleo, extraídos en su fase de refinación, que tienen uso mayoritario en industrias. Disponible en: <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/pages/GasNatural/grafic/chincha/tema2.html>

²¹ De acuerdo con Cambridge Advance Dictionary, la energía es el poder que tiene algo (como la electricidad o el petróleo) de realizar trabajo. Traducción libre del siguiente texto: “the power from something such as electricity or oil, which can do work, such as providing light and heat”. Disponible en: <http://dictionary.cambridge.org/define.asp?key=25646&dict=CALD&topic=energy-force-and-power>

²² Es una unidad del Sistema Internacional, que equivale al trabajo producido por una fuerza de un newton cuyo punto de aplicación se desplaza un metro en la dirección de la fuerza. Disponible en: Diccionario de la Lengua Española – Vigésima segunda edición. Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=joule.

²³ Entendido como un escenario de 0 grados Celsius y 1 presión atmosférica. Disponible en: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/558700/specific-gravity>

Gráfico 1
Costo por obtener un gigajoule para la generación eléctrica*
(2008)



Fuente: Osinergmin
 Elaboración: Secretaría Técnica
 * Precios a diciembre 2008.

50. Como se puede observar en el cuadro precedente, el Diesel 2 presenta el mayor costo por gigajoule obtenido (US\$ 17.3) para la generación eléctrica, seguido del Residual 6 (US\$ 11.6), del carbón (US\$ 5.6) y del gas natural (US\$ 2.4).
51. De lo expuesto, se desprende que el gas natural no presentaría sustitutos como insumo para la generación eléctrica, pues presenta el menor costo por gigajoule de energía obtenido, por lo menos 55% inferior al de los demás combustibles; lo que equivale a generar mayor energía por unidad monetaria. En consecuencia, en el presente caso, el producto relevante sería el gas natural.

B. El mercado geográfico relevante

52. Respecto del mercado geográfico relevante, el artículo 6.3 del Decreto Legislativo 1034 establece que el mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante.
53. Para determinar el mercado geográfico relevante, es necesario identificar las fuentes alternativas de aprovisionamiento de gas natural para la zona de Chilca²⁴, lugar donde la denunciante demanda la provisión del referido producto. Para tal fin, se analizarán las fuentes alternativas de aprovisionamiento a nivel nacional e internacional.

²⁴ Ubicada a 64 km. al sur de la ciudad de Lima en el distrito de Chilca, Provincia de Cañete, Departamento de Lima.

B.1. Fuentes de aprovisionamiento nacional

54. Al respecto, se tomará en cuenta la existencia de capacidad disponible de gas natural según zonas productoras en el 2008. En tal sentido, corresponde determinar qué zonas produjeron gas natural en ese año.
55. Según información del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MINEM), existen tres zonas productoras de gas natural: la Selva Sur, la Selva Central, y la Costa Norte y el Zócalo Continental²⁵. Los siguientes gráfico y cuadro muestran las referidas zonas, su producción anual y participación porcentual:

Gráfico 2
Zonas de producción de gas natural a nivel nacional
(2008)



Fuente: MINEM
Elaboración: Secretaría Técnica

²⁵ Informe Estadístico – Producción Fiscalizada de Gas Natural Diciembre 2008. Elaborado por el MINEM. Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Hidrocarburos/estadistica2008/diciembre/gas.pdf>

Cuadro 1
La producción de gas natural a nivel nacional (2008)

Zonas	Departamento	Lotes	Empresa	Participación	Producción Anual (MMm ³)
Selva Sur	Cusco	88	Consorcio Camisea	77.60%	2,636.02
Selva Central	Ucayali	31C	Aguaytía Energy del Perú S.R.L.	12.43%	422.10
Costa Norte y Zócalo Continental	Piura	I	Petro-Tech Peruana S.A.	4.30%	146.10
		VI/VII	Petrobras Energía Perú S.A.	3.32%	112.79
		X	Graña y Montero Petrolera S.A.	1.46%	49.57
		XIII	Sapet Development Perú INC Sucursal Perú	0.60%	20.38
		Z-2B	Olympic Peru INC Sucursal del Perú	0.29%	9.81
Producción Total	-		-		3,396.77

Fuente: MINEM

Elaboración: Secretaría Técnica

56. El cuadro precedente muestra que el Consorcio Camisea, ubicado en la Selva Sur, y Aguaytía Energy del Perú S.R.L. (en adelante, Aguaytía), ubicada en la Selva Central, son los principales productores de gas natural a nivel nacional, con participaciones superiores al 77% y 12% de la producción nacional, respectivamente. Por su parte, en la Costa Norte y Zócalo Continental participan numerosas empresas productoras con participaciones inferiores al 5% de la producción nacional.
57. En el presente caso, considerando que la denunciante demandó ser provista de gas natural en la zona de Chilca por el Consorcio Camisea ubicado en la Selva Sur; se iniciará el análisis asumiendo a estas zonas como parte del mercado geográfico relevante y se analizarán las capacidades productivas de las otras zonas para actuar como fuentes alternativas de aprovisionamiento.
58. Cabe señalar que la Selva Sur cuenta con una infraestructura de transporte que le representa un ventaja respecto de las otras zonas para proveer de gas natural a la zona de Chilca, pues le permite trasladar a través del ducto el gas natural producido por el Consorcio Camisea en el Lote 88 a la zona de Chilca y, finalmente, a Lurín. La importancia de esta infraestructura radica en que “el transporte del gas significa una gran inversión económica, ya que los campos y plantas donde se extrae el gas natural, generalmente, se encuentran lejos de los principales mercados de consumo, por lo que el costo para transportarlo es elevado y ello incide en la distribución”²⁶.
59. Respecto de la capacidad de producción de Selva Central, mediante la explotación del Lote 31C, en el 2008, Aguaytia fue la única ofertante de gas natural de la zona. Al respecto, tal como se muestra en el siguiente cuadro, la capacidad productiva disponible de Aguaytia (0.69 MMm³/día) no le habría permitido satisfacer la demanda de la denunciante (1.10 MMm³/día). Además,

²⁶ Regulación del gas natural en el Perú. Estado del Arte al 2008. Pág. 3. Elaborado por el Osinermin. Disponible en: http://www2.osinermin.gob.pe/infotec/GasNatural/pdf/Regulacion_Gas_Natural_Peru.pdf

tampoco dispone de una infraestructura de transporte de gas natural por ducto, como la Selva Sur, que le permita abastecer la zona de Chilca a bajo costo.

Cuadro 2
Capacidad Disponible de la Selva Central
(2008)

	MMm ³ /día
Capacidad de Producción ²⁷	1.83
Capacidad Contratada ²⁸	1.14
Capacidad Disponible	0.69
Capacidad Demandada	1.10

Fuente: Portal Institucional Aguaytía y COES
Elaboración: Secretaría Técnica

60. Por lo tanto, la Selva Central no podría ser considerada como una fuente alternativa de aprovisionamiento de gas natural para una demanda como la de la denunciante.
61. Respecto de la capacidad de producción de la Costa Norte y Zócalo Continental, cabe mencionar que en esta zona existen numerosas empresas productoras de gas natural; sin embargo, de forma agregada no presentan capacidad disponible para atender la demanda de la denunciante. En efecto, en conjunto, esta zona presenta una capacidad disponible de 0.31 MMm³/día, cifra muy inferior a la demanda de la denunciante equivalente a 1.10 MMm³/día, tal como se muestra en el siguiente cuadro.

²⁷ De acuerdo al portal institucional de Aguaytía. Disponible en: http://www.aguaytia.com/i_energy01.htm
Cabe precisar que en la referencia la capacidad de producción se encuentra en MMpc/día, por lo que a fin de convertirlo a MMm³/día se usó un factor de 0.02815.

²⁸ La capacidad contratada es obtenida a partir del documento "Estadística de Operaciones 2008" del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (en adelante, COES), correspondiente a la cantidad de energía demandada por Termoselva S.R.L. (en adelante, Termoselva), su principal cliente. Adicionalmente, el portal institucional de Aguaytía muestra que esta empresa posee el 99.9% de las acciones de Termoselva. En consecuencia, debido a la relación existente entre las referidas empresas, Aguaytía no tendría incentivos para dejar de abastecer de gas natural a Termoselva y empezar a abastecer a Termochilca. Ver:
<http://www.coes.org.pe/Dataweb2/2008/DTR/estadistica/anual/anual.htm>,
http://www.aguaytia.com/documentos/TituAguaytia2007-12_Final.pdf

Cuadro 3
Capacidad Disponible en la Costa Norte y Zócalo Continental
(2008)

	MMm ³ /día
Capacidad de Producción ²⁹	0.94
Capacidad Contratada ³⁰	0.63
Capacidad Disponible	0.31
Capacidad Demandada	1.10

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

62. Además, tampoco dispone de una infraestructura de transporte de gas natural por ducto, como la Selva Sur, que le permita abastecer la zona de Chilca a bajo costo.
63. Por lo tanto, la zona de la Costa Norte y Zócalo Continental no podría ser considerada como una fuente alternativa de aprovisionamiento de gas natural para una demanda como la de la denunciante.

B.2. Fuentes de aprovisionamiento internacional

64. El comercio internacional de gas natural se realiza principalmente en estado líquido³¹ (gas natural líquido o LNG, por sus siglas en inglés), reduciendo el volumen para su transporte. En efecto, el volumen de gas natural en estado líquido se reduce seiscientos veces a su equivalente en estado gaseoso, lo que permite que sea transportado con facilidad por vía marítima o por camiones³², con la consiguiente disminución de costos.

El comercio internacional de gas natural líquido (LNG) comienza en una planta de licuefacción ubicada en el país exportador, donde el gas en estado gaseoso se hace líquido para facilitar su traslado, luego se transporta en buques metaneros o camiones criogénicos hasta la planta de regasificación ubicada en

²⁹ Producción anual en 2008. Disponible en: Ministerio de Energía y Minas – MINEM. Op. Cit.

³⁰ La capacidad contratada ha sido obtenida mediante información del documento “Estadística de Operaciones 2008” realizado por el COES correspondiente a la cantidad de energía demandada por la empresa de generación eléctrica Empresa Eléctrica de Piura S.A. (en adelante, EEPSA), empresa que presenta contratos de suministro con 4 de las 5 empresas que produjeron gas natural en el área:
 - Petro-Tech, de acuerdo con la clasificadora de riesgo Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C., tiene contrato de suministro con EEPSA hasta el 2023.
 Disponible en: http://128.121.179.224/files/instituciones_no_financieras/EPSA/eepsa_ca.pdf
 - Petrobras Energía Perú S.A., Sapet Development Perú Inc. Sucursal del Perú y Graña y Montero Petrolera S.A., presentan contratos de suministros con EEPSA por 7 años como mínimo.
 Disponible en: http://www.conasev.gob.pe/emisoras/Emi_memoria.asp?p_codigo=47788, pp. 30-31
 Cabe mencionar que la empresa Olympic Peru INC Sucursal del Perú, que no presenta contrato con EEPSA, solo representa el 2.90% del total producido en el Zócalo Continental y Costa Norte.

³¹ Se trata de gas natural (principalmente metano) reducido o licuado mediante un proceso criogénico donde se disminuye su temperatura a -160°C, reduciendo su volumen unas seiscientos veces facilitando su almacenamiento y transporte hacia plantas de regasificación.
 Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/gasnatural.pdf>

³² U.S. Energy Information Administration – *Energy Explained*.
 Disponible en: http://www.eia.doe.gov/energyexplained/index.cfm?page=natural_gas_delivery

el país importador, donde el líquido es reconvertido a su estado gaseoso. En tal sentido, para que el comercio internacional de gas natural sea viable, se requiere necesariamente que en el país importador exista una planta de regasificación³³.

65. Al respecto, cabe señalar que el Perú no cuenta con plantas de regasificación de gas natural, lo que se condice con el hecho de que no se han registrado importaciones en la última década³⁴. Por lo tanto, el mercado internacional no sería una fuente alternativa de aprovisionamiento de gas natural.
66. En ese sentido, dado que la Selva Central, la Costa Norte y Zócalo Continental, y el mercado internacional no constituyen fuentes alternativas de aprovisionamiento, el mercado geográfico relevante quedaría delimitado por las zonas de Chilca y Selva Sur. Respecto de esta última, en particular por la zona del Lote 88, desde la cual el Consorcio Camisea extrae el gas natural.
67. En consecuencia, el mercado relevante estaría constituido por el gas natural en las zonas de Chilca y Selva Sur (Lote 88).

3.4.2. Determinación de la posición de dominio

68. Como se menciona, la posición de dominio consiste en la capacidad para influir de manera unilateral en las condiciones de oferta o demanda del mercado relevante, para su determinación corresponde analizar, entre otros, condiciones tales como la cuota de participación del presunto infractor, el nivel de concentración del mercado y la existencia de competencia potencial.
69. En el presente caso, considerando su situación de único ofertante, la participación del Consorcio Camisea en el mercado relevante equivalió al 100% en el 2008, periodo de la presunta práctica, y la concentración del mercado, medida mediante el índice de Herfindahl-Hirschman, fue de 10,000 puntos, lo que significó que se trataba de un mercado altamente concentrado³⁵.
70. Respecto de la existencia de competencia potencial, cabe señalar que ésta se relaciona directamente con la existencia de barreras de entrada, pues su presencia impide o dificulta el ingreso de nuevos competidores. Al respecto, las barreras de entrada pueden ser clasificadas como estratégicas o estructurales³⁶.

³³ De acuerdo a la California Energy Commission, agencia encargada del desarrollo y planeamiento energético del Estado de California (Estados Unidos), para obtener gas natural a partir del LNG, se requiere de un proceso de regasificación que involucre transmisión de calor. Disponible en: <http://www.energy.ca.gov/lng/faq.html>

³⁴ Portal de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT. Disponible en: <http://www.aduanet.gob.pe/cl-ad-itestdesp/FrmConsultaSumin.jsp?tcon=E>

³⁵ De acuerdo al Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI, por sus siglas en inglés), el grado de concentración de un mercado se calcula sumando las cuotas de participación de los agentes económicos elevadas al cuadrado. Así, los mercados pueden ser clasificados en desconcentrados (HHI<1000), moderadamente concentrados (1000<HHI<1800) y altamente concentrados (1800<HHI). U.S. Department of Justice & Federal Trade Comisión (1992). Horizontal Merger Guidelines (con revisiones a la Sección 4 –Eficiencias– al 8 de abril de 1997), numeral 1.5. Disponible en: <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>

³⁶ Organisation for Economic Co-Operation and Development (2007). "Competition and Barriers to Entry", pp. 3. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/9/59/37921908.pdf>

71. Las barreras estratégicas o de conducta se refieren a comportamientos de las empresas que impiden o dificultan el ingreso de nuevos competidores al mercado. Por su parte, las barreras estructurales, legales o económicas, se refieren a circunstancias propias del mercado que desalientan o impiden el ingreso de nuevos competidores. En particular, las barreras legales o administrativas se refieren a las políticas públicas y las regulaciones estatales que interfieren de manera directa en la entrada o permanencia de los agentes en el mercado; mientras que las barreras económicas se refieren, entre otros, a las inversiones y tiempo necesarios para la construcción de infraestructura destinada a proveer el producto demandado, por lo que su presencia desincentivaría el ingreso de nuevos agentes al mercado.
72. En el presente caso, con relación a la barreras legales, se ha identificado, entre otros, que el Estado peruano dispone la observancia de requisitos mínimos que los agentes económicos deben cumplir para obtener la autorización de la explotación de gas natural en el Perú.
73. El procedimiento y los requisitos para el otorgamiento de la autorización de explotación de gas natural determinan los plazos y las posibilidades de que un nuevo competidor ingrese al mercado. Así por ejemplo, el Texto Único de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo 042-2005-EM, establece que para iniciar actividades de exploración o explotación de yacimientos de gas natural se requiere contar con la respectiva autorización³⁷. Lo que implica, entre otros, que para celebrar contratos de hidrocarburos con el Estado el potencial competidor debe cumplir previamente con determinados requisitos técnicos, económicos, legales y financieros, según lo dispuesto por los artículos 5 y 6 del Reglamento de Calificación de Empresas Petroleras, aprobado mediante Decreto Supremo 030-2004-EM, Por lo tanto, los requerimientos formales para constituirse en ofertante de gas natural, dificultarían que, en el corto plazo, un potencial competidor ingrese al mercado.
74. Respecto de las barreras económicas, se han identificado algunas inversiones en infraestructura que los potenciales competidores deberían realizar para estar en capacidad de explotar un yacimiento de gas natural en el mercado geográfico relevante, o poder trasladar gas natural hacia él.
75. Sobre el particular, con relación a la explotación de gas natural, como se observa en el siguiente cuadro, el Consorcio Camisea invirtió aproximadamente ochocientos cincuenta millones de dólares americanos (US\$ 850 millones) durante 4 años, para poder llevar a cabo su proyecto de explotación de gas natural en el mercado relevante; asimismo, se comprometió a realizar

³⁷

Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo 042-2005-EM

Artículo 10.- Las actividades de exploración y de explotación de Hidrocarburos podrán realizarse bajo las formas contractuales siguientes:

a) Contrato de Licencia, es el celebrado por PERUPETRO S.A., con el Contratista y por el cual éste obtiene la autorización de explorar y explotar o explotar Hidrocarburos en el área de Contrato; en mérito del cual PERUPETRO S.A. transfiere el derecho de propiedad de los Hidrocarburos extraídos al Contratista, quien debe pagar una regalía al Estado.

inversiones en exploración por un monto superior a los trescientos setenta y nueve millones de dólares americanos (US\$ 379 millones), durante cinco años³⁸.

76. Por su parte, tal como se ha mencionado, importar gas natural en el mercado relevante requiere contar necesariamente con una planta de regasificación en él; lo que implicaría realizar, de manera previa, una cuantiosa inversión durante un considerable periodo de tiempo. En efecto, la experiencia internacional indica que instalar una planta de regasificación implica realizar una inversión superior a los mil millones de dólares americanos (US\$ 1000 millones). Así por ejemplo, la planta de regasificación construida por GNL Quintero en Chile, demandó una inversión de mil sesenta y seis millones de dólares americanos (US\$ 1066) durante cuatro años aproximadamente³⁹.

Cuadro 4
Inversiones y tiempos para la provisión de gas natural

Abastecimiento	Infraestructura	Duración	Inversión
Nacional	Producción Lote 88	4 años	US\$ 850 millones
Nacional	Exploración	5 años	US\$ 379 millones
Internacional	Planta de Regasificación (GNL Quintero – Chile)	4 años	US\$ 1066 millones

Fuente: Apoyo & Asociados (Mayo 2010⁴⁰) y GNL Quintero.
Elaboración: Secretaría Técnica

77. Por lo tanto, los requisitos establecidos, las inversiones demandas y los tiempos requeridos, para proveer de gas natural al mercado relevante, dificultarían que en el corto plazo un potencial competidor ingrese al mercado relevante y se constituya en una fuente alternativa de provisión.
78. En consecuencia, considerando la oferta de gas natural en el mercado relevante en el 2008 y ausencia de potenciales ofertantes en el corto plazo, se infiere que el Consorcio Camisea habría ostentado posición de dominio en la provisión de gas natural en las zonas de Chilca y Selva Sur (Lote 88). En tal sentido, quedaría demostrado el primer requisito necesario para que se configure un presunto abuso de posición de dominio⁴¹.

³⁸ Apoyo & Asociados (Mayo 2010). Disponible en: http://www.aai.com.pe/files/financiamientos_estructurados_/financiamientos_estructurados/pluspetrol_camisea/pluspetrol_camisea_ca.pdf

³⁹ Disponible en: <http://www.gnlquintero.com/index.htm>

⁴⁰ Disponible en: http://www.aai.com.pe/files/financiamientos_estructurados_/financiamientos_estructurados/pluspetrol_camisea/pluspetrol_camisea_ca.pdf

⁴¹ Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar que, según el Informe Estadístico del MINEM de marzo de 2010, si bien desde febrero de 2010 el Lote 56 empezó a producir gas natural, su producción en febrero y marzo equivale a 0.16 y 0.49 MMm³/día, respectivamente, cantidades que no permitirían cubrir la demanda de la empresa denunciante (1.10 MMm³/día).
Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Hidrocarburos/estadistica%202010/Marzo/produccion%20fiscalizada%20de%20gas%20natural.pdf>.

Por su parte, el 20 de mayo de 2010, Repsol, concesionario del Lote 57, convocó a las empresas que inicien operaciones en junio de 2012 al proceso de licitación de venta de gas natural destinado. Por lo antes expuesto, el Lote 57 tampoco sería considerado como fuente alternativa de aprovisionamiento, puesto que el inicio de operaciones requerido a las empresas postoras (junio de 2012) es posterior al previsto por Termochilca (agosto

3.5. La realización de la conducta denunciada

79. Habiéndose determinado que el Consorcio Camisea habría ostentado posición de dominio en el mercado relevante, corresponde a continuación determinar la presunta realización de la conducta denunciada. Para ello, se requiere determinar si se habría realizado una negativa injustificada de trato o una discriminación. Es decir, a partir de los hechos denunciados, se deberá determinar si el presunto infractor habría rechazado injustificadamente una solicitud de adquisición de gas natural o si, en sus relaciones comerciales, habría aplicado condiciones desiguales que coloquen a un competidor en situación desventajosa frente a otro.
80. Al respecto, cabe señalar que el 20 de setiembre de 2007 Termochilca se contactó⁴² con Pluspetrol Perú Corporation⁴³ para que ésta traslade al Consorcio Camisea su solicitud de suministro de gas natural para la primera etapa de su "Proyecto Chilca Generación"⁴⁴. En tal sentido, a través de esta comunicación, se habrían producido el inicio de las negociaciones entre Termochilca y el Consorcio Camisea para la provisión de gas natural.
81. El 24 de setiembre de 2007, Pluspetrol Perú Corporation envió⁴⁵ a Termochilca un borrador de contrato de suministro de gas natural, según se lee a continuación:

Nos dirigimos a ustedes en respuesta a su comunicación cursada a nuestra empresa mediante email de fecha 20 de Setiembre de 2007, por medio de la cual nos solicitan una "Propuesta de suministro de gas natural para la primera etapa del Proyecto Chilca Generación"

Conforme lo solicitado, les adjuntamos un Borrador de Contrato Modelo para Generación Eléctrica en el cual se contemplan todas las condiciones de suministro de gas natural requeridas para vuestro proyecto.

82. El 17 de diciembre de 2007, Termochilca precisó su requerimiento de suministro, indicando la cantidad de gas natural a adquirir (1.1 MMm³/día) en los términos y condiciones del borrador del contrato remitido por Pluspetrol Perú Corporation el 24 de setiembre de 2007. Asimismo, solicitó que la entrada en vigencia del contrato fuera el 31 de agosto de 2010 o antes de dicha fecha.

de 2010), según las condiciones planteadas en el 2008. (Diario Gestión que obra en el folio 3673 del Expediente).

⁴² Según declaración de Termochilca que obra en el folio 007 del Expediente.

⁴³ Cabe mencionar que si bien Pluspetrol Perú Corporation no representa al Consorcio Camisea, según lo señalado por ella misma, ha actuado como facilitador en las negociaciones con potenciales clientes para el suministro de gas natural (Folio 1972). En tal sentido, la mención a Pluspetrol Perú Corporation será en su condición de facilitador y no de representante del Consorcio Camisea.

⁴⁴ Según Termochilca, su proyecto consiste en la construcción de una planta de generación de electricidad térmica a gas de 400 MW de potencia en Chilca, a 65 kilómetros al sur de Lima, que se instalaría en dos fases consecutivas de 200 MW con unidades de ciclo abierto o simple (Folio 29 del Expediente).

⁴⁵ Según correo electrónico de Pluspetrol que obra en el folio 0356 del Expediente.

83. Entre enero y marzo de 2008, Termochilca se habría reunido con Pluspetrol Perú Corporation para evaluar y definir los términos contractuales del suministro. En dichas reuniones, se habría elaborado un proyecto de contrato de suministro que Pluspetrol Perú Corporation, en su calidad de facilitador, habría enviado por correo electrónico a Termochilca el 1 de abril de 2008⁴⁶, según se muestra a continuación:

*Conforme lo previsto, adjunto la version revisada del documento de la referencia, **con tu conformidad procederíamos a circular esta version entre nuestros socios para su aprobacion final y posterior firma.***
(Énfasis agregado)

84. El 19 de abril de 2008, Termochilca envió por correo electrónico a Pluspetrol Perú Corporation algunas modificaciones al proyecto de contrato de suministro de gas natural remitido el 1 de abril de 2008, según se lee a continuación:

De acuerdo a lo conversado envío Contrato de Suministro de Gas con los siguientes cambios:

- A. En cláusula de Fuerza Mayor, Incluimos "wording" contrato de Enersur*
- B. Anexo I, utilizamos Poder calorífico mínimo permitido por las especificaciones de calidad del gas del contrato y modificamos CDM y CDC
CDM_ 1.155.000 m3/día
CDC 577.500 m3/día*
- C. Debemos hacer side letter que considere un ajuste de la CDM de hasta un 20% hasta el 31.12.08, para ajustar el consumo si se cambia la decisión de la tecnología de generación a utilizar.*

85. El 23 de abril de 2008, Pluspetrol Perú Corporation respondió a Termochilca sobre sus cambios propuestos, señalando lo siguiente:

OK con los puntos A y B, quedo a la espera del borrador modificado. El punto C lo solucionamos con un email, no podemos tener side letters sobre nuestros contratos ya que son documentos publicos.

Como no te pude confirmar el conference a tiempo, si todavia lo crees conveniente, podemos reprogramarlo para el dia jueves en la mañana (9:30 a.m), caso contrario podriamos saltarnos directamente a la reunion de cierre en la fecha y hora que propones.

86. El 9 de mayo de 2008, según Termochilca, Pluspetrol Perú Corporation enviaría el proyecto de contrato de suministro a los demás miembros del Consorcio Camisea para su revisión⁴⁷.

87. El 20 de junio de 2008, Pluspetrol Perú Corporation comunicó a Termochilca que sus socios habían incluido algunas modificaciones al proyecto de contrato de suministro de gas natural y que, en caso Termochilca estuviera de acuerdo, se procedería con la firma, según se lee de la siguiente transcripción:

⁴⁶ Según declaraciones de Termochilca que obra en el folio 0411 del Expediente.

⁴⁷ Según declaraciones de Termochilca que obran en el folio 0432 del Expediente.

*“Conforme lo previsto, les estoy enviando la ultima version del borrador de contrato de suministro de gas natural en el cual **se han incorporado todas las observaciones presentadas por nuestros socios**. Cabe mencionar que entre los cambios que se han realizado destacan algunas precisiones respecto a los plazos y requerimientos para aumento de las cantidades contractuales así como los cambios realizados en la clausula de garantías de fiel cumplimiento. **De estar conformes con el presente documento, procederíamos a enviar a la notaría para iniciar el proceso de firmas**”.*
(Énfasis agregado)

88. Las comunicaciones entre Pluspetrol Perú Corporation y Termochilca demostrarían que la denunciante solicitó al Consorcio Camisea la provisión de gas natural, toda vez que, en respuesta a dicha solicitud, el Consorcio Camisea habría revisado el proyecto de contrato, incorporando algunas modificaciones, y estaría a la espera de la confirmación de Termochilca para que se lleve a cabo la suscripción del contrato en una notaría.
89. En tal sentido, se encuentra acreditado que Termochilca solicitó al Consorcio Camisea la provisión de gas natural, especificando la cantidad requerida (1.1 MMm³/día)⁴⁸, los términos que regirían la relación jurídica (proyecto del contrato) y la finalidad del suministro (generación eléctrica). Esta solicitud habría sido recibida inicialmente por Pluspetrol Perú Corporation y luego por el Consorcio Camisea.
90. En dicho escenario, el 3 de julio de 2008, Termochilca y Pluspetrol Perú Corporation se reunieron para plantear algunas modificaciones al borrador de contrato. Luego, el 9 de julio de 2008, Pluspetrol Perú Corporation manifestó a Termochilca lo siguiente:

“[h]asta el momento no hemos recibido los datos de tu representada para poder enviar el contrato a la firma”.

De acuerdo a lo anterior, al 9 de julio de 2008, el Consorcio Camisea no tenía modificaciones al borrador de contrato y esperaba información de Termochilca para proceder con la firma del contrato.

91. El 17 de agosto de 2008, Termochilca consultó a Pluspetrol Perú Corporation sobre los avances para la firma del contrato de suministro.
92. El 20 de octubre de 2008, mediante Carta TC-043-2008-GG, Termochilca comunicó su malestar a Pluspetrol Perú Corporation en relación con la afirmación realizada por esta última en la reunión llevada a cabo el 14 de octubre de 2008, en el sentido que el Consorcio Camisea habría decidido no formalizar el contrato con ella, debido a que no contaba con las reservas necesarias de gas natural.

⁴⁸ Si bien en las comunicaciones entre Termochilca y Pluspetrol del 19 y 22 de abril de 2008 se había establecido incorporar una cantidad diaria máxima de 1.155 MMm³/día de gas natural, en la versión del 3 de julio de 2008 (folio 0480) se establece 1.1 MMm³/día, motivo por el cual se tomará en cuenta esta última cantidad como la finalmente solicitada.

93. El 28 de noviembre de 2008, mediante Carta PPC-COM-08-0364, Pluspetrol Perú Corporation respondió la Carta TC-043-2008-GG de Termochilca, señalando lo siguiente:

*5. Los nuevos descubrimientos de terceros ya anunciados y otros que seguramente ocurrirán próximamente, permitirían superar la situación actual. Mientras tanto, los compromisos de suministro presente y futuro ya asumidos formalmente, sumados a los requerimientos de reservar producción de gas natural para potenciales proyectos futuros, cubren la capacidad máxima de producción que puede comprometerse actualmente. Por ello, **el Consorcio Camisea ha decidido suspender transitoriamente la celebración de nuevos contratos de suministro de gas natural de largo plazo.***
(Énfasis agregado)

94. Así, a pesar de que el 9 de julio de 2008 Pluspetrol Perú Corporation indicó a Termochilca que no había recibido los datos de su representada para proceder con la firma del contrato, el 28 de noviembre de 2008 le comunicó la decisión del Consorcio Camisea de suspender la celebración de nuevos contratos de suministro de gas natural. Es decir, la decisión de no atender la solicitud de compra realizada por Termochilca.
95. De acuerdo a lo anterior, a partir de los hechos analizados, la conducta desarrollada por el Consorcio Camisea debe analizarse como una negativa injustificada de trato, toda vez que el Consorcio Camisea se habría negado a satisfacer la demanda de suministro de gas natural realizada por Termochilca. En consecuencia, corresponde determinar si los motivos alegados por el Consorcio Camisea justificarían su actuación.
96. Sobre el particular, el Consorcio Camisea ha señalado que en sus relaciones con Termochilca solo existió un proceso de negociación para el suministro de gas natural⁴⁹. También ha sostenido que la falta de capacidad de transporte de gas natural, observada luego de la Décimo Primera Oferta Pública⁵⁰, y los compromisos de suministro asumidos que superarían su capacidad de producción ocasionaron su decisión de suspender las negociaciones con nuevos clientes.
97. Al respecto, considerando que se está analizando una posible afectación al interés general, no corresponde analizar si entre el Consorcio Camisea y Termochilca solo existió un proceso de negociación, pues esto se relacionaría a un interés particular del cual Termochilca se ha desistido.

⁴⁹ Folio 1909 del Expediente.

⁵⁰ De acuerdo con el artículo 5 de las Condiciones Generales para la Asignación de Capacidad de Transporte de Gas Natural por Ductos, aprobadas mediante Decreto Supremo 016-2004-EM, se denomina oferta pública a la oferta que el concesionario deberá realizar de manera pública cada doce meses como mínimo, a efectos de determinar la existencia de interesados en contratar la capacidad disponible o la capacidad que se origine por las ampliaciones previstas o propuestas de su sistema de transporte.

98. Por otro lado, con relación a la falta de capacidad de transporte de gas natural y los compromisos de suministro asumidos que superarían la capacidad de producción del Consorcio Camisea, y que ocasionaron la decisión de suspender las negociaciones con nuevos clientes, corresponde determinar si en 2008 (fecha de la presunta negativa) existía: (i) falta de capacidad disponible en el ducto para transportar gas natural de un nuevo cliente, y (ii) falta de capacidad de producción en relación con los compromisos contractuales, como posibles justificaciones de la decisión del Consorcio Camisea de suspender las negociaciones con nuevos clientes.
99. Al respecto, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin)⁵¹ ha señalado que, luego de la Décimo Primera Oferta Pública en julio de 2008 y para los siguientes años, la congestión del ducto que transporta gas natural desde la zona de Camisea a Lurín, pasando por Chilca, dificultaría el transporte de gas natural, según se lee a continuación:

La capacidad mínima para los doce meses siguientes a la fecha de la adjudicación de la Décimo Primer Oferta Pública es de 216.569 MMPCD en el City Gate y en el punto de derivación es 249.137 MMPCD. En dicho periodo no se excede la capacidad del ducto. Sin embargo en ambos ductos en el mediano plazo, desde septiembre 2009 a abril 2019 si se excede la capacidad actual. Asimismo se debe indicar que al igual que en la Oferta Pública anterior, la capacidad contratada acumulada excede de lejos la capacidad del ducto en todo el periodo de análisis.

(Énfasis agregado)

Es decir, el Osinergmin concluyó que la cantidad contratada de gas natural excedió la capacidad del ducto, desde setiembre de 2009 hasta abril de 2019.

100. En efecto, según los resultados obtenidos en la Décimo Primera Oferta Pública, realizada el 20 y 21 de junio de 2008 por TGP, el ducto contaría con una reducida capacidad disponible, tal como se observa a continuación.

Cuadro 5
TGP - Disponibilidad del ducto según 11° Oferta Pública

Capacidad Ofertada (MMm ³ /día)	Fecha de Convocatoria	Fecha de Adjudicación	Capacidad Disponible al culminar la Oferta Pública (MMm ³ /día)
4.119	20/06/2008	22/07/2008	0.449

Fuente: TGP

Elaboración: Secretaría Técnica

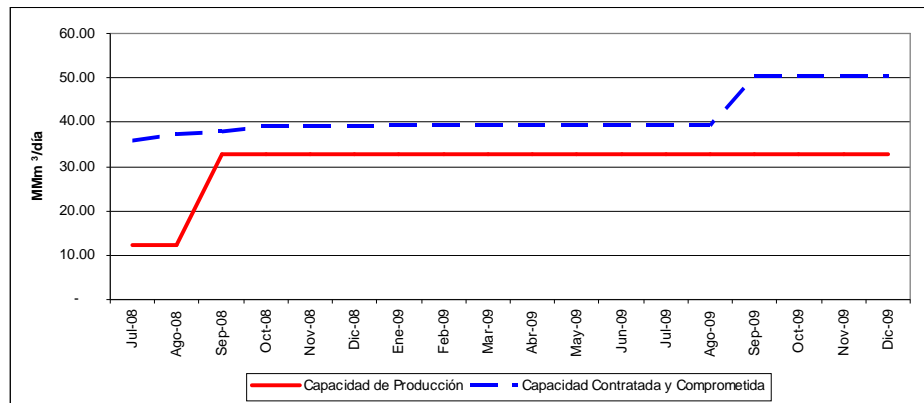
101. La capacidad disponible del ducto, luego de la Décimo Primera Oferta Pública, fue de 0.449 MMm³/día, volumen inferior a los 1.1MMm³/día que Termochilca habría necesitado transportar de haber conseguido que su solicitud fuera

⁵¹ Disponible: http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/GFGN/11ava_Transporte.pdf

atendida. Por lo tanto, no habría existido capacidad disponible en el ducto para trasladar la cantidad de gas natural que Termochilca demandó al Consorcio Camisea, lo que representaría para el Consorcio Camisea una restricción técnica para satisfacer la demanda de nuevos clientes.

102. Asimismo, según se muestra en el siguiente gráfico, durante el periodo comprendido entre julio 2008 y diciembre 2009, la capacidad de producción del Consorcio Camisea⁵² fue inferior a la capacidad contratada y los compromisos asumidos con sus clientes⁵³. 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 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.

Gráfico 3
Capacidad de producción y contratada del Consorcio Camisea
(Julio 2008 a diciembre 2009)



Fuente: Perupetro, Informe Gaffney, Cline & Associates y MINEM
Elaboración: Secretaría Técnica

103. En lo que se refiere a la capacidad disponible en el ducto, cabe señalar que la explotación y el transporte son etapas interrelacionadas que forman parte de la cadena de comercialización de gas natural, puesto que para llevar la producción de gas natural a los clientes, se requiere de un medio de transporte, que en el caso particular del proyecto Camisea es el ducto que parte desde Camisea hasta Lurín, pasando por Chilca. Así, la disponibilidad de capacidad en el ducto influiría en la venta de gas natural.

⁵² Según información remitida por Perupetro el 13 de abril de 2009 (Folio 1199)

⁵³ Esta capacidad es obtenida a partir de la siguiente información:
 - Contratos suscritos con sus clientes (folio 1299 del Expediente).
 - Compromisos asumidos con las petroquímicas (CF Industrias Peru S.A.C. y Nitratos del Perú S.A.) y con la distribuidora en Ica (Transportadora de Gas Internacional S.A.).
 Disponible en: http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Hidrocarburos/Certificacion%20Reservas%20Lotes%2056%20y%2088/reservas_lote88.pdf
 - Futura demanda del Gasoducto Andino a cargo de Kuntur Transportadora de Gas S.A.C.
 Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/descripcion.php?idSector=5&idTitular=1459>

104. Esta situación implica que, para que una venta se concrete, se debe asegurar, además de la provisión de gas natural, la reserva de capacidad en el ducto para su transporte a la zona de consumo. Si no es posible el transporte a la zona de consumo, no se podrá realizar la venta y, en consecuencia, el demandante no obtendrá el producto y el ofertante no podrá exigir la contraprestación acordada.
105. En efecto, para la provisión de gas natural, el Consorcio Camisea y sus clientes establecen los términos que registrarán sus relaciones comerciales como, por ejemplo, la cantidad contratada máxima, el pago que realizaría por la compra del insumo, la frecuencia de la demanda, y, en particular, la fecha a partir de la cual se iniciará el suministro del gas natural. Este último término se conoce como la primera nominación.
106. Así, firmado el contrato, el suministro solo se inicia si el cliente solicita el gas natural⁵⁴. El inicio del suministro (primera nominación) genera el inicio de los siguientes derechos y obligaciones: derechos para el cliente, de abastecerse de gas natural, y la obligación de pagar por dicho consumo; y la obligación del productor de suministrar gas natural y derecho de cobrar al cliente por el insumo. Dado que el lugar de producción y de consumo normalmente no son próximos, se utiliza el servicio de transporte.
107. En el supuesto que un cliente no haya reservado capacidad en el ducto, no podrá transportar el gas natural adquirido, es decir, no podrá realizar la primera nominación. Tal situación ocasionaría que el productor no abastezca al cliente del insumo y, en consecuencia, no pueda ejercer sus derechos por tal y percibir los ingresos por la transacción.
108. Por lo tanto, resulta razonable suponer que el productor decidiera no priorizar la atención de un nuevo cliente que no disponga de capacidad contratada en el ducto y, en general, suspender las negociaciones con nuevos clientes.
109. Por otro lado, respecto de los compromisos asumidos por el Consorcio Camisea que exceden su capacidad de producción para el suministro de gas natural, cabe mencionar que en los contratos que suscribe con sus clientes incorpora la cláusula “*delivery or pay*”⁵⁵. Esta cláusula establece que si el Consorcio Camisea no provee como mínimo el porcentaje comprometido con el cliente en un día,

⁵⁴ A modo de ejemplo, el contrato de suministro entre el Consorcio Camisea y Enersur, del 7 de abril de 2006, señala lo siguiente:

CLÁUSULA PRIMERA: DEFINICIONES

- 1.24 Nominación: Es la comunicación diaria que realiza el Cliente a los Productores, requiriendo la cantidad diaria de Gas que Día a Día deberá ser suministrada por éste, en un todo de acuerdo con las Normas de Despacho de Gas Natural una vez aprobadas.

CLÁUSULA TERCERA: VIGENCIA Y DURACIÓN

- 3.1 El Contrato entrará en vigencia con la primera Nominación realizada por el Cliente conforme a los términos de este Contrato y se extenderá por un plazo de quince (15) años contados a partir de dicha fecha.

⁵⁵ De acuerdo a contratos suscritos del Consorcio Camisea (folio 1299 del Expediente)

deberá pagar al demandante el precio contratado multiplicado por la cantidad no provista, más los costos de transporte, de ser el caso⁵⁶.

110. Esta cláusula tiene como efecto limitar los incentivos que tendría el Consorcio Camisea de comprometer gas natural por encima de su capacidad de producción. Es decir, si bien cada contrato establece cantidades diarias máximas para nominar (y aún en el supuesto poco probable de que al mismo tiempo todos los clientes demanden la cantidad máxima), la cláusula “*delivery or pay*” tiene el efecto de penalizar al Consorcio Camisea por las cantidades nominadas no provistas y, con ello, reducir el riesgo de suministro para el cliente⁵⁷.
111. Por lo tanto, el comportamiento del Consorcio Camisea de comprometer cantidades de gas natural por encima de su capacidad de producción, estaría limitado por los pagos que tendría que efectuar a sus clientes por incumplimiento de suministro, bajo la aplicación de la cláusula “*delivery or pay*”, y representaría una restricción contractual a proveer a nuevos clientes.
112. Así, la limitada capacidad disponible del ducto y la obligación de cumplir los compromisos asumidos contractualmente con los clientes, tomando en cuenta la capacidad de producción, representarían restricciones técnicas y contractuales que justificarían la decisión del Consorcio Camisea de no contratar con una empresa con las características de Termochilca.
113. En consecuencia, los motivos alegados por el Consorcio Camisea, relacionados con la restricción en el transporte de gas natural observada luego de la Décimo Primera Oferta Pública y los compromisos que superaban la capacidad de producción, justificarían su conducta de no proveer gas natural a Termochilca.
114. Por otro lado, cabe señalar que el Estado ha promulgado diversas normas destinadas a ordenar la comercialización del gas natural en el Perú. Así, mediante Decreto de Urgencia 023-2009 del 19 de febrero de 2009, se

⁵⁶ Así, por ejemplo, en el contrato suscrito con SDF Energía S.A.C. del 22 de mayo de 2008, se señala lo siguiente (reverso folio 1451 del Expediente):

CLAUSULA SEPTIMA: DELIVERY OR PAY (ENTREGA O PAGO)

- 7.1 De acuerdo a los términos y condiciones del presente Contrato, y a menos que se produzca un hecho que configure Caso Fortuito o Fuerza Mayor, los productores pondrán a disposición del Cliente el Gas en el Punto de Recepción, de acuerdo con los términos establecidos en la presente Cláusula.
- 7.2 Si por causas distintas al Caso Fortuito o Fuerza Mayor y la situación prevista en el Numeral 4.6, los Productores no pusieran a disposición del Cliente en el Punto de Recepción, el ciento por ciento (100%) de la cantidad nominada para ese Día conforme a los términos de este Contrato, en adelante CDOP (Cantidad Deliver or Pay), los Productores deberán pagar al Cliente el ciento por ciento (100%) del Precio multiplicado por las cantidades de Gas que los Productores no hubieran puesto a disposición del Cliente por debajo de dicha CDOP, más el costo del servicio de transporte de dicho Gas, si por causa de esta falta de suministro el Cliente hubiese incurrido en un falso costo de transporte. Esta penalidad no operará en el caso que los Productores, a pesar de lo anteriormente señalado en este Numeral 7.2 para un determinado Día de Contrato, logren poner a disposición del Cliente el Gas conforme a lo previsto en el Numeral 8.2, sin que el Cliente tenga reducciones en el suministro de Gas en su Planta respecto a los volúmenes nominados para ese mismo Día.
(...)

⁵⁷ VÁSQUEZ C., Arturo (2006). Presentación “Principios Económicos de la Industria de Gas Natural”. Disponible en:
http://www.osinerg.gob.pe:8888/SPH/html/gas_natural/cultura_gas_natural/publicaciones/PrincipiosEconomicosdelSectorGasNatural2.pdf

estableció la priorización de la asignación de los volúmenes de gas natural disponible para la celebración de nuevos contratos, según el orden de prelación que se muestra a continuación:

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.

Cabe señalar que la inobservancia de las normas que priorizan la asignación de volúmenes de gas natural disponible está sujeta a sanciones, pecuniarias y no pecuniarias⁵⁸.

115. Actualmente, el Estado ha establecido la creación de un mercado secundario destinado a generar la eficiente reasignación o cesión de los volúmenes de gas natural contratado y no utilizado, o de la capacidad de transporte contratada y no utilizada.
116. Al respecto, el Decreto Supremo 046-2010-EM del 5 de agosto de 2010⁵⁹, señala que los clientes podrán transferir el íntegro de la producción y la capacidad de transporte contratados, o parte de éstos, a otro consumidor a través del Mercado Electrónico de las subastas de Transferencia de Producción y/o Capacidad de Transporte a Firme de Gas Natural, permitiendo satisfacer la demanda de gas natural y transporte de un mayor número de clientes.

⁵⁸ Según el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN 308-2009-OS/CD, que modificó la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural del Osinergmin, las sanciones pecuniarias son equivalentes a multas de hasta cincuenta (50) UIT, y las sanciones no pecuniarias son equivalentes al cierre del establecimiento, cierre de instalaciones, internamiento temporal de vehículos, retiro de instalaciones y equipos, suspensión temporal o definitiva de actividades y comiso de bienes.

⁵⁹ **Decreto Supremo 046-2010-EM que aprueba el Reglamento del Mercado Secundario de Gas Natural y deroga los Decretos Supremos 067-2009-EM y 018-2010-EM**

Artículo 2.- Definiciones

Para los efectos de la presente norma, se entenderá por:

2.2 Mercado Electrónico de las subastas de Transferencia de Producción y/o Capacidad de Transporte a Firme de Gas Natural (MECAP).- Plataforma informática en donde se realiza la subasta del Mercado Secundario, en sus fases de comunicaciones, calificaciones, registros, adjudicaciones, entre otros.

Artículo 5.- Cantidad y Temporalidad

5.1 Los Consumidores Ofertantes pueden transferir el íntegro de su producción contratada y/o capacidad de transporte firme contratada, o una parte de estas (...)"

117. En efecto, a través de la creación del mercado secundario, el Estado impulsaría la comercialización de gas natural y de la capacidad de transporte en el ducto por parte de los clientes a través de subastas. Como parte de la implementación de este mecanismo, el MINEM definirá, mediante Resolución Ministerial, la fecha de entrada en vigencia de la subasta electrónica, mientras tanto, las operaciones en el mercado secundario podrán realizarse en forma de acuerdos bilaterales, según lo señalado por la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo 046-2010-EM⁶⁰.
118. En consecuencia, el establecimiento de un orden de prioridad para la celebración de nuevos contratos de suministro de gas natural y la creación de un mercado secundario, permiten concluir que el Estado estaría realizando acciones conducentes a asegurar el uso eficiente de la producción y capacidad de transporte de gas natural, lo que limitaría la posibilidad de que las empresas productoras desarrollen un comportamiento que afecte el interés general.
119. Sin perjuicio de ello, si bien pueden existir normas sectoriales que regulen determinada actividad económica, cabe recordar que, según lo dispuesto por el literal a) del artículo 14.2 del Decreto Legislativo 1034⁶¹, esta Comisión es competente para declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente. En el presente caso, de no haber existido circunstancias técnicas y contractuales que condicionaron la oferta de gas natural, esta Comisión hubiera podido continuar con el procedimiento administrativo sancionador y, de ser el caso, sancionar las conductas anticompetitivas, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis realizado por esta Comisión, corresponde:

- i. Aceptar los desistimientos presentados por Termochilca, Sonatrach, Hunt Oil, SK Energy, Repsol, Tecpetrol, Pluspetrol Perú Corporation y Pluspetrol Camisea, conforme a lo dispuesto por los artículos 189.5 y 189.6 de la Ley 27444.

⁶⁰ **Decreto Supremo 046-2010-EM que aprueba el Reglamento del Mercado Secundario de Gas Natural y deroga los Decretos Supremos 067-2009-EM y 018-2010-EM**

Segunda Disposición Transitoria.- Durante un plazo no mayor a un (1) año de publicado el presente reglamento, las operaciones en el Mercado Secundario podrán realizarse en forma de acuerdos bilaterales, luego de lo cual deberán adecuarse al mecanismo de subasta electrónica que regula el presente Decreto Supremo. El Ministerio de Energía y Minas definirá mediante Resolución Ministerial la fecha de entrada en vigencia del mecanismo de subasta electrónica. Las operaciones que se realicen tendrán una vigencia que no exceda en más de dos meses al plazo de un año señalado en la presente disposición transitoria.

⁶¹ **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

- a) Declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente; (...)

- ii. No continuar de oficio el presente procedimiento administrativo sancionador, conforme a lo dispuesto por el artículo 186.1 de la Ley 27444, debido a que las circunstancias técnicas y contractuales presentes durante el periodo en el que ocurrieron los hechos denunciados, habrían condicionado la oferta de gas natural.

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: Aceptar el desistimiento de la pretensión y del procedimiento formulado por Termochilca S.A.C. en relación con la denuncia interpuesta contra Pluspetrol Perú Corporation S.A., Pluspetrol Camisea S.A., Hunt Oil Company of Peru L.L.C. Sucursal del Perú, SK Energy Sucursal Peruana, Sonatrach Perú Corporation S.A.C., Tecpetrol del Perú S.A.C. y Repsol Exploración Perú Sucursal del Perú, por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación.

SEGUNDO: Aceptar el desistimiento de la pretensión formulada por Pluspetrol Perú Corporation S.A. para que se ordene a Termochilca S.A.C. el pago de costas y costos.

TERCERO: Aceptar el desistimiento de la pretensión formulada por Pluspetrol Camisea S.A. para que se ordene a Termochilca S.A.C. el pago de costas y costos.

CUARTO: Aceptar el desistimiento de las pretensiones formulada por Hunt Oil company of Peru L.L.C. Sucursal del Perú para que se imponga a Termochilca S.A.C. una sanción por denuncia maliciosa y se le ordene el pago de costas y costos.

QUINTO: Aceptar el desistimiento de la pretensión formulada por SK Energy Sucursal Peruana para que se ordene a Termochilca S.A.C. el pago de costas y costos.

SEXTO: Aceptar el desistimiento de la pretensión formulada por Sonatrach Perú Corporation S.A.C., para que se ordene a Termochilca S.A.C. el pago de costas y costos.

SÉTIMO: Aceptar el desistimiento de la pretensión formulada por Tecpetrol del Perú S.A.C. para que se ordene a Termochilca S.A.C. el pago de costas y costos.

OCTAVO: Aceptar el desistimiento de la pretensión formulada por Repsol Exploración Perú Sucursal del Perú para que se ordene a Termochilca S.A.C. el pago de costas y costos.

NOVENO: Declarar la conclusión del procedimiento debido a que las circunstancias técnicas y contractuales presentes durante el periodo en el que ocurrieron los hechos denunciados por Termochilca S.A.C. habrían condicionado la oferta de gas natural.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Paul Phumpiu Chang, Elmer Cuba Bustinza, Joselyn Olaechea Flores y Raúl Pérez-Reyes Espejo.

**Paul Phumpiu Chang
Presidente**