

30 de mayo de 2017

VISTO:

El escrito de denuncia del 27 de septiembre de 2016 presentado por Estación de Servicios Yolita S.A.C. (en adelante, Yolita) contra Grifos Sagitario S.R.L. (en adelante, Sagitario) por la presunta comisión de un abuso de procesos legales en el mercado de venta de combustibles en la ciudad de Huacho, así como las actuaciones previas realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica); y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 27 de septiembre de 2016, Yolita interpuso una denuncia contra Sagitario por la presunta comisión de abuso de procesos legales en el mercado de comercialización de combustibles en el distrito de Huacho, provincia de Huaura, departamento de Lima. La denuncia de Yolita, tramitada inicialmente por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, ST-CCD), se sustentó en los siguientes argumentos:
 - a) El 30 de julio del 2014, la Municipalidad Provincial de Huaura, mediante Resolución de Gerencia N° 253-2014-GM/MPH (en adelante, la Resolución 253), decidió otorgar a Yolita autorización para la construcción de una estación de servicios.
 - b) Debido a la competencia que supondría una nueva estación de servicios en la zona, el 30 de octubre de 2014, Sagitario interpuso demanda contenciosa administrativa solicitando se declare la nulidad total de la Resolución 253, alegando que Yolita pretendía instalar una estación de servicios de manera ilegal, lo cual pondría en riesgo la vida de las personas debido a un peligro de fuga de gas, y que también afectaría los ingresos de Sagitario.
 - c) Posteriormente, el 16 de febrero de 2015, en el marco del proceso contencioso administrativo, Sagitario interpuso una solicitud de medida cautelar con la finalidad de que el Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura suspenda provisionalmente los efectos de la Resolución 253.

- d) Mediante resolución de 9 de marzo de 2015, el Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura concedió la medida cautelar solicitada por Sagitario y ordenó suspender de manera provisional los efectos de la Resolución 253.
 - e) Por otro lado, Sagitario también habría pretendido obstaculizar las acciones legales planteadas por Yolita contra la Municipalidad de Huaura. Concretamente, Sagitario solicitó intervenir como litisconsorte en los procesos judiciales tramitados en los Expedientes 787-2013-0-1308-JR-CI-02 y 1036-2012-0-1308-JR-CI-01.
2. Mediante Memorándum 380-2016/CD1 del 5 de octubre de 2016, la ST-CCD remitió la denuncia interpuesta por Yolita a esta Secretaría Técnica.
3. Mediante Cartas 933, 935, 937, 967 y 968-2016/ST-CLC-INDECOPI del 29 de noviembre y 2 de diciembre de 2016, esta Secretaría Técnica requirió a Transfuels Liper E.I.R.L. (en adelante, Transfuels), a Sagitario, a Peruana de Estaciones de Servicio S.A.C. (en adelante, Pecsá), a Coesti S.A. (en adelante, Coesti) y a Grifos Espinoza S.A. (en adelante, Grifos Espinoza) que presenten determinada información con la finalidad de reunir elementos de juicio sobre las características y el funcionamiento del mercado de comercialización minorista de combustibles (gasohol y diésel) en el distrito de Huacho, en particular, acerca de su funcionamiento, sus políticas comerciales sobre precios y una serie estadística de ventas entre enero de 2014 y noviembre de 2016.
- Dicho requerimiento fue ampliado mediante Cartas 1003, 1004, 1006, 1007, 1008 y 1041-2016/ST-CLC-INDECOPI del 20 y 29 de diciembre de 2016, mediante las cuales esta Secretaría Técnica requirió a Daniel Augusto Vásquez Bermeo (Grifo Sugar Sugar)¹, Transfuels, Sagitario, Grifos Espinoza, Pecsá y Coesti, respectivamente, información sobre las ventas de gas licuado de petróleo (GLP) entre enero de 2014 y noviembre de 2016 en el distrito de Huacho.
4. Mediante Oficio 103-2016/ST-CLC-INDECOPI del 6 de diciembre de 2016, esta Secretaría Técnica solicitó al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin) la información del Registro de Hidrocarburos relacionada a las capacidades de almacenamiento de Gasoholes y Diésel, así como las modificaciones, de cada uno de los establecimientos de venta al público en el distrito de Huacho, desde enero de 2011 hasta noviembre de 2016. Dicha solicitud fue absuelta por la Oficina Regional de Lima Norte de Osinergmin mediante Oficio 108-2017-OS/OR LIMA NORTE de 16 de enero de 2017.
5. Mediante escritos del 14 y 28 de diciembre de 2016, Sagitario absolvió los requerimientos de información de esta Secretaría Técnica² y solicitó que se

¹ En el requerimiento efectuado a Daniel Augusto Vásquez Bermeo (Grifo Sugar Sugar) mediante Carta 1003-2016/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica también requirió información de ventas anuales en relación con los combustibles diésel y gasoholes (84, 90, 95 y 97).

² Mediante escrito del 9 de diciembre de 2016, Sagitario solicitó una prórroga dar respuesta al requerimiento efectuado mediante Carta 935-2016/ST-CLC-INDECOPI. Dicha prórroga fue concedida mediante Carta 974-2016/ST-CLC-INDECOPI, del 9 de diciembre de 2016, por un plazo adicional de siete (7) días hábiles.

declare la confidencialidad de la serie estadística mensual de ventas de combustible (gasoholes, diésel y GLP) en la estación del distrito de Huacho, desde enero de 2014 hasta noviembre de 2016, que incluye el tipo de combustible, precio y cantidad de galones vendidos.

La solicitud de confidencialidad de Sagitario fue declarada fundada en parte por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) mediante Resolución 025-2017/CLC-INDECOPI del 26 de abril de 2017.

6. Mediante escritos del 21 y 28 de diciembre de 2016, Pecsá absolvió los requerimientos de información de esta Secretaría Técnica³ y solicitó que se declare la confidencialidad de la información sobre las estaciones de la competencia en su zona de influencia para la determinación de su política de precios, así como la serie estadística mensual de las ventas de combustibles (gasoholes, diésel y GLP) en la estación del distrito de Huacho, desde enero de 2014 hasta noviembre de 2016, que incluye el tipo de combustible, valor de ventas y cantidad de galones vendidos.

La solicitud de confidencialidad de Pecsá fue declarada fundada por la Comisión mediante Resolución 023-2017/CLC-INDECOPI del 26 de abril de 2017.

7. Mediante escritos de 23 de diciembre de 2016 y 4 de enero de 2017, Grifos Espinoza absolvió los requerimientos de información de esta Secretaría Técnica⁴ y solicitó que se declare la confidencialidad de la información sobre las estaciones de la competencia en su zona de influencia para la determinación de su política de precios, el contrato de operación de la estación de servicio Santa María, así como la serie estadística mensual de las ventas de combustibles (gasoholes, diésel y GLP) en la estación del distrito de Huacho, desde enero de 2014 hasta noviembre de 2016, que incluye el tipo de combustible, valor de ventas y cantidad de galones vendidos.

La solicitud de confidencialidad de Grifos Espinoza fue declarada fundada por la Comisión mediante Resolución 024-2017/CLC-INDECOPI del 26 de abril de 2017.

8. Mediante escritos del 30 de diciembre de 2016 y 9 de enero de 2017, Transfuels⁵ y Coesti⁶, respectivamente, absolvieron los requerimientos de información de esta Secretaría Técnica.

³ Mediante escrito del 6 de diciembre de 2016, Pecsá solicitó una prórroga para dar respuesta al requerimiento efectuado mediante Carta 937-2016/ST-CLC-INDECOPI. Dicha prórroga fue concedida mediante Carta 971-2016/ST-CLC-INDECOPI, del 6 de diciembre de 2016, por un plazo adicional de siete (7) días hábiles.

⁴ Mediante el escrito del 16 de diciembre de 2016, Grifos Espinoza solicitó una prórroga para dar respuesta al requerimiento efectuado mediante Carta 968-2016/ST-CLC-INDECOPI. Dicha prórroga fue concedida mediante Carta 995-2016/ST-CLC-INDECOPI, del 19 de diciembre de 2016, por un plazo adicional de siete (7) días hábiles.

⁵ Mediante escrito del 19 de diciembre de 2016, Transfuels solicitó una prórroga para dar respuesta al requerimiento efectuado mediante Carta 933-2016/ST-CLC-INDECOPI. Dicha prórroga fue concedida mediante Carta 996-2016/ST-CLC-INDECOPI, del 19 de diciembre de 2016, por un plazo adicional de siete (7) días hábiles.

⁶ Mediante escrito del 19 de diciembre de 2016, Coesti solicitó una prórroga para dar respuesta al requerimiento efectuado mediante Carta 967-2016/ST-CLC-INDECOPI. Dicha prórroga fue concedida mediante Carta 971-2016/ST-CLC-INDECOPI, del 29 de diciembre de 2016, por un plazo adicional de siete (10) días hábiles.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

9. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de que Sagitario incurrió en la conducta tipificada como abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, infracción prevista en los artículos 10.1 y 10.2 del literal f) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁷; y si, en consecuencia, corresponde admitir a trámite la denuncia de Yolita e iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Sagitario.

III. MARCO TEÓRICO

3.1. Abuso de posición de dominio

10. El artículo 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas 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. En la misma línea, el artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio –real o potencial– en el mercado afectado para que se configure un abuso de posición de dominio.
11. 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 cometido una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia.
 - 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.
12. 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 de afectar o distorsionar unilateralmente y en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del mercado. Esta capacidad

⁷

Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo 1034 y modificada mediante Decreto Legislativo 1205

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

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

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.

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

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

puede ser consecuencia de factores como una importante participación de mercado, un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial. Si un agente no contara con posición de dominio, no podría analizarse si su conducta constituye un ejercicio abusivo de tal posición.

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.

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

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

14. 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), en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, afectando de esta manera el proceso competitivo⁸.

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 restringir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).

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

⁸ Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, considerando 65.

Si los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la conducta analizada son superiores a los posibles beneficios que podría generar dicha conducta, constituirá un abuso de posición de dominio.

15. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de manera concurrente. En tal sentido, bastará que no se acredite alguno de estos requisitos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

3.2. Abuso de procesos legales

16. Entre las diversas formas en que un agente con posición de dominio puede distorsionar el correcto funcionamiento del proceso competitivo se puede identificar la manipulación del poder estatal, mediante la utilización indebida de los procesos o procedimientos judiciales, administrativos y regulatorios a cargo de las autoridades públicas, con el objeto o efecto de entorpecer el ingreso de nuevos competidores o dificultar su permanencia en el mercado. En este caso, una conducta dirigida a distorsionar el proceso competitivo es realizada mediante el ejercicio indebido de los derechos de acción⁹ y de petición¹⁰, quedando fuera del ámbito de tutela comprendido por estos derechos.
17. Esta conducta anticompetitiva es comúnmente conocida como «abuso de procesos», «predación legal» o «litigación predatoria», y puede ser definida como aquella estrategia a través de la cual un agente con posición de dominio deliberadamente instrumentaliza un conjunto de procesos o procedimientos legales cuya tramitación no se encuentra destinada a obtener un pronunciamiento favorable por parte de las autoridades respectivas, sino que tiene como objetivo esencial impedir, retrasar o encarecer de forma indebida el acceso o permanencia de sus competidores en el mercado utilizando los procesos en sí mismos, con independencia de su resultado¹¹.

⁹ Este derecho fundamental forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha desarrollado la siguiente definición: «Se conoce como derecho de acción a la facultad o poder jurídico del justiciable de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela efectiva, independientemente de que cumpla con los requisitos formales o de que su derecho sea fundado. En ese sentido, toda persona natural o jurídica puede recurrir al órgano jurisdiccional para ejercitar su derecho de acción –plasmado físicamente en la demanda– en forma directa o mediante representante, con la finalidad de que este de solución a un conflicto de intereses intersubjetivos o a una incertidumbre jurídica, a través de una decisión fundada en derecho». Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de julio de 2004 (Expediente 2293-2003-AA/TC).

¹⁰ El Tribunal Constitucional ha señalado que «el derecho de petición se sustenta en la relación existente entre los ciudadanos y los poderes públicos en una sociedad democrática, de lo que se deriva la necesidad de permitir la participación y decisión de los ciudadanos en la cosa pública, así como la defensa de sus intereses o la sustentación de sus expectativas, ya sean estos particulares o colectivos en su relación con la Administración Pública». Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de diciembre de 2002 (Expediente 1042-2002-AA/TC).

¹¹ El predador no necesita impedir la entrada de sus competidores, solo retrasarla. La litigación fraudulenta se convierte en una táctica útil contra empresas de cualquier tamaño pues vale la pena asumir el precio de la litigación para retrasar un año o varios años la entrada del rival en un mercado lucrativo. Al respecto, ver: BORK, Robert H. *The Antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993, p. 348.

18. Concretamente, esta conducta se encuentra tipificada como infracción en el literal f) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los siguientes términos:

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

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

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

19. Al respecto, el efecto exclusorio del abuso de procesos legales se materializa, básicamente, cuando a través del empleo indebido de procedimientos administrativos o procesos judiciales, en sí mismos y no a través de la emisión de una decisión en el proceso, se restringe el ingreso de competidores o se dificulta su permanencia en el mercado.

Desde este punto de vista, el abuso de procesos legales puede ser caracterizado bajo la figura denominada *raising rivals' costs*, según la cual el incremento de los costos sobre los competidores se convierte en una importante herramienta predatoria que puede impedir o retrasar su ingreso al mercado, retirarlos de dicho mercado o, en última instancia, dificultar la implementación de estrategias competitivas frente al incumbente, quien de esta manera, puede mantener una posición privilegiada en un escenario escasamente competitivo¹².

20. Ahora bien, esta Secretaría Técnica considera que la agencia de competencia debe ser sumamente cuidadosa al investigar y sancionar este tipo de conductas, de manera tal que no se restrinja indebidamente el ejercicio de los derechos constitucionales de acción o de petición. En ese sentido, esta conducta solo será sancionable cuando se constate un manifiesto abuso de estos derechos con un efecto anticompetitivo.
21. De hecho, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) han enfatizado que las normas de competencia no son aplicables frente al ejercicio legítimo de los derechos de acción y petición. Dicho ejercicio, que se manifiesta a través del inicio y tramitación de procesos buscando la obtención de pronunciamientos favorables por parte de las autoridades judiciales y administrativas, únicamente puede ser limitado en aquellos casos en que estos derechos sean utilizados de manera indebida, bajo un patrón sistemático y abusivo que vulnere el principio jurídico constitucional de protección de la libre competencia¹³.

¹² En efecto, según SALOP y SCHEFFMAN, la estrategia de *raising rivals' costs* puede ser rentable incluso si el competidor no sale del mercado, pues el incremento de los costos del rival genera que este reduzca su oferta, permitiendo que el predador inmediatamente aumente también sus precios o gane una mayor cuota de mercado. Al respecto, ver: SALOP, Steven C. y David SCHEFFMAN. *Raising Rivals' Costs*. En: *The American Economic Review*, Vol. 73, 2, 1983, p. 267.

¹³ Al respecto, ver la Resolución 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1996; la Resolución 407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2007, que confirmó la Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005; y la Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI del 13 de junio de 2013.

22. En tal sentido, considerando el marco legal y los criterios reconocidos por la jurisprudencia, al analizar una presunta estrategia de abuso de procesos legales, la autoridad de competencia deberá determinar de manera concurrente:
- a. Que el agente con posición de dominio emprendió una estrategia consistente en la utilización abusiva y reiterada de procesos legales (judiciales y administrativos).
 - b. Que la referida estrategia tuvo como efecto, real o potencial, perjudicar la competencia en el mercado relevante.
23. Respecto del primer elemento del análisis, la utilización de procesos resultará abusiva cuando no tenga como objetivo obtener un pronunciamiento favorable por parte de las autoridades correspondientes y, en cambio, se encuentre esencialmente dirigida a instrumentalizar los procesos en sí mismos para, con independencia de su resultado, lesionar a los competidores del agente dominante, reales o potenciales, directos o indirectos¹⁴.

Conforme a lo señalado por la Sala, el objetivo de obtener un pronunciamiento favorable puede reconocerse a partir del fundamento que sustenta las distintas acciones que formarían parte de la estrategia anticompetitiva.

Asimismo, otros elementos que permiten complementar dicho análisis, como el número de procesos iniciados, el tipo de reglas aplicables y la conducta procesal del agente dominante, están dirigidos a determinar si el potencial beneficio derivado de los pronunciamientos de las autoridades correspondientes justificaba haber emprendido las acciones cuestionadas; o si, por el contrario, el beneficio de emprender dichas acciones proviene fundamentalmente de un perjuicio sobre la competencia resultante, en sí, de la tramitación de los procesos y no de su resultado.

14

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

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

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

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

3.3. Requisitos para admitir a trámite una denuncia por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales

26. De acuerdo al literal b) del artículo 19 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁵, la denuncia de parte sobre la realización de conductas anticompetitivas debe contener, entre otros requisitos, elementos de juicio que acrediten la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada.
27. Los indicios razonables son un conjunto de medios probatorios que demuestran una tesis creíble acerca de la existencia de una conducta anticompetitiva, en función de los elementos necesarios para su configuración.
28. La exigencia de este requisito responde a la necesidad de garantizar el derecho al debido procedimiento del denunciado. Esta protección implica, a su vez, la garantía de otros derechos, tales como: (i) que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta, y (ii) que el denunciado conozca todos los aspectos fácticos y jurídicos que sustentan los cargos que se le imputan desde el inicio del procedimiento.
29. En efecto, la autoridad no puede dar trámite a cualquier alegación sino solo a aquellas que se encuentren razonablemente sustentadas, de forma que pueda notificarse al denunciado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y las sanciones que éstas podrían generar.
30. De ahí que se requiera que las denuncias de parte sobre presuntas conductas anticompetitivas cumplan con presentar una descripción clara y precisa de la conducta denunciada, así como los medios probatorios pertinentes. Ello, sin perjuicio de las actuaciones previas que pueda realizar de oficio para verificar la existencia de una posible infracción.
31. En tal sentido, para determinar si existen indicios razonables de que Sagitario incurrió en un abuso de posición de dominio en contra de Yolita en la modalidad

¹⁵

Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte.-

a denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:
(b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.

de abuso de procesos legales, se debe analizar si existen indicios razonables de los siguientes requisitos:

- a. Que Sagitario gozaba de posición de dominio.
 - b. Que Sagitario realizó alguna de las conductas denunciadas. Específicamente, que durante el período investigado utilizó procesos legales como un instrumento dirigido esencialmente a impedir, retrasar o encarecer el acceso o permanencia de Yolita en el mercado.
 - c. Que, de acreditarse, las conductas indebidas de Sagitario le permitieron obtener beneficios y causar perjuicios a Yolita, u competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
32. Cabe reiterar que los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son concurrentes. En tal sentido, para que se determine la existencia de indicios razonables de las infracciones denunciadas, es necesario que se determine la existencia de indicios razonables de cada uno de estos requisitos.

IV. ANÁLISIS

4.1. Indicios de la existencia de una posición de dominio por parte de Sagitario

33. En lo que se refiere al primer requisito a analizar –la existencia a nivel indiciario de una posición de dominio de Sagitario–, es necesario definir en primer lugar el mercado relevante, para luego determinar si la denunciada ostentaba posición de dominio en dicho mercado relevante durante el periodo en el que se habría realizado la supuesta conducta denunciada.
34. Al respecto, esta Secretaría Técnica considerará como periodo investigado aquel comprendido entre 2014 y 2016, en el cual se desarrollaron las acciones legales cuestionadas.

4.1.1. Identificación del mercado relevante

35. Según el artículo 6 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, para definir el mercado relevante es necesario identificar el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante¹⁶.

¹⁶

Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 6.- El mercado relevante.-

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

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

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

a. Mercado de producto relevante

36. El mercado de producto relevante está compuesto por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. La determinación del producto relevante implica identificar las necesidades que el bien o servicio bajo análisis busca satisfacer para poder reconocer, en función a dichas necesidades, qué productos podrían ser adquiridos de manera alternativa. Luego, para el análisis de sustitución, deben evaluarse, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores, así como las características, usos y precios de los posibles sustitutos.
37. En ese sentido, para definir el mercado de producto relevante, es necesario identificar, en principio, el producto materia de la conducta investigada y, luego, determinar si existen sustitutos adecuados para el consumidor, en función a las necesidades que dicho producto busca satisfacer.
38. La conducta materia de denuncia consiste en un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, mediante acciones de Sagitario que habrían tenido como finalidad afectar la entrada de Yolita como competidor en el mercado de venta de combustibles en el distrito de Huacho, al impedirle la apertura de una estación de servicio en dicha localidad.
39. Al respecto, la oferta de combustibles de las estaciones de servicio se divide de la siguiente manera:
- (i) Gasohol, mezcla obtenida a partir de la gasolina y alcohol carburante, clasificada según el octanaje de la gasolina (84, 90, 95 y 97)¹⁷.
 - (ii) Diésel, mezcla obtenida a partir del biodiésel B100 y diésel N° 2, clasificada según el porcentaje de cada uno de los componentes¹⁸.

17

Reglamento para la comercialización de biocombustibles, aprobado mediante Decreto Supremo 021-2007-EM.

Artículo 7.- Porcentaje de la mezcla de Alcohol Carburante con gasolinas

El porcentaje en volumen de Alcohol Carburante en la mezcla gasolina - Alcohol Carburante que podrá comercializarse en el país será de 7,8% (siete coma ocho por ciento) y se le denominará Gasohol, según el grado de octanaje: Gasohol 97 Plus, Gasohol 95 Plus, Gasohol 90 Plus y Gasohol 84 Plus.

18

Reglamento para la comercialización de biocombustibles

Artículo 9.- Porcentaje de la mezcla de Biodiésel B100 con Diesel N° 2

El porcentaje de Biodiésel B100 en la mezcla de Biodiésel B100 - Diesel N° 2 que se comercialice en el país, será desde 2% (dos por ciento) hasta 20% (veinte por ciento). No está permitida la comercialización de mezclas en proporciones diferentes a las establecidas en la tabla siguiente:

% Vol. Biodiésel B100	% Vol. Diesel N° 2	Denominación
2	98	Diesel B2
5	95	Diesel B5
20	80	Diesel B20(*)

- (iii) Gas licuado de petróleo (GLP), mezcla de propano, butano, polipropileno y butileno, almacenado en estado líquido^{19 20}.
40. De acuerdo con la información de la aplicación Facilito del Osinergmin, los combustibles comercializados por las estaciones de servicio en el distrito de Huacho son los siguientes:
- (i) Diésel B5 S-50;
 - (ii) Gasohol de 84 octanos;
 - (iii) Gasohol de 90 octanos;
 - (iv) Gasohol de 95 octanos;
 - (v) Gasohol de 97 octanos; y
 - (vi) Gas licuado de petróleo (GLP).
41. Como ha señalado esta Secretaría Técnica, la determinación del producto relevante se encuentra sujeta a la identificación de las necesidades que el bien materia de la conducta investigada busca satisfacer, de manera que se pueda determinar qué productos podrían ser adquiridos o utilizados de manera alternativa. Al respecto, la determinación del producto relevante en el mercado de hidrocarburos presenta particularidades en función al punto de partida del cual se decida realizar el análisis, es decir, el resultado podría variar si el análisis se realiza del punto de vista de la oferta o desde el punto de vista de la demanda de los combustibles expendidos en las estaciones de servicio.
42. En relación con la demanda, en primer lugar, es importante considerar que esta se encuentra condicionada al tipo de combustible que utiliza el vehículo que poseen los consumidores finales, el cual no puede ser variado en el corto plazo debido a que la adquisición de vehículos usualmente está destinada a un uso prolongado, siendo por ello considerados como bienes de larga vida o duración, especialmente cuando los vehículos son adquiridos a través de créditos vehiculares. En consecuencia, ante variaciones en el precio de los combustibles, el consumidor solo puede variar la frecuencia de uso del vehículo en el corto plazo mientras que, únicamente en el largo plazo, podría considerar la compra un vehículo más eficiente o que utilice otro tipo de combustible²¹.

¹⁹ **Glosario, Siglas y Abreviaturas del Subsector Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo 032-2002-EM.**

Gas licuado de petróleo, (GLP)

Hidrocarburo que, a condición normal de presión y temperatura, se encuentra en estado gaseoso, pero a temperatura normal y moderadamente alta presión es licuable. Usualmente está compuesto de propano, butano, polipropileno y butileno o mezcla de los mismos. En determinados porcentajes forman una mezcla explosiva. Se le almacena en estado líquido, en recipientes a presión.

²⁰ TAMAYO, Jesús; Julio SALVADOR; Arturo VÁSQUEZ y Ricardo DE LA CRUZ (Editores), *La industria de los hidrocarburos líquidos en el Perú: 20 años de aporte al desarrollo del país*, Osinergmin. Lima-Perú. 2015 p. 35-37.

²¹ TAMAYO, Jesús et al., *Óp. Cit.* p. 41

43. Por otro lado, los consumidores de combustibles expendidos en estaciones de servicio pueden ser clasificados en consumidores corporativos y consumidores particulares. La diferenciación responde a que las condiciones de venta pueden variar entre los dos grupos debido al poder de negociación que tendrían los consumidores corporativos y del cual carecerían los consumidores particulares.
44. Al respecto, los consumidores corporativos suelen ser empresas de transporte u otras entidades que poseen una flota vehicular, la cual requeriría la adquisición de un mayor volumen de combustible. Ello permitiría a dichas empresas tener poder de negociación frente a las estaciones de servicio para los términos comerciales de la adquisición de los combustibles, a diferencia de lo que sucede con los consumidores particulares, quienes deben adquirir el producto según los términos ofrecidos por las estaciones de servicio.
45. Por tanto, a partir de la demanda, el mercado de hidrocarburos líquidos presentaría productos diferenciados (gasohol, diésel y gas licuado de petróleo) debido a que el costo de variar a un vehículo más eficiente generalmente solo podría considerarse en el largo plazo. Asimismo, la demanda en este sector estaría dividida por el tipo de consumidor, diferenciándose los consumidores corporativos de los consumidores particulares, debido al poder de negociación de los primeros.
46. En relación con la oferta, los combustibles se expenden a través de las estaciones de servicio de distintos agentes económicos, los cuales deben contar con los equipos necesarios para atender la demanda, en función al tipo de combustible que se expendan. Por ejemplo, las estaciones de servicio necesitan surtidores con mangueras especialmente fabricadas para la manipulación del GLP²².
47. Por otro parte, a partir de la venta de combustibles en el departamento de Lima (el cual incluye Huacho), considerando el total de estaciones de servicio, un 99.4% comercializa algún tipo de gasohol en conjunto con otro combustible (diésel y/o GLP); el 93.8% comercializa diésel en conjunto con otro combustible (gasolina y/o GLP); y el 40.2% comercializa GLP en conjunto con otro combustible (diésel y/o gasolina). En cambio, solamente un 6.3% de estaciones de servicio comercializa un único tipo de combustible.
48. Por tanto, las características de la oferta en el mercado de venta de combustibles a través de estaciones de servicio evidencian que dichos agentes económicos suelen ofrecer distintos tipos de combustibles de manera simultánea, privilegiando la rentabilidad por encima del posicionamiento de algún tipo específico de combustible.

22

Reglamento de establecimientos de gas licuado de petróleo para uso automotor - gasocentros, aprobado mediante Decreto Supremo 019-97-EM

Artículo 80.- Las mangueras que se usen en el despacho de GLP, deben haber sido fabricadas para el manipuleo de este tipo de combustible, ser resistentes a la acción de éste con una presión de ruptura de ciento veinte (120) kilogramos por centímetro cuadrado (1,750 psi) o más y a una presión de trabajo no inferior a veintitrés y ocho décimas (23.8) kilogramos por centímetro cuadrado (350 psi).

49. Al respecto, esta Secretaría Técnica considera que al tratarse de una supuesta práctica anticompetitiva que involucraría la comercialización de distintos combustibles, el mercado de producto estaría definido por la comercialización de combustibles a través de estaciones de servicio. En efecto, a pesar que, desde el punto de vista de la demanda, los combustibles como el gasohol, el diésel y el gas licuado de petróleo pueden verse como productos diferenciados y constituirían mercados separados; desde el punto de vista de la oferta, la mayoría de combustibles se comercializarían de manera conjunta, pudiendo ser considerados como sustitutos en atención a que las estaciones de servicio otorgarían mayor relevancia a la comercialización de sus productos, con independencia del tipo de combustible ofertado.
50. En ese mismo sentido, en otras jurisdicciones, sin perjuicio de que desde el punto de vista de la demanda los combustibles antes mencionados no son considerados sustitutos, los combustibles son expendidos de manera conjunta y estarían disponibles en la mayoría de puntos de venta, por lo que serían sustitutos desde el punto de vista de la oferta²³.
51. En relación con el caso materia de análisis de la presente Resolución, en el distrito de Huacho existen seis (6) estaciones de servicio que venden combustibles, las cuales comercializan diésel o algún tipo de gasohol de manera conjunta.

23

La antigua Comisión Nacional de Energía y la antigua Comisión Nacional de la Competencia de España (hoy fusionadas en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – CNMC) han considerado que el mercado de producto relevante para el mercado de distribución de combustibles corresponde a la venta al por menor de carburantes de automoción (gasolinas y gasóleos) en estaciones de servicio, gasolineras y surtidores, integrados o no en la red de venta al por menor de la compañía petrolera suministradora. Al respecto, revisar: Comisión Nacional de Energía, *El mercado español de la distribución de gasolina y gasóleo a través del canal de estaciones de servicio* (2012), y Comisión Nacional de la Competencia. Expediente S/0369/11. 2012.

Igual definición ha adoptado la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España en sus actuales decisiones. Al respecto, véase: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Expediente S/474/13, Precios Combustibles Automoción (2015).

Por otra parte, la Comisión Europea ha considerado que, a pesar de que desde el lado de la demanda los distintos tipos de combustibles no son sustitutos entre sí, estos están disponibles en la mayoría de puntos de venta por lo que serían sustitutos por el lado de la oferta. Al respecto, revisar: COMP/ M.7603 - *Statoil fuel and retail / Dansk fuels* (2016)

En algunos casos la Comisión Europea ha considerado dividir el mercado de producto relevante por tipo de combustible, sobre todo cuando se trata de fusiones que implican al segmento mayorista. Sin embargo, cuando se analiza una práctica anticompetitiva que generaría problemas en todos los tipos de combustibles, se considera que el mercado relevante debería agrupar a la venta de combustibles sin considerar ningún tipo de división. Al respecto, véase: Decisión de la Comisión de 12 de abril 2006, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (asunto COMP/B-1/38.348 – REPSOL C.P.P.) considerandos 17 a 18.

Además, la Comisión Europea ha considerado que para definir el mercado relevante en la distribución de combustibles a través de estaciones de servicio se deben considerar las características del servicio prestado por la oferta y no las características físicas o técnicas de los productos vendidos. Al respecto, véase: la decisión de la Comisión del 9.1.1995 (IV/M.511 - Texaco / Norsk Hydro).

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) de Chile considera que el mercado relevante del producto se encuentra conformado por la comercialización de combustibles líquidos a nivel minorista a través de estaciones de servicio. Al respecto, ver: Fiscalía Nacional Económica. Investigación Rol 1256-08 (2015).

Para el caso específico del GLP, la Comisión Europea lo ha considerado dentro del mismo mercado de producto relevante que el de combustibles líquidos debido a que su consumo es marginal dentro del mercado. Además, el interés de los ofertantes de combustibles es atender al máximo número de consumidores posibles por lo que ofrecen en conjunto diésel, gasolina, GLP, lubricantes, entre otros. Al respecto, revisar: Commission decision of 28.11.1997 (IV/M.1013 - Shell UK/Gulf Oil); y Commission decision of 07.08.1996 (IV/M.727 - BP/Mobil).

Asimismo, el 66.7%, es decir cuatro (4) estaciones, comercializan GLP en conjunto con diésel y algún tipo de gasohol. No existen estaciones que comercialicen únicamente un tipo de combustible. En consecuencia, es posible concluir que las estaciones de servicio en el distrito de Huacho comercializan gasohol, diésel y GLP de manera conjunta, perteneciendo estos combustibles al mercado de producto relevante.

52. Por lo tanto, en atención a que Yolita busca ingresar al mercado para comercializar diversos tipos de combustibles y considerando que las estaciones de servicio venden dichos productos de manera conjunta, esta Secretaría Técnica considera que, a partir de la oferta, es posible definir al mercado de producto como la comercialización de diésel, gasohol y GLP a través de estaciones de servicio.

b. Mercado geográfico relevante

53. En relación con la delimitación geográfica del mercado, este se debe determinar en función a dónde se pueden encontrar proveedores alternativos, en atención a las características del producto relevante y a las condiciones de adquisición.
54. Al respecto, el mercado de comercialización de diésel, gasohol y GLP a través de estaciones de servicio se caracteriza por tener un nivel de competencia local, pues los consumidores normalmente buscan ser atendidos por estaciones de servicio en las proximidades de su centro de actividad, de manera que la sustituibilidad entre estaciones sería limitada²⁴.
55. En relación con el punto anterior, la jurisprudencia comparada ha definido al mercado geográfico relevante a un nivel local o nacional dependiendo del alcance de los efectos de la conducta analizada, la forma de la competencia de los agentes y los costos de búsqueda que enfrentaría la demanda²⁵.

²⁴ Comisión Nacional de Energía, *El mercado español de la distribución de gasolina y gasóleo a través del canal de estaciones de servicio*, 2012, p.13.

²⁵ La Comisión Nacional de la Competencia de España consideraba que, por el lado de la demanda, el mercado geográfico tendría una dimensión local, mientras que diversos factores del lado de la oferta (calidad, publicidad, niveles de precios, fuentes de aprovisionamiento, etc.) pueden definir al mercado geográfico a un nivel regional o incluso nacional. Al respecto, véase: Comisión Nacional de la Competencia. Expediente S/0369/11 (2012).

Por otra parte, la Comisión Europea ha considerado que, a pesar de que en anteriores resoluciones ha considerado el mercado geográfico a nivel nacional, la competencia en el mercado de combustibles a través de estaciones de servicio tiene muchos matices locales. Al respecto, véase: COMP/ M.7603 - Statoil fuel and retail / Dansk fuels (2016).

En algunos casos la Comisión Europea ha considerado que el mercado geográfico relevante para el mercado de distribución de combustibles podía ser local o nacional; sin embargo, cuando las conductas que se analizaban tenían efectos a un nivel nacional, entonces se escogía esa como la dimensión geográfica relevante. Al respecto, véase: Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (asunto COMP/B-1/38.348 – REPSOL C.P.P.) considerandos 17 a 18.

Además, la Comisión Europea ha considerado que para definir el mercado relevante en la distribución de combustibles a través de estaciones de servicio se deben considerar las características del servicio prestado por la oferta y no las características físicas o técnicas de los productos vendidos. Al respecto, véase: Decisión de la Comisión del 9.1.1995 (IV/M.511 - Texaco / Norsk Hydro).

La Fiscalía Nacional Económica de Chile considera que el elevado costo de búsqueda que enfrentaría el consumidor al momento de buscar el mejor precio entre estaciones de servicio permitiría definir un ámbito comunal o local como mercado geográfico. Al respecto, véase: Fiscalía Nacional Económica. Investigación Rol 1256-08 (2015).

56. Tomando en cuenta que la presunta conducta anticompetitiva bajo análisis buscaría evitar que Yolita ingrese al mercado a comercializar diversos combustibles en la ciudad de Huacho y que las estaciones de servicio en dicho distrito consideran dentro de su política competitiva, esencialmente, las acciones de las estaciones de servicio cercanas a ellas²⁶, esta Secretaría Técnica considera que el mercado geográfico relevante se encuentra delimitado por el distrito de Huacho.

c. Conclusión sobre el mercado relevante

57. Considerando el análisis realizado sobre el producto relevante y el mercado geográfico, se considera que el mercado relevante está constituido por la comercialización de diésel, gasohol y GLP a través de estaciones de servicio en el distrito de Huacho.

4.1.2. Indicios razonables de la posición de dominio de Sagitario

58. Habiendo definido el mercado relevante, corresponde determinar si, en dicho mercado, existió una posición de dominio por parte de Sagitario al realizar la conducta presuntamente infractora. Para ello, se analizarán las cuotas de participación de Sagitario en el mercado relevante (competencia actual), así como las posibles barreras a la entrada existentes (competencia potencial) durante el período investigado.

a. Cuotas de participación

59. Según la información obtenida a través de la aplicación Facilito de Osinergmin, entre el año 2014 y 2016, en el distrito de Huacho operaban seis (6) estaciones de servicio, las cuales se detallan a continuación:
- Primax S.A. es propietaria de dos estaciones de servicio, las cuales han sido entregadas en administración a Grifos Espinoza y Coesti.
 - Pecsá es propietaria de una estación de servicio.
 - Transfuels es propietaria de una estación de servicio abanderada de Pecsá.
 - Grifo Sugar Sugar, nombre comercial de la estación de servicio de propiedad de Daniel Vásquez Bermeo, abanderada de Repsol Comercial S.A.C.
 - Sagitario es propietaria de una estación de servicio y se maneja bajo su propia marca.
60. En relación con la participación en el mercado de las estaciones de servicio antes mencionadas, a continuación, en el Cuadro 1 se detalla la evolución de su participación en el periodo 2014-2016:

²⁶ Información proporcionada por Sagitario, Pecsá, Transfuels, Grifos Espinoza y Coesti mediante escritos del 14, 21 y 30 de diciembre de 2016, y del 4 y 9 de enero de 2017, respectivamente.

Cuadro 1
Participación de mercado según galones vendidos

Razón Social	2014	2015	2016*
Sagitario	28.6%	25.7%	26.4%
Pecsa	16.5%	18.9%	16.1%
Transfuels	10.3%	8.8%	13.4%
Grifos Espinoza	20.3%	20.2%	22.3%
Coesti	17.2%	22.8%	21.7%
Grifo Sugar Sugar	7.0%	3.6%	-

* Con información a noviembre de 2016

** No se tiene información para el año 2016

Fuente: Información proporcionada por las empresas

Elaboración: Secretaría Técnica

61. Como se puede observar, la participación de Sagitario respecto del volumen total de galones vendidos en el mercado relevante se redujo de 28.6% en 2014 a 26.4% en 2016; mientras que en ese mismo año Grifos Espinoza S.A. incrementó su participación a un 22.3%, superior al 20.3% que obtuvo en 2014. De igual manera, Coesti S.A. alcanzó un 21.7%, superior al 17.2% que obtuvo en el 2014. De esta manera, de las seis (6) estaciones de servicio que operaban dentro del mercado relevante durante el período investigado, tres (3) poseían una cuota de participación en el mercado superior al 20%.
62. En relación con la participación en el mercado de las estaciones de servicio según la capacidad de almacenamiento de galones, en el Cuadro 2 se señalan los porcentajes de participación:

Cuadro 2
Participación de mercado según galones de capacidad de almacenamiento

Razón Social	Capacidad Total (galones)	% del Total
Sagitario	22,600	15.7%
Pecsa	25,734	17.9%
Transfuels	15,000	10.4%
Grifos Espinoza	31,274	21.8%
Coesti	23,000	16.0%
Grifo Sugar Sugar	26,000	18.1%
Total	143,608	100.0%

Fuente: Información proporcionada por las empresas

Elaboración: Secretaría Técnica

63. Como se puede apreciar, Sagitario, la empresa denunciada, no cuenta con la mayor capacidad de almacenamiento en el mercado relevante, sino que se ubicaría en la quinta posición si se ordena a las estaciones de servicio según su capacidad de almacenamiento de galones. Las empresas que tendrían mayor capacidad de almacenamiento serían, en primer lugar, Grifos Espinoza S.A. con 31,274 galones de capacidad (que representan el 21.8% del total de capacidad de almacenamiento del mercado relevante), seguido en el segundo y tercer lugar por

Grifo Sugar Sugar y Peruana de Estaciones de Servicio S.A.C. con 26,000 galones (18.1%) y 25,734 galones (17.9%), respectivamente²⁷.

64. A partir del análisis efectuado, esta Secretaría Técnica considera que, si bien Sagitario es la empresa con mayor participación en el mercado, dicha cuota no es significativamente superior a la de sus competidores, debiendo afrontar presiones competitivas de parte de los demás agentes económicos del mercado relevante, según se puede observar de la creciente participación en el mercado de dos estaciones de servicio, frente a la reducción en la participación de Sagitario en el periodo 2014 a 2016.

Finalmente, como se ha señalado, Sagitario se ubica en el quinto lugar considerando las capacidades de almacenamiento de combustible; mientras que Grifos Espinoza S.A., empresa que posee la mayor capacidad de almacenamiento en el mercado relevante, también es la segunda empresa con más ventas.

b. Barreras a la entrada

65. Las barreras a la entrada son aquellos factores o condiciones del mercado que limitan o disuaden el ingreso de potenciales competidores, y a la vez, permiten que las empresas establecidas puedan elevar sus precios de manera sostenida por encima de niveles competitivos²⁸, al no enfrentar mayor competencia²⁹.
66. Las barreras a la entrada pueden ser legales, económicas o estratégicas. Las barreras legales son las restricciones impuestas por entidades gubernamentales y pueden incluir permisos, licencias, cuotas y estándares, entre otros. Por su parte, entre las principales barreras económicas figuran las economías de escala, costos de cambio y requerimientos de capital. Finalmente, entre las principales barreras estratégicas se encuentran los precios límite, los precios predatorios, la inversión para reducir costos propios, la inversión para aumentar costos de la competencia y las restricciones verticales.
67. En relación con el caso concreto, una barrera de entrada al mercado relevante sería la inversión en determinados activos, dado que las empresas deben cumplir determinados requisitos de seguridad establecidos en el Reglamento de Registro de Hidrocarburos³⁰. Lo anterior podría ser considerado como un costo hundido³¹,

²⁷ Adicionalmente, en el año 2016 Transfuels instaló 3,000 galones de nueva capacidad para almacenar y comercializar GLP en el mercado relevante mientras que Pecs y Coesti modificaron el uso de su capacidad dejando de almacenar gasohol de 97 octanos para almacenar gasohol de 95 octanos.

²⁸ HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Segunda Edición, West Group, Minnesota, 1999, p. 39.

²⁹ Ver numerales 217 a 237 del anexo de la Resolución 045-2009-INDECOPI/CLC, del 25 de junio de 2009.

³⁰ Reglamento de Registro de Hidrocarburos, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 191-2011-OS/CD del 18 de octubre de 2011. La mayoría de requisitos están relacionados a temas de seguridad en las instalaciones de las estaciones de servicio y están recogidas también en el Reglamento de seguridad para establecimientos de venta al público de combustibles derivados de hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-93-EM, y el Reglamento de establecimientos de gas licuado de petróleo para uso automotor - gasocentros, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-97-EM.

³¹ Los costos hundidos son aquellos que no se pueden liquidar, incluso por el cese total de la producción. Una vez que se incurre en dichos costos, ya no son una parte del costo de oportunidad de la producción.

es decir, un costo en el cual la empresa debe incurrir y que no podrá recuperar a través de otra actividad. De esta manera, la empresa que decida ingresar a este mercado deberá invertir en tanques de almacenamiento de combustible, así como en tuberías de llenado, despacho y ventilación que garanticen la seguridad de sus actividades.

68. Si bien en el mercado relevante se requiere del cumplimiento de exigencias específicas en cuanto a la seguridad de las instalaciones, el marco normativo vigente permite que los tanques de almacenamiento de combustibles puedan ser reubicados en otra estación de servicios o ser utilizada en actividades distintas a la comercialización de combustibles en estaciones de servicio (por ejemplo, la adquisición por parte de un consumidor final para utilizarlo como un almacén de combustible)^{32 33}. La normativa vigente también permite utilizar un tanque de almacenamiento para determinado combustible y que, posteriormente, sea utilizado para otro tipo de combustible³⁴.
69. Asimismo, otro factor que podrían limitar la competencia en el mercado relevante sería la poca disponibilidad espacios o locales para poder instalar nuevas estaciones de servicios, restricción vigente desde el 2014 y que no afectaba a las estaciones de servicio que actualmente operan en el distrito de Huacho. En efecto, la Ordenanza Municipal 004-2014 de la Municipalidad Provincial de Huaura³⁵ estableció que este tipo de negocios solamente se puede desarrollar en las Zonas de Comercio Especializado³⁶, zonificación que se encuentra limitada exclusivamente a los alrededores de la Antigua Panamericana Norte³⁷.

Al respecto, revisar: BAUMOL, William y Robert Willig, Fixed Costs, Sunk Costs, Entry Barriers, and Sustainability of Monopoly, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 96, No. 3, 1981, pp. 405-431.

³² **Reglamento de establecimientos de gas licuado de petróleo para uso automotor - gasocentros.**
Artículo 40: Las pruebas e inspecciones a que se refiere el artículo anterior deberán realizarse de acuerdo a la normatividad técnica vigente y cuando se den las siguientes condiciones:
e. Se reinstale un tanque trasladado de otro lugar

³³ **Resolución de Gerencia General Osinergrmin 494**
Anexo 1: Modificaciones que requieren informe técnico favorable o declaración jurada y modificación de datos
Cuadro A-1.- Modificaciones que requieren informe técnico favorable y modificación en el registro de hidrocarburos
1. De la capacidad de almacenamiento:
b.- Reemplazo, reubicación o modificación de los tanques de almacenamiento

³⁴ **Resolución de Gerencia General Osinergrmin 494.**
Cuadro B.- Modificaciones que requieren únicamente cumplir con los requisitos para solicitar modificación de datos en el registro de hidrocarburos.
5. En los tanques y facilidades de despacho de Grifo, estación de Servicios, estación de Servicios con Gasocentro de GLP, Gasocentro de GLP; Consumidor Directo de C.L. u OPDH; Consumidor Directo y Red de Distribución de GLP:
a.- Cambio de producto en un tanque o en máquinas de despacho.

³⁵ Ordenanza Municipal 004-2014 del 7 de marzo de 2014 que aprueba el Plan de desarrollo urbano de la ciudad de Huacho 2013 - 2022. Disponible en <https://drive.google.com/file/d/0B-syeSURikZqaVVDbzJ0M2plQzQ/view>, consultado el 30 de enero de 2017.

³⁶ Índice de usos para la ubicación de actividades urbanas de la ciudad de huacho. Disponible en <https://drive.google.com/file/d/0B-syeSURikZqTUIVX3JZeUM3TUU/view>, consultado el 30 de enero de 2017.

³⁷ Plano de zonificación de la ciudad de huacho. Disponible en http://www.munihuacho.gob.pe/portal/documentos/PLANO_ZONIFICACION-PDF.pdf, consultado el 30 de enero de 2017.

70. A pesar de esta limitación sobre la disponibilidad de espacios para instalar estaciones de servicio, dicho factor no habría restringido de manera importante la competencia en el mercado relevante. Como se ha mencionado antes, en el mercado relevante existirían condiciones de competencia efectiva, dado que Sagitario afronta presiones competitivas de parte de los demás agentes, los cuales cuentan con capacidades de almacenamiento mayores que Sagitario.

c. Conclusión sobre la presunta posición de dominio de Sagitario

71. En conclusión, en el mercado de comercialización de diésel, gasohol y GLP a través de estaciones de servicio en el distrito de Huacho existen seis (6) empresas que participan en dicho mercado relevante. Entre ellas, a pesar de que Sagitario se mantuvo como el principal ofertante en el mercado relevante con un 25% de participación en el periodo 2014 a 2016, esta presentaría una tendencia hacia la baja, mientras que Coesti y Grifos Espinoza tendrían participaciones similares a Sagitario y con una tendencia creciente.
72. Asimismo, en relación con la capacidad de almacenamiento de las estaciones de servicio en el mercado relevante, Sagitario se ubica en el quinto lugar en almacenamiento con un 18.7%, por debajo de la capacidad de Grifos Espinoza, empresa que cuenta con una participación mayor del 20% de la capacidad de almacenamiento en el mercado relevante.
73. Por otro lado, en el mercado relevante no existirían barreras significativas que limiten la competencia efectiva, en la medida que Sagitario enfrenta presiones competitivas por parte de sus competidores, escenario que se ve reflejado en la reducción de las cuotas de mercado antes mencionadas y en las mayores capacidades de almacenamiento que cuentan los competidores de Sagitario.
74. Por las razones desarrolladas, esta Secretaría Técnica considera que Sagitario no ha ostentado una posición de dominio en el mercado de comercialización de diésel, gasohol y GLP a través de estaciones de servicio en el distrito de Huacho durante el período investigado.

4.2. Imposibilidad de continuar con el análisis de otros elementos de la presunta infracción

75. Como se ha señalado, para la admisión a trámite de la denuncia formulada por Yolita sobre un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales por parte de Sagitario, es necesario que se acredite, en primer lugar, la existencia de indicios razonables sobre la posición de dominio de Sagitario. Únicamente si este requisito se hubiese acreditado, esta Secretaría Técnica podría continuar con el análisis de los otros requisitos (que Sagitario haya realizado una conducta indebida y que haya obtenidos beneficios, perjudicando de sus competidores), pues tales requisitos son concurrentes para acreditar a nivel indiciario que la conducta denunciada podría constituir un abuso de posición de dominio.

76. En tal sentido, debido a que esta Secretaría Técnica ha determinado que Sagitario no habría ostentado una posición de dominio en el mercado de comercialización de diésel, gasohol y GLP a través de estaciones de servicio en el distrito de Huacho entre 2014 y 2016, no es posible continuar con el análisis de los otros requisitos. En consecuencia, no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Sagitario por el supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales en contra de Yolita.

4.3. Remisión de los actuados a la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal

77. Como se ha explicado, esta Secretaría Técnica ha determinado que, en ausencia de una posición de dominio por parte de Sagitario, no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra dicha empresa por un supuesto de abuso de procesos legales como infracción a los artículos 10.1 y 10.2 del literal f) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
78. No obstante, de conformidad con los criterios reconocidos por la Sala mediante Resolución 0858-2013/SDC-INDECOPI, el abuso de procesos legales podría calificar tanto como una infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (modalidad de abuso de posición de dominio) como una infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal (acto contrario a la cláusula general)³⁸.
79. En tal sentido, en alusión a la posibilidad de que sea bien esta Secretaría Técnica o bien la ST-CCD quien pueda conocer un caso de abuso de procesos legales, la Sala ha señalado que el análisis de la posible existencia de la posición de dominio del agente investigado «es el elemento que determina la competencia de uno u otro órgano funcional»³⁹. De esta manera, la denuncia de un supuesto abuso de

³⁸ **Resolución 0858-2013/SDC-INDECOPI [Industrias Willy Busch S.A. vs. Filtros Lys S.A.]**
«[D]e acuerdo con diversa jurisprudencia, el abuso de procesos legales también es una conducta que puede ser sancionada por la Ley de Represión de la Competencia Desleal como un acto contrario a la cláusula general, puesto que constituye una conducta que contraviene la buena fe empresarial. Ello, debido a que dicha conducta dificulta o entorpece indebidamente el normal desarrollo de las actividades que un agente económico puede realizar, obstaculizando de esta forma su concurrencia en el mercado. Sin embargo, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal sanciona este tipo de conducta cuando nos encontramos frente a un agente que no tiene posición dominante en el mercado, puesto que, en caso contrario, sería la Comisión de Defensa de la Libre Competencia la competente para evaluar este tipo de conducta. Ello, pues constituye un elemento del tipo para que se configure la infracción del abuso de posición de dominio bajo la figura del abuso de procesos la tenencia de una situación de poder de mercado que permite actuar con prescindencia de las decisiones económicas de los demás operadores del mercado». (Considerandos 128 y 129. Énfasis agregado)

³⁹ **Resolución 0858-2013/SDC-INDECOPI**
«[C]uando el denunciante plantee su petitorio de abuso de procesos legales ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, la Sala considera necesario establecer determinadas pautas obligatorias que deben seguirse en la tramitación de estas denuncias:
(i) Al plantear su denuncia, el administrado debe aportar elementos que den cuenta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal que el denunciado no tiene posición de dominio en el mercado, pues este elemento es el que precisamente determina la competencia de uno u otro órgano funcional. En ese sentido, es exigible como carga probatoria que este denunciante, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 literal b) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, presente indicios que permitan afirmar que la posición del imputado no es de privilegio en cuanto a su cuota de mercado. (...)
(ii) Una vez presentada la denuncia por la presunta infracción a la cláusula general bajo la figura de abuso de procesos legales, la primera instancia debe inmediatamente verificar si hay indicios de que el agente denunciado posee posición de dominio, y de existir estos indicios sólidos, remitir el expediente a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Ello, pues este órgano es el que cuenta con competencias exclusivas para determinar la existencia de posición de dominio.». (Considerando 130. Énfasis agregado).

procesos legales por parte de un agente económico que no ostenta posición de dominio será de competencia de la ST-CCD.

80. Por tal motivo, considerando que la denuncia de abuso de procesos legales planteada por Yolita versa sobre la conducta de un agente que no ostenta posición de dominio en el mercado relevante, corresponde remitir los actuados en el Expediente 003-2016/CLC a la ST-CCD para que, en ejercicio de sus competencias, determine si corresponde el inicio de un procedimiento de investigación y sanción por infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

RESUELVE:

PRIMERO: No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Grifos Sagitario S.R.L. al no haberse acreditado la existencia de indicios razonables acerca de un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, en el mercado de comercialización de diésel, gasohol y GLP a través de estaciones de servicio en el distrito de Huacho, durante el periodo comprendido entre 2014 y 2016.

SEGUNDO: Remitir copia de los actuados a la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, para los fines que estime pertinentes en el ámbito de sus competencias.

Jesús Eloy Espinoza Lozada
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia