

Expediente Preliminar N° 012-2005/CLC

006-2009/ST-CLC-INDECOPI

14 de mayo de 2009

VISTA:

La Resolución 0566-2005/TDC-INDECOPI, del 18 de mayo de 2005, por medio de la cual la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi¹ (en adelante, la Sala) dispuso que la Comisión de Libre Competencia² (en adelante, la Comisión), inicie un procedimiento administrativo dirigido a investigar la presunta realización de prácticas contrarias a la libre competencia en el mercado de comercialización de gas licuado de petróleo en cilindros; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 27 de junio de 2005, mediante Memorando 0899-2005/TDC, la Secretaría Técnica de la Sala, en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución 0566-2005/TDC-INDECOPI, trasladó copia certificada de los actuados en el procedimiento seguido por Asociación Gas LP Perú contra Envasadora Alfa Gas S.A. (en adelante, el Expediente), a efectos de que se inicie un procedimiento administrativo dirigido a investigar la presunta realización de prácticas contrarias a la libre competencia en el mercado de comercialización de gas licuado de petróleo (en adelante, GLP) en cilindros.

¹ Ahora, Sala de Defensa de la Competencia 1.

² Ahora, Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

De acuerdo con el Decreto Legislativo 701, la Comisión era la competente para iniciar un procedimiento administrativo sancionador por conductas contrarias a las normas de libre competencia. El Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que derogó el Decreto Legislativo 701, faculta a la Secretaría Técnica de la Comisión a iniciar los procedimientos administrativos sancionadores.

2. De la revisión realizada al Expediente, se ha comprobado lo siguiente:

- (i) El 30 de enero de 2004, la Asociación Gas LP Perú³ (en adelante, la Asociación) interpuso una denuncia contra Alfa Gas S.A. (en adelante, Alfa Gas)⁴ ante la Comisión de Competencia Desleal del Indecopi (en adelante, CCD), por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de confusión, explotación de la reputación ajena y violación de las normas contenidas en los artículos 8, 14, 17 del Decreto Ley 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal⁵.
- (ii) En su denuncia, la Asociación manifestó que Alfa Gas estaría envasando GLP en cilindros que serían de propiedad de las empresas envasadoras integrantes de la Asociación. Por otro lado, Alfa Gas estaría repintando los cilindros con el color característico de su marca y rotulándolos con su signo distintivo para su posterior comercialización en el mercado, sin que exista un Acuerdo Contractual de Corresponsabilidad⁶ entre ésta y las empresas de la Asociación que le permita el llenado de cilindros rotulados de otras empresas.
- (iii) En el procedimiento, mediante carta del 24 de mayo de 2004, Alfa Gas manifestó que los integrantes de la Asociación habrían realizado prácticas contrarias a la libre competencia al retener y destruir cilindros de GLP de 10 kilogramos de su propiedad.

³ De acuerdo a la Resolución 0566-2005/TDC-INDECOPI, la Asociación estaría integrada por las siguientes empresas envasadoras: Lima Gas S.A., Repsol YPF Comercial del Perú S.A., Zeta Gas Andino S.A., Llama Gas S.A., Peruana de Combustibles S.A., Costa Gas S.A., Piura Gas S.A.C., Nor Gas S.R.L. y Chiclayo Gas S.A.C.

⁴ Empresa dedicada al envasado y comercialización de gas licuado de petróleo.

⁵ **Artículo 8.- Actos de confusión.**

Se considera desleal toda conducta destinada a crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno.
(...)

Artículo 14.- Explotación de la reputación ajena.

Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.
(...)

Artículo 17.-Violación de normas

Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.
(...)

Actualmente, el Decreto Ley 26122 ha sido derogado por el Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

⁶ **Decreto Supremo 01-94-EM, Reglamento Para la Comercialización de GLP**

Artículo 49.-

Las Empresas Envasadoras no podrá envasar GLP en cilindros rotulados en kilogramos que no sean de su propiedad, o en cilindros rotulados en libras que tengan la marca o signo distintivo y color identificador de otra Empresa Envasadora, a menos que exista un Acuerdo Contractual de Corresponsabilidad entre las envasadoras y sea puesto previamente en conocimiento de la DGH.

- (iv) El 22 de octubre de 2004, la CCD, mediante Resolución 078-2004/CCD-INDECOPI, resolvió que Alfa Gas incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, al haber infringido el Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, aprobado mediante Decreto Supremo 01-94-EM (en adelante, el Reglamento), pronunciamiento que fue confirmado por la Sala mediante Resolución 0566-2005/TDC-INDECOPI del 18 de mayo de 2005.
 - (v) En la audiencia de informe oral ante la Sala del 27 de abril de 2005, un representante de la Asociación de Plantas Envasadoras de Gas del Perú⁷ (en adelante, Aseeg) manifestó que se estarían llevando a cabo prácticas contrarias a la libre competencia por parte de Zeta Gas Andino S.A. (en adelante, Zeta Gas), consistentes en la retención y aplicación de condiciones inadecuadas a sus cilindros al exponerlos al sol con el fin de causarles deterioro y con ello forzar la salida del mercado de las empresas asociadas a la Aseeg.
 - (vi) El 18 de mayo de 2005 la Sala emitió la Resolución 0566-2005/TDC-INDECOPI, por medio de la cual decidió, entre otros aspectos, confirmar la Resolución 078-2004/CCD-INDECOPI, emitida por la CCD, que declaró fundada la denuncia presentada por la Asociación contra Alfa Gas por la realización de actos de competencia desleal. La sala además dispuso que la Comisión inicie un procedimiento administrativo dirigido a investigar supuestas prácticas contra la libre competencia en el mercado de comercialización de GLP en cilindros.
3. El 10 de marzo de 2009, mediante Carta 040-2009/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a Alfa Gas información relacionada con el comportamiento de sus competidoras que podría afectar el régimen de intercambio de cilindros de GLP y la libre competencia.
 4. El 26 de marzo de 2009 Alfa Gas presentó a la Secretaría Técnica copia de las cartas que dirigió a algunas empresas integrantes de la Asociación solicitando el intercambio de cilindros o el pago respectivo, así como las actas notariales en las que se demuestra el intercambio de cilindros o la inasistencia a la reunión de canje por parte de las empresas integrantes de la Asociación.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

5. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables que las acciones que habrían realizado los integrantes de la Asociación y Zeta Gas constituyen infracciones a las normas de libre competencia.

⁷

Compuesta por 42 empresas peruanas repartidas en todo el territorio nacional. Ver: <http://aseeg.wordpress.com/>

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1 Cuestión previa

6. La competencia perfecta, como modelo económico de mercado basado en la existencia de un gran número de ofertantes y demandantes que no pueden determinar unilateralmente el precio, no se presenta en la realidad, debido, entre otros, a factores tales como la asimetría de información⁸ y la existencia de costos de transacción⁹.
7. El Estado, en ciertas circunstancias, modifica el escenario existente a fin de asegurar la creación o el mayor alcance de la economía de mercado, para ello se vale de mecanismos tales como: i) la creación de políticas enfocadas directamente en la creación de mejores condiciones para la competencia¹⁰; y, ii) la intervención directa en el mercado y la determinación de sus principales variables¹¹. Esto último a través de la regulación de mercados.
8. La intervención directa del Estado se realiza principalmente ante la presencia de monopolios naturales que imposibilitan la existencia de competencia¹², o ante el desfase entre lo que el Estado percibe como requerimientos sociales y la provisión de los mismos por parte del sector privado¹³.
9. El Estado requiere del uso de herramientas específicas para su intervención directa en el mercado. En el caso de los monopolios naturales, la intervención se lleva a cabo mediante la regulación directa de precios, cantidades u otros elementos, con la finalidad de controlar posibles consecuencias propias de la ausencia de competencia¹⁴; por su parte, en los mercados en los cuales no exista un monopolio natural y se deba atender necesidades sociales, el Estado también regula exigiendo a las entidades privadas el cumplimiento de

⁸ La información asimétrica se da en situaciones en las cuales unos agentes económicos saben alguna clase de información que otros desconocen. VARIAN, Hal. "Análisis Macroeconómico". Antonio Bosch Editores. 1993. p. 518.

⁹ Referidos a los costos involucrados en el intercambio de mercado. Estos incluyen los costos de hacer y exigir el cumplimiento de cualquier clase de contrato. Ver: OECD Glossary of Statistical Terms. <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3324>.

¹⁰ Lo cual supone acciones como: i) menores trabas administrativas o requerimientos en la realización de interacciones en el mercado, ii) provisión de información sobre precios de difícil monitoreo sobre una ciudad, y iii) eliminación de barreras a la entrada y salida de empresas a fin de impulsar el dinamismo en el mercado.

¹¹ Los principales instrumentos resultan ser la cantidad ofertada y el precio transado. Adicionalmente, otras variables, como entrada y salida, son usados por el Estado. VISCUSI, Kip *et al.* "Economics of Regulation and Antitrust". MIT Press. 1998. pp. 308-310.

¹² Ibid. pp. 5 y 323. Denominada también Regulación Económica.

¹³ Ibid. p. 8. Denominada también Regulación Social.

¹⁴ Adicionalmente, otras variables como entrada y salida son usados por el Estado. VISCUSI, Kip, *et al.* Economics of Regulation and Antitrust. MIT Press, 1998, pp. 308-310

- determinados aspectos, como por ejemplo aquellos referidos a la salud, seguridad, cuidado ambiental u otros, que no tendrían incentivos en proveer¹⁵.
10. Por su lado, la legislación de libre competencia presupone que la libre interacción entre competidores en el mercado puede lograr una mejor asignación de los recursos. Para ello sanciona aquellos actos que afectan el proceso competitivo y, de ser el caso, establece las correcciones pertinentes para retomar que las empresas compitan libremente en el mercado.
 11. En general, en ciertos mercados, cuando la presencia de un solo agente minimiza los costos de provisión del bien para la sociedad, se debe también considerar los potenciales efectos adversos de la situación monopólica que se consolida con la presencia de un solo agente¹⁶. En este caso, no sería posible solucionar el problema a través de las normas de libre competencia, pues la presencia de un solo agente sería posible y deseable; por lo tanto, resulta recomendable para el Estado anticipar la solución mediante la regulación directa (estableciendo, precio calidad u otras características)¹⁷.
 12. No obstante en otros mercados, en determinadas circunstancias, la regulación no extingue la posible aplicación de la legislación de libre competencia, puesto que es posible que los agentes que operen en este mercado regulado realicen conductas que tengan efectos perjudiciales para el proceso competitivo.

En este escenario, resulta necesario, como paso inicial, identificar si la solución pasa por la aplicación de la legislación de libre de competencia o por exigencia del cumplimiento de los aspectos regulados.

13. Establecida algunas características de la participación del Estado en los diferentes aspectos de la economía, y considerando aquella finalidad orientada a la provisión de bienes para un mejor desarrollo de la sociedad, a continuación se procederá a evaluar si como consecuencia de las presuntas conductas llevadas a cabo por los integrantes de la Asociación y Zeta Gas, corresponde la aplicación de las normas sobre libre competencia.

3.2 Los hechos investigados

14. El funcionamiento del sistema de comercialización del GLP se rige por la aplicación del Reglamento, el cual establece, entre otros aspectos, que las empresas envasadoras¹⁸ son responsables de mantener los cilindros de su propiedad en condiciones permanentes de seguridad, ajustándose a los Reglamentos de Seguridad y Normas Técnicas correspondientes, ello incluye la destrucción de los cilindros defectuosos ante Notario Público.

¹⁵ Ibid., pp. 8-9.

¹⁶ Conf: VISCUSI, Kip, *et al.* Economics of Regulation And Antitrust. MIT Press, 1998, pp. 351.

¹⁷ Ibid., pp. 5-6.

¹⁸ El Reglamento define a la empresa envasadora como aquella persona natural o jurídica que individualmente o en forma asociada se dedica a la explotación de una o más plantas envasadoras de GLP.

Asimismo, establece que cada envasadora deberá remitir mensualmente a la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, DGH), la relación de cilindros inspeccionados, detallando aquéllos destruidos y no aptos que han sido rotulados.

Además, las envasadoras deberán inscribir su signo y color distintivo ante la DGH, de manera que se pueda distinguir aquellos de su propiedad, evitando la confusión.

15. De lo expuesto se aprecia que la DGH estableció el cumplimiento de determinados requisitos para el comercio de GLP en cilindros por parte de las empresas envasadoras. De esta manera, la autoridad buscó evitar la confusión y garantizar la seguridad en el comercio de dichos cilindros.
16. Adicionalmente, se prohibió, como regla general, que las empresas envasadoras utilicen en sus ventas, como suyos, los cilindros de sus competidores, salvo en aquellos casos en que exista un Acuerdo Contractual de Corresponsabilidad entre empresas envasadores.

En tal sentido, las empresas envasadoras están obligadas a intercambiar los cilindros que no sean de su propiedad directamente entre ellas o a través de un Centro de Canje Autorizado¹⁹. Cada mes, una empresa envasadora se encuentran obligada a retirar los cilindros rotulados en kilogramos de su propiedad que estén en poder de otra envasadora, entregando a cambio un número igual de cilindros de propiedad de esta última. Sin embargo, si luego del intercambio existen aún cilindros de su propiedad en poder de otra envasadora, sin que ésta cuente con cilindros de la otra empresa para el intercambio, deberá pagar el valor comercial por cada cilindro para el retiro de los mismos.

En caso de incumplimiento injustificado, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, es el competente para realizar la supervisión, fiscalización y sanción de las infracciones a las normas del sector hidrocarburos, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos²⁰, el artículo 5 de la Ley 26734, Ley del OSINERGMIN²¹, y los artículos 2 y 5 de la Ley 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos²².

¹⁹ El Reglamento define al centro de canje autorizado como aquella instalación en un bien inmueble en la cual los cilindros vacíos para GLP podrán intercambiarse entre las envasadoras que suscriban un contrato de servicios con el propietario y/u operador del local.

²⁰ **Artículo 3.- Funciones**
3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:
a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;
(...)
d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas. así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

²¹ **Artículo 5.- Funciones**
Son funciones del OSINERG:

17. Asimismo, adicional al sistema de intercambio de cilindros, el Reglamento también establece la posibilidad de suscripción de un Acuerdo Contractual de Corresponsabilidad entre las empresas envasadoras, por medio del cual una empresa podría utilizar (envasar y comercializar) cilindros de propiedad de aquella con quien suscribió el referido acuerdo. Cabe señalar que dicho acuerdo debe ser puesto previamente en conocimiento del OSINERGMIN.
18. Por lo tanto, si como resultado de la comercialización de GLP, una empresa envasadora posee cilindros que no son de su propiedad, deberá comunicarlo a la envasadora correspondiente, señalando el número de cilindros y lugar del intercambio, salvo que exista un Acuerdo Contractual de Corresponsabilidad que faculte el uso de dichos cilindros que son de propiedad de otra empresa.
19. La presente investigación se refiere a presuntas conductas anticompetitivas que habrían realizado los integrantes de la Asociación y Zeta Gas. En particular, las conductas de las investigadas tendrían como finalidad excluir a sus competidores del mercado de comercialización de GLP envasado en cilindros, para lo cual las investigadas se habrían negado a realizar el intercambio de cilindros o el pago correspondiente, situación que se complementarían con el deterioro y destrucción de los cilindros de sus competidores.
20. Así, para los fines de la presente investigación preliminar, las condiciones de comercialización de GLP, incluyendo las condiciones para el intercambio de cilindros entre empresas comercializadoras de dicho combustible, se encuentran reguladas por el Reglamento, concordante, a su vez, con los artículos 76 y 77 de la Ley 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos²³.
21. En consecuencia, de lo expuesto se aprecia que el uso e intercambio de cilindros entre empresas envasadoras de GLP ha sido establecido por vía reglamentaria. En ese sentido, al existir regulación específica aplicable al intercambio de

-
- a) Velar por el cumplimiento de la normatividad que regule la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario.
 - b) Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas y otras establecidas por la ley.
 - c) Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes.
 - d) Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería.

²² **Artículo 2.-** El Estado promueve el desarrollo de las actividades de Hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional.

Artículo 5.- El OSINERG es el organismo encargado de fiscalizar los aspectos legales y técnicos de las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional.

²³ **Texto Único Ordenado de la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos, Decreto Supremo N° 042-2005-EM**

Artículo 76.- El Transporte, la distribución mayorista y minorista y la comercialización de los productos derivados de Hidrocarburos se regirán por las normas que apruebe el Ministerio de Energía y Minas; dichas normas deberán contener mecanismos que satisfagan el abastecimiento del mercado interno.

Artículo 77.- Las actividades y los precios relacionados con petróleo crudo y los productos derivados se rigen por la oferta y demanda.

cilindros entre envasadoras de GLP, corresponde que las empresas que se consideren afectadas por el incumplimiento de las obligaciones legales contenidas en el Reglamento, denuncien tales hechos ante el OSINERGMIN.

Por su parte, con relación a una presunta afectación a la libre competencia derivada de negativa a realizar el intercambio de cilindros o el pago correspondiente, se aprecia que dicha situación puede ser resuelta si los afectados emplean los mecanismos correspondientes de acatamiento contenidos en la referida norma. En ese sentido, la solución no pasaría por la aplicación de las normas de competencia, sino por el acatamiento de aquellas normas sectoriales que rigen en particular la materia. En consecuencia, la autoridad de libre competencia no resulta competente para conocer este tipo de casos.

22. Con relación a la destrucción de cilindros por parte de una empresa envasadora, que podría tener como finalidad restringir la capacidad productiva de algún competidor, limitando los cilindros sobre los cuales comercializa GLP. Esta conducta podría restringir la competencia en el mercado de envasado de GLP, ya que las empresas afectadas tendrían menos cilindros para competir.

No obstante, una posible destrucción de cilindros no entorpecería significativamente las actividades del competidor afectado, pues éste conservaría en su poder los cilindros de la empresa destructora, por los cuales ya no podría obtener un intercambio pero sí un reembolso en efectivo, en atención a lo establecido en el Reglamento, con lo cual repondría su parque de cilindros.

Sin perjuicio de lo expuesto, a continuación se analizará el presunto actuar anticompetitivo de la Asociación y Zeta Gas.

3.3 La conducta anticompetitiva de los investigados

23. Las conductas infractoras que habrían cometido los integrantes de la Asociación y Zeta Gas se habrían producido en el 2005, no obstante, esta Secretaría Técnica, a efecto de unificar el presunto comportamiento de los investigados, consideró necesario ampliar el periodo de investigación hasta el 2007. En tal sentido, a continuación corresponde determinar la norma aplicable durante el periodo de investigación comprendido entre el 2005 y el 2007.
24. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha indicado que la ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito, lo que es acorde con lo señalado en el literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, que prescribe que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley²⁴.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del 10 de diciembre de 2003, recaída en el Expediente 2196-2002-HC/TC, respecto del recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Saldaña Saldaña contra la sentencia de la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 14 de agosto de 2002.

25. En tal orden de ideas, la norma aplicable para la presente investigación es el Decreto Legislativo 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia²⁵, toda vez que las presuntas infracciones cometidas por los integrantes de la Asociación y Zeta Gas se habrían producido durante su vigencia.
26. Al respecto, el Decreto Legislativo 701 describía dos tipos de conductas contrarias a la libre competencia: aquéllas relacionadas con el abuso de posición una de dominio y las concernientes a prácticas colusorias.

3.3.1 Las prácticas colusorias de la Asociación

27. De acuerdo al Decreto Legislativo 701, en el caso de obtener elementos que acrediten la conducta de la Asociación, la destrucción de cilindros, este acto configuraría un acto contrario a lo establecido en el literal i) del artículo 6, referido a otras prácticas restrictivas de efecto equivalente.
28. En ese sentido, de la información que obra en el Expediente y de aquella provista por Alfa Gas, esta Secretaría Técnica aprecia que no existen elementos suficientes que permitan inferir que los miembros de la Asociación hayan retenido y destruido de manera concertada los cilindros de GLP propiedad de Alfa Gas.
29. Si bien Alfa Gas ha exhibido diversas cartas²⁶ en las cuales demandó a los miembros de la Asociación el intercambio de cilindros de GLP, aquello no constituye un elemento suficiente para determinar que existen indicios razonables respecto de la retención y destrucción de cilindros por parte de la Asociación, y mucho menos que ello obedecería a una decisión conjunta.

Cabe resaltar que si bien en algunas oportunidades los integrantes de la Asociación no asistieron al intercambio de cilindros con Alfa Gas, en otras oportunidades sí lo hicieron, procediéndose con el referido intercambio. Esta situación sería contraria con la tesis que le atribuye la destrucción de cilindros a la Asociación; pues, además de no existir indicios sobre la destrucción de cilindros, realizó el intercambio en múltiples oportunidades.

De esta manera, no existen indicios razonables que exista una concertación por parte de los integrantes de la Asociación para perjudicar a Alfa Gas.

30. Sin perjuicio de ello, una posible destrucción de cilindros no afectaría de forma significativa a Alfa Gas, pues ésta conservaría en su poder los cilindros de otras empresas, por los cuales ya no podría obtener un intercambio pero sí un reembolso en efectivo, conforme lo establece el Reglamento, situación que le serviría para reponer su parque de cilindros.

²⁵ Norma que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas y que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008.

²⁶ Presentes en fojas 7234 al 7317 del Expediente Preliminar 012-2005/CLC

31. Por su parte, en el caso de la presunta actuación de Zeta Gas, de la información que obra en el Expediente y de aquella remitida por Alfa Gas, no se ha acreditado la existencia de indicios razonables que la involucren a esta empresa en la realización de prácticas concertadas.

3.3.2 El abuso de posición de dominio conjunta de la Asociación

32. Por otro lado, considerando la significativa participación que tienen los miembros de la Asociación en el mercado de comercialización de GLP en cilindros, se podría suponer la existencia de un presunto abuso de posición de dominio conjunto, comportamiento que sería susceptible de sanción conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo 701.
33. En efecto, la hipótesis sobre un presunto abuso de posición de dominio por parte de los integrantes de la Asociación, habría estado recogida como un supuesto de abuso de posición de dominio de manera conjunta, según lo señalado por el Decreto Legislativo 701.

El artículo 5 del Decreto Legislativo 701 habría contemplado el supuesto de abuso de posición de dominio conjunta, entendida como aquella conducta en la que una o varias empresas que gozan de una posición de dominio conjunta en el mercado pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

34. Al respecto, conforme se señaló previamente, en principio se aplica la norma vigente al momento de la comisión de la presunta infracción; sin embargo, constituye un supuesto de excepción el hecho que la infracción deje de ser perseguible como consecuencia de una norma del mismo rango de fecha posterior.
35. Este supuesto denominado retroactividad benigna ha sido recogido en el artículo 7 del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 635, donde se señala que si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho.
36. El 25 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, norma que derogó el Decreto Legislativo 701, y que no proscribe el abuso de posición de dominio conjunto.
37. Por lo tanto, si bien la vigente al momento de la comisión de los hechos denunciados, la ley que resultaría aplicable para la tipificación de las conductas denunciadas por Alfa Gas, sería el Decreto Legislativo 701, en aplicación de la retroactividad benigna, corresponderá aplicar el Decreto Legislativo 1034, en lo que resulte más beneficioso.

38. El supuesto de abuso de posición de dominio conjunta no ha sido considerado en el Decreto Legislativo 1034, con lo cual, dicha infracción antes prevista deja de ser perseguible a nivel administrativo. En tal sentido, la hipótesis sobre un presunto abuso de posición de dominio conjunta por parte de los integrantes de la Asociación no resulta perseguible, por no estar previsto en el ordenamiento jurídico vigente.

3.3.3 El abuso de posición de dominio de Zeta Gas

39. La presunta conducta atribuida a Zeta Gas estaría proscrita en el literal f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, como un abuso de posición de dominio de efecto equivalente. Por lo tanto, con el objeto de determinar si corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Zeta Gas, se deberá identificar la existencia de indicios razonables de: i) la posición de dominio de la empresa en el mercado relevante, ii) la existencia de una posible conducta anticompetitiva y iii) la afectación al proceso competitivo.
40. De forma indiciaria, la posición de dominio de una empresa en un determinado mercado se puede establecer a partir de su participación en éste. En ese sentido, considerando que Zeta Gas participa del mercado de comercialización de GLP, a continuación correspondería realizar una aproximación indiciaria a su participación en dicho mercado.
41. En el caso particular, al no contarse con información relativa a la participación de Zeta Gas en la comercialización de GLP en cilindros, se utilizará como variable referencial a la evolución de los ingresos brutos obtenidos por la empresa para el periodo comprendido entre el 2005 y el 2007, periodo que incluye la fecha en que se habría cometido la presunta práctica (2005).

Si bien la estimación de la participación relativa de cada empresa en el mercado debe considerar indicadores más precisos como el ingreso o volumen comercializado propios de la actividad bajo análisis, utilizar una variable como el ingreso bruto también permite obtener conclusiones importantes, sobre todo considerando que la principal actividad de las empresas analizadas está relacionada a la comercialización de GLP. Los ingresos brutos constituyen un indicador en unidades monetarias del poder que presenta alguna empresa para hacerse del mercado y afrontar la competencia.

42. En ese sentido, es posible inferir que las empresas con mayores ingresos tendrán mayor presencia relativa que sus competidores en el mercado, lo que incrementaría su capacidad para actuar unilateralmente.
43. Al respecto, en el siguiente cuadro se aprecia que para los años 2005 a 2007 Zeta Gas presentó ingresos superiores a otras empresas como Llama Gas S.A. o Alfa Gas; no obstante, sus ingresos solo correspondieron al 26% de los ingresos de Repsol YPF Comercial del Perú, empresa con los mayores ingresos²⁷.

²⁷ Es necesario precisar que las empresas presentes en el Cuadro 1 están listadas de acuerdo a los ingresos brutos obtenidos según la publicación Perú Top 10,000. En ese sentido, realizar la comparación frente a Repsol YPF Comercial del Perú supone hacerlo frente a la empresa de mayores ingresos brutos del mercado.

Cuadro 1
Ingresos Brutos de Empresas Comercializadoras de GLP
(2005-2007)

Empresa	2005	2006	2007
Repsol YPF Comercial del Perú	595	745	930
Limagas	163.5	143.5	151
Zetagas	163.5	200	255
Llamagas	163.5	143.5	172
Alfagas	11.25	16	25.5
Total	1096.75	1248	1533.5

Fuente: Perú Top 10,000 (2006, 2007 y 2008)²⁸
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI²⁹

44. Así, Repsol YPF Comercial del Perú³⁰ presenta ingresos muy superiores que las demás empresas de comercialización de GLP, en particular, en promedio cuatro veces superiores a los reportados por Zeta Gas. En ese sentido, es posible inferir que Zeta Gas no ostentaría posición de dominio en este mercado, y por lo tanto, no se cumpliría con un requisito imprescindible para que su presunta conducta pueda ser considerado como un abuso de posición de dominio.
45. En un escenario favorable para la investigación, si se plantea que las cinco empresas citadas en el cuadro anterior constituyen la totalidad de empresas que operan en el mercado, aun así se aprecia que Zeta Gas no representó más del 17% del mercado en el periodo comprendido entre el 2005 y el 2007. Por su parte, Repsol YPF Comercial del Perú presentó participaciones superiores al 50% (ver cuadro 2).

Resulta importante precisar que si Zeta Gas presentó una participación cercana al 17% en un escenario de cinco empresas, su participación necesariamente disminuirá al considerarse al total de empresas.

Cuadro 2
Participación sobre el total de Ingresos Brutos³¹
de Empresas Comercializadoras de GLP
(2005-2007)

Fuente: Perú Top 10,000 (2006, 2007 y 2008)
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

²⁸ Publicación que recoge información de las 10 000 empresas más importantes clasificadas por ingresos brutos.

²⁹ El valor presentado equivale al valor medio del rango presentado en la publicación.

³⁰ Adicionalmente, de acuerdo a la revista Perú Económico, Repsol YPF tendría un 30% de mercado de comercialización de GLP.

³¹ Las participaciones con respecto al total de ingresos se hallaron sobre el valor promedio de los rangos presentados en el Cuadro 1.

46. En consecuencia, del análisis realizado a la información contenida en el Expediente Preliminar 012-2005/CLC, es posible establecer que no se ha acreditado la existencia de indicios razonables de la realización de prácticas contrarias a libre competencia por parte de los investigados, y por lo tanto no corresponde iniciar un procedimiento sancionador en su contra.

Estando a lo previsto en el Decreto Legislativo 701, el Decreto Legislativo 1034 y la Constitución Política del Perú, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra los integrantes de la Asociación Gas LP Perú y Zeta Gas Andino S.A. por la posible realización de prácticas contra la libre competencia en el mercado de comercialización de gas licuado de petróleo en cilindros.

Francisco Martín Sigüeñas Andrade
Secretario Técnico *Ad Hoc*
Comisión de Defensa de la Libre Competencia