

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA
DENUNCIANTE : LLAMA GAS S.A.
DENUNCIADA : PETRÓLEOS DEL PERÚ - PETROPERÚ S.A.
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO
DISCRIMINACIÓN
IMPROCEDENCIA DE LA DENUNCIA
ACTIVIDAD : VENTA AL POR MAYOR DE COMBUSTIBLES

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 010-2012/ST-CLC-INDECOPI del 18 de junio de 2012 expedida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia que declaró improcedente la denuncia interpuesta por Llama Gas S.A. contra Petróleos del Perú - Petroperú S.A. por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación, supuesto de infracción previsto en el artículo 10.2 literal b) del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

La razón es que de la denuncia y de la información recabada en las indagaciones preliminares, no se advierte la existencia de indicios razonables que permitan determinar que la empresa denunciada ostenta posición de dominio en el mercado de comercialización mayorista de gas licuado de petróleo en Talara, el Callao y Pisco. De igual modo, tampoco se verifican indicios razonables de un efecto exclusorio como consecuencia de la conducta denunciada, en la medida que Petróleos del Perú - Petroperú S.A. no constituye un competidor real o potencial, directo o indirecto de la denunciante.

Lima, 3 de abril de 2013

ANTECEDENTES

1. El 11 de enero de 2012, Llama Gas S.A. (en adelante, Llama Gas) denunció a Petróleos del Perú - Petroperú S.A. (en lo sucesivo, Petroperú) ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación en la compra de gas licuado de petróleo (en adelante, GLP), infracción prevista en el artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
2. En su denuncia, Llama Gas manifestó lo siguiente:
 - (i) la empresa denunciada provee de GLP a diferentes empresas envasadoras, otorgando descuentos en función al volumen que compran. Así, Petroperú concede un porcentaje de descuento que se

aplica a las compras totales en el período de un mes, procediendo luego a emitir una nota de crédito por el monto del descuento¹;

- (ii) Llama Gas mantiene una relación comercial con Petroperú, adquiriendo de ella altos volúmenes de GLP; sin embargo, sin motivo alguno no se le ha beneficiado con un descuento en el precio de GLP, como sí ha sucedido con otras empresas en el mercado; y,
 - (iii) la conducta denunciada le ha generado graves perjuicios económicos a Llama Gas, pues este trato discriminatorio permite que otros agentes del mercado, que son sus competidores directos, sean beneficiados con la venta de GLP a un precio menor, al cual la recurrente no puede acceder sin explicación alguna².
3. Mediante Carta 076-2012/ST-CLC-INDECOPI del 15 de febrero de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión citó a una entrevista a Llama Gas, la que se realizó el 20 de febrero de 2012. Asimismo, por Carta 107-2012/ST-CLC-INDECOPI del 28 de marzo de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión citó a Petroperú a una entrevista, la cual se llevó a cabo el 29 de marzo de 2012.
4. Por Resolución 010-2012/ST-CLC-INDECOPI del 18 de junio de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión declaró improcedente la denuncia presentada de Llama Gas contra Petroperú, por considerar que no existían indicios razonables de la infracción denunciada. La primera instancia sustentó su pronunciamiento en lo siguiente:
- (i) no existen indicios razonables de que Petroperú ostente posición de dominio, debido a su baja participación en el mercado relevante y la existencia de una tasa de crecimiento promedio negativa en el periodo comprendido entre 2008 y 2011;
 - (ii) por el contrario, sería Pluspetrol Perú Corporation S.A. (en adelante, Pluspetrol), competidor de Petroperú, el proveedor de GLP con mayor participación en el mercado relevante y quien presenta una tasa de crecimiento promedio positiva en el periodo analizado; y,

¹ Cabe señalar que Llama Gas señaló que, ante el inicio de actividades de Pluspetrol Perú Corporation S.A., Petroperú otorgó beneficios a aquellas empresas que suscribían con ella un contrato de suministro exclusivo de GLP, garantizando un volumen de compra. No obstante, dicha política de comercialización cambió, liberándose a los clientes de la obligación de suscribir un contrato de suministro exclusivo de GLP con Petroperú, pero manteniéndose el porcentaje de descuento en función al volumen de compra.

² Al respecto, Llama Gas presentó una carta del 17 de junio de 2010 que remitió a Petroperú comunicando que habían tomado conocimiento de beneficios mediante el otorgamiento de descuentos en el precio de adquisición a otras empresas, por lo que solicitaba que les otorguen los mismos descuentos en los volúmenes de adquisición de GLP. Dicha comunicación fue respondida por Petroperú mediante carta VCOM-UVCP-1617-2010 del 2 de agosto de 2010, en la que señalan que la empresa ya no suscribe contratos de suministro y que la relación comercial que mantienen con Llama Gas se sujeta a las condiciones pactadas en un inicio.

- (iii) se ha corroborado que no existe una relación de competencia –ni directa ni indirecta– entre Llama Gas y Petroperú, por lo que la conducta denunciada no puede haber producido un efecto excluyente, que le permita obtener beneficios anticompetitivos a Petroperú.
5. El 16 de agosto de 2012, Llama Gas apeló la Resolución 010-2012/ST-CLC-INDECOPI, señalando lo siguiente:
- (i) para el análisis del mercado relevante únicamente debió tomarse en cuenta como circunscripción geográfica el norte del país, pues para comercializar en esa zona Llama Gas se tiene que abastecer de GLP de Petroperú, resultando muy oneroso que la recurrente adquiera el producto de Pluspetrol en Pisco para distribuirlo en el norte del país;
 - (ii) en la zona norte del país, Petroperú ostenta posición de dominio, siendo la empresa con la que Llama Gas se ve obligada a contratar para distribuir el GLP en esa región; y,
 - (iii) la conducta denunciada genera un efecto excluyente, en tanto el otorgamiento de descuentos en el precio a empresas que están en competencia directa con Llama Gas genera una situación de desventaja económica.
6. El 3 de octubre de 2012, Llama Gas solicitó que se le conceda el uso de la palabra para informar ante la Sala sobre los fundamentos que sustentan su denuncia.

ANÁLISIS

1. La presentación de indicios razonables de la infracción para admitir a trámite una denuncia en el marco del Decreto Legislativo 1034
7. El artículo 19 del Decreto Legislativo 1034³ establece que la denuncia de parte por la presunta comisión de conductas anticompetitivas deberá contener:
- (i) Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes correspondientes, de ser el caso.

³

DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.- Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte.-

La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:

- (a) Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes correspondientes, de ser el caso.
- (b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.
- (c) Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible.
- (d) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador. Esta tasa está exceptuada del límite en cuanto al monto establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

- (ii) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.
 - (iii) Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible.
 - (iv) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador.
8. Asimismo, antes de la admisión a trámite de una denuncia de parte, el artículo 21 del Decreto Legislativo 1034⁴ dispone que la Secretaría Técnica de la Comisión deberá verificar la existencia de indicios razonables de infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, además de corroborar la competencia de la Comisión y el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA de Indecopi.
9. Al respecto, el artículo 128 del Código Procesal Civil⁵ –norma de aplicación supletoria en cuanto resulte compatible al régimen administrativo⁶– establece que ante la omisión o el incumplimiento de requisitos de fondo corresponde declarar la improcedencia de la demanda. Ello a diferencia de los requisitos de forma, cuyo incumplimiento genera la inadmisibilidad de la demanda o del acto procesal.

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.- Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-**
21.1. La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOPI, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.
(...)

⁵ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.- Admisibilidad y Procedencia.- Artículo 128.-**
El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.

⁶ **LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.- TÍTULO PRELIMINAR, Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**
1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)
1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.
(...)

10. De otro lado, el artículo 426 del Código Procesal Civil⁷ reconoce la posibilidad de subsanar los requisitos de admisibilidad de la demanda tales como el pago de una tasa, la presentación de anexos exigidos por ley, entre otros. Sin embargo, el artículo 427 del Código Procesal Civil⁸ que recoge los requisitos de procedencia, tales como la competencia del órgano, la legitimidad para obrar del demandante, entre otros, no establece la posibilidad que estos sean subsanados con posterioridad a la interposición de la demanda.
11. La verificación de la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de una conducta anticompetitiva califican como requisitos de fondo antes de admitir a trámite una denuncia en el marco de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En efecto, la primera actuación implica la evaluación de que los hechos denunciados están en el ámbito de competencia de la autoridad. Por su parte, la verificación preliminar de que al momento de presentar la denuncia existan indicios razonables de la infracción, implica determinar si a partir de los medios de prueba presentados por el denunciante, se configura una tesis creíble de que puede haberse configurado la práctica anticompetitiva denunciada. En ambos casos, se efectúa una primera evaluación de carácter preliminar vinculada al fondo de la materia controvertida en la denuncia.
12. Cabe indicar que la existencia de indicios razonables de la infracción se acredita con la denuncia, a través de los medios probatorios presentados, o también puede evidenciarse en el marco de actuaciones preliminares realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto Legislativo 1034⁹.

⁷ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.- Inadmisibilidad de la demanda.-Artículo 426.-** El Juez declarará inadmisile la demanda cuando:

1. No tenga los requisitos legales;
2. No se acompañen los anexos exigidos por ley;
3. El petitorio sea incompleto o impreciso; o
4. La vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, salvo que la ley permita su adaptación.

En estos casos el Juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el Juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente.

⁸ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.- Improcedencia de la demanda.- Artículo 427.-**

El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
3. Advierta la caducidad del derecho;
4. Carezca de competencia;
5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.

⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.- Artículo 20.-** Actuaciones previas a la admisión a trámite por denuncia de parte.-

13. En tal sentido, a partir de la normas antes señaladas, se puede concluir que a diferencia de los requisitos formales, tales como presentar los poderes que acrediten la representación del denunciante o el comprobante de pago de la tasa por derecho de trámite, cuya omisión dará lugar a la inadmisibilidad de la denuncia, la ausencia de indicios razonables de la práctica anticompetitiva denunciada, al vincularse con el fondo de la cuestión controvertida, tiene como consecuencia que aquella se declare improcedente.
14. La necesidad de presentar indicios razonables sobre la comisión de una infracción al Decreto Legislativo 1034 se encuentra orientada a garantizar el derecho de los denunciados a no ver afectada su situación jurídica frente al desarrollo de un procedimiento sancionador en su contra sin contar con los elementos de prueba necesarios que ameriten el inicio de una investigación. Por ello, la autoridad de competencia debe ser sumamente cautelosa y contar con elementos probatorios suficientes antes de impulsar el inicio de un procedimiento sancionador por la comisión de prácticas anticompetitivas.
15. Al evaluar los hechos denunciados, la primera instancia declaró improcedente la denuncia formulada por Llama Gas contra Petroperú, considerando que de la información proporcionada por la denunciante no se apreciaban indicios razonables de la realización de una práctica anticompetitiva en los términos de lo previsto en el Decreto Legislativo 1034. A criterio de la Secretaría Técnica de la Comisión, en el presente caso no se advertían indicios que permitan concluir que Petroperú ostentaba una posición de dominio en el mercado relevante ni que la conducta denunciada haya producido un efecto excluyente.
16. En su apelación, la recurrente manifestó que Petroperú cuenta con una participación mayoritaria en la región norte del país, siendo ese el escenario en el que Llama Gas se ve obligada a contratar con ella. Por ende, considera que el mercado relevante debían circunscribirse únicamente a dicha zona geográfica y no a la comercialización mayorista de GLP en Talara, el Callao y Pisco. Asimismo, la denunciante ha enfatizado la desventaja que le genera frente a sus competidores el no poder acceder a los descuentos que les otorga Petroperú.
17. Atendiendo a lo anterior, corresponde a la Sala determinar si de la denuncia y de la información que obra en el expediente, se aprecian indicios razonables de la existencia de un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación.

Presentada la denuncia de parte y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento de identificación y sanción de conductas anticompetitivas, la Secretaría Técnica podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas. Estas actuaciones previas se desarrollarán en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados desde la presentación de la denuncia.

II. Análisis de los hechos denunciados

18. El artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034¹⁰ establece que existe abuso de posición de dominio 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, lo que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.
19. Para que se configure el abuso de posición de dominio denunciado por Llamagas, tal como se señaló en la resolución apelada, es necesario que se presenten tres requisitos de forma concurrente:
- (i) que Petroperú goce de posición de dominio;
 - (ii) que Petroperú haya realizado discriminación; y,
 - (iii) que la conducta de Petroperú haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
20. En tal sentido, corresponde analizar en primer lugar la definición preliminar de mercado relevante efectuada por la primera instancia, con la finalidad de establecer si existen indicios razonables que Petroperú goza de posición de dominio en dicho mercado.

II.1. Definición preliminar del mercado relevante

21. El artículo 6.1 del Decreto Legislativo 1034¹¹ establece que el mercado relevante está constituido tanto por el mercado de producto como por el mercado geográfico. El mercado de producto relevante¹² está constituido por

¹⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, 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.

(...)

¹¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, 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.

(...)

¹² **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.- Artículo 6.- El mercado relevante.-**

(...)

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

el bien o servicio materia de la denuncia y sus sustitutos; mientras que el mercado geográfico relevante¹³ se determina por el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

22. Petroperú es una empresa estatal de derecho privado dedicada a la producción y comercialización mayorista de combustibles, entre los que se encuentra el GLP¹⁴.
23. Por su parte, Llama Gas es una empresa dedicada principalmente al envasado y comercialización a GLP en balones y a granel. Esta se abastece de GLP para luego poder comercializarlo entre sus clientes industriales y residenciales¹⁵.
24. En el presente caso, la Secretaría Técnica de la Comisión señaló que el mercado de producto relevante se constituye por la comercialización mayorista de GLP, en el cual participa Petroperú y otras empresas como ofertantes¹⁶, mientras que Llama Gas y otras empresas participan como demandantes¹⁷. Además, sobre mercado geográfico relevante, en función a las plantas de abastecimiento de GLP que podrían proveer a la denunciante de dicho insumo, se determinó que aquel estaría constituido por la comercialización mayorista de GLP en Talara, el Callao y Pisco.
25. Sin embargo, Llamagas señaló en su apelación que para la evaluación de los hechos denunciados debe considerarse como mercado relevante únicamente a la zona geográfica que ocupa el norte del país. La razón que alega es que los costos de transporte desde el centro del país resultan onerosos, por lo

las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

¹³ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.- Artículo 6.- El mercado relevante.-**

(...)

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.

¹⁴ Conforme a lo señalado por Petroperú en su página web: <http://www.petroperu.com.pe/portalweb/Main.asp?Seccion=40> (Visitada el viernes 22 de marzo de 2013).

¹⁵ Conforme a lo señalado por Llama Gas en su página web: <http://www.llamagas.com.pe/menu.htm> (Visitada el viernes 22 de marzo de 2013).

¹⁶ Pluspetrol, Refinería la Pampilla S.A., Graña y Montero Petrolera S.A., Procesadora de Gas Paríñas S.A.C. serían las otras empresas ofertantes de GLP.

¹⁷ Repsol YPF Comercial del Perú, Fulgas Planta Envasadora de GLP S.A., Inti Gas S.A.C. serían las otras demandantes del producto.

que adquirir el GLP en la planta ubicada en Pisco no resultaría una alternativa, pues esto generaría que la empresa incurra en elevados costos.

26. De acuerdo a la información que obra en el expediente, la Sala advierte que Llama Gas adquiere el GLP para satisfacer su demanda de diversas plantas de abastecimiento ubicadas en el país. Ciertamente, según lo expresado por la propia denunciante¹⁸, cuando es necesario para satisfacer su demanda, transporta el GLP adquirido en Talara para comercializarlo en el Callao y viceversa. A su vez, para satisfacer la alta demanda que se presentó en Talara y el Callao, afirmó que en algunas oportunidades tuvo que adquirir el GLP en Pisco y transportarlo hacia dichas localidades¹⁹. Por tanto, se evidencia que el combustible comercializado a nivel mayorista en Pisco y el Callao es una fuente alternativa de abastecimiento para Llama Gas, no solo de manera potencial, sino efectiva.
27. De otro lado, no existe medio probatorio alguno que acredite la existencia de los elevados costos de transporte que alega la recurrente ni la importancia de tales costos respecto del valor del producto comercializado. Por el contrario, dado que es la denunciante quien ha expresado que en el marco de sus actividades comerciales es factible recurrir a las plantas de abastecimiento de GLP de Pisco y el Callao como fuentes alternativas de aprovisionamiento, esta Sala no tiene elementos adicionales para cuestionar la definición de mercado relevante efectuada por la primera instancia.
28. Por tanto, la Sala coincide con lo determinado con la Secretaría Técnica de la Comisión, en el sentido que, a nivel indiciario, el mercado relevante estaría constituido por la comercialización mayorista de GLP en Talara, el Callao y Pisco.

II.2. Sobre la posición de dominio

¹⁸ De acuerdo a lo recogido en la entrevista que la Secretaría Técnica de la Comisión tuvo con Llamagas el 20 de febrero de 2012 (foja 33 del expediente).

¹⁹ Ibídem.

29. El artículo 7.1 del Decreto Legislativo 1034²⁰ establece que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:
- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
 - (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
 - (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
 - (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
 - (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
 - (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.
30. La Secretaría Técnica de la Comisión determinó en la resolución apelada que en el mercado relevante previamente definido participan, por el lado de la oferta, productores (entre los que se encuentra Petroperú), importadores y revendedores y, por el lado de la demanda, empresas envasadoras (entre ellas, Llamagas) y grandes clientes. A su vez, indicó que la comercialización mayorista de GLP se realiza a través de plantas de abastecimiento encargadas de recibir, almacenar y despachar el GLP a granel, siendo aquellas que se ubican en el mercado relevante las siguientes:

Cuadro 1
Plantas de abastecimiento de GLP ubicadas en el mercado relevante

²⁰

DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.- Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

Planta de abastecimiento	Departamento	Provincia	Distrito
Petroperú	Piura	Talara	Pariñas
Procesadora de Gas Pariñas S.A.C.	Piura	Talara	Pariñas
Graña y Montero Petrolera S.A.	Piura	Talara	Pariñas
Zeta Gas Andino S.A.	Callao	Callao	Ventanilla
Petroperú	Callao	Callao	Ventanilla
Repsol YPF Comercial del Peru S.A.	Callao	Callao	Ventanilla
Refinería La Pampilla S.A.	Callao	Callao	Ventanilla
Pluspetrol Perú Corporation S.A.	Ica	Pisco	Paracas

Fuente: Ministerio de Energía y Minas, Graña y Montero Petrolera S.A.
Elaboración: ST/CLC

31. La primera instancia consideró que debido a que desde el año 2008, las importaciones de GLP al mercado peruano han sido mínimas²¹, el GLP comercializado en las plantas de abastecimiento ubicadas en el mercado relevante provendría casi exclusivamente de la producción nacional. De tal manera, la participación de Petroperú se determinó en función de su participación en la producción de GLP en el mercado relevante para el periodo comprendido entre 2008 y 2011, conforme a los volúmenes de producción que se muestran a continuación:

Cuadro 2
Volúmenes de producción de GLP (MBD)²²

	Procesadora de Gas Pariñas S.A.C. Talara	Graña y Montero Petrolera S.A. Talara	Refinería La Pampilla S.A. Callao	Petroperú Talara	Pluspetrol Perú Corporation S.A. Pisco	Total
2008	8.89	5.45	18.42	55.36	225.33	313.45
2009	0	10.02	17.11	54.49	407.69	489.31
2010	0	10.94	20.48	59.22	412	502.64
2011	0	11.09	21.54	51.55	444.33	528.51

Fuente: Ministerio de Energía y Minas.
Elaboración: ST/CLC.

32. A partir de ello, las participaciones de mercado de cada uno de los referidos productores es la siguiente:

²¹ Para arribar a esta conclusión, la Secretaría Técnica de la Comisión se sustentó en la información de la Balanza Comercial de Hidrocarburos de las Estadísticas del Ministerio de Energía y Minas, para el periodo comprendido entre 2008 y 2011. Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/estadisticasSector.php?pagina=1&idSector=5&String=&fechaMes=&fechaAno=&idCategoria=>

²² Conforme a la resolución apelada, el GLP que se comercializa en la planta de abastecimiento de Petroperú en el Callao proviene mayoritariamente de la planta de Talara, y a su vez, el GLP que comercializa Zeta Gas Andino S.A. proviene principalmente de la planta de Pluspetrol en Pisco. Por ende, se consideró la producción de Petroperú en el Callao como parte de su producción en Talara y la producción de Zeta Gas Andino S.A. en el Callao se consideró como parte de la producción de Pluspetrol en Pisco.

Cuadro 3
Participaciones de mercado

	Procesadora de Gas Pariñas S.A.C. Talara	Graña y Montero Petrolera S.A. Talara	Refinería La Pampilla S.A. Callao	Petroperú Talara	Pluspetrol Perú Corporation S.A. Pisco	Total
2008	2.84%	1.74%	5.88%	17.66%	71.89%	100%
2009	0.00%	2.05%	3.50%	11.14%	83.32%	100%
2010	0.00%	2.18%	4.07%	11.78%	81.97%	100%
2011	0.00%	2.10%	4.08%	9.75%	84.07%	100%

Fuente: Ministerio de Energía y Minas.
Elaboración: ST/CLC.

33. De acuerdo a lo expuesto, la primera instancia determinó que Petroperú contaba con una baja participación en el mercado relevante ascendente a un promedio anual del 12.63%, teniendo además una tasa de crecimiento promedio anual de -1.76% entre el 2008 y el 2011. Por el contrario, evidenció que Pluspetrol es la empresa con mayor participación promedio anual en el mercado relevante (81.14%) y que inclusive tiene una tasa de crecimiento promedio anual de 18.50% en el periodo analizado. En ese sentido, la Secretaría Técnica de la Comisión concluyó que no existen indicios razonables de que Petroperú ostenta posición de dominio en el mercado relevante preliminarmente definido.
34. En su apelación, Llama Gas ha señalado que Petroperú cuenta con una participación relevante en la zona norte del país, por lo que sí contaría con posición de dominio. De esta manera, en base a las participaciones de mercado de las plantas de abastecimiento de GLP consignadas en el Cuadro 3, la recurrente indicó que tanto la Procesadora de Gas Pariñas S.A.C. como Graña y Montero Petrolera S.A., ambas ubicadas en Talara, cuentan con volúmenes de producción muy bajos, lo que evidencia su pequeña participación y la preminencia de Petroperú en dicho mercado.
35. Al respecto, si bien es cierto que de acuerdo a lo alegado por Llama Gas, los datos reflejados en el cuadro de volúmenes de producción de GLP y participaciones de mercado en la zona norte del país son mayores para Petroperú en comparación con las otras dos plantas de abastecimiento que se ubican en Talara; ello no resulta determinante en el presente caso, pues el mercado geográfico relevante ha quedado establecido en las zonas de Talara, el Callao y Pisco, escenario en el que es notable la mayor participación de Pluspetrol.
36. En efecto, de la información sobre las participaciones de mercado de las plantas de abastecimiento de GLP, la Sala verifica que durante el período investigado Petroperú ha tenido una baja participación promedio anual en el

mercado relevante ascendente a 12.63% y una tasa de crecimiento promedio anual negativa, siendo Pluspetrol la empresa que cuenta con una cuota de mercado promedio significativamente mayor al resto de empresas competidoras (81.14%).

37. Sobre el particular, corresponde señalar que la denunciante no ha alegado que la información acerca de los volúmenes de producción de las plantas de abastecimiento de GLP se encuentre errada, ni ha presentado información que permita arribar a una conclusión distinta sobre el porcentaje de participación de Petroperú en el mercado relevante definido de manera preliminar.
38. Por lo tanto, al igual que lo señalado por la primera instancia, se concluye que no existen indicios razonables de posición de dominio por parte de Petroperú en el mercado relevante, por lo que tampoco pueden existir indicios de un abuso de dicha posición.

II.3. Sobre el efecto exclusorio

39. Cabe precisar que, si bien no existen indicios de que Petroperú ostenta posición de dominio en el mercado relevante definido de manera preliminar, en la misma orientación de lo resuelto en primera instancia, corresponde verificar si la conducta imputada por Llama Gas podría tener un efecto exclusorio, requisito que también es concurrente para que pueda configurarse un abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación.
40. En similar sentido al artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034, el artículo 10.2 del mismo cuerpo normativo²³ establece que los supuestos de abuso de

²³

DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, 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:

- a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
- e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;
- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
- g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,
- h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

(Subrayado añadido)

posición de dominio solo podrán consistir en conductas de efecto exclusorio. Un abuso de posición de dominio exclusorio es aquel que afecta directamente la dinámica de la competencia pues impide el acceso de competidores del dominante al mercado o dificulta su permanencia en él²⁴.

41. En anteriores pronunciamientos²⁵, esta Sala ha establecido que la exigencia del carácter exclusorio del abuso de posición de dominio implica que las conductas que se encuentran en el ámbito de aplicación de la ley, son aquellas mediante las cuales se pretende excluir a competidores del mercado o impedir su ingreso a este último afectándose con ello el proceso competitivo.
42. La identificación de las conductas de abuso de posición de dominio con un efecto de exclusión de competidores del dominante guarda directa relación con la finalidad del Decreto Legislativo 1034²⁶ contenida en su artículo 1, esto es, la prohibición de conductas que dañen el proceso competitivo y, por ende, la eficiencia económica.

²⁴ Las prácticas exclusorias o prácticas de exclusión son aquellas mediante las cuales un monopolista u operador dominante ejerce su poder monopólico para disuadir la entrada de potenciales competidores al mercado o impedir que éstos incrementen su producción. Al respecto, Hovenkamp anota:

(...) *El Juez Wyzanski sabiamente definió el "ejercicio" del poder de monopolio como una práctica "de exclusión" - es decir, una práctica que disuade a los potenciales rivales de entrar en el mercado del monopolista, o a los rivales actuales de aumentar su producción en respuesta al incremento de los precios del monopolio. Las ventas del monopolista de su producto a un precio de monopolio no es una práctica de "exclusión".*

(...)

"Las prácticas de exclusión" son actos por el monopolista diseñados para disuadir a posibles competidores de entrar en el campo, o para evitar que los competidores incrementen su producción."

Traducción libre del siguiente texto:

(...)

Judge Wyzanski wisely defined the "exercise" of monopoly power as an "exclusionary" practice – that is, a practice that deters potential rivals from entering the monopolist's market, or existing rivals from increasing their output in response to the monopolist's price increase. The monopolist's sales of its product at a monopolistic price is not an "exclusionary" practice.

(...)

"Exclusionary practices" are acts by the monopolist designed to discourage potential competitors from entering the field, or to prevent competitors from increasing output."

En: HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*. 2da Edición. West Group: Minnesota, 1999, pp. 267-269.

²⁵ Al respecto, ver: Resolución 027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008 expedida en el Expediente 003-2005/CLC correspondiente al procedimiento seguido por la Asociación de Agencia de Turismo del Cusco contra Consettur Machupicchu S.A.C.; Resolución 1348 –2010/SC1-INDECOPI expedida el 18 de marzo de 2010 en el Expediente 011-2008/CLC en el marco de la denuncia interpuesta por Alvaro Antonio Bustamante Quiroz y otros contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A.; y, Resolución 0708-2011/SC1-INDECOPI del 16 de marzo de 2011, expedida en el Expediente 013-2007/CLC como consecuencia de la denuncia interpuesta por la Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú y el Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera de la Cuenca de Lima contra Gloria S.A.

²⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, 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.

43. Asimismo, el artículo 10.5 del Decreto Legislativo 1034²⁷ establece expresamente que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales. Con esta disposición, se incide en la exigencia del carácter excluyente del abuso de posición de dominio, siendo que el establecimiento de precios por parte de una empresa dominante a un nivel que implique únicamente la maximización de sus beneficios²⁸, es una conducta que solo representa el ejercicio de dicha posición, pero que no se encuentra en el ámbito de aplicación de la ley, dado que no afecta el proceso competitivo al no estar dirigida a competidores actuales o potenciales del dominante²⁹.
44. Dentro de las modalidades de abuso de posición de dominio, el literal b) del artículo 10.2 de la ley³⁰ recoge la figura de la discriminación, al señalar que califica como un supuesto de abuso de dicha posición el que un agente dominante aplique, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
45. Al respecto, debe tenerse presente que para que se configure dicha infracción no solo se requiere que el sujeto infractor ostente posición dominante. Conforme se advierte de las disposiciones del Decreto Legislativo 1034 antes señaladas, para la configuración de una conducta anticompetitiva también es necesario que la conducta cuestionada genere o sea susceptible de generar un efecto excluyente, es decir, que excluya a competidores del mercado o que impida el ingreso a este último de potenciales rivales del presunto agente dominante.

²⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, Artículo 10.- El abuso de posición de dominio.-**

(...)

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

²⁸ Este es el caso de las denominadas prácticas explotativas, entre ellas, la imposición de los denominados "precios excesivos".

²⁹ En este sentido, ver: Resolución 027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008.

³⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, 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 excluyente tales como:

(...)

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

(...)

46. La exigencia del efecto exclusorio en las prácticas de abuso de posición de dominio se encuentra intrínsecamente ligada con la existencia una relación de competencia actual o potencial entre el dominante y el agente económico presuntamente afectado con la conducta anticompetitiva. En la medida que la finalidad de las prácticas de exclusión es que el dominante mantenga su posición en el mercado o que pueda trasladar dicha posición a otro mercado a través de la exclusión de competidores actuales o potenciales, el presupuesto de ello es que se presente –aunque sea de manera potencial– una relación de competencia.
47. La Resolución 010-2012/ST-CLC-INDECOPI consideró que no existían indicios razonables de que la presunta práctica denunciada haya permitido a Petroperú obtener beneficios o generar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Ello debido a que Llama Gas no tiene una relación de competencia directa o indirecta con la denunciada, pues la recurrente se encarga principalmente del envasado del GLP y la venta minorista del producto, mientras que Petroperú se dedica al suministro y la venta mayorista del GLP.
48. En su apelación, Llama Gas alegó que la conducta denunciada la está colocando en una situación de desventaja frente a sus competidores, pues permite que otras empresas envasadoras puedan acceder al GLP a un precio mucho menor al cual la recurrente adquiere el producto. De este modo, manifestó que otras empresas envasadoras pueden ofrecer el producto al mercado a un precio significativamente menor al ofrecido por Llama Gas.
49. Tal como se ha señalado en el apartado precedente, para que se configure un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación en el ámbito del Decreto Legislativo 1034, se requiere que dicha conducta produzca un efecto exclusorio. Es decir, que como resultado de la conducta cuestionada se excluya del mercado a un rival o se impida el ingreso de un competidor del presunto agente dominante, lo cual presupone que existe una relación de competencia directa o indirecta entre las empresas involucradas.
50. De la revisión de la denuncia y las indagaciones preliminares realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión, se verifica que en efecto, la actividad económica de Llama Gas consiste en el envasado y venta a granel de GLP, por lo que no representa un competidor directo para Petroperú; mientras esta última se dedica al suministro y distribución mayorista del producto.
51. De otro lado, conforme a la información recabada durante las actuaciones preliminares en la primera instancia³¹, en las entrevistas llevadas a cabo a

³¹ De acuerdo a lo recogido en la entrevista que la Secretaría Técnica de la Comisión tuvo con Llama Gas el 20 de febrero de 2012 (foja 33 del expediente) y la entrevista que se tuvo con Petroperú el 29 de marzo de 2012 (foja 629 del expediente).

instancia de la Secretaría Técnica de la Comisión con ambas partes, tampoco se presentaría una relación de competencia indirecta entre Llama Gas y Petroperú, pues ninguna de las empresas que participan en el mismo nivel de la cadena que Llama Gas se encuentra vinculada por alguna relación de gestión, propiedad, parentesco u otra a Petroperú.

52. En consecuencia, de los hechos denunciados se advierte que no se presenta una relación de competencia actual o potencial entre Llama Gas y Petroperú, de manera que no podría configurarse un abuso de posición de dominio exclusorio en la modalidad de discriminación, en la medida que la conducta denunciada no tendría como objeto o finalidad excluir a un competidor actual del presunto dominante ni impedir el ingreso de un competidor potencial al mercado.
53. Cabe señalar que aun asumiendo el supuesto presentado por la recurrente en el cual el mercado geográfico relevante estuviera constituido por la zona del norte del país, tampoco se configuraría una conducta de abuso de posición dominio en la medida que la conducta denunciada no tiene un efecto exclusorio al no existir una relación de competencia entre los dos agentes económicos involucrados (Llama Gas y Petroperú).
54. Por tanto, al no existir indicios razonables de la infracción denunciada, corresponde confirmar la resolución apelada que declaró improcedente la denuncia interpuesta por Llama Gas contra Petroperú por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación.

III. De la solicitud de informe oral formulada por Llamagas

55. En su escrito del 3 de octubre de 2012, Llamagas solicitó que se le conceda el uso de la palabra a efectos de sustentar oralmente sus argumentos.
56. Los procedimientos seguidos ante el Tribunal del INDECOPI se encuentran sujetos a la aplicación de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1033 –Ley de Organización y Funciones del Indecopi. El artículo 16 de la referida norma dispone que las Salas del Tribunal del Indecopi podrán escuchar los alegatos de las partes cuando así lo soliciten, pudiendo denegar la solicitud mediante decisión debidamente motivada³².

³² **DECRETO LEGISLATIVO 1033, LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 16.- Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal.-**

16.1 Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada.

16.2 Las audiencias son públicas, salvo que la Sala considere necesario su reserva con el fin de resguardar la confidencialidad que corresponde a un secreto industrial o comercial, o al derecho a la intimidad personal o familiar, de cualquiera de las partes involucradas en el procedimiento administrativo.

16.3 Las disposiciones del presente artículo serán aplicables a las solicitudes de informe oral presentadas ante las Comisiones.

57. De la norma antes citada, se verifica que conceder el uso de la palabra constituye una facultad discrecional del Tribunal del Indecopi. En consecuencia, si esta instancia considera complejo y trascendente el caso, o advierte una eventual afectación a los derechos de los administrados durante la tramitación del procedimiento, resulta razonable que conceda el uso de la palabra, criterio que también ha sido establecido por el Tribunal Constitucional³³.
58. Sin embargo, como se desprende del desarrollo efectuado en el apartado anterior, la Sala cuenta con elementos de juicio suficientes para analizar la cuestión controvertida, a lo que se suma que en el presente caso, la recurrente ha contado con la oportunidad de sustentar debidamente sus alegaciones mediante su denuncia, durante la etapa de investigación preliminar y en el trámite de la apelación, sin haber podido formar convicción en la autoridad de competencia sobre la procedencia de su denuncia.
59. En consecuencia, corresponde denegar el pedido de uso de la palabra formulado por Llamagas.

RESUELVE:

PRIMERO: confirmar la Resolución 010-2012/ST-CLC-INDECOPI del 18 de junio de 2012, expedida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que declaró improcedente la denuncia interpuesta por Llama Gas S.A. contra Petróleos del Perú - Petroperú S.A., por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación.

SEGUNDO: denegar el pedido de informe oral solicitado por Llama Gas S.A. mediante el escrito del 3 de octubre de 2012.

Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, José Luis Bonifaz Fernández, Sergio Alejandro León Martínez y Julio Carlos Lozano Hernández.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidente

³³ Mediante Sentencia del 29 de agosto de 2006, recaída en el proceso de amparo signado bajo Expediente 3075-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado, en calidad de precedente de observancia obligatoria, que no todo informe oral resulta obligatorio por el solo hecho de haber sido solicitado sino que este procede particularmente, cuando del análisis de los actuados aparecen notorias irregularidades acaecidas durante el desarrollo del procedimiento.