

4 de febrero de 2010

VISTO:

La denuncia interpuesta por Aero Servicios S.A.C. (en adelante, Aeroservicios) contra Petróleos del Perú – PETROPERU S.A. (en adelante, Petroperú), por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de combustible de aviación Turbo Jet A1 (en adelante, Turbo A1) en la zona norte del país; los descargos de Petroperú; el Informe Técnico 038-2009/ST-CLC-INDECOPI; y las demás actuaciones del procedimiento.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Aeroservicios es una empresa del sector hidrocarburos, concesionaria de la Planta de Abastecimiento¹ de combustibles del Aeropuerto Cap. FAP Guillermo Concha Iberico de Piura (en adelante, la Planta de Abastecimiento de Aeroservicios y el Aeropuerto de Piura, respectivamente) y autorizada por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, la DGH y el MINEM, respectivamente) para comercializar Turbo A1 como Distribuidor Mayorista².
2. Petroperú es una empresa estatal de derecho privado, creada el 24 de julio de 1969 mediante Decreto Ley 17753 y dedicada a las actividades de producción y comercialización de combustibles, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 26221, Ley Orgánica que Norma las Actividades de Hidrocarburos en el Territorio Nacional.

¹ De conformidad con lo dispuesto por el Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo 045-2001-EM, Planta de Abastecimiento es el inmueble donde se realizan operaciones de recepción, almacenamiento, transferencia, agregado de aditivos y despacho de combustibles líquidos y otros productos derivados de los hidrocarburos.

² De acuerdo al Decreto Supremo 045-2001-EM, Distribuidor Mayorista es la persona jurídica que adquiere en el país o importa grandes volúmenes de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos, con el fin de comercializarlos a Consumidores Directos, otros Distribuidores Mayoristas, Distribuidores Minoristas y Establecimientos de Venta al Público de Combustibles. Asimismo, puede exportar los Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de los Hidrocarburos.

3. El 17 de febrero de 2005, Aeroservicios interpuso denuncia contra Petroperú y la DGH por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición de productos o servicios y aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.
4. Mediante Resolución 001-2006-INDECOPI/CLC del 9 de enero de 2006, la Comisión de Libre Competencia³ (en adelante, la Comisión) decidió admitir a trámite la denuncia interpuesta por Aeroservicios contra Petroperú, por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de Turbo A1, en la zona norte del país, sobre la base de las siguientes consideraciones:
 - i. “Para que se configure una negativa injustificada de trato se deberá verificar: (i) Que la empresa investigada tenga posición de dominio; (ii) Que se compruebe una efectiva negativa en la provisión de un bien o servicio; y, (iii) Que dicha negativa no tenga como justificación una mayor eficiencia, sino el efecto de restringir la competencia”.
 - ii. “[E]xisten indicios razonables que puedan llevar a pensar que Petroperú gozaría de posición de dominio en el mercado de combustible de aviación Turbo A1 en el mercado relevante”.
 - iii. “[E]xisten indicios razonables de una presunta negativa injustificada por parte de Petroperú de proveer de combustible de aviación Turbo A1 a la empresa Aeroservicios”.
 - iv. “La conducta de Petroperú, según lo que señala la denunciante, escondería en realidad el propósito de sacarla del mercado y, de ese modo, intentar obtener la concesión de los aeropuertos en los cuales perdió el concurso público para instalar, almacenar, distribuir y despachar el Turbo A1”.
5. El 20 de febrero de 2006, Petroperú presentó sus descargos. Como se desarrollará más adelante, la denunciada se concentró en tratar de justificar su negativa.
6. Con la finalidad de obtener mayores elementos de juicio, la Secretaría Técnica de la Comisión (en adelante, la Secretaría Técnica) realizó diversos requerimientos de información y entrevistas relacionados con las características y el funcionamiento del mercado de comercialización de Turbo A1 en el Perú, a distintos agentes económicos y entidades públicas como Aeroservicios, Petroperú, Refinería La Pampilla S.A. (en adelante, Refinería La Pampilla), Servosa Cargo S.A.C. (en adelante, Servosa), Lan Perú S.A. (en adelante, Lan Perú), Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial - CORPAC S.A. y la DGH.

³ Ahora, Comisión de Defensa de la Libre Competencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

7. Mediante Cartas 371-2009/ST-CLC-INDECOPI y 372-2009/ST-CLC-INDECOPI del 4 de noviembre de 2009, la Secretaría Técnica cumplió con informar a las partes el término de la etapa de prueba.
8. Mediante Informe Técnico 038-2009/ST-CLC-INDECOPI del 23 de diciembre de 2009, la Secretaría Técnica emitió su opinión acerca del presente procedimiento administrativo sancionador y recomendó a la Comisión que declare infundada la denuncia.
9. Mediante Notificaciones 001-2010/ST-CLC-INDECOPI y 002-2010/ST-CLC-INDECOPI del 5 de enero de 2010, la Secretaría Técnica informó a las partes que contaban con un plazo de quince (15) días hábiles para presentar alegaciones y solicitar el uso de la palabra. No obstante, hasta la fecha las partes no han presentado alegaciones ni han solicitado el uso de la palabra.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

10. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si Petroperú incurrió en el presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de Turbo A1 en la zona norte del país, denunciado por Aeroservicios.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Norma aplicable

11. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú⁴, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.
12. En lo que se refiere a la potestad sancionadora administrativa, el numeral 5 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁵, establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

⁴ **Constitución Política del Perú**

Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.
La Constitución no ampara el abuso del derecho.

⁵ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

13. De acuerdo a lo anterior, la norma aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador es el Decreto Legislativo 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia⁶, toda vez que la infracción denunciada se habría producido durante su vigencia.
14. Sin perjuicio de ello, en virtud de lo dispuesto por la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁷, las disposiciones de naturaleza procesal de esta última norma resultan aplicables al presente procedimiento⁸.

3.2. Abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada

15. Tratándose de una denuncia sobre abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada, corresponde analizar los requisitos necesarios para que se configure esta infracción específica, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 3 y 5, literal a), del Decreto Legislativo 701.
16. En primer lugar, el artículo 3 del Decreto Legislativo 701 contenía la prohibición general de las conductas anticompetitivas –a saber, el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas de la competencia– en los siguientes términos:

*Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen **abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia**, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional (énfasis agregado).*

17. Por su parte, el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 complementaba la citada prohibición general de las conductas anticompetitivas con la definición específica del abuso de posición de dominio en los siguientes términos:

*Artículo 5.-Se considera que existe abuso de **posición de dominio** en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, **actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio** (énfasis agregado).*

18. Por último, el literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 recogía como una de las posibles modalidades de abuso de posición de dominio a la “**negativa**

⁶ Norma que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas y que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008.

⁷ Norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y que está vigente desde el 25 de julio de 2008.

⁸ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Disposición Complementaria Transitoria

Única.- Aplicación de la presente Ley a los procedimientos en trámite.-

Las disposiciones de la presente Ley de naturaleza procesal se aplicarán a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo N° 701, en la etapa en que se encuentren.

injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios” (énfasis agregado).

19. Como se desprende de las normas citadas, los requisitos necesarios para que se configure un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada son los siguientes:
 - a. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - b. Que haya realizado una actuación indebida. Específicamente, para esta modalidad, una negativa injustificada.
 - c. Que haya tenido el fin de obtener beneficios y causar perjuicios. Es decir, que su negativa produzca o pueda producir efectos anticompetitivos.
20. En relación con el primer requisito, el artículo 4 del Decreto Legislativo 701 establecía lo siguiente:

*Artículo 4.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una **posición de dominio** en el mercado, cuando **pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores**, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución* (énfasis agregado).

21. Como puede apreciarse, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe gozar de posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad para influir de manera unilateral en las condiciones de oferta o demanda del mercado. La razón es muy sencilla y es que, si no contara con posición de dominio, sin importar la “actuación indebida” en la que pudiera haber incurrido, no tendría la capacidad para afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo ni el bienestar de los consumidores.
22. Considerando que este requisito no puede evaluarse en abstracto sino que debe analizarse en relación con un mercado específico, 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.
23. En lo que se refiere al segundo requisito, cabe señalar que la actuación indebida puede producirse a través de diversas modalidades. A manera de ejemplo, el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 recogía como modalidades de abuso de posición de dominio a la negativa injustificada (literal a), la discriminación (literal b), la atadura (literal c) y otros casos de efecto equivalente (literal f).
24. Específicamente, la modalidad de negativa injustificada puede producirse cuando el presunto infractor rechaza directamente una demanda de compra o adquisición o una oferta de venta o prestación (negativa directa) o bien cuando

no responde o responde con reiteradas evasivas la solicitud del supuesto afectado (negativa indirecta).

25. El tercer requisito para que se configure un abuso de posición de dominio consiste en el fin de obtener beneficios y causar perjuicios. Este requisito es el más importante de todos y se refiere a la necesidad de verificar que la infracción denunciada produce o puede producir efectos anticompetitivos y, en consecuencia, afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.
26. Concretamente, el fin de obtener beneficios y causar perjuicios se verifica cuando la infracción denunciada produce o puede producir (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida o impedir la entrada de uno o más competidores directos o indirectos del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo). No obstante, estos efectos reales o potenciales no son sancionables cuando son consecuencia de la mayor eficiencia económica del denunciado.
27. Finalmente, cabe resaltar que los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada son concurrentes. En tal sentido, basta que falte uno de ellos para que no se pueda configurar la infracción denunciada.
28. De acuerdo a lo anterior, con el objeto de determinar si Petroperú incurrió en el abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de Turbo A1 denunciado por Aeroservicios, a continuación se analizará el cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos:
 - a. Que Petroperú gozaba de posición de dominio en el mercado relevante.
 - b. Que se negó injustificadamente a contratar con Aeroservicios.
 - c. Que su negativa produjo o pudo producir efectos anticompetitivos en el mercado supuestamente afectado.

3.2.1. Posición de dominio

29. Como se ha señalado, la posición de dominio consiste en la capacidad para influir de manera unilateral en las condiciones de oferta o demanda del mercado. 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. Adicionalmente, debe analizarse la cuota de participación del presunto infractor, el nivel de concentración del mercado, la presencia de barreras de entrada y la existencia de competencia potencial.

A. Definición del mercado relevante

30. El mercado relevante está constituido por dos elementos: el mercado de producto o servicio y el mercado geográfico. Naturalmente, la definición del mercado relevante supone la identificación del nivel correspondiente de la cadena de producción–consumo.

31. De acuerdo a los Lineamientos sobre Concentraciones Horizontales (*Horizontal Merger Guidelines*) elaborados por el Departamento de Justicia (*Department of Justice*) y la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) de Estados Unidos, para definir el mercado de producto, se debe asumir que existe un monopolista en la venta del producto en cuestión. Luego, se debe analizar cómo reaccionarían los consumidores frente a un incremento del precio “pequeño pero significativo y no transitorio”, manteniendo constantes los términos de venta de otros productos. Si las ventas del monopolista hipotético se redujeran en tal magnitud que el incremento se volviera poco rentable, deberá incluirse en el mercado relevante a todos aquellos productos hacia los que el consumidor habría desviado sus preferencias.
32. En similar sentido, para definir el mercado geográfico, se debe analizar a qué otras fuentes de aprovisionamiento acudirían los consumidores si se les impusiera un incremento del precio “pequeño pero significativo y no transitorio” del producto relevante en la zona donde lo venían consumiendo. Aquella zona en la que un monopolista hipotético pueda imponer un incremento de precios “pequeño pero significativo y no transitorio” sin perder un número de consumidores que vuelva poco rentable el incremento, será el mercado geográfico. En términos de los Lineamientos sobre Concentraciones Horizontales, debe determinarse qué tan lejos irían los consumidores para ahorrar 5%.

A.1. Mercado de producto o servicio

33. Para definir el mercado de producto o servicio, es necesario identificar el producto o servicio en cuestión y, a partir de éste, determinar la existencia de sustitutos adecuados.
34. Según Aeroservicios, el mercado de producto estaría constituido por la venta de Turbo A1 de Petroperú a Aeroservicios. De acuerdo a lo anterior, el producto en cuestión estaría constituido por la venta de Turbo A1 de productores a distribuidores. A partir de este producto, a continuación se determinará la existencia de sustitutos adecuados.
35. En el Perú se comercializan tres tipos de combustibles de aviación⁹:
 - i. El Turbo A1 es un combustible con características especiales para trabajar en un amplio margen de temperaturas y presiones. Es utilizado en aeronaves a turbinas y turbo hélice como aviones comerciales (pasajeros y carga) y helicópteros.
 - ii. El Turbo JP-5 es elaborado especialmente para aeronaves impulsadas por motores a turbina y turbo hélice, como los aviones militares.
 - iii. La Gasolina de Aviación 100 LL es un combustible utilizado en motores de aviación de tipo recíprocante (a pistón) y de corto fuselaje, como las avionetas.

⁹ En: <http://www.petroperu.com.pe/portalweb/Main.asp?Seccion=29>

36. En consecuencia, considerando que la demanda de Turbo A1 de Aeroservicios está destinada a satisfacer la demanda de Turbo A1 de las empresas de aviación comercial, y que los otros combustibles de aviación no son sustitutos adecuados para satisfacer la demanda de estas empresas, puede concluirse que el mercado de producto está constituido por la venta “mayorista” de Turbo A1 de productores a distribuidores.

A.2. Mercado geográfico

37. Para definir el mercado geográfico, es necesario identificar la zona en cuestión y, a partir de ésta, determinar la existencia de fuentes alternativas de aprovisionamiento.
38. Según Aeroservicios, el mercado geográfico estaría constituido por la zona norte del país. Considerando que la Planta de Abastecimiento de Aeroservicios se encuentra en el Aeropuerto de Piura y que la refinería operada por Petroperú, Refinería Talara S.A. (en adelante, Refinería Talara), también está ubicada en Piura, el mercado geográfico en cuestión estaría constituido por el departamento de Piura. A partir de esta zona, se determinará la existencia de fuentes alternativas de aprovisionamiento.
39. Como puede apreciarse en el Cuadro 1, existen en nuestro país cinco fuentes de aprovisionamiento de Turbo A1:

Cuadro 1
Fuentes de aprovisionamiento de Turbo A1

Refinería	Operador	Provincia	Departamento
Refinería La Pampilla	Refinería La Pampilla	Callao	Lima
Refinería Talara	Petroperú	Talara	Piura
Refinería Iquitos	Petroperú	Maynas	Loreto
Refinería El Milagro	Petroperú	Utcubamba	Amazonas
Refinería Pucallpa	The Maple Gas Corporation del Perú S.A.	Coronel Portillo	Ucayali

Fuente: MINEM

Elaboración: Secretaría Técnica

40. Cabe precisar que Refinería La Pampilla pertenece al Grupo Repsol¹⁰, mientras que las otras cuatro refinerías pertenecen al Estado. De estas últimas, Refinería Talara, Refinería Iquitos y Refinería El Milagro son operadas por Petroperú, mientras que Refinería Pucallpa es operada por Maple Gas Corporation del Perú S.A. (en adelante, Maple Gas)¹¹.

¹⁰ El Grupo Repsol es un grupo económico que cuenta con operaciones en más de treinta países y maneja cuatro áreas de negocio: exploración y producción; refinación y marketing; química; y electricidad. En el caso peruano, el Grupo Repsol participa en el sector hidrocarburos desde 1996, año en el que adquirió de Petroperú el 60.37% de las acciones de Refinería La Pampilla. Ver: <http://www.equilibrium.com.pe/Relapasaacc.pdf>.

¹¹ Maple Gas es una empresa privada dedicada a la exploración, explotación, refinación, distribución y comercialización de hidrocarburos y sus derivados. En 1993, ganó la concesión para operar la Refinería Pucallpa y los campos petroleros de Maquía y Agua Caliente, así como para desarrollar el Campo de Gas de Aguaytía, ubicado en la cuenca del Ucayali en la Selva Central del Perú.

41. El Cuadro 2 recoge los niveles de producción de Turbo A1 de las referidas fuentes de aprovisionamiento:

Cuadro 2
Niveles de producción de Turbo A1 (2003-2006)
(Expresados en miles de barriles por día – MBPD)

Año	Refinería La Pampilla	Refinería Talara	Refinería Iquitos	Refinería Pucallpa	Refinería El Milagro
2003	76.29	19.66	5.54	0.99	0.20
2004	78.02	27.38	4.77	0.70	0.17
2005	47.28	14.41	1.08	0.19	0.08
2006	86.46	29.67	5.13	0.93	0.20

Fuente: MINEM

Elaboración: Secretaría Técnica

42. A continuación, se analizará la ubicación, los niveles de producción de Turbo A1 y los costos de abastecerse de las mencionadas refinerías para determinar si pueden ser consideradas fuentes alternativas de aprovisionamiento para Aeroservicios.
43. En primer lugar, Refinería La Pampilla está ubicada en el distrito de Ventanilla, provincia constitucional del Callao, departamento de Lima, y es una empresa dedicada a la refinación, almacenamiento, transporte, distribución, compra, venta e importación de todo tipo de hidrocarburos, entre los que se encuentra el Turbo A1¹².

Asimismo, cabe precisar que Refinería La Pampilla ha realizado ventas de Turbo A1 a Distribuidores Mayoristas no vinculados a ella¹³, motivo por el cual, podría ser considerada una fuente alternativa de aprovisionamiento de Turbo A1 para Aeroservicios.

44. Por su parte, Petroperú es una empresa verticalmente integrada que participa en la cadena de producción–consumo del Turbo A1 desde el nivel de refinación hasta el nivel de comercialización. El Turbo A1 que comercializa Petroperú es producido por las siguientes refinerías:
- i. Refinería Talara está ubicada en la provincia de Talara, departamento de Piura, y Petroperú comercializa el Turbo A1 que produce esta refinería en Piura¹⁴. Considerando que la Planta de Abastecimiento de Aeroservicios también se encuentra ubicada en Piura, esta refinería es la fuente de aprovisionamiento más cercana para la denunciante¹⁵.
 - ii. Refinería Iquitos está ubicada en la provincia de Maynas, departamento de Loreto, y Petroperú comercializa el Turbo A1 que produce esta refinería en

¹² Ver: <http://www.equilibrium.com.pe/Relapasa.pdf>.

¹³ Específicamente, según el informe de clasificación elaborado por Equilibrium Clasificadora de Riesgo S.A. el 20 de febrero de 2004, Refinería La Pampilla realizó ventas de Turbo A1 a Mobil Oil del Perú S.R.L. (Ver: <http://www.equilibrium.com.pe/Relapasaacc.pdf>).

¹⁴ Ver: <http://www.petroperu.com.pe/portalweb/Main.asp?Seccion=55>

¹⁵ En efecto, hasta el 2002, Aeroservicios se abastecía del Turbo A1 comercializado por Petroperú en la Planta de Ventas Talara.

Iquitos, Yurimaguas y Tarapoto, así como en los aeropuertos de Iquitos, Tarapoto y Pucallpa. Además, cubre la demanda de combustibles de Loreto, San Martín y parte de Ucayali, y atiende también a poblados fronterizos como Leticia, en Colombia, y Tabatinga, en Brasil¹⁶. Sin embargo, no existen vías de transporte terrestre que la conecten con Piura¹⁷, razón por la cual, no puede ser considerada una fuente alternativa de aprovisionamiento para Aeroservicios.

- iii. Refinería El Milagro está ubicada en la provincia de Utcubamba, departamento de Amazonas, y Petroperú comercializa el Turbo A1 que produce esta refinería en Amazonas¹⁸. Sin embargo, considerando sus bajos niveles de producción de Turbo A1 (ver Cuadro 2) y que la demanda de Aeroservicios ascendería a 2.343 MBDP (miles de barriles por día)¹⁹, no puede ser considerada una fuente alternativa de aprovisionamiento para la denunciante.
45. Finalmente, Maple Gas opera la Refinería Pucallpa, ubicada en la provincia de Coronel Portillo, departamento de Ucayali. Maple Gas comercializa el Turbo A1 que produce esta refinería en la Selva Central, Sierra Central y Lima²⁰. Sin embargo, considerando sus bajos niveles de producción de Turbo A1 (ver Cuadro 2) y que la demanda de Aeroservicios ascendería a 2.343 MBDP, no puede ser considerada una fuente alternativa de aprovisionamiento para la denunciante.
 46. De acuerdo a lo anterior, Refinería Talara representa la fuente de abastecimiento más cercana para Aeroservicios y Refinería La Pampilla podría ser considerada una fuente alternativa de abastecimiento para la denunciante. En otras palabras, hasta esta etapa del análisis, el mercado geográfico incluye a Piura (Refinería Talara) y podría incluir a Lima (Refinería La Pampilla).
 47. A continuación se evaluará si, para Aeroservicios, Refinería La Pampilla es un sustituto adecuado de Refinería Talara. Para ello, se analizará la diferencia de costos que existe entre estas fuentes de aprovisionamiento.
 48. En el Cuadro 3 se comparan los costos aproximados en los que tendría que incurrir Aeroservicios para abastecerse de Refinería Talara (Petroperú) y de Refinería La Pampilla²¹. Adicionalmente, se ha incluido el costo de abastecerse

¹⁶ Ver: <http://www.petroperu.com.pe/portalweb/Main.asp?Seccion=73>

¹⁷ Ver: <http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=701>

¹⁸ Ver: <http://www.petroperu.com.pe/portalweb/Main.asp?Seccion=75>

¹⁹ Folio 173 del Expediente.

²⁰ http://www.maple-energy.com/downloads/Presentation_at_the_Sixth_Annual_Capital_Markets_Forum_Espanol.pdf

²¹ Cabe precisar que los referidos costos de aprovisionamiento incluyen el costo de adquirir y transportar 9,000 galones de Turbo A1. El costo de adquisición se ha obtenido considerando los precios cobrados por Refinería La Pampilla, a saber, al Distribuidor Mayorista con el cual no se encontraba vinculada (Mobil Oil del Perú S.R.L.). El costo de transporte se ha obtenido considerando la información aportada por Servosa, empresa dedicada al transporte de combustibles.

de Refinería Talara luego de un hipotético incremento del precio “pequeño pero significativo y no transitorio” (de 5%)²². Ello, con la finalidad de aplicar la figura del monopolista hipotético y determinar si es razonable esperar que un número significativo de consumidores desplace su demanda a Refinería La Pampilla como consecuencia del referido incremento.

Cuadro 3
Evaluación de la diferencia de costos entre las fuentes de aprovisionamiento

Operador	Origen	Destino	Costo (US\$) Ene, 2004 – Feb, 2005
Petroperú	Refinería Talara, Piura	Planta de Abastecimiento de Aeroservicios, Piura	14,413.83
<i>Petroperú + 5%</i>	<i>Refinería Talara, Piura</i>	<i>Planta de Abastecimiento de Aeroservicios, Piura</i>	<i>15,134.52</i>
Refinería Pampilla	La Refinería La Pampilla, Lima	Planta de Abastecimiento de Aeroservicios, Piura	15,315.31

Fuente: Petroperú, Refinería La Pampilla y Servosa
Elaboración: Secretaría Técnica

49. Como puede apreciarse, para un consumidor ubicado en Piura (como Aeroservicios), el costo de abastecerse de Refinería La Pampilla sería mayor que el costo de abastecerse de Refinería Talara (Petroperú), incluso luego de aplicar un incremento hipotético de 5%. En consecuencia, no es razonable esperar que un número significativo de consumidores ubicados en Piura desplace su demanda a Refinería La Pampilla como consecuencia de un incremento del precio “pequeño pero significativo y no transitorio” en Refinería Talara. En tal sentido, puede afirmarse que Refinería La Pampilla no puede ser considerada una fuente alternativa de aprovisionamiento y que, en consecuencia, el mercado geográfico estaba constituido por el departamento de Piura, donde se encuentra ubicada Refinería Talara.
50. De lo expuesto hasta aquí, puede concluirse que el mercado relevante estaba constituido por la venta “mayorista” de Turbo A1 (mercado de producto) en Piura (mercado geográfico). En este mercado participaban, por el lado de la oferta, Petroperú (como productor) y, por el lado de la demanda, Aeroservicios (como distribuidor).
51. Como se desarrollará más adelante, considerando este mercado relevante y tratándose de un caso de apalancamiento vertical, el mercado supuestamente afectado estaría constituido por el mercado aguas abajo, es decir, la venta “minorista” de Turbo A1 en el Perú. En este mercado participaban, por el lado de la oferta, Refinería La Pampilla, Petroperú, Aeroservicios y otros Distribuidores Mayoristas (como distribuidores) y, por el lado de la demanda, las empresas de aviación comercial (como consumidores).

²² Al respecto, la Red Internacional de Competencia (*International Competition Network*) ha señalado que, para el caso particular de ciertos productos que se comercializan en grandes volúmenes, como los combustibles, algunas Agencias de Competencia han utilizado incrementos hipotéticos de precios de 2%, especialmente, en la definición del mercado geográfico. Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que las conclusiones obtenidas en la presente resolución utilizando incrementos de 5% se confirmarían si se utilizaran incrementos de 2%. Ver: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_2nd_merida_2003/amq_chap2_mktdefn.pdf

B. Determinación de la posición de dominio

52. Una vez definido el mercado relevante, corresponde determinar si Petroperú gozaba de posición de dominio en dicho mercado. Como se ha señalado, la posición de dominio consiste en la capacidad para influir de manera unilateral en las condiciones de oferta o demanda del mercado. Para determinarla, debe analizarse la cuota de participación del presunto infractor, el nivel de concentración del mercado, la presencia de barreras de entrada y la existencia de competencia potencial.
53. En el presente caso, Petroperú era el único agente económico que participaba como productor en el mercado relevante. Así, puede afirmarse que la cuota de participación de la denunciada en el mercado relevante ascendía al 100% y que el índice de concentración ascendía a 10,000²³, por lo que se trataba de un mercado altamente concentrado. De acuerdo a lo anterior, puede concluirse que Petroperú gozaba de posición de dominio en el mercado relevante.
54. En lo que se refiere a la existencia de competencia potencial, en principio, podría sostenerse que la importación de Turbo A1 constituye competencia potencial de la venta de Turbo A1 que realiza Petroperú a través de Refinería Talara. Al respecto, cabe recordar que, en el periodo comprendido entre enero de 2004 y febrero de 2005, en promedio, el Precio de Referencia 1 (PR1)²⁴ del Turbo A1²⁵ fue menor que el precio del referido combustible en Refinería Talara²⁶, circunstancia que podría haber generado los incentivos suficientes para que un competidor potencial realizara operaciones de importación.
55. Así, considerando que el comercio internacional de hidrocarburos se realiza principalmente por vía marítima, podría afirmarse que la importación de Turbo A1 a través de los puertos de Eten, Pisco, Mollendo y Callao²⁷ constituye competencia potencial de la venta de Turbo A1 que realiza Petroperú a través de Refinería Talara.

²³ De acuerdo al Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI, por sus siglas en inglés), el grado de concentración de un mercado se calcula sumando las cuotas de participación de los agentes económicos elevadas al cuadrado. Así, los mercados pueden ser clasificados en desconcentrados ($HHI < 1000$), moderadamente concentrados ($1000 < HHI < 1800$) y altamente concentrados ($1800 < HHI$).

²⁴ De conformidad con lo dispuesto por la Resolución 103-2007-OS/CD del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, el PR1 es el precio de referencia ex – planta, sin impuestos, que refleja una operación eficiente de importación.

²⁵ US\$ 61.89 por barril, según los precios de referencia de combustibles publicados por el OSINERGMIN. Ver: <http://www2.osinerg.gob.pe/PreciosReferencia/TarPreciosReferencia.html>.

²⁶ US\$ 70.03 por barril, según la información proporcionada por Petroperú en respuesta al requerimiento de información realizado por la Secretaría Técnica mediante Carta 093-2007/CLC-INDECOP del 10 de mayo de 2007 (folio 563 del Expediente).

²⁷ Los terminales de almacenamiento de los puertos de Eten, Pisco y Mollendo son operados por Consorcio Terminales, contrato de colaboración empresarial conformado por Graña y Montero Petrolera S.A. y Oiltanking GmbH de Alemania, y prestan servicios de recepción, almacenamiento, despacho y aditivación de productos derivados del petróleo. Ver: <http://www.gmp.com.pe/web/servicio3.htm>.

Por su parte, el terminal de almacenamiento del puerto del Callao es operado por Vopak Peru S.A., y presta servicios de almacenamiento y manejo de químicos, productos derivados del petróleo, gases y aceites vegetales. Ver: <http://www.vopaklatinamerica.com/es/index.php?id=2>.

56. En el Cuadro 4, se comparan los costos aproximados en los que tendría que incurrir Aeroservicios para abastecerse de la venta de Turbo A1 que realiza Petroperú a través de Refinería Talara y de la importación de Turbo A1 a través de los referidos puertos²⁸. Adicionalmente, se ha incluido el costo de abastecerse de Petroperú luego de un hipotético incremento del precio “pequeño pero significativo y no transitorio” (de 5%). Ello, con la finalidad de aplicar la figura del monopolista hipotético y determinar si es razonable esperar que un número significativo de consumidores opte por abastecerse de la importación de Turbo A1 como consecuencia del referido incremento.

Cuadro 4
Evaluación de la diferencia de costos entre la venta que realiza Petroperú a través de Refinería Talara y la importación a través de los puertos de Eten, Pisco, Mollendo y Callao

Modalidad	Origen	Destino	Costo (US\$) Ene, 2004 – Feb, 2005
Venta de Turbo A1 de Petroperú	Refinería Talara, Piura	Planta de Abastecimiento de Aeroservicios, Piura	14,413.83
Venta de Turbo A1 de Petroperú + 5%	Refinería Talara, Piura	Planta de Abastecimiento de Aeroservicios, Piura	15,134.52
Importación de Turbo A1	Puerto de Eten	Planta de Abastecimiento de Aeroservicios, Piura	13,682.38
Importación de Turbo A1	Puerto de Pisco	Planta de Abastecimiento de Aeroservicios, Piura	16,710.90
Importación de Turbo A1	Puerto de Mollendo	Planta de Abastecimiento de Aeroservicios, Piura	18,874.13
Importación de Turbo A1	Puerto del Callao	Planta de Abastecimiento de Aeroservicios, Piura	15,899.69

Fuente: Petroperú, OSINERGMIN y Servosa
 Elaboración: Secretaría Técnica

57. Como puede observarse, para un consumidor ubicado en Piura (como Aeroservicios), el costo de abastecerse de la importación de Turbo A1 a través de los puertos de Pisco, Mollendo y Callao sería mayor que el costo de abastecerse de Refinería Talara, incluso luego de aplicar un incremento hipotético de 5%. En consecuencia, la importación de Turbo A1 a través de los puertos de Pisco, Mollendo y Callao no constituye competencia potencial para Petroperú.
58. En cambio, el costo de abastecerse de la importación de Turbo A1 a través del puerto de Eten sería menor que el costo de abastecerse de Refinería Talara, incluso sin aplicar un incremento hipotético de 5%. Así, en principio, podría considerarse que la importación de Turbo A1 a través del puerto de Eten constituye competencia potencial para Petroperú.
59. Sin embargo, a pesar del menor costo que aparentemente podría tener esta última alternativa, durante el periodo comprendido entre enero de 2004 y febrero de 2005, no se realizó ninguna operación de importación de Turbo A1 a través del puerto de Eten²⁹. Ello respondería a la situación de inactividad y a las malas

²⁸ Cabe precisar que los referidos costos de abastecimiento incluyen el costo de importar y transportar 9,000 galones de Turbo A1. El costo de importación se ha obtenido considerando el PR1 promedio en el periodo comprendido entre enero de 2004 y febrero de 2005. El costo de transporte se ha obtenido considerando la información aportada por Servosa, empresa dedicada al transporte de combustibles.

²⁹ Ver: http://www.aduanet.gob.pe/cl-ad-itconsultadwh/ielTS01Alias?accion=consultar&CG_consulta=2.

condiciones en las que, según información del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se encontraría la infraestructura del puerto de Eten, circunstancia que imposibilitaría la ejecución de las actividades marítimas, entre ellas, las operaciones de embarque y desembarque³⁰.

60. Por otro lado, cabe recordar que Refinería La Pampilla y Petroperú destinan un significativo porcentaje de su producción de Turbo A1 al mercado de exportación, siendo el Perú un país superavitario en el aprovisionamiento de dicho combustible³¹. Esta circunstancia reduce los incentivos que podría tener un competidor potencial para realizar operaciones de importación de Turbo A1.
61. De acuerdo a lo anterior, considerando los mayores costos que representa la importación de Turbo A1 a través de los puertos de Pisco, Mollendo y Callao y la situación de inactividad del puerto de Eten, puede concluirse que no existe competencia potencial para la venta de Turbo A1 que realiza Petroperú a través de Refinería Talara.
62. La referida ausencia de competencia potencial refuerza la conclusión de que Petroperú podía “actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores” y, en consecuencia, gozaba de posición de dominio en el mercado relevante.
63. En conclusión, esta Comisión considera (i) que el mercado relevante estaba constituido por la venta “mayorista” de Turbo A1 en Piura; (ii) que en este mercado participaban, por el lado de la oferta, Petroperú (como productor) y, por el lado de la demanda, Aeroservicios (como distribuidor); y (iii) que Petroperú gozaba de posición de dominio en el mercado relevante. En tal sentido, ha quedado demostrado el primer requisito necesario para que se configure un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada.

3.2.2. Actuación indebida: negativa injustificada

64. Habiéndose verificado que Petroperú gozaba de posición de dominio en el mercado relevante, corresponde analizar si se negó injustificadamente a contratar con Aeroservicios. Para ello, a continuación se determinará (i) si Aeroservicios solicitó a Petroperú la venta “mayorista” de Turbo A1, (ii) si Petroperú se negó a contratar con Aeroservicios, y (iii) si los motivos alegados por Petroperú para negarse justifican su conducta.
65. En lo que se refiere al primer elemento, se ha verificado que Aeroservicios solicitó a Petroperú la venta “mayorista” de Turbo A1 en repetidas oportunidades³². Asimismo, se ha verificado que le indicó (i) el lugar en el que

³⁰ Ver: <http://www.mtc.gob.pe/portal/logypro/informes/Lambayeque25agosto2009.pdf>
Mayor información en: <http://www.megapuertoeten.com/antecedentes.htm> y
<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/fiscalizacion/memorias/Memoria2003-2004.pdf>

³¹ En efecto, la producción nacional supera el consumo interno de Turbo A1. Así, durante los años 2004 y 2005, el 43.73% y el 67.77% de la producción nacional, respectivamente, fueron destinados al mercado de exportación.

³² Ver: carta del 19 de marzo de 2004 (folio 172 del Expediente), carta del 13 de abril de 2004 (folio 173 del Expediente), carta del 7 de junio de 2004 (folio 382 del Expediente), carta del 6 de octubre de 2004 (folio 389 del Expediente).

iba a operar (la Planta de Abastecimiento de Aeroservicios en el Aeropuerto de Piura), (ii) la razón por la que requería con urgencia la suscripción de un contrato (para obtener la autorización de la DGH para operar como Distribuidor Mayorista) y (iii) la cantidad de Turbo A1 que necesitaba adquirir (420,000 barriles semestrales)³³.

66. Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que la cantidad de Turbo A1 demandada por Aeroservicios supera la capacidad de almacenamiento de la Planta de Abastecimiento del Aeropuerto de Piura. En efecto, Aeroservicios solicitó a Petroperú la venta de 420,000 barriles semestrales de Turbo A1 (aproximadamente, 2.343 MBDP), a pesar de que la capacidad de almacenamiento de la referida planta era de 567 barriles³⁴.
67. Como puede apreciarse en el Cuadro 5, la gran mayoría de Plantas de Abastecimiento en Aeropuerto (salvo las de Lima e Iquitos) no posee una capacidad suficiente para almacenar 2.343 MBDP. En consecuencia, es posible concluir que Aeroservicios no habría podido utilizar la cantidad de Turbo A1 demandada a Petroperú, debido a la falta de capacidad de la Planta de Abastecimiento del Aeropuerto de Piura.

Cuadro 5
Capacidad de almacenamiento de Turbo A1 de las Plantas de Abastecimiento en Aeropuerto – 2006

Planta de Abastecimiento en Aeropuerto	Capacidad de almacenamiento (Barriles)
Lima	51,732
Iquitos	2,695
Cusco	2,000
Tarapoto	1,710
Tacna	1,351
Talara	1,206
Madre de Dios	952
Arequipa	767
Trujillo	740
Chiclayo	708
Piura	567
Pisco	497

Fuente: OSINERGMIN (http://www.osinerg.gob.pe/osinerg/hidro/pdf/Bol_Julio2006.pdf)

Elaboración: Secretaría Técnica

68. De acuerdo a lo anterior, ha quedado demostrado que Aeroservicios solicitó a Petroperú la venta “mayorista” de Turbo A1. En consecuencia, corresponde determinar si Petroperú se negó a contratar con Aeroservicios.
69. Sobre el particular, cabe señalar que Petroperú no ha cuestionado su negativa sino que, por el contrario, ha aceptado que se negó a contratar con Aeroservicios en reiteradas oportunidades, alegando que lo hizo por motivos

Expediente), carta del 8 de noviembre de 2004 (folio 396 del Expediente), carta del 12 de noviembre de 2004 (folio 401 del Expediente), carta del 15 de abril de 2005 (folio 416 del Expediente) y carta del 26 de mayo de 2005 (folio 426 del Expediente).

³³ Ver: carta del 13 de abril de 2004 (folio 173 del Expediente).

³⁴ Para que Aeroservicios hubiera podido almacenar los 2.343 MBDP de Turbo A1 que solicitó a Petroperú, hubiera tenido que comercializar el íntegro de la capacidad de almacenamiento de la referida planta (567 barriles) aproximadamente cuatro veces al día.

justificados³⁵. En tal sentido, también ha quedado acreditado que Petroperú se negó a contratar la venta “mayorista” de Turbo A1 con Aeroservicios. En consecuencia, corresponde determinar si los motivos alegados por Petroperú justifican su negativa.

70. El primer motivo alegado por Petroperú consiste en que la SUNAT no había emitido las normas complementarias del Decreto Supremo 186-2002-EF y que, en consecuencia, no sabía si debía aplicar el ISC a las ventas de Turbo A1 destinadas a los Distribuidores Mayoristas³⁶.
71. Sobre el particular, el artículo 2 del Decreto Supremo 186-2002-EF³⁷ se limitaba a establecer que el Turbo A1 destinado a las empresas de aviación comercial se encontraba exceptuado de la aplicación del ISC. Sin embargo, como ha reconocido la propia denunciada, durante el periodo comprendido entre enero de 2003 y junio de 2004, Petroperú realizó ventas de Turbo A1 a Distribuidores Mayoristas sin incluir el ISC³⁸:

Cuadro 6
Ventas de Turbo A1 de Petroperú a Distribuidores Mayoristas,
sin incluir el ISC

Distribuidor Mayorista	Periodo del Contrato	Año
Business Oil Corporation S.A.C.	Enero a diciembre	2003
Coast Mechanical Sales Peru S.A.	Enero a diciembre	2003
Business Oil Corporation S.A.C.	Enero a junio	2004
Coast Mechanical Sales Peru S.A.	Enero a mayo	2004
Herco Combustibles S.A.	Enero a abril	2004

Fuente: Petroperú
Elaboración: Secretaría Técnica

72. De acuerdo a lo anterior, la denunciada ha reconocido expresamente que realizó ventas de Turbo A1 a Distribuidores Mayoristas sin incluir el ISC durante un periodo en el cual el Decreto Supremo 186-2002-EF ya estaba vigente³⁹ y la SUNAT no había emitido las normas complementarias correspondientes.
73. En tal sentido, el motivo alegado por Petroperú consistente en que la SUNAT no había emitido las normas complementarias del Decreto Supremo 186-2002-EF y que, en consecuencia, no sabía si debía aplicar el ISC a las ventas de Turbo A1 destinadas a los Distribuidores Mayoristas, no justifica su negativa a contratar con la denunciante.

³⁵ Ver: descargos de Petroperú (folio 349 del Expediente).

³⁶ Ver: Carta MNAC-ES-2172-2004 del 27 de mayo de 2004 (folio 379 del Expediente).

³⁷ **Decreto Supremo 186-2002-EF, Modifican subpartida arancelaria referida al queroseno para uso doméstico e industrial y a los carburadores tipo queroseno para reactores y turbinas**

Artículo 2.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior y a partir de la vigencia de la presente norma, sustitúyase la subpartida arancelaria 2710.19.11.00: kerosene contenida en el Nuevo Apéndice III del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, aprobado por Decreto Supremo N° 055-99-EF y normas modificatorias, por la subpartida arancelaria 2710.19.11.10: Queroseno y carburadores tipo queroseno para reactores y turbinas (Turbo A1) destinados al mercado interno, excepto el destinado a las empresas de aviación.

³⁸ Folio 488 del Expediente.

³⁹ Cabe precisar que el Decreto Supremo 186-2002-EF entró en vigencia el 28 de noviembre de 2002.

74. El segundo motivo alegado por Petroperú consiste en que Aeroservicios habría sido autorizada a comercializar única y exclusivamente Turbo A1 importado⁴⁰. Sobre el particular, cabe precisar que la Constancia 0082-DMAY-15-2004 del 6 de octubre de 2004 estableció lo siguiente⁴¹:

**CONSTANCIA DE REGISTRO EN LA D.G.H.
DISTRIBUIDOR MAYORISTA DE COMBUSTIBLES LÍQUIDOS**

(...)

La Dirección General de Hidrocarburos otorga la presente Constancia de Registro, de conformidad con los dispositivos legales vigentes y de acuerdo al Contrato de Suministro de productos Combustibles celebrado con la empresa Black Horse Group Corporation S.A., en calidad de Importador por vía terrestre desde Guayaquil, Ecuador. La presente Constancia será válida por un periodo de ciento ochenta (180) días a partir del inicio de sus actividades (énfasis agregado).

75. Asimismo, cabe precisar que el Decreto Supremo 045-2001-EM, norma vigente en el momento en que Aeroservicios realizó su solicitud, regulaba, entre otros operadores, a los Distribuidores Mayoristas, autorizados a adquirir, importar, comercializar y exportar combustibles, y a los Importadores/Exportadores, autorizados a importar y exportar combustibles (mas no a comercializarlos en el país).
76. Como se desprende de lo anterior, a pesar de que la Constancia 0082-DMAY-15-2004 señalaba expresamente que Aeroservicios tenía la condición de Distribuidor Mayorista y que el Decreto Supremo 045-2001-EM autorizaba a este tipo de operadores a adquirir combustibles en el país, Petroperú interpretó que Aeroservicios habría sido autorizada a comercializar única y exclusivamente Turbo A1 importado.
77. Sobre el particular, en respuesta a un requerimiento de información realizado por la Secretaría Técnica, la DGH precisó que no hubo ninguna limitación para que Aeroservicios adquiriera Turbo A1 en el país y que la palabra "importado" consignada en la Constancia 0082-DMAY-15-2004 se debió a un error tipográfico⁴².
78. Por lo tanto, el motivo alegado por Petroperú consistente en que Aeroservicios habría sido autorizada a comercializar única y exclusivamente Turbo A1 importado, no justifica su negativa a contratar con la denunciante.
79. El tercer motivo alegado por Petroperú consiste en que habría decidido realizar las ventas de Turbo A1 a los Distribuidores Mayoristas aplicando el ISC y que, además, habría decidido no suscribir contratos con Distribuidores Mayoristas

⁴⁰ Ver: Carta MNAC-ES-4199-2004 del 17 de noviembre de 2004 (folio 407 del Expediente).

⁴¹ Folio 390 del Expediente.

⁴² Folio 465 del Expediente.

mientras no se publicara un supuesto proyecto de modificación de ciertas normas sectoriales⁴³.

80. Como se desprende de lo anterior, la justificación de Petroperú resultaba contradictoria pues, si bien afirmó que realizaría ventas de Turbo A1 a los Distribuidores Mayoristas aplicando el ISC, terminó precisando que no suscribiría contratos con Distribuidores Mayoristas mientras no se publicara un supuesto proyecto normativo que modificara cierta regulación sectorial. En consecuencia, para efectos prácticos, la venta de Turbo A1 a Distribuidores Mayoristas dependía de la publicación de un supuesto proyecto normativo.
81. Al respecto, cabe señalar que la denunciada no ha precisado a qué supuesto proyecto normativo se refería ni las razones por las que consideraba que la publicación de este proyecto normativo era imprescindible para decidir si suscribía un contrato de venta de Turbo A1 con Aeroservicios.
82. En tal sentido, el motivo alegado por Petroperú consistente en que habría decidido realizar las ventas de Turbo A1 a los Distribuidores Mayoristas aplicando el ISC y que, además, habría decidido no suscribir contratos con Distribuidores Mayoristas mientras no se publicara un supuesto proyecto normativo que modificara cierta regulación sectorial, no justifica su negativa a contratar con la denunciante.
83. El cuarto y último motivo alegado por Petroperú consiste en que, en virtud de lo señalado por la DGH mediante Oficio 1025-2004-MEM/DGH y de conformidad con lo dispuesto por el numeral 14 del artículo 2 y el artículo 62 de la Constitución⁴⁴, no se encontraba obligada a vender Turbo A1 a todos los Distribuidores Mayoristas⁴⁵.
84. Sobre el particular, cabe precisar que, en principio, las empresas pueden decidir libremente con quién, cómo y cuándo contratar. Asimismo, también pueden decidir libremente no contratar, sin necesidad de expresar causa o justificación para ello⁴⁶.
85. Sin embargo, si bien resulta fundamental para el desarrollo de una economía social de mercado, la libertad de contratar no es irrestricta sino que se encuentra

⁴³ Ver: descargos de Petroperú (folio 345 del Expediente).

⁴⁴ **Constitución Política del Perú**

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

14) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

⁴⁵ Ver: descargos de Petroperú (folios 349 y 350 del Expediente).

⁴⁶ Alpa, Guido. *El contrato en el derecho privado italiano actual*. En: AA.VV. *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. ARA. Lima, 2003. Pág. 149.

limitada por diversos principios rectores que son igualmente importantes para el funcionamiento del referido régimen económico. Uno de estos principios es, precisamente, el principio de libre competencia, entendido como aquella situación en la cual los agentes económicos rivalizan entre sí con el fin de obtener las preferencias de los consumidores. Así, la libertad de contratar no es irrestricta sino que debe ejercerse en armonía con la libre competencia.

86. Una de las limitaciones a la libertad de contratar que establece el ordenamiento sobre Defensa de la Libre Competencia es la prohibición de la negativa injustificada a contratar, siempre que se ostente de posición de dominio y se afecte la competencia. En efecto, el ordenamiento reconoce como regla general que los agentes económicos tienen derecho a negarse a contratar, incluso sin justificación. Sin embargo, establece como excepción la necesidad de justificar la negativa cuando se ostenta de posición de dominio y se afecta la competencia⁴⁷.
87. De acuerdo a lo anterior, en principio, Petroperú tenía derecho a negarse a contratar con Aeroservicios. Sin embargo, este derecho no era irrestricto sino que estaba limitado por la prohibición de la negativa injustificada a contratar como modalidad de abuso de posición de dominio. En consecuencia, si se verifica que Petroperú gozaba de posición de dominio y que afectó la competencia, su libertad contractual tendrá que ceder frente al principio de libre competencia. Como puede apreciarse, esta verificación es precisamente el objeto del presente procedimiento.
88. En tal sentido, el motivo alegado por Petroperú consistente en que no se encontraba obligada a vender Turbo A1 a todos los Distribuidores Mayoristas, no justifica su negativa a contratar con la denunciante.
89. En conclusión, se ha constatado (i) que Aeroservicios solicitó a Petroperú la venta “mayorista” de Turbo A1, (ii) que Petroperú se negó a contratar con Aeroservicios, y (iii) que los motivos alegados por Petroperú para negarse no justifican su conducta. En tal sentido, ha quedado demostrado el segundo requisito necesario para que se configure un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada.

3.2.3. Fin de obtener beneficios y causar perjuicios: efectos anticompetitivos

90. Habiéndose verificado que Petroperú gozaba de posición de dominio en el mercado relevante y que se negó injustificadamente a contratar con Aeroservicios, corresponde analizar si su negativa produjo o pudo producir efectos anticompetitivos en el mercado supuestamente afectado.
91. Para ello, es necesario identificar el mercado supuestamente afectado. Es decir, aquel mercado en el que la infracción denunciada habría afectado el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

⁴⁷ Por ello, cuando una empresa ostenta posición de dominio y se niega a contratar, tiene la carga de probar la justificación de su negativa.

92. Considerando que el mercado relevante estaba constituido por el mercado de venta “mayorista” de Turbo A1 en Piura y que Aeroservicios necesitaba acceder a este producto para poder participar en el mercado de venta “minorista” de Turbo A1 en el Perú, puede concluirse que el mercado supuestamente afectado estaría constituido por el referido mercado de venta “minorista” de Turbo A1 en el Perú⁴⁸. En este mercado participaban, por el lado de la oferta, Refinería La Pampilla, Petroperú, Aeroservicios y otros Distribuidores Mayoristas⁴⁹ (como distribuidores) y, por el lado de la demanda, las empresas de aviación comercial (como consumidores).
93. Tratándose de dos mercados verticalmente relacionados (que pertenecen a distintos niveles de una misma cadena de producción–consumo), estaríamos frente a un caso de apalancamiento vertical en el que Petroperú habría realizado una actuación indebida en el mercado aguas arriba (mercado relevante: venta “mayorista” de Turbo A1 en Piura) para apalancar su posición y afectar la competencia en el mercado aguas abajo (mercado supuestamente afectado: venta “minorista” de Turbo A1 en el Perú).
94. Una vez identificado el mercado supuestamente afectado, corresponde analizar si la negativa de Petroperú produjo o pudo producir efectos anticompetitivos en dicho mercado. Cabe resaltar que este requisito es fundamental para la configuración de la infracción denunciada pues contiene la finalidad del ordenamiento sobre Defensa de la Libre Competencia, a saber, la protección del funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.
95. En efecto, aún cuando se hubiera verificado que el presunto infractor gozaba de posición de dominio y que se negó injustificadamente a contratar, si la negativa no tiene la capacidad para producir efectos anticompetitivos, no se habría configurado la infracción denunciada. La razón es muy sencilla y es que ni la posición de dominio ni la negativa injustificada están prohibidas en sí mismas sino única y exclusivamente cuando pueden afectar la competencia.
96. Acerca de la necesidad de que la conducta produzca o pueda producir efectos anticompetitivos en el mercado supuestamente afectado, se ha señalado lo siguiente:

“La negativa a contratar de un monopolista no puede ser ilegal a menos que extienda, mantenga, cree o amenace crear un poder de mercado significativo en algún mercado, que podría ser el propio mercado en el que la firma monopolística participa o un mercado horizontal o verticalmente relacionado. Las negativas que no provocan al menos uno de estos resultados no violan la Sección 2 sin importar cuánto puedan dañar a la persona o grupo de personas a las que se negó el

⁴⁸ Cabe precisar que el mercado supuestamente afectado comprende a todo el Perú y no sólo a Piura por una sencilla razón y es que los consumidores de este mercado, las empresas de aviación comercial, tienen fuentes alternativas de abastecimiento de Turbo A1 en los aeropuertos de todo el Perú y no sólo en el Aeropuerto de Piura.

⁴⁹ Por ejemplo, según la información presentada por Petroperú, durante el periodo comprendido entre enero de 2004 y febrero de 2005, la denunciada abasteció de Turbo A1 a los siguientes Distribuidores Mayoristas: Business Oil Corporation S.A.C., Coast Mechanical Sales Peru S.A. y Herco Combustibles S.A.

servicio. (...) Si la razón de la negativa a contratar no está directamente relacionada con la competencia, entonces incluso una negativa que resulta inconsistente con un comportamiento competitivo racional no es una violación de la ley antitrust” (énfasis agregado).⁵⁰

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

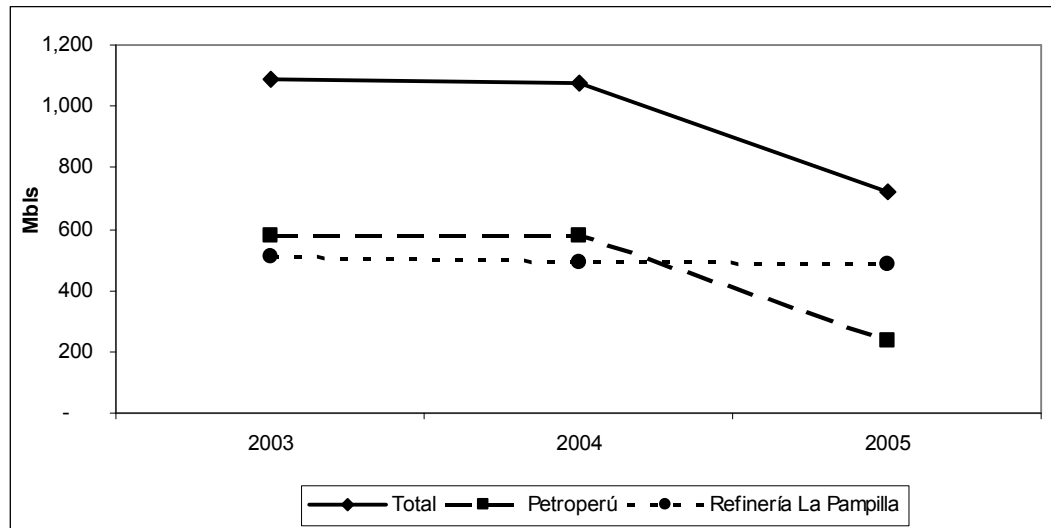
“La negación del servicio en términos y condiciones “adecuadas” debe tener un impacto material sobre la competencia en un mercado relacionado, en detrimento de los consumidores. No es suficiente que la negativa de trato elimine a un competidor específico. Debe ser el caso que la negativa de trato elimine al menos algo de competencia (y, en algunas jurisdicciones, toda la competencia) en el mercado relacionado, en detrimento de los consumidores” (énfasis agregado).⁵¹

98. Como puede apreciarse, podría existir posición de dominio, podría haberse producido una negativa injustificada e incluso podría haberse afectado a un competidor particular y, sin embargo, si la conducta no es capaz de afectar la competencia, no se habrá configurado la infracción denunciada.
99. Para determinar si la negativa de Petroperú afectó el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores en el mercado de venta “minorista” de Turbo A1 en el Perú, a continuación se evaluarán las características de este mercado.
100. En primer lugar, se analizará la evolución de las ventas de Turbo A1 en el mercado interno, en el que se abastecen los agentes económicos que compiten en el mercado de venta “minorista” de Turbo A1 en el Perú (Refinería La Pampilla, Petroperú, Aeroservicios y otros Distribuidores Mayoristas).

⁵⁰ Traducción libre del siguiente texto: “A monopolist’s refusal to deal cannot be unlawful unless it extends preserves, creates, or threatens to create significant market power in some market, which could be either the primary market in which the monopoly firm sells or a vertically related or collateral market. Refusals that do not accomplish at least one of these results do not violate Section 2 no matter how much they might harm the person or class of persons declined service. (...) If the reason for a refusal to deal is not directly related to competition, then even a refusal that is inconsistent with rational competitor conduct is still not a violation of antitrust law”. SON, Seungwoo. Selective refusals to sell patented goods: The relationship between patent rights and antitrust law. University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy. Primavera, 2002. Pág. 4.

⁵¹ Traducción libre del siguiente texto: “The denial of service at “appropriate” terms and conditions must have a material impact on competition in a related market, to the detriment of consumers. It is not sufficient that the RTD [refuse to deal] eliminates a specific competitor. It must be the case that the refusal to deal eliminates at least some competition (and in some jurisdictions, all competition) from the related market, to the detriment of consumers.” OECD. Policy Roundtables – Refusals to Deal, DAF/COMP(2007)46 del 3 de setiembre de 2009. Pág. 12.

Gráfico
Ventas de Turbo A1 en el mercado interno (2003 – 2005)



Fuentes: Carta de Petroperú del 23 de noviembre de 2006 y Anuario 2005, MINEM. Capítulo 5: Actividades de Comercialización (<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/capitulo5.pdf>)
 Elaboración: Secretaría Técnica

101. Como puede apreciarse en el Gráfico, la evolución de las ventas de Turbo A1 en el mercado interno tuvo una tendencia decreciente durante el periodo comprendido entre 2003 y 2005. En efecto, las ventas totales tuvieron una tendencia a la baja a nivel nacional, habiendo sufrido Petroperú una mayor caída en sus ventas que la experimentada por Refinería La Pampilla.

Cuadro 7
Participación en las ventas de Turbo A1 en el mercado interno (2003 – 2005)

	2003	2004	2005
Petroperú	53%	54%	33%
Refinería La Pampilla	47%	46%	67%

Fuentes: Carta de Petroperú del 23 de noviembre de 2006 y Anuario 2005, MINEM. Capítulo 5: Actividades de Comercialización, disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/capitulo5.pdf>
 Elaboración: Secretaría Técnica

102. Asimismo, como se observa en el Cuadro 7, en el periodo comprendido entre 2003 y 2005, la participación de Petroperú se redujo en veinte puntos porcentuales (de 53% a 33%).
103. Como se desprende de lo anterior, aun cuando Petroperú gozaba de posición de dominio en el mercado de venta “mayorista” de Turbo A1 en Piura (mercado relevante) y se negó injustificadamente a contratar con Aeroservicios, su conducta no tenía la capacidad para apalancar su posición ni afectar la competencia en el mercado de venta “minorista” de Turbo A1 en el Perú (mercado supuestamente afectado).
104. En efecto, en el mercado de venta “minorista” de Turbo A1 en el Perú, Petroperú enfrentaba la importante competencia de los agentes económicos que se abastecían de Refinería La Pampilla, circunstancia que le hubiera impedido influir de manera unilateral en las condiciones de oferta o demanda del mercado.

Así, en la medida en que la conducta de Petroperú no tenía la capacidad para afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo en el mercado de venta “minorista” de Turbo A1 en el Perú, tampoco podía haber afectado el bienestar de los consumidores en dicho mercado.

105. La conducta de Petroperú no podía haberle otorgado poder de mercado sobre los consumidores (las empresas de aviación comercial) pues, aún asumiendo que su negativa hubiera estado dirigida a obtener la operación de la Planta de Abastecimiento de Aeroservicios, frente a un eventual intento por incrementar los precios del Turbo A1 en el Aeropuerto de Piura, los referidos consumidores podían haber optado por abastecerse en cualquier otro aeropuerto del Perú.
106. Sobre esta posibilidad, Lan Perú, empresa de aviación comercial con la mayor participación en el mercado de transporte aéreo de pasajeros con origen o destino en el Aeropuerto de Piura⁵², ha identificado al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante, el Aeropuerto de Lima) como su principal fuente de abastecimiento de Turbo A1 durante el periodo comprendido entre 2004 y 2007 y ha precisado que sólo por “condiciones operacionales” se abastece en otros aeropuertos del Perú. Específicamente, Lan Perú ha señalado que, entre 2003 y 2005, realizó más del 80% de sus compras “minoristas” de Turbo A1 en el Aeropuerto de Lima⁵³.
107. En el mismo sentido, de acuerdo a la información publicada por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN mediante el Boletín SCOP – Precios de Combustibles, en junio de 2006, cabe mencionar que el Aeropuerto de Lima concentró el 90.6% de las ventas “minoristas” de Turbo A1 en el Perú. En otras palabras, las empresas de aviación comercial se abastecen de Turbo A1, principalmente, en el Aeropuerto de Lima.

Cuadro 8
Ventas “minoristas” de Turbo A1 en los
aeropuertos del Perú (junio, 2006)

Departamento	Galones/día	Porcentaje
Lima	353071	90,6%
Loreto	11283	2,9%
Arequipa	8770	2,3%
Cusco	7245	1,9%
Lambayeque	3748	1,0%
La Libertad	1730	0,4%
Tacna	923	0,2%
Piura	910	0,2%
Amazonas	871	0,2%
San Martín	610	0,2%
Ica	607	0,2%
Total	389768	100%

Fuente: OSINERGMIN (http://www.osinerg.gob.pe/osinerg/hidro/pdf/Bol_Julio2006.pdf)
Elaboración: Secretaría Técnica

108. Como puede apreciarse en el Cuadro 8, sólo el 0.2% de las ventas “minoristas” de Turbo A1 se realizaron a través del Aeropuerto de Piura, circunstancia que

⁵² En promedio, transportó más del 70% del total de pasajeros.
Ver: http://www.mtc.gob.pe/portal/transportes/aereo/estadistica/docs/ser_his/nac/reg/nac_reg_pas_com.pdf

⁵³ Respuesta a la Carta 001-2009/CLC-INDECOPI (folios 819 a 821 del Expediente).

permite confirmar que la negativa de Petroperú no tenía la capacidad para afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo ni el bienestar de los consumidores. En efecto, frente a un eventual intento por incrementar los precios del Turbo A1 en el Aeropuerto de Piura, las empresas de aviación comercial podían haber optado por abastecerse en el Aeropuerto de Lima.

109. Como se ha señalado, para que se configure la infracción denunciada, no basta con determinar que Petroperú gozaba de posición de dominio y se negó injustificadamente a contratar con Aeroservicios, sino que es imprescindible verificar que su negativa produjo o pudo producir efectos anticompetitivos en el mercado de venta “minorista” de Turbo A1 en el Perú (mercado supuestamente afectado).
110. En el presente caso, aún asumiendo que la negativa de Petroperú hubiera estado dirigida a obtener la operación de la Planta de Abastecimiento de Aeroservicios en el Aeropuerto de Piura, las ventas “minoristas” de Turbo A1 en Piura sólo representan el 0.2% del mercado presuntamente afectado, porcentaje de participación que, desde ningún punto de vista, podría haber producido el efecto de otorgar poder de mercado a Petroperú.
111. Finalmente, cabe resaltar que, si bien la negativa de Petroperú tenía la capacidad para dañar a un competidor en Piura (en este caso, Aeroservicios), no tenía la capacidad para afectar la competencia en el mercado de venta “minorista” de Turbo A1 en el Perú. En efecto, aun cuando la negativa de Petroperú haya podido impedir la entrada de Aeroservicios al Aeropuerto de Piura, el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores (en este caso, las empresas de aviación comercial) no dependía de la competencia en ese aeropuerto en particular sino de la competencia en todos los aeropuertos del Perú.
112. En tal sentido, no se ha demostrado que la negativa de Petroperú produjo o pudo producir efectos anticompetitivos en el mercado supuestamente afectado. En consecuencia, no se ha demostrado el tercer requisito necesario para que se configure un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis realizado por esta Comisión, se desprenden las siguientes conclusiones:

- i. Para determinar si Petroperú incurrió en el abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de Turbo A1 denunciado por Aeroservicios, debe analizarse el cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos:
 - a. Que Petroperú gozaba de posición de dominio en el mercado relevante.
 - b. Que se negó injustificadamente a contratar con Aeroservicios.
 - c. Que su negativa produjo o pudo producir efectos anticompetitivos en el mercado supuestamente afectado.

- ii. El mercado relevante estaba constituido por la venta “mayorista” de Turbo A1 (mercado de producto) en Piura (mercado geográfico). En este mercado participaban, por el lado de la oferta, Petroperú (como productor) y, por el lado de la demanda, Aeroservicios (como distribuidor).
- iii. El mercado supuestamente afectado estaría constituido por la venta “minorista” de Turbo A1 en el Perú. En este mercado participaban, por el lado de la oferta, Refinería La Pampilla, Petroperú, Aeroservicios y otros Distribuidores Mayoristas (como distribuidores) y, por el lado de la demanda, las empresas de aviación comercial (como consumidores).
- iv. Se ha verificado que Petroperú gozaba de posición de dominio en el mercado relevante.
- v. Asimismo, se ha acreditado que Petroperú se negó injustificadamente a contratar con Aeroservicios la venta “mayorista” de Turbo A1 en Piura.
- vi. Sin embargo, no se ha demostrado que la negativa de Petroperú produjo o pudo producir efectos anticompetitivos en el mercado supuestamente afectado. Específicamente, no se ha acreditado que la conducta realizada por la denunciada en Piura pudo haber afectado la competencia en el mercado de venta “minorista” de combustible de aviación Turbo Jet A1 en el Perú. En consecuencia, no se ha configurado la infracción denunciada.

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

RESUELVE:

Declarar infundada la denuncia interpuesta por Aero Servicios S.A.C. contra Petróleos del Perú – PETROPERU S.A., por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de combustible de aviación Turbo Jet A1 en la zona norte del país.

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

Elmer Cuba Bustinza
Vicepresidente