

CASOS Y METODOLOGÍAS

SOLUCIONES MULTIDIMENSIONALES EN EL INDECOPI: A PROPÓSITO DEL SISTEMA DE COMERCIALIZACIÓN DEL GAS LICUADO DE PETRÓLEO

ALFONSO FERNÁNDEZ MALDONADO SOUSA*
INDECOPI

Resumen

En términos del azar, toda actividad económica representa un juego de suma cero, por cuanto una opción de consumo ganada por una empresa, es una opción de consumo perdida por una empresa competidora en el mercado. En este contexto se inserta la competencia mercantil, donde las empresas incurren en costos a fin de generar opciones de consumo favorables a sus intereses. Estos costos, por tanto, serán el resultado de la concurrencia misma o del cumplimiento de los requisitos necesarios para que la concurrencia se realice de manera lícita. En el siguiente artículo, a partir de experiencias recientes, se analizará la comercialización de gas licuado de petróleo, actividad que por sus características y los requisitos establecidos para su realización, nos permiten mostrar experiencias mercantiles en donde el INDECOPI ofrece soluciones multidimensionales a los agentes del mercado, a fin de restablecer las condiciones de leal competencia.

I.- Introducción

La corrección de fallas de mercado, en las diversas disciplinas que conforman el derecho ordenador del mercado, es una de las funciones primordiales del INDECOPI. Para tal efecto, a las diversas Comisiones que conforman su estructura funcional, la ley otorga competencias administrativas para el conocimiento, resolución y mandato

* Asistente Legal de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI. Profesor del curso Derecho del Mercado en el Instituto San Ignacio de Loyola. Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible únicamente a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participa como profesional. El autor agradece especialmente la colaboración del Sr. Pierino Stucchi López Raygada y del Sr. Carlos Rodas Ramos por sus valiosos comentarios en la elaboración del presente artículo.

de medidas complementarias y correctivas, en casos en los que las disciplinas que aseguran la competencia por eficiencia no hayan sido debidamente observadas.

El objetivo del presente artículo es mostrar, realizando un esfuerzo de síntesis, la experiencia de cómo en el mercado de comercialización de gas licuado de petróleo (en adelante, GLP), en tiempos recientes, el INDECOPI ha sido capaz de ofrecer soluciones multidimensionales a los agentes del mercado, a efecto de que se restablezcan las condiciones de leal competencia, de acceso al mercado y de libre competencia.

A continuación, presentaremos la evolución que distintos casos vinculados entre sí, en este mercado, han tenido en la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, en la Comisión de Acceso al Mercado y en la Comisión de Libre Competencia.

2.- Las condiciones de la comercialización de GLP

El GLP es todo hidrocarburo compuesto por “propano, butano, propileno y butileno, o mezcla de los mismos en diferentes proporciones, que, combinadas con el oxígeno en determinados porcentajes, forman una mezcla inflamable.”¹ En nuestro país, actualmente y en el pasado reciente, la comercialización de GLP dirigido al consumidor final se produce, en un significativo porcentaje, mediante la compra y venta de GLP envasado en cilindros de acero² que son distribuidos por diferentes medios, entre otros: i) a domicilio, previa solicitud telefónica; ii) mediante el espontáneo encuentro de los vehículos expendedores y el adquirente que sale de su hogar al advertir su presencia en la vía pública; o, iii) en establecimientos de diversa índole a donde acude el consumidor.

En este mercado, existe un hito en las condiciones de la comercialización de GLP referido al cambio de regulación producido en el año 1994. Se pasó de un sistema denominado de “parque único” (en el que los cilindros de acero en los que se envasaba el GLP eran de libre intercambio) a un sistema de asignación de responsabilidades y titularidades que se distribuyó sobre los envasadores de GLP concurrentes en el mercado, respecto de cada uno de los cilindros utilizados para su envase y comercialización.

Así, existían en el mercado, antes del cambio de sistema en el año 1994, cilindros sin rotular que, con capacidad de veinticuatro (24) y cien (100) libras, no

¹ Cita textual tomada del artículo 2 del Decreto Supremo N° 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización del Gas Licuado de Petróleo.

² El Decreto Supremo N° 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización del Gas Licuado de Petróleo señala textualmente en su artículo 2 que estos cilindros son: “envases portátiles especiales de acero, fabricados para contener el Gas Licuado y que, por su forma, peso y medidas, facilitan su manipuleo, transporte e instalación”.

contaban con inscripciones en relieve que permitieran su identificación. Producto del cambio realizado mediante el Decreto Supremo N° 01-94-EM -Reglamento para la Comercialización del Gas Licuado de Petróleo-³ que exigió textualmente:

“Artículo 47.- A partir del 01 de marzo de 1994, antes de proceder al envasado de GLP, las empresas envasadoras rotularán en las asas de los cilindros sin rotular, con su signo perforado o en alto relieve y, en bajo relieve, el número de serie y fecha de rotulación; asimismo, el cuerpo y las asas del envase deberán pintarlos con su color identificadorio.

(...)

Efectuada la rotulación por la empresa envasadora, ésta será en adelante responsable por el estado y la conservación del cilindro, no pudiendo ser éste nuevamente rotulado y/o pintado por otra empresa envasadora. La rotulación no conlleva a la propiedad del cilindro, limitándose aquélla a la responsabilidad del mantenimiento y seguridad del envase y del sistema válvula-regulador.”

Conforme se aprecia de la disposición citada, la primera condición del cambio del denominado “parque único” fue la obligación por parte de las empresas envasadoras de GLP de rotular los cilindros no rotulados y pintarlos con su color distintivo. De este modo, se reconocería a la empresa envasadora de cada cilindro y se le haría responsable por el adecuado mantenimiento del cilindro. La lógica de este cambio de sistema se basaba en la necesidad de generar incentivos en las empresas para dotar de condiciones de seguridad a los envases de GLP, pues siendo éste un combustible, el deterioro de sus envases podría ser causa de graves accidentes en su transporte, manipulación o uso.

Un problema que se presentó con el nuevo sistema fue la determinación de la cantidad de cilindros que se asignaba bajo responsabilidad a cada empresa envasadora. Para ello, se diseñó un sistema de cálculo de proporción de participación en las ventas totales de GLP en el país respecto de los doce (12) meses previos. Este sistema contemplaba fases de recálculo, para ajustar progresivamente las participaciones de cada empresa envasadora, conforme se completaba el proceso de rotulado.⁴

La segunda condición que generó el definitivo abandono del “parque único” fue la disposición obligatoria para las empresas envasadoras, por medio del antes

³ Este reglamento se aprobó en desarrollo del artículo 76 de la Ley N° 26221 - Ley Orgánica de Hidrocarburos -, conforme al cual el Ministerio de Energía y Minas debía aprobar las normas reglamentarias correspondientes al transporte y comercialización de los productos derivados del hidrocarburo, entre ellos el gas licuado de petróleo, procurando mecanismos que satisfagan el abastecimiento del mercado interno.

⁴ Al respecto ver el artículo 48 del Decreto Supremo 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización del Gas Licuado de Petróleo.

citado Decreto Supremo 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización del Gas Licuado de Petróleo -, de utilizar en lo sucesivo para su envase de GLP únicamente: i) los cilindros en libras que hayan rotulado bajo su responsabilidad y pintado con su color distintivo; y, ii) cilindros en kilogramos de su propiedad, siendo estos últimos también identificados por su correspondiente rótulo y color distintivo. Conforme a lo señalado, las empresas envasarían en lo sucesivo en cilindros en libras bajo una relación de responsabilidad y en cilindros en kilogramos bajo una relación de propiedad. Con la finalidad de que cada empresa mantuviera su relación de propiedad con los cilindros en kilogramos, el Decreto Supremo 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización del Gas Licuado de Petróleo -, señaló:

“Artículo 51.-

(...)

Las Empresas Envasadoras entregarán en condición de uso a los usuarios, los cilindros rotulados en kilogramos. Para este efecto, la empresa podrá solicitar una garantía en dinero no superior al costo de reposición del cilindro o cilindros de que se trate, otorgando un certificado que acredite la garantía recibida, la fecha y otras condiciones que estime conveniente.

(...)”

En este sentido, el objetivo del nuevo sistema era que el mercado de comercialización de GLP permitiera únicamente su envasado en cilindros rotulados que contaran con inscripciones en relieve respecto de la identidad de la empresa envasadora que realizara el respectivo envasado, pudiendo ser de dos tipos: i) rotulados en libras: de veinticuatro (24) y de cien (100), bajo relación de responsabilidad; y, ii) rotulados en kilogramos: de cinco (5), de diez (10), de quince (15) y de cuarenta y cinco (45), bajo relación de propiedad.

Otro problema a solucionar por el sistema fue el dato de que, en la realidad del mercado, el consumidor adquiriría GLP de diversas empresas, entregando para ello, a diversos comercializadores, cilindros rotulados por diferentes empresas envasadoras. Para tal efecto, el Decreto Supremo 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización del Gas Licuado de Petróleo - contempló para los consumidores el derecho a canjear todo cilindro que contuviera el GLP adquirido sea cual fuere la empresa envasadora, a efectos de permitirle realizar sucesivas adquisiciones con el proveedor que eligiera conforme a sus necesidades.⁵

En consecuencia, para dotar de dinámica al mercado y para asegurar que cada empresa envasadora pudiera efectuar el envasado de GLP en cilindros rotulados en su favor, en libras o kilogramos, se establecieron dos sistemas complementarios: i)

⁵ Cita textual y constataciones tomadas del artículo 50 del Decreto Supremo 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización del Gas Licuado de Petróleo.

un sistema de canje de cilindros entre empresas envasadoras; y, ii) un sistema de “acuerdos contractuales de co-responsabilidad”.

Mediante el sistema complementario de canje de cilindros se estableció como “responsabilidad de las empresas envasadoras efectuar entre ellas el intercambio de los cilindros rotulados que tengan en su poder y que no les corresponda, por lo menos una vez cada semana, directamente, o a través de un centro de canje autorizado”. Así, cada vez que una empresa envasadora recibiera cilindros rotulados por terceros, se encontraba en la obligación de comunicar por escrito a la empresa envasadora correspondiente, señalando la cantidad y tipo de cilindros que tiene en su poder, el lugar y horario designado para efectuar el canje, siendo responsabilidad de cada empresa realizar el recojo de los cilindros rotulados en su favor. Asimismo, bajo este sistema de canje se encuentra absolutamente prohibido trasladar cilindros rotulados a favor de terceros fuera de la localidad de operación, bajo sanción.⁶

Finalmente, dado que el sistema complementario de canje de cilindros entre empresas envasadoras podría resultar de alguna manera costoso, se diseñó el sistema complementario de acuerdos de responsabilidad como alternativa posible. Mediante este último, se permitía como excepción que una empresa envasara en cilindros rotulados que contaran con inscripciones en relieve en favor de otra empresa envasadora, siempre que existiera entre estas empresas un “acuerdo contractual de co-responsabilidad”, puesto previamente en conocimiento de la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas.

3.- La sanción de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas ordenada por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal

3.1.- Sobre los actos de competencia desleal en general

El Decreto Ley N° 26122 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal-, establece como prohibidas y sancionables las conductas contrarias a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir el mercado.⁷ Corresponde a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI evaluar y sancionar estas conductas por constituir un ejercicio ilícito del derecho a competir, logrando

⁶ Al respecto, ver el artículo 48 del Decreto Supremo 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización del Gas Licuado de Petróleo.

⁷ Al respecto, ver el artículo 6 del Decreto Ley N° 26122 – Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

o pretendiendo lograr el éxito en el mercado por medios distintos a la eficiencia económica.⁸

De hecho, no serán actos de competencia desleal aquellas conductas que, dentro de la naturaleza propia de la competencia mercantil, generen un daño concurrencial sobre otro agente del mercado, pues ello es consecuencia natural de la preferencia de los consumidores por aquellas ofertas que les presenten las mejores condiciones de calidad y precio para la satisfacción de sus necesidades.⁹ La leal competencia exige además que las mejores condiciones que ofrezca una empresa se basen en el propio esfuerzo empresarial eficiente y no sobre la base de aprovechamientos indebidos del esfuerzo ajeno o por incumplimiento de normas imperativas que ordenan, condicionan o regulan los actos de competencia en determinado mercado. Es innegable, que en un contexto competitivo leal, es inevitable que el éxito comercial de una empresa pueda producir el fracaso de otra que ve limitada o reducida su posibilidad de realizar transacciones en un nivel que le otorgue viabilidad.

3.2.- La violación de normas como acto de competencia desleal en la comercialización del GLP

El artículo 17 del Decreto Ley N° 26122 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal - ejemplifica como acto de competencia desleal el hecho que un agente económico se valga en el mercado de una ventaja competitiva significativa e ilícita, obtenida como consecuencia de la infracción de una norma. Ello significa que los

⁸ Cabe señalar que, en reiterados pronunciamientos, la Comisión ha señalado que: “[d]entro del marco del sistema de economía social de mercado, se entiende por “buena fe” y por “normas de corrección de las actividades económicas” a la competencia realizada por los diversos agentes que concurren en él y que se sustenta en la eficiencia y en la eficacia de las prestaciones que brindan a los consumidores; lo cual se manifiesta entre otros, en la mejor calidad de los productos y servicios que ofrecen, en poner a disposición de sus clientes bienes a precios competitivos y en brindar servicios post-venta eficientes y oportunos.” (Cita textual tomada de los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, aprobados mediante Resolución N° 001-2001-LIN-CCD-INDECOPI del 5 de julio de 2001).

⁹ Para mayor ilustración del concepto desarrollado, cabe referir que: “[l]a doctrina alemana ha desarrollado fundamentalmente dos teorías para la concepción de la deslealtad. La primera de ellas es la concreción con arreglo al principio de “competencia eficiente” (*Leistungswettbewerb*). Para esta postura la competencia se basa en la eficiencia de las prestaciones. La eliminación del competidor menos eficiente no constituye un comportamiento desleal. La deslealtad o contrariedad con la buena fe se pone de manifiesto cuando la ventaja obtenida por el competidor no se basa en su propia eficiencia sino en la obstaculización de otros competidores. La otra teoría suele denominarse “concepción funcional de la competencia”. Esta teoría de mercado corte social, propugna que la deslealtad y la contrariedad a la buena fe objetiva se producen cuando un acto contradice los fines perseguidos por las normas de competencia desleal”. Citas textuales tomadas de García Menéndez, S. (2004), pp. 63 y 64.

actos de competencia desleal pueden ser el resultado, incluso, del incumplimiento de normas legales imperativas que regulan los requisitos necesarios para la realización de determinadas actividades económicas, siempre que coloquen a quien las incumpla en una posición de significativa ventaja respecto de sus concurrentes.

En este contexto, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal fue plenamente competente para sancionar los actos de competencia desleal que se presentaron en la comercialización de GLP como conductas que no observaron lo dispuesto por el antes referido Decreto Supremo N° 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo.

Debe recordarse que, tal como se expuso en el punto precedente, el objetivo del nuevo sistema de comercialización de GLP era que se permitiera únicamente su envasado en cilindros rotulados que contaran con inscripciones en relieve respecto de la identidad de la empresa que realizara el respectivo envasado, tanto en cilindros rotulados en libras como en cilindros rotulados en kilogramos. Las empresas no deberían envasar GLP en cilindros de rotulado ajeno a menos que poseyeran un “acuerdo contractual de co-responsabilidad” con otra empresa para envasar en los cilindros rotulados en su favor, de modo tal que compartieran la responsabilidad por el mantenimiento de sus cilindros.

La Comisión de Represión de la Competencia Desleal ha conocido en el pasado diversos casos denunciados como actos de competencia desleal por violación de las normas imperativas contenidas en el Decreto Supremo N° 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo -, cuya finalidad fue establecer el nuevo sistema de comercialización de GLP. Así, las denuncias por infracción a este reglamento no son recientes, ni se limitan a ciertas conductas ocasionales en el mercado, y han revelado dificultades prácticas en el cumplimiento de dichas normas. Como muestra de lo referido, se presentan en el cuadro 1 los casos desarrollados desde el año 2000 a la fecha:

CUADRO 1
PROCEDIMIENTOS TRAMITADOS POR LA COMISIÓN DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL SOBRE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE
NORMAS EN LA COMERCIALIZACIÓN DE GLP

Expediente N°	Resolución N°	Denunciante	Denunciada	Sentido
014-2000	032-2000/CCD-INDECOPI 499-2000/TDC-INDECOPI	Lima Gas S.A.	Llama Gas S.A.	Fundada
015-2000	033-2000/CCD-INDECOPI	Lima Gas S.A.	Prograde S.A.	Fundada
016-2000	038-2000/CCD-INDECOPI 196-2001/TDC-INDECOPI	Lima Gas S.A.	Gas Superior S.A.	Fundada
017-2000	040-2000/CCD-INDECOPI 493-2000/TDC-INDECOPI	Lima Gas S.A.	Extra Gas S.A.	Fundada
018-2000	036-2000/CCD-INDECOPI	Lima Gas S.A.	Vita Gas S.A.	Fundada
115-2000	034-2001/CCD-INDECOPI	Asociación de Empresas Envasadoras de Gas	Alfa Gas S.A.	Improcedente
002-2001	052-2001/CCD-INDECOPI 594-2001/TDC-INDECOPI	Asociación de Empresas Envasadoras de Gas	Envasadora Andina de Gas Company S.A.	Fundada
041-2001	065-2001/CCD-INDECOPI 734-2001/TDC-INDECOPI	Asociación de Empresas Envasadoras de Gas	Envasadora Misti Gas S.A.C.	Fundada
042-2001	070-2001/CCD-INDECOPI 177-2002/TDC-INDECOPI	Asociación de Empresas Envasadoras de Gas	Punto de Distribución S.A.C.	Fundada
043-2001	077-2001/CCD-INDECOPI 215-2002/TDC-INDECOPI	Asociación de Empresas Envasadoras de Gas	Compañía Envasadora Exacto Gas S.A.	Fundada
044-2001	074-2001/CCD-INDECOPI	Asociación de Empresas Envasadoras de Gas	Centro Gas E.I.R.L.	Fundada
045-2001	066-2001/CCD-INDECOPI	Asociación de Empresas Envasadoras de Gas	Edram Gas S.A.	Infundada
119-2001	093-2002/CCD-INDECOPI	Caxamarca Gas S.A.	Telerápido Gas E.I.R.L.	Infundada
059-2002	031-2003/CCD-INDECOPI 459-2003/TDC-INDECOPI	Asociación de Empresas Envasadoras de Gas	Misti Gas S.A.C.	Fundada
070-2002	056-2002/CCD-INDECOPI	Asociación de Empresas Envasadoras de Gas	Vopak Serlipa S.A.	Improcedente
015-2004	078-2004/CCD-INDECOPI 566-2005/TDC-INDECOPI	Asociación Gas LP Perú	Envasadora Alfa Gas S.A.	Fundada
016-2004	087-2004/CCD-INDECOPI 569-2005/TDC-INDECOPI	Asociación Gas LP Perú	Colpa Gas S.A.C.	Fundada
017-2004	088-2004/CCD-INDECOPI 568-2005/TDC-INDECOPI	Asociación Gas LP Perú	Líder Gas E.I.R.L.	Fundada
027-2004	091-2004/CCD-INDECOPI 567-2005/TDC-INDECOPI	Asociación Gas LP Perú	Híper Gas S.A.	Fundada
028-2004	014-2005/CCD-INDECOPI 782-2005/TDC-INDECOPI	Asociación Gas LP Perú	Econogas S.R.L.	Fundada
029-2004	015-2005/CCD-INDECOPI 783-2005/TDC-INDECOPI	Asociación Gas LP Perú	Anta Gas S.R.L.	Fundada

Fuente: Comisión de Represión de la Competencia Desleal
 Elaboración: Propia en base a información de la Comisión

El volumen de estos casos reveló que existía una asimetría en el cumplimiento de las normas imperativas contenidas en el Decreto Supremo N° 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo -, debido a que algunos concurrentes en este mercado no las cumplían, al envasar GLP en cilindros con rotulado de empresas con las que no poseían “acuerdo contractual de co-responsabilidad” alguno, evitando asumir los costos de adquisición, tenencia, canje y mantenimiento de envases para la comercialización de GLP.

En el periodo reciente, diversas empresas envasadoras de GLP y, principalmente, gremios de empresas que tienen “acuerdos contractuales de co-responsabilidad” colectivos, como el caso de la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas (2001) y la Asociación de Gas LP Perú (2004), denunciaron a empresas envasadoras ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal por la indebida utilización de cilindros rotulados en favor de sus miembros al no contar con “acuerdo contractual de co-responsabilidad” alguno y generarse una ventaja competitiva derivada de la no asunción de costos al no cumplir con las obligaciones impuestas por el nuevo sistema de comercialización de GLP.

En todos los casos en los que la Comisión de Represión de la Competencia desleal determinó la existencia de una infracción por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, se analizó si: i) los actos denunciados no constituían supuestos de concurrencia prohibida; ii) la norma infringida era de carácter público e imperativo; y iii) el infractor había obtenido una ventaja competitiva significativa e ilícita.

Lo anterior se encuentra en consonancia con lo considerado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, segunda instancia administrativa, en cuanto ésta ha afirmado que en los casos de competencia desleal en la modalidad de infracción de normas “no sanciona, en este supuesto, el hecho que un agente económico determinado infrinja alguna ley sino, más bien, el hecho que dicho agente haya obtenido una ventaja significativa como consecuencia de la infracción a dicha ley”.¹⁰

Así, en los casos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en la comercialización de GLP declarados fundados, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal en primera instancia administrativa y, de ser el caso, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI en segunda instancia, consideraron que las conductas imputadas no configuraban actos concurrenciales prohibidos, pues la comercialización de GLP en una actividad permitida, solamente que sujeta a determinadas regulaciones de obligatorio cumplimiento.

Asimismo, en los casos declarados fundados, ambas instancias consideraron que, entre otras, las empresas denunciadas habían infringido normas de carácter

¹⁰ Al respecto ver la Resolución N° 287-97/TDC emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, en el expediente N° 086-96-C.C.D. seguido entre Destilería Peruana S.A.C. contra Agroindustria San Pablo E.I.R.L.

público e imperativo contenidas en el Decreto Supremo N° 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo - al haber envasado GLP en cilindros que se encontraban rotulados por terceras empresas envasadoras con quienes la empresa infractora no tenía un “acuerdo contractual de co-responsabilidad”, circunstancia que infringía directamente normas imperativas y expresas de dicho reglamento.¹¹

Asimismo, estas infracciones detectadas por el INDECOPI generaban, en la práctica, una ventaja significativa para las empresas infractoras, las cuales se valían de conductas distintas a su propia eficiencia operativa para comercializar su combustible, sin incurrir en los costos derivados de operar en el nuevo sistema de comercialización de GLP, evitando asumir los costos de adquisición, tenencia, canje y mantenimiento de envases necesarios y suficientes para su comercialización, conforme lo exigían normas imperativas que sí eran cumplidas por los competidores.

En términos generales, una empresa envasadora que emplea cilindros rotulados por otras sin contar con un “acuerdo de co-responsabilidad”, genera una serie de externalidades negativas en la estructura de costos de las empresas cuyos cilindros rotulados usa; y genera, a su vez, externalidades positivas en su favor, que le permiten obtener beneficios que no son resultado de una eficiente actividad productiva, operativa y/o mercantil, sino de un aprovechamiento del esfuerzo ajeno, es decir, de la inversión de sus competidores.

Cabe señalar que, en la mayoría de los referidos casos, el INDECOPI realizó visitas de inspección para determinar la realización de los envasados indebidos y, producto de ello, sancionó a las empresas que cometieron los actos de competencia

¹¹ En atención a la determinación de los alcances de la norma infringida, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI mediante Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI de fecha 18 de mayo de 2005, emitida en el Expediente N° 015-2004/CCD, en la denuncia seguida por Asociación Gas LP Perú contra Envasadora Alfa Gas S.A., aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“4. La realización de actividades económicas se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos legales, tales como autorizaciones, licencias o, en algunos casos, contratos de autorización entre agentes privados. La omisión, negativa o imposibilidad de exhibir o entregar las referidas autorizaciones, licencias o contratos, evidencia la existencia de la infracción del ordenamiento que exige contar con éstas.

5. Únicamente cuando el procedimiento trate sobre una infracción distinta al incumplimiento de requisitos legales para la realización de actividades económicas, existirá incertidumbre sobre la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por lo que se requerirá una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada.”

Desde la emisión del citado precedente, en cada instancia del INDECOPI se ha entendido que las empresas que envasan en un cilindro rotulado a favor de otra empresa, deben poder exhibir el “acuerdo contractual de co-responsabilidad”, caso contrario se evidenciaría la existencia de la infracción del ordenamiento que exige contar con éste para dicho envasado.

desleal en la modalidad de violación de normas, ordenando, asimismo, el cese de las conductas desleales y el canje de los cilindros a que hubiera lugar, conforme a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo. Así, el INDECOPI puso a disposición de los concurrentes en el mercado de comercialización de GLP, herramientas para la corrección de actos de competencia desleal que generaban externalidades que distorsionaban la concurrencia por eficiencia.

4.- La declaración de ilegalidad del Decreto Supremo N° 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo - por parte de la Comisión de Acceso al Mercado

La Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, de conformidad con lo establecido por el artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868 - Ley de Organización y Funciones del INDECOPI -¹² y el artículo 48 de la Ley N° 27444 -Ley del Procedimiento Administrativo General -,¹³ cuenta con facultades para conocer actos y disposiciones de la Administración Pública que pudieran significar la imposición de barreras burocráticas que impidan el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado. Esta Comisión se encuentra facultada a declararlas ilegales o irracionales, con la finalidad de generar su eliminación.

En casos recientes en los que se denunció por actos de competencia desleal bajo la modalidad de violación de normas - conforme se ha descrito en el punto precedente -, algunas de las empresas envasadoras denunciadas sugirieron como línea de defensa que el Decreto Supremo N° 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo - contenía normas contrarias al orden constitucional y legal, debido a que establecía limitaciones contrarias al derecho de propiedad. En su oportunidad, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI no consideraron siquiera la posibilidad de inaplicar el Decreto Supremo N° 01-94-EM

¹² El artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868 - Ley de Organización y Funciones del INDECOPI - señala textualmente que “[l]a Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado”.

¹³ El artículo 48 de la Ley N° 27444 -Ley del Procedimiento Administrativo General- señala textualmente que “cuando en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado, la presunta barrera burocrática ha sido establecida por un decreto supremo o resolución ministerial, el INDECOPI elevará un informe a la Presidencia del Consejo de Ministros para su elevación al Consejo de Ministros, el cual deberá necesariamente resolver lo planteado en el plazo de 30 (treinta) días”.

- Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo -, pues ello no es facultad de la autoridad administrativa que determina la existencia de un acto de competencia desleal.

En este contexto, en marzo del año 2005 una asociación de empresas envasadoras de GLP, en representación de sus agremiadas, decidió denunciar al Ministerio de Energía y Minas ante la Comisión de Acceso al Mercado, considerando que las principales normas que sustentaban el nuevo sistema de comercialización de GLP constituían una imposición de barreras burocráticas ilegales e irracionales, en la medida que a través del “referido reglamento, el Ministerio atribuye “titularidades” (derecho de propiedad) respecto a los cilindros de GLP rotulados en libras a favor de las empresas envasadoras, no obstante que dichos cilindros son de propiedad de los usuarios. Asimismo, señaló que en el caso de cilindros de GLP rotulados en kilogramos, el Ministerio limita el derecho de propiedad de las empresas envasadoras, al establecer que sólo pueden entregarlos en uso a los usuarios”.¹⁴

En su defensa, el aludido Ministerio señaló que, en ejercicio de sus facultades normativas de rango reglamentario, emitió el Decreto Supremo N° 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo - con la finalidad

¹⁴ Cita textual tomada de la Resolución N° 0511-2006/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento administrativo tramitado bajo el Expediente N° 000041-2005/CAM. Del mismo texto de la referida resolución, se recoge textualmente que dicha asociación fundamentó su denuncia en los siguientes argumentos:

“- El Reglamento ha asignado a las empresas envasadoras la titularidad de los Cilindros Rotulados en Libras que se comercializaban en el mercado y ha dispuesto un uso exclusivo de los mismos por parte de las empresas envasadoras que los hayan rotulado y pintado, no obstante que dichos Cilindros son de propiedad de los usuarios.

- En el caso de los Cilindros Rotulados en Kilogramos de propiedad de las empresas envasadoras, el Reglamento obliga a entregar los mismos a los usuarios en uso (contrato de comodato) limitando los atributos de la propiedad y, particularmente, la libertad de contratación.

- El Reglamento impide que las empresas envasadoras envasen en Cilindros Rotulados en Kilogramos o en Libras que no sean de su propiedad o que no estén rotulados o pintados por ellas, pese haber adquirido la propiedad de dichos Cilindros de los usuarios a través de contratos de permutas celebrados con estos últimos.

- El Reglamento, al tipificar determinados actos desarrollados por las empresas envasadoras de Gas Licuado de Petróleo como sancionables, permite que vía resoluciones se estén regulando y modificando las relaciones comerciales que se producen en el mercado, pues desconocen las transferencias de propiedad que se han llevado a cabo.

- El sistema de comercialización impuesto a través del Reglamento obliga a que las empresas envasadoras tengan que realizar un proceso de canje de Cilindros, toda vez que impide envasar en Cilindros que no sean rotulados o pintados por ellas, además de desconocer los derechos de propiedad que se han adquirido en función a la libertad de contratación, genera sobre costos innecesarios e irracionales afectando el acceso y la permanencia de las empresas en el mercado en la medida que obliga a mantener inmovilizados Cilindros hasta que se produzcan los canjes respectivos.”

de atribuir responsabilidades a las empresas envasadoras por el mantenimiento e intercambio de cilindros en el nuevo sistema de comercialización de GLP, sin atribuir titularidades o derechos de propiedad respecto de los cilindros.¹⁵

Tanto la Comisión de Acceso al Mercado, como la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, consideraron, en primera y segunda, respectivamente, que la denuncia era fundada. Al respecto la Sala consideró que:

“[A]unque en efecto podría afirmarse que el Decreto Supremo N° 01-94-EM no asigna expresamente derechos de propiedad a favor de las empresas envasadoras sobre los cilindros en libras, es decir, no manifiesta expresamente que esa sea su razón de ser, las condiciones de comercialización de GLP establecidas en dicha norma no se restringen a simples requisitos de comercialización ni a las medidas de seguridad a tener presentes para tales efectos, sino que establecen en los hechos, una limitación al derecho de propiedad de las empresas envasadoras, impidiendo que puedan utilizar los cilindros que se encuentren rotulados y pintados por una empresa diferente, no obstante que podrían haber adquirido su propiedad mediante los distintos modos de transferencia de propiedad previstos en el Código Civil, ya sea de parte de los usuarios o de alguna empresa envasadora, limitación que se encuentra materializada en los artículos 47, 48 y 49 y que conlleva la obligatoriedad de intercambiar los cilindros dispuesta en los artículos 52 y 53 de la norma. Asimismo, tal como consideró la comisión, el Decreto Supremo N° 01-94-EM establece modalidades de contratación que impiden

¹⁵ El Ministerio de Energía y Minas señaló, en su defensa, que:

“- Cuenta con facultades normativas para emitir disposiciones sectoriales de alcance nacional relacionadas con el sistema de rotulado de los Cilindros de GLP y la asignación de responsabilidades de las empresas envasadoras por su mantenimiento, seguridad, conservación, reparación, destrucción e intercambio; a fin de garantizar la seguridad de los Cilindros, el abastecimiento interno y su normal desenvolvimiento comercial.

- Mediante el Reglamento no se han atribuido titularidades o derechos de propiedad respecto de los Cilindros, sino que se han establecido las responsabilidades que tendrían las empresas envasadoras respecto al rotulado, mantenimiento, seguridad, conservación, reparación, destrucción e intercambio de los Cilindros, lo cual se desprende de lo dispuesto en el artículo 47 del Reglamento que señala que la rotulación no conlleva a la propiedad del Cilindro, limitándose aquella a la responsabilidad del mantenimiento y seguridad del envase y del sistema válvula-regulador.

- El Reglamento no limita la libertad de contratar de las empresas envasadoras, sino que garantiza el adecuado mantenimiento y la seguridad de los Cilindros de GLP, minimizando los posibles riesgos para la población en atención al interés público a proteger.”

(Cita textual tomada de la Resolución N° 0511-2006/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento administrativo tramitado bajo el Expediente N° 000041-2005/CAM).

a las empresas envasadoras disponer de los bienes que son de su propiedad, como es el caso de los cilindros rotulados en kilogramos que introducen al mercado, limitación que se encuentra materializada en el artículo 51 del reglamento y que conlleva, una vez más, a la obligatoriedad de intercambiar los cilindros dispuesta en los artículos 52 y 53.

(...)

No obstante la naturaleza de las limitaciones antes señaladas, que afectan el principal atributo de la propiedad, como el caso de las facultades de disposición, éstas no han sido establecidas por normas con rango de ley y tampoco existe norma legal que habilite al Ministerio para establecerlas vía reglamento, configurándose una imposición de barreras burocráticas ilegales que afectan el desarrollo de las actividades económicas de las empresas envasadoras y de los consumidores en el mercado en la medida que implican limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que tienen respecto de los cilindros, sin que exista una Ley que establezca esta naturaleza de restricciones.”¹⁶

En consecuencia, el INDECOPI informó al Consejo de Ministros para que considerara la eliminación de las barreras burocráticas ilegales detectadas, debiendo resolver en el plazo de 30 (treinta) días, manteniéndose vigente todo el contenido normativo del Decreto Supremo N° 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo - hasta que ello ocurra.

En este caso, es destacable el mensaje enviado al mercado por el INDECOPI, pues en segunda instancia, la Sala de Defensa de la Competencia de su Tribunal desarrolló una serie de criterios a efectos de expresar de manera idónea los defectos del Reglamento en cuestión. En este sentido, señaló que el nuevo sistema de comercialización de GLP presentaba algunas falencias, en la medida que: i) el “sistema de intercambio no se encuentra centralizado o conducido por autoridad administrativa alguna, motivando -en la práctica- que frente a negativas de intercambio la fiscalización de la autoridad pueda resultar tardía para evitar que los operadores afectados sean retirados virtualmente del mercado por falta de cilindros para comercializar GLP”; ii) “se ha podido apreciar que las empresas envasadoras que cuentan con la mayor participación en el mercado, se han negado en algunos casos a efectuar el canje de cilindros que es necesario para la operatividad del sistema establecido, lo que podría haber afectado la participación de los operadores más pequeños”; y, iii) “desconoce las condiciones de comercialización que operan efectivamente en el mercado, pues también se ha acreditado en el procedimiento

¹⁶ Cita textual de este párrafo tomada de la Resolución N° 0511-2006/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento administrativo tramitado bajo el Expediente N° 000041-2005/CAM.

que son los usuarios quienes adquieren, en un primer momento, los cilindros de GLP que en adelante serán utilizados para la adquisición de dicho combustible ante cualquier empresa envasadora, operando recién allí el intercambio de cilindros, sin que el usuario pierda la propiedad del que efectivamente posee en cada momento.”¹⁷

Finalmente, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI sometió a consideración del Consejo de Ministros la necesidad de diseñar sistemas de comercialización de GLP que pudieran ser capaces de lograr un equilibrio entre la asignación de responsabilidades por el mantenimiento de los cilindros que se utilizan para su comercialización y la promoción de la competencia, de modo tal que se pueda permitir a los consumidores acceder a ofertas que sean seguras para su integridad física, evitando la ocurrencia de accidentes derivados del uso y manipulación de GLP, y que sean, a su vez, económicamente competitivas.

5.- El próximo inicio de investigaciones por parte de la Comisión de Libre Competencia

Como último escenario a futuro en la corrección del mercado de comercialización de GLP, se presenta el conocimiento de algunos casos en el sector, por parte de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI. Ello, en la medida que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal ordenó, expresamente, en los recientes casos sancionados como actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, lo siguiente:

*“SEXTO: remitir copia de los actuados en el expediente a la Comisión de Libre Competencia y disponer que inicie un procedimiento administrativo dirigido a investigar supuestas prácticas contra la libre competencia en el mercado de comercialización de gas licuado de petróleo en cilindros”.*¹⁸

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal generó esta determinación, en la medida que algunas de las empresas denunciadas habían alegado, a lo largo del procedimiento, que las empresas que formaban parte de la Asociación de Gas LP Perú (denunciante en estos casos) realizaban actos de competencia desleal consistentes en la retención y destrucción de los cilindros rotulados a favor de

¹⁷ Citas textuales de este párrafo tomadas de la Resolución N° 0511-2006/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento administrativo tramitado bajo el Expediente N° 000041-2005/CAM.

¹⁸ Cita textual de este párrafo tomada de la Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento administrativo tramitado bajo Expediente N° 015-2004/CCD.

terceros, circunstancia que podría constituir, a su criterio, una modalidad de conducta contraria a la libre competencia.

En este sentido, a la fecha se encuentran pendientes las determinaciones iniciales que deberá, en un futuro cercano, emitir la Comisión de Libre Competencia, a efectos de determinar qué modalidad de conducta contraria a la libre competencia se podría estar produciendo y, de ser el caso, determinar posteriormente su ocurrencia efectiva o no.

6.- Reflexiones finales

Apreciados los principales aspectos de los casos que han surgido en el INDECOPI entre las empresas concurrentes en el mercado de comercialización de GLP, se debe constatar que las garantías del diseño institucional permiten que la autonomía de las Comisiones genere para el mercado un haz de elementos que permitan la corrección de diversas fallas que se pueden presentar en un mercado como el referido. Cada Comisión aborda los temas sustantivos con una perspectiva propia, pero integrada en la Sala de Defensa de la Competencia como instancia de apelación administrativa.

En todo caso el INDECOPI, como autoridad de competencia, posee un singular diseño que permite un eficiente tratamiento diferenciado de las disciplinas que tienen por objeto corregir las fallas del mercado. Así, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal contribuyó a lograr, como parte de un proceso en marcha, el cumplimiento de condiciones de regulación para todos, sancionando la existencia de ventajas competitivas significativas por medios distintos a la eficiencia económica.

Por su parte, la Comisión de Acceso al Mercado ha señalado, junto con la Sala de Defensa de la Competencia, la necesidad de que se eliminen las barreras burocráticas ilegales que han sido establecidas por diversas normas del Decreto Supremo N° 01-94-EM - Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo - que estableció el nuevo sistema de comercialización.

Finalmente, queda pendiente el pronunciamiento de la Comisión de Libre Competencia, en el objetivo de sancionar las conductas que en este mercado se hubieran podido cometer para restringir o limitar la competencia, completando este panorama de acción multidimensional.

Referencia

GARCÍA MENÉNDEZ, S. (2004) "*Competencia Desleal. Actos de Desorganización del Competidor*", Buenos Aires, Lexis Nexis, pp. 63 y 64.

REPORTES Y EVALUACIONES
