

**PONTIFICA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERU**

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre expediente de relevancia jurídica 015-2004-CCD, E-369, denuncia de la Asociación Gas LP Perú contra Envasadora Alfa Gas SA, por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de Abogada que presenta:

Rosa Victoria Arteaga Pajares

Revisor:

Bardales Mendoza, Enrique Rosendo

Lima, 2025

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **Enrique Rosendo Bardales Mendoza**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

Informe sobre expediente de relevancia jurídica 015-2004-CCD, E-369, denuncia de la Asociación Gas LP Perú contra Envasadora Alfa Gas SA, por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas


del/de la autor (a)/ de los(as) autores(as)

Rosa Victoria Arteaga Pajares

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **21%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **3/2/2025**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 24 de marzo de 2025**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Bardales Mendoza Enrique Rosendo	
DNI: 08571041	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6986-6350	

DEDICATORIA

Dedico este informe a mis padres, a mi tío-abuelo Mesías y a aquella persona quien me acompañó en este largo y satisfactorio camino.



AGRADECIMIENTOS

Un agradecimiento especial a mi estimado profesor Jesús Espinoza Lozada por haber aceptado guiarme y haber aportado enormemente a mi desarrollo profesional



RESUMEN

El presente informe realiza el análisis al expediente N° 015-2004-CCD, correspondiente al procedimiento sancionador en materia de competencia desleal en la modalidad de violación de normas iniciado por la Asociación Gas LP Perú en contra de la Envasadora Alfa Gas S.A.C, a través del cual INDECOPI sanciona a Alfa Gas por haber infringido los artículos 47 y 49 del Reglamento de Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM. De la revisión y el análisis se advierten dos problemas jurídicos relevantes: i) la deficiencia normativa que adolece el reglamento y ii) la incorrecta aplicación de la norma por parte de la autoridad de competencia.

El estudio realizado se justifica en la importancia de entender el funcionamiento del mercado cuando se resuelve una controversia y que una norma con deficiencias sumada a una aplicación inadecuada deviene en perjuicio hacia los agentes económicos. El objetivo del presente documento es demostrar la relevancia de la propiedad de los consumidores dentro del mercado de gas licuado de petróleo; propiedad que sumada a la libre intercambiabilidad que existe entre consumidor y envasadora posibilita que una envasadora sea propietaria del cilindro que recibe al realizar la permuta (no comodato como la norma indica) con el consumidor. Así, sancionar a una empresa por envasar en cilindros que sí son de su propiedad denota un análisis insuficiente.

El tipo de investigación realizada aborda tres métodos. Primero, con el método exegético, se aborda la regulación jurídica de la actividad comercial del GLP; pero, no es el único pues es “incapaz de explicar una serie de elementos no legislativos involucrados”¹. Por ello, se utiliza el método dogmático ya que se estudia la norma jurídica, la doctrina y la jurisprudencia. Finalmente, el análisis económico permitirá aterrizar la normativa contemplando los incentivos y desincentivos existentes.

Se concluye que INDECOPI no ha realizado un análisis jurídico profundo del caso.

¹ Ramos, C. (2018). Como hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento, 5ta. Edición. Grupo Editorial Lex & Iuris

INDICE

INTRODUCCION	3
IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	4
II.1 Antecedentes históricos	4
II.2 Antecedentes del caso.....	5
II.3 Denuncia realizada por Gas LP en contra de Alfa Gas.....	6
II.4 Resolución de la Comisión de la Defensa de la Competencia desleal.....	8
II.5 Nulidad de la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI.....	9
II.6 Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia desleal.....	10
IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	11
CUESTIONES GENERALES	12
ANALISIS DE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS.....	14
PRIMER PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: Determinar la deficiencia normativa del Decreto Supremo 01-94-EM	14
SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: Determinar la incorrecta aplicación de la norma por parte de Indecopi.....	24
Primer problema secundario: Determinar si correspondía otorgar la medida cautelar en favor de Gas LP.....	24
Segundo problema secundario: Determinar si se cometió la infracción en la modalidad de violación de normas	28
CONCLUSIONES	38
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40
ANEXOS	42

Informe sobre expediente de relevancia jurídica 015-2004-CCD, E-369, denuncia de la Asociación Gas LP Perú contra Envasadora Alfa Gas SA, por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas

INTRODUCCION

En el Perú, el gas licuado de petróleo (en adelante GLP) es el combustible más utilizado a nivel residencial, siendo que, 8 de cada 10 hogares utilizan el mencionado hidrocarburo como fuente de cocción de alimentos. Este hidrocarburo es trasladado en balones de distintas medidas: 5kg, 10kg, 15kg y 45kg. A nivel nacional, los balones de 10 kg de GLP fueron los más utilizados en comparación con los balones de otras medidas (ERCUE 2019-2020).

El mercado de GLP es muy particular pues no solo implica la comercialización del gas, sino que, además, es relevante el envase que lo contiene. El GLP al interior del balón o cilindro adquiere una alta presión la misma que, de no contar con el envase adecuado podría generar grandes daños y perjuicios a los usuarios finales, los consumidores.

Es así que, en el contexto del envasado y la comercialización del GLP, es importante entender las características del suministro y la necesidad de que el intercambio comercial considere tanto los aspectos comunes de cualquier producto (el GLP) como las particularidades que tiene esta fuente de energía. En otras palabras, el contenido del cilindro es tan importante como el cilindro mismo. La comercialización del GLP no se agota simplemente con la transacción entre la empresa que lo envasa y la distribuidora, o entre la distribuidora y el consumidor; es decir, no se trata solo de adquirir el combustible en cilindros, sino que también incluye una dimensión adicional: la responsabilidad de que los agentes participantes de este mercado tengan respecto de mantener los cilindros en condiciones óptimas que disminuyan los riesgos de cualquier accidente y doten de seguridad a los consumidores.

Este tipo de mercado implica un movimiento constante de cilindros. Constantemente, los cilindros con y sin GLP experimentan fluctuaciones en el circuito. En cada minuto, un consumidor adquiere un cilindro, lo que genera un intercambio constante entre el cilindro vacío que entrega el consumidor y el cilindro lleno de GLP que proporciona la distribuidora. El consumidor final tiene como práctica recurrente la intercambiabilidad del cilindro para efectos de adquirir el gas. Las empresas envasadoras tienen como práctica común la revisión y mantenimiento de balones previo envasado y futura comercialización de GLP. Esta realidad nos invita a analizar el por qué cierto número de empresas envasadoras están siendo sancionadas por el INDECOPI. Para ello, tomaremos el caso de la Asociación Gas LP Perú en contra de la empresa Alfa Gas.

Primero, se resumirán los hechos relevantes, partiendo por dar un panorama histórico del mercado de comercialización de GLP en el tiempo. Segundo, se identificarán los problemas jurídicos que se hayan podido advertir del caso a

analizar. Tercero, se desarrollarán temas relacionados con el caso, de manera que el lector pueda tener conocimiento de algunos aspectos en general. Cuarto, se hará un análisis de los problemas jurídicos señalados en el segundo punto; se dará respuesta a las interrogantes planteadas. Finalmente, se culminará el informe detallando las conclusiones a las que se han llegado del caso en análisis.

IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

II.1 Antecedentes históricos

La historia del GLP se remonta a muchos años atrás. “El uso doméstico del GLP en el Perú se inició en la década de 1950 cuando la International Petroleum Company, operada por ESSO (que años después, se convirtió en la Compañía Peruana de Gas), instaló la primera planta envasadora de cilindros de GLP” (Adaniva y Rodríguez, 2022). Para esa época, el GLP se comercializaba en cilindros o balones en libras. La regulación respecto a la comercialización de GLP en cilindros inició en el año 1972 y así perduró hasta modificaciones dadas a través de decretos supremos.

El Decreto Supremo 020-91-EM-VME aprobó el Reglamento para la Comercialización y Transporte de Gas Licuado de Petróleo donde no se precisaba quién ostentaba la propiedad de los cilindros. En 1992, el Decreto Supremo 016-92-EM contempló la coexistencia y destrucción de los cilindros de 24 y 100 libras, aun cuando no delimitaba con claridad la propiedad de los cilindros. En 1993, mediante el Decreto Supremo 033-93-EM, se aprobó el sistema de comercialización de cilindros para gas licuado de petróleo. Específicamente, su artículo 8² y su artículo 4³, señalaban que: “los consumidores eran propietarios de los cilindros que poseían, sin perjuicio que las empresas envasadoras eran responsables de mantener la seguridad de los cilindros de su propiedad y los de propiedad del consumidor” (Miranda, 2010, p. 125).

El comercio de GLP se dio a través de cilindros en libras y en kilogramos hasta el año de 1993. Al año siguiente, se estableció el uso de cilindros exclusivamente en kilogramos. El Decreto Supremo 01-94-EM, Reglamento para la comercialización de GLP (en adelante el reglamento), indicaba que las empresas envasadoras tienen la obligación de incorporar a su parque de

² A partir del vencimiento del plazo de noventa (90) días contados desde la fecha de publicación de esta norma, las empresas envasadoras quedan obligadas a rotular en el asa 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; así como pintarlos con su color identificatorio, antes de proceder a su llenado. El cilindro a que se refiere el párrafo anterior seguirá siendo de propiedad del consumidor, sin embargo, una vez rotulado por una 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 envasadora.

³ Las empresas envasadoras son responsables de mantener los cilindros de su propiedad, y los que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, son de propiedad del consumidor en condiciones permanentes de seguridad para los usuarios ajustándose a los reglamentos y normas técnicas que regulan esta materia.

cilindros solo cilindros en kilogramos. Si bien en el mercado, en ese momento, coexistían tanto los de libras como los de kilogramos, los de libras solo permanecerían hasta que sus condiciones de seguridad lo permitiesen⁴ y fueran reemplazados por cilindros en kilogramos.

En el año 2020, mediante el Decreto Supremo 009-2020-EM se realizaron modificaciones al Reglamento. En el año 2021, se volvieron a realizar modificaciones en ciertos artículos en razón del Decreto Supremo 019-2021-EM. Finalmente, para el 2024, se planteó una nueva modificación mediante la Resolución Ministerial N° 122-2024-MINEM/DM. Dicha norma dispuso la publicación del Proyecto de Decreto Supremo que aprobaría la modificación del artículo 45 del Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo.

II.2 Antecedentes del caso

Con el objetivo de poder realizar un análisis profundo de la Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI, es importante poder conocer quiénes fueron las partes intervinientes y las razones que motivaron la denuncia interpuesta, por un lado y la defensa realizada, por otro.

En primer lugar, tenemos a la Asociación Gas LP Perú (en adelante Gas LP), conformada por un conjunto de empresas envasadoras y comercializadoras de GLP siendo algunas de sus asociadas las empresas **Lima Gas S.A., Repsol YPF Comercial del Perú S.A., Zeta Gas Andino S.A., Llama Gas S.A., Peruana de Combustibles S.A. - PECSA, y el Grupo Costa Gas, conformado por las empresas Costa Gas S.A., Piura Gas S.A., Nor Gas S.R.L. y Chiclayo S.A.C.**

Gas LP interpuso la denuncia en contra de la denunciada alegando que la denunciada habría infringido el Decreto Ley 26122, Ley de represión de la Competencia desleal (hoy Decreto Legislativo 1044), en las siguientes modalidades: actos de confusión, explotación de la reputación ajena, violación de normas y cláusula general.

En segundo lugar, tenemos a la empresa Envasadora Alfa Gas S.A. (en adelante Alfa Gas), empresa envasadora y comercializadora de GLP y que no forma parte de ninguna asociación como son la Asociación de empresas envasadoras de gas (ASEEG), Gas LP y Sociedad Nacional del Gas (SNG).

Alfa Gas alegó como defensa que ella no habría infringido la normativa en materia de competencia desleal toda vez que habría cumplido con la reglamentación emitida por el órgano fiscalizador, como era el OSINERG, hoy OSINERGMIN, y que, cabe precisar que, Gas LP a través de ciertas empresas asociadas, habrían puesto trabas para que se dé el total

⁴ El segundo párrafo del artículo 46 del Reglamento de Comercialización de gas licuado de petróleo señala que “estará permitida la comercialización de GLP en cilindros rotulados en libras que hayan sido introducidos en el mercado al 31 de diciembre de 1993, hasta su retiro para su destrucción por desgaste o fallas (...)”.

cumplimiento de la normativa: canje de cilindros. Asimismo, refirió que cumplió con informar al órgano fiscalizador y que fue este quien no actuó conforme a sus competencias y no sancionó, por ejemplo, a Repsol, empresa perteneciente a Gas LP. Sumado a ello, detalló que la autoridad en materia de competencia desleal, la Secretaría Técnica, no realizó un análisis correcto y no advirtió que, en realidad, quienes habrían cometido infracciones habrían sido ciertas empresas asociadas de Gas LP y no la empresa denunciada.

II.3 Denuncia realizada por Gas LP en contra de Alfa Gas

El 30 de enero de 2004, Gas LP formuló denuncia administrativa contra Alfa Gas por la comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de actos de confusión (artículo 8), explotación de la reputación ajena (artículo 14) y violación de normas (artículo 17), infringiendo así el Texto único Ordenado (en adelante TUO) del decreto Ley N° 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal. Gas LP solicitó la cesación de los actos infractores a la ley, el comiso de los envases utilizados ilegalmente y la imposición de una multa no menor de 50 UITs.

Gas LP señaló que Alfa Gas había infringido los artículos 47 y 49 del Decreto Supremo N° 01-94-EM, Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo al envasar GLP en cilindros rotulados por otras empresas envasadoras, pintándolos con su color identificador y/o signo distintivo para, luego, comercializarlo sin que medie un acuerdo previo de corresponsabilidad con otras empresas envasadoras.

El 11 de febrero de 2004, Gas LP presentó ampliación de denuncia y solicitó que se considere el supuesto de cláusula general debido a que no se consideraron precedentes los supuestos de acto de confusión y explotación de la reputación ajena.

El 13 de febrero de 2004, mediante Resolución N° 1, la Comisión admitió a trámite la denuncia. Asimismo, requirió tanto de Alfa Gas como de Gas LP información y documentación que acredite los canales que utilizan para la comercialización de GLP y la cantidad de cilindros en stock. Respecto a Alfa Gas, adicionalmente le solicitó, la fecha de inicio de actividades y el volumen de ventas de GLP desde enero del 2003 a la fecha de la notificación de la resolución N° 1.

Respecto del stock de cilindros, con fecha 25 de febrero de 2004, Gas LP informó que el estimado era de 1.5 cilindros de las ventas mensuales de GLP.

El 21 de mayo de 2004, el Área de Fiscalización del INDECOPI realizó la visita al local de la empresa Alfa Gas y se hallaron cilindros que se encontraban rotulados, pintados con el color característico y/o que contenían los signos distintivos de terceras empresas (asociadas de Gas LP) con las que Alfa Gas no tenía firmado Acuerdo de corresponsabilidad. Se procedió a ejecutar la medida cautelar que implicó el comiso preventivo de seiscientos ochenta y siete (687) cilindros de 10kg, llenos de GLP los cuales fueron trasladados a un depositario designado.

El 24 de mayo de 2004, Alfa Gas interpuso recurso de apelación contra la medida cautelar ordenada a favor de Gas LP. Sustentó su solicitud indicando que Alfa Gas habría seguido lo establecido por el D.S. 01-94-EM, esto es, comunicar a las empresas envasadoras que contaban con cilindros que eran de su propiedad para proceder con el sistema de canje; no obstante, a pesar de haber enviado cartas notariales y reiterativos, el canje no se pudo concretar por responsabilidad de las terceras empresas. Asimismo, Alfa Gas sustentó el pedido alegando que habría comunicado aquella conducta por parte de las terceras empresas al organismo fiscalizador: OSINERG (hoy OSINERGMIN), pero que el mismo no habría efectuado acción alguna.

Alfa Gas solicitó se declare infundada la denuncia pues de acuerdo a lo que refiere, ella nunca comercializó su producto sin su color distintivo. Sumado a ello, alegó que la Secretaría Técnica de Indecopi incorporó como prueba plena un informe⁵ remitido por la Dirección general de Hidrocarburos de una tercera empresa (Informe N° 027-2004-EM/DGH) con la cual Alfa Gas no tiene ninguna relación. Es de precisar que el mencionado informe se dio en respuesta a tres cuestiones que la Secretaría Técnica había solicitado a la DGH:

- 1) Si los hechos denunciados infringen lo prescrito por el Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo,
- 2) Si la propiedad de los envases en kilos y libras, es relevante para determinar si existió una trasgresión al referido reglamento y,
- 3) Como se determina la propiedad de los envases de Gas Licuado de Petróleo rotulados en kilos y en libras.

Empero, la DGH sostuvo en el informe que había dos posiciones antagónicas⁶ respecto del canje de cilindros, problemática existente que se venía estudiando a fin de poder dar una solución. Asimismo, mediante Oficio N° 651-2004-EM/DGH, la DGH señaló que la problemática del tema, así como dar respuesta a las cuestiones mencionadas anteriormente, justificaba una reunión de coordinación. La Secretaría Técnica solicitó⁷ a la DGH pronunciarse respecto a la relevancia de la propiedad de los cilindros para determinar transgresión al Reglamento, a lo que la DGH respondió⁸ indicando: "la propiedad de los cilindros en kilos y libras no es relevante para determinar si existió transgresión del reglamento de comercialización de GLP".

Además, Alfa Gas presentó una solicitud de reconvenición del proceso en contra de Gas LP por ser esta última, de acuerdo a Alfa Gas, la que habría cometido actos de competencia desleal. En relación a ello, La Comisión, mediante Resolución N° 7, de fecha 24 de setiembre de 2004, declaró improcedente dicha solicitud pues las pretensiones de la denuncia en contra

⁵ Gas LP en contra de Colpa Gas S.A.C.

⁶ Se propone por un lado la eliminación del canje de cilindros porque implica mayores inversiones a las empresas pequeñas. Por otro lado, se propone mantener el sistema de canje de cilindros toda vez que es el punto de inicio a un cambio de sistema: sistema de propiedad/responsabilidad sobre los cilindros.

⁷ Mediante Oficio N° 063-2004-CCD-INDECOPI

⁸ Mediante Oficio N° 830-2004-EM/DGH

de Alfa Gas y la réplica no se habrían contrapuesto⁹; siendo así, se precisó que Alfa Gas tendría el derecho a formalizar una denuncia nueva en contra de la Gas LP por actos de competencia desleal ante la Comisión.

II.4 Resolución de la Comisión de la Defensa de la Competencia desleal

El 22 de octubre de 2004, la Comisión de Represión de la Conducta Desleal del INDECOPI, mediante la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI, declaró fundada en parte la denuncia interpuesta por Gas LP en contra de Alfa Gas, por actos de competencia desleal en el extremo de violación de normas.

Respecto a los extremos por presunta comisión de actos de confusión y actos de explotación ajena, declaró infundado. De acuerdo a la Comisión¹⁰:

Aplicando al presente caso el criterio antes mencionado, se aprecia que en el presente caso no existe riesgo de confusión toda vez que en el mercado de GLP, el consumidor adopta su decisión de consumo antes de apreciar el cilindro en el que viene envasado el GLP adquirido. Puede verse entonces que el consumidor solo apreciará el color y el signo de la empresa afectada una vez que ya ha adquirido el GLP de la presunta empresa infractora con lo cual la posibilidad de que dichos elementos generen algún riesgo de confusión resulta remota..

Al respecto, habiéndose descartado la existencia de un riesgo de confusión en el presente caso, no resulta posible que se dé el supuesto de aprovechamiento de la reputación ajena, toda vez que la Comisión considera que los actos denunciados no son idóneos para que la denunciada se aproveche de la reputación ajena de las empresas posiblemente afectadas con la conducta denunciada.

La Comisión amparó su decisión de declarar fundada la denuncia en el extremo de violación de normas, en primer lugar, porque los hechos denunciados no constituyeron un supuesto de competencia prohibida toda vez que el envasado y la comercialización de GLP es una actividad permitida y regulada por el Decreto Supremo N° 01-94-EM. En segundo lugar, la Comisión concluyó que Alfa Gas incurrió en infracción al incumplir las normas dispuestas en los artículos 47 y 49 del Reglamento de comercialización de GLP pues se verificó que un número de cilindros rotulados por terceras empresas habían sido repintados con el color y el signo distintivo de la empresa Alfa Gas y que otros cilindros habían sido utilizados sin haber modificado la apariencia. Es preciso mencionar que, los cilindros que fueron utilizados llevaban el rótulo de empresas con las cuales Alfa Gas no tenía ningún acuerdo de corresponsabilidad que permitiera dicho actuar. La Comisión concluyó que la realización de la conducta prohibida implicó contravenir el Reglamento de Comercialización de gas Licuado de Petróleo;

⁹ Los fundamentos de hecho de las pretensiones contenidas en la denuncia y en la réplica se refieren a diferentes imputaciones, dado que tienen como objeto diferentes conductas que no se encuentran relacionadas entre sí de modo implicante o necesario, por lo que las pretensiones no se resisten ni se oponen mutuamente.

¹⁰ Capturas extraídas de la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI (pág. 9-11)

conclusión que vio confirmada con el Informe N° 027-2004-EM/DGH y el Oficio N° 830-2004-EM/DGH que señaló que la propiedad de los cilindros no es relevante para analizar la comisión de la infracción. Finalmente, la Comisión concluyó que Alfa Gas¹¹:

Así, habiéndose comprobado que la denunciada utilizó indebidamente seiscientos ochenta y siete (687) cilindros de gas licuado de petróleo, la Comisión considera que la denunciada ha obtenido una ventaja competitiva significativa e ilícita, la cual se traduce en la eliminación del costos de mantenimiento de los cilindros utilizados, en la eliminación del costo del control de calidad y seguridad que tendría que hacer de los balones de gas, en el aprovechando indebido de los gastos que por tal concepto hacen sus competidores, en la eliminación de los costos de reposición de su stock y, en la disminución del monto de inversión en envases necesarios para la comercialización de gas.

Adicional a lo mencionado, la Comisión sancionó a Alfa Gas con una multa que ascendió a las veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Como medidas complementarias, se ordenó el cese inmediato y definitivo de la conducta; es decir, la comercialización de GLP haciendo uso de cilindros de terceras empresas con las que no se haya firmado acuerdos de corresponsabilidad. La otra medida fue la ordenar la realización del canje de los cilindros incautados durante la inspección del 21 de mayo de 2004 en las instalaciones de la Alfa Gas.

II.5 Nulidad de la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI

El 08 de noviembre de 2004, Alfa Gas interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI, de fecha 22 de octubre de 2004.

Alfa Gas sustenta su recurso en la abierta parcialización a favor de Gas LP, así como la inclusión de informes falsos de la DGH para tomar su decisión. Refiere que la decisión de la Comisión contraviene el debido proceso, la Constitución Política del Perú y la Ley 24777 – Ley de Procedimiento administrativo general.

Asimismo, refiere que no se realizó un análisis exhaustivo pues, según menciona Alfa Gas, quienes habrían cometido competencia desleal sería Gas LP y, para culminar, que no corresponde imputarles a Alfa Gas la infracción por violación de normas ya que el requisito de ventaja significativa no se ha dado por parte de la denunciada.

Por su parte, el 14 de marzo de 2005, Gas LP presentó un escrito y solicitó que la Sala declare infundado el recurso y declare fundada la denuncia en contra de Alfa Gas en los supuestos de actos de confusión, explotación de la reputación ajena, cláusula general y violación de normas. Respecto a los argumentos dados por Alfa Gas, alegó lo siguiente. En primer lugar, Alfa Gas no aportó ningún medio probatorio que acredite la supuesta abierta parcialización a favor de la denunciante. En segundo lugar, Gas LP no es

¹¹ Captura extraída de la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI (pág. 17)

una empresa, no realiza actividades económicas; es una asociación cuyo propósito es defender los intereses de sus asociadas. Por tanto, no le son aplicables las disposiciones de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En tercer lugar, Alfa Gas no ha demostrado que los documentos¹² dados por la DGH hayan sido falsos y que la decisión de la Comisión se haya fundamentado en los informes de la DGH, los mismos que no son vinculantes. Al contrario, la decisión se basó en los argumentos de ambas partes más las pruebas actuadas. Finalmente, Alfa Gas sí habría obtenido una ventaja de carácter significativa pues, de acuerdo a la Comisión¹³:

Así, habiéndose comprobado que la denunciada utilizó indebidamente seiscientos ochenta y siete (687) cilindros de gas licuado de petróleo, la Comisión considera que la denunciada ha obtenido una ventaja competitiva significativa e ilícita, la cual se traduce en la eliminación del costos de mantenimiento de los cilindros utilizados, en la eliminación del costo del control de calidad y seguridad que tendría que hacer de los balones de gas, en el aprovechando indebido de los gastos que por tal concepto hacen sus competidores, en la eliminación de los costos de reposición de su stock y, en la disminución del monto de inversión en envases necesarios para la comercialización de gas.

En el referido escrito, Gas LP solicitó que la Sala se pronuncie respecto del supuesto de infracción a la cláusula general ya que Alfa Gas, al haber utilizado cilindros que no son de su propiedad o que estaban rotulados por terceras empresas envasadoras con las que no mediaba acuerdo de corresponsabilidad alguno, habría actuado de forma desleal. La Comisión señaló que¹⁴:

Por otro lado, una empresa envasadora que emplea cilindros rotulados por otras sin contar con un acuerdo de corresponsabilidad, genera una serie de distorsiones en la estructura de costos de éstas últimas, costos que son aprovechados por la empresa infractora a su favor y que, paralelamente, no obtiene como resultado de su actividad productiva y mercantil, sino del uso de cilindros en los que invirtieron sus competidores.

II.6 Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia desleal

El 18 de mayo de 2005, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI confirmó la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI en el extremo apelado en que declaró fundada la denuncia por actos de competencia desleal prescritos en el artículo 6 y 17 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

De acuerdo al Tribunal, la consulta¹⁵ realizada a la DGH se encuentra dentro de las facultades que tiene Indecopi¹⁶. Asimismo, dicha consulta efectuada por la Secretaría Técnica buscó conocer los alcances de las normas del

¹² El Informe N° 027-2004-EM/DGH

¹³ Captura extraída de la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI (pág. 17)

¹⁴ Captura extraída de la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI (pág. 17)

¹⁵ Caso Asociación GLP en contra de Colpa Gas S.A.C.

¹⁶ Art 1 y Art 3 del DL. N° 807 – Ley sobre facultades, normas y organización del INDECOPI

Reglamento de Comercialización de GLP para así poder interpretar el sentido de las normas que regulan la comercialización de GLP en cilindros. Todo ello con el propósito de que la Comisión forme su decisión.

Respecto a la infracción por violación de normas, la Sala indicó que¹⁷:

En el caso, no se ha demostrado que los cilindros en kilogramos con el rótulo de otras empresas que fueron encontrados en la inspección realizada en el local de Alfa Gas, hubiesen sido entregados en propiedad por tales empresas a los consumidores. En tal sentido, no puede considerarse que la propiedad de tales cilindros fue transferida a los consumidores y luego a Alfa Gas al entregar en canje los envases, como afirma esta última.

Por tanto, el que Alfa Gas haya envasado y repintado cilindros con el rótulo de otras empresas sin haber acreditado la transferencia de propiedad ni la existencia de un acuerdo de corresponsabilidad corrobora que Alfa Gas sí infringió la normativa respecto a la comercialización de GLP. Asimismo, respecto de la ventaja competitiva, la Sala concordó con la Comisión en que¹⁸:

En el caso materia de denuncia, esta Sala concuerda con la Comisión en que Alfa Gas dejó de asumir los costos de mantenimiento y seguridad exigidos por la normatividad del sector hidrocarburos al hacer un uso ilícito de balones de gas rotulados por las empresas integrantes de la Asociación GLP, a las cuales terminaba trasladando tales costos, en la medida que se limitaba a utilizar los envases que correspondían a tales empresas.

Respecto a infracción en las modalidades de actos de confusión y explotación de la reputación ajena, la Sala concluyó que no verificó el riesgo de confusión y, por tanto, no se verificó explotación de la reputación ajena.

La Sala, en razón del principio de razonabilidad, modificó la multa sancionando a Alfa Gas con una multa de 08 unidades impositiva tributarias (UIT) y confirmó las medidas complementarias impuestas. Asimismo, modificó el precedente de observancia obligatoria aprobado en la Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI.

IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

El haber identificado los hechos más relevantes del caso permite advertir los siguientes problemas jurídicos:

- A. Primer problema jurídico principal: Determinar la deficiencia normativa del Decreto Supremo 01-94-EM
- B. Segundo problema jurídico principal: Determinar la incorrecta aplicación de la norma por parte de Indecopi

¹⁷ Captura extraída de la Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI (pág. 15)

¹⁸ Captura extraída de la Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI (pág. 15)

- a) Primer problema secundario: Determinar si correspondía otorgar la medida cautelar en favor de Gas LP.
- b) Segundo problema secundario: Determinar si se cometió la infracción en la modalidad de violación de normas.

CUESTIONES GENERALES

Gas Licuado de Petróleo

El GLP es “un hidrocarburo compuesto por propano, butano, propileno y butileno, o mezcla de los mismos en diferentes proporciones, que, combinada con el oxígeno en determinados porcentajes, forman una mezcla inflamable”¹⁹.

Es utilizado como combustible a nivel residencial (doméstico), comercial, industrial y automotriz. Por las características de baja contaminación, el GLP ha reemplazado fuentes de energía menos eficientes y más contaminantes como el kerosene y la gasolina, de uso recurrente en los hogares y en los automóviles, respectivamente, convirtiéndose, hoy por hoy, en el combustible de mayor uso a nivel de los hogares y de los vehículos. “La facilidad con la que el GLP puede ser envasado en estado líquido y pasar al estado gaseoso al salir del recipiente que lo contiene, hace que pueda ser transportado hacia prácticamente todos los rincones del país”²⁰. De acuerdo a la Sociedad Peruana de Gas Licuado (SPGL), “más de 7 millones de hogares (28 millones de personas) están usando balones de GLP en sus cocinas”²¹.

Su utilización a nivel residencial se da mediante balones o cilindros en estricto cumplimiento de la normativa técnica tanto para su fabricación como para su mantenimiento²².

¹⁹ Decreto Supremo 01-94-EM

²⁰ Alerta económica – recuperado de <https://alertaeconomica.com/el-caso-del-balon-de-gas-licuado/>

²¹ Rumbo Minero Internacional – revista digital – recuperado de <https://www.rumbominero.com/peru/balones-de-gas-para-uso-domestico/>

²² Captura extraída de Análisis de Impacto Regulatorio Propuesta para mejorar la seguridad en la comercialización de los cilindros para Gas Licuado de Petróleo. Osinergmin (pág. 10)

NTP 350.011-1: establece que los cilindros deben contar con la siguiente información rotulada: nombre o símbolo del fabricante, año de fabricación, número de la NTP y año de aprobación, contenido neto nominal en Kg de GLP, tara real del cilindro, presión máxima de trabajo y número de serie. Es obligación de las empresas envasadoras consignar y verificar dicha información en cada cilindro de GLP que envasan en sus instalaciones (sea porque tiene su signo distintivo o porque cuenta con acuerdo de corresponsabilidad). Asimismo, establece los requisitos mínimos de fabricación, referidos al material, diseño, construcción, marcado y ensayos que deben cumplir los cilindros destinados al almacenaje y transporte de GLP.

NTP 350.011-2: establece que el recipiente de GLP debe ser objeto de inspección externa a la primera recepción antes de ser vuelto a llenar con GLP y debe ser objeto de inspección interna y sometido al ensayo de presión hidrostática después de vencido un período de diez (10) años, contado a partir de la fecha de fabricación o de la última reparación o inspección interna.

Cadena de comercialización de Gas Licuado de Petróleo

De acuerdo al documento de trabajo titulado El Mercado del GLP en el Perú: Problemática y Propuestas de Solución, la cadena de comercialización del GLP incluye a todos los actores que llevan a cabo las acciones necesarias para que el GLP llegue a los consumidores finales. Estas acciones abarcan la importación, producción, almacenamiento, envasado, transporte y venta del producto (2011, p. 20). En el caso del GLP en cilindros la cadena contempla a los siguientes agentes:

- Productores / importadores: producen GLP a partir del procesamiento de hidrocarburos, compran el GLP al mercado extranjero.
- Plantas envasadoras: almacenan el GLP sea para envasarlo en cilindros o para comercializarlo a granel.
- Distribuidores de GLP: adquieren el GLP envasado y lo distribuyen en los diferentes puntos de venta.
- Locales de venta de GLP: compran el GLP de los distribuidores y lo venden a los consumidores finales.

Sistema de Comercialización de gas licuado de petróleo en cilindros en Perú

El comercio de GLP en cilindros, en el ámbito peruano, implica dos relaciones. La primera de ellas tiene como participantes a las empresas que ofrecen el suministro. Cada empresa envasadora, como parte de sus activos, cuenta con un parque de cilindros; dicha cantidad de cilindros ingresa al circuito de comercialización de GLP. Las empresas envasadoras compiten entre ellas. La segunda relación tiene como protagonistas a las empresas envasadoras y a los consumidores. Los consumidores, en razón del segundo párrafo del artículo 50 del D.S. 01-94-EM, tienen el derecho de canjear los cilindros rotulados en kilogramos o en libras de una empresa envasadora con los de cualquier otra empresa envasadora formalmente inscrita y autorizada para participar de esta actividad económica.

Por la relación que hay entre empresas envasadoras y consumidores es que las empresas reciben cilindros rotulados con los nombres de terceras empresas. Contrariamente a lo que se daba antes, conforme al reglamento de comercialización de GLP del año 1994, las envasadoras están prohibidas de realizar el llenado en balones que no les pertenezcan o que estén rotulados, con signo y color identificatorio de otras empresas envasadoras. Para no incurrir en incumplimiento de la norma, se les ha dado dos opciones:

En la primera, las empresas envasadoras pueden intercambiar (canjear) entre ellas los cilindros que tienen en su poder y no les pertenecen. Por la naturaleza de cómo se comercia GLP en balones, las empresas tienen, al final del día, en sus locales balones con rótulos de diferentes empresas. Entonces, corresponde comunicar a dichas empresas que se cuentan con balones que les pertenecen para poder coordinar con ellas el canje de los mismos.

En la segunda, las empresas no realizan el canje, sino que firman un acuerdo de corresponsabilidad con otras empresas envasadoras. Este acuerdo implica que al recibir cilindros de GLP que lleven un rótulo distinto al de la empresa, por el acuerdo, la empresa receptora puede utilizar el balón; es decir, hacerle la revisión, el mantenimiento de ser necesario, el pintado y el llenado del gas para luego comercializarlo. El acuerdo autoriza a las empresas receptora, entre sí, a utilizar los cilindros sin que se incurra en ninguna falta.

ANALISIS DE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: Determinar la deficiencia normativa del Decreto Supremo 01-94-EM

Comercialización de GLP antes del Decreto Supremo 01-94-EM

“En el Perú, la gestión del sector energético se realiza, principalmente, a través del Ministerio de Energía y Minas (MEM) y de Osinergmin. El primero elabora la política y los lineamientos que deben cumplir los agentes del sector y, el segundo, regula precios, supervisa y fiscaliza las normas de seguridad de las industrias energética y minera” (OSINERGMIN, 2017, p.5). En un primer momento, el comercio del gas se daba mediante balones en libras²³. Al ser un mercado riesgoso por la naturaleza del suministro y con el propósito de otorgar y brindar mayor seguridad para los usuarios es que la autoridad competente reglamentó la comercialización de GLP. Inicialmente, en el año 1991, se creó el Reglamento para la Comercialización y Transporte de Gas licuado de petróleo, aprobado mediante el Decreto Supremo 020-91-EM-VME, en el cual se identificaban los cilindros en libras. Un año más tarde, el Decreto Supremo 016-92-EM predijo la incorporación al mercado de GLP de

²³ En esas épocas, los únicos cilindros que se utilizaban para el envasado de GLP eran los de 24 y 100 libras.

cilindros en kilogramos. En consecuencia, el mercado de GLP comenzó a funcionar tanto con cilindros en libras (en mayor cantidad) como en kilogramos. Esta norma fue derogada por el Decreto Supremo 033-93-EM, norma que aprobó el sistema de comercialización de cilindros para gas licuado de petróleo. Mediante este decreto supremo se estableció que los consumidores tenían la propiedad de los cilindros que compraban, así también, las empresas envasadoras eran dueñas de los suyos. Sumado a ello, se determinó que las envasadoras debían garantizar la seguridad de sus envases, sean de su propiedad o de propiedad de los consumidores.

En ese contexto, era fundamental que las empresas encargadas del envasado asuman la responsabilidad de garantizar que los cilindros estuvieran en perfectas condiciones para su utilización. Sin embargo, la realidad del sector reveló un incumplimiento de esta obligación. Una característica importante fue la homogeneidad²⁴ de los cilindros; por ella se dificultó la identificación del responsable. Este escenario se agravó porque no existía un sistema que indique a qué empresa pertenecían los cilindros, lo que complicó aún más la asignación de responsabilidades en cuanto a su mantenimiento y repercutió en la seguridad de estos envases. Fue en ese contexto que se motivó la implementación de acciones por parte de las autoridades pertinentes.

Decreto Supremo 01-94-EM

La reglamentación del sistema de comercialización de GLP, dada mediante Decreto Supremo 01-94-EM, constituyó un “hito en las condiciones de comercialización de GLP (...). Se pasó de un sistema denominado de ‘parque único’ (en el que los cilindros de acero en los que se envasaba GLP eran de libre intercambio) a un sistema de asignación de responsabilidades y titularidades” (Fernández Maldonado, 2006, p. 150). Así, las empresas envasadoras serían propietarias de los balones en kilos y responsables de los de libras. De acuerdo a Fernández Maldonado, “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 este un combustible, el deterioro de sus envases podría ser causa de graves accidentes en su transporte, manipulación o uso” (2006, p. 151).

El incentivo que contempló la autoridad fue la asignación de titularidad. Se entendió que, siendo dueñas de envases en kilogramos²⁵, tendrían el aliciente para salvaguardar las condiciones de los cilindros y, por ende, proteger a los consumidores. Siendo propietarias de sus cilindros en kilos y responsables de aquellos en libras que tuvieran su rótulo y color

²⁴ Los cilindros no se diferenciaban; eran recipientes de acero que no llevaban ningún rótulo que indicara qué empresa realizó el envasado de GLP.

²⁵ Con el Decreto Supremo 01-94-EM, la comercialización de GLP se dio exclusivamente en cilindros en kilogramos. No obstante, se permitió utilizar los cilindros en libras que hubiesen sido incorporados hasta el 31 de diciembre de 1993.

identificadorio, invertirían en el mantenimiento, reparación y reemplazo de los cilindros inservibles. Esto es claro toda vez que nadie cuida lo que lo no le pertenece. Trasladando a palabras de Bullard (2010): “si el beneficio de mi acción se traslada a terceros, no existe motivo para desarrollar la actividad” (p. 154).

Y es esperado que conceder la titularidad de los balones a las empresas envasadoras tenga un impacto positivo y significativo en la inversión que estas realizan en el mantenimiento y seguridad de sus envases. Al ser los cilindros de su propiedad, las empresas tienen un interés directo en garantizar su óptimo estado, lo que las motiva a destinar recursos adecuados para su cuidado. Esta propiedad exclusiva no solo asegura que los cilindros sean utilizados únicamente por la empresa envasadora, sino que también genera incentivos para que los costos de transacción invertidos se alineen con las externalidades positivas que resultan de un mejor mantenimiento. En otras palabras, las envasadoras tendrán claro que el dinero invertido en sus cilindros, sea para la fabricación, revisión y el mantenimiento, será aprovechado por ellos mismos. No cabe duda que si un cilindro se fabrica acorde a la normativa técnica, es revisado cuando regresa al local después de haber estado en posesión de un consumidor y cuando recibe el tratamiento adecuado, los cilindros se conservarán en buenas condiciones lo cual desencadena en una mejor apreciación de la marca por parte del público consumidor que se traduce en fidelización con sus clientes y captación de nuevos clientes. En consecuencia, se promueve una conducta en la cual la inversión en las buenas condiciones y seguridad del cilindro trae beneficios tanto a favor de las empresas envasadoras como de los consumidores, garantizando, de esta manera, un mercado más eficiente y seguro.

Mercado de GLP con la vigencia del Decreto Supremo 01-94-EM

Si bien el objetivo que tenía el reglamento de comercialización de GLP era garantizar la eficiencia en el mercado que se traduzca en la seguridad de los cilindros y, por ende, en la seguridad de los consumidores, la realidad se ha encargado de demostrar un escenario distinto.

En primer lugar y acorde a lo reglamentado, las empresas envasadoras debían rotular los cilindros en libras sin rotular y pintar con su color identificadorio; asimismo, los cilindros en kilogramos²⁶. De esta manera, y de acuerdo con lo que se contempló, los cilindros con el rótulo, signo, número de serie, fecha de rotulación y color identificadorio de una empresa envasadora determinaba, por un lado, que ese cilindro era de su propiedad²⁷ y, por otro lado, que esa empresa era la responsable de la seguridad del envase. Empero, en el mercado, existían gran cantidad de cilindros con rótulos de diferentes empresas y, no necesariamente, todos pertenecían a la envasadora del rótulo. Un número de cilindros eran de propiedad de las envasadoras, otra cantidad era de los

²⁶ Artículo 47 Decreto Supremo 01-94-EM

²⁷ Para el caso de los cilindros en kilogramos

consumidores²⁸ que lo adquirieron en compra-venta (antes de la vigencia del D.S. 01-94-EM y posterior a él) y otros se encontraban en el circuito al haber ingresado de manera informal. En ese sentido, se quiebra, claramente, la afirmación de que las envasadoras son dueñas exclusivas de los balones en kilogramos pues como se puede advertir la propiedad la pueden decantar diferentes personas, naturales y jurídicas.

Además, el atribuir la propiedad del cilindro en razón del rótulo también es una afirmación carente de verdad debido a que el rótulo no determina propiedad²⁹. El día a día evidencia que una empresa puede tener cilindros que se encuentren rotulados con su nombre y, efectivamente, sean de su propiedad – por ejemplo, porque forman parte de sus activos fijos; así también, una persona natural puede tener en su domicilio un cilindro con el rótulo de una empresa X y pertenecerle a esta empresa en el caso que haya sido entregado en calidad de comodato. Sin embargo, puede ocurrir lo contrario, es decir, que un cilindro con el rótulo de una empresa determinada no le pertenezca a ella sino a otra empresa o a un consumidor. El primer caso ocurriría cuando una empresa X recibe un cilindro Y, en respuesta al derecho que tiene el consumidor de obtener el suministro de gas de cualquier envasadora o distribuidora, con la acotación de que el cilindro Y sea de propiedad del consumidor y que el cilindro X haya sido intercambiado con el cilindro Y bajo la modalidad de permuta. El segundo caso ocurriría en el supuesto que el consumidor no tenga ningún balón vacío que entregar al comprar el gas; en ese caso, el consumidor adquiriría el combustible conjuntamente con el envase, ambos, en compraventa. Así, este consumidor se convertiría en propietario absoluto del cilindro. Por tanto, la propiedad no está vinculada exclusivamente al rótulo, como lo señala el D.S. 01-94-EM, sino que hay factores que hacen posible la transferencia de propiedad desde su propietario inicial a un tercero. Esta realidad genera un desorden en cuanto a la identificación del propietario del cilindro, situación que incide en la dificultad para poder determinar a quién se le debe atribuir la responsabilidad del cuidado del balón. Por ende, el objetivo de la norma que es brindar seguridad a los consumidores respecto a las condiciones de los balones se torna más complejo.

En segundo lugar, el comerciar GLP también está impregnado de la informalidad en cuanto a los envases. Según señala Osinergmin en el Análisis de Impacto Regulatorio - Propuesta para mejorar la seguridad en la comercialización de los cilindros para gas licuado de petróleo del año 2018, un problema permanente es la incorporación informal de cilindros dadas de tres maneras: La primera, cilindros que fueron fabricados a petición de las empresas envasadoras pero fueron rechazados por no seguir la norma técnica establecida. En este caso, corresponde que las

²⁸ No hay prohibición legal que limite la transferencia de propiedad de los cilindros desde los agentes que comercian GLP hacia los que consumen el hidrocarburo. Es más, la realidad nos muestra que los consumidores pueden adquirir en compraventa el cilindro más el contenido pagando un monto por cada uno de ellos.

²⁹ El artículo 47 del D.S. 01-94-EM establece 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”.

empresas fabricantes destruyan los respectivos cilindros, no obstante, lo que ocurre, a veces, es que dichos envases son vendidos a otras empresas y de esa manera ingresan al circuito. La segunda, cilindros fabricados con la marca de la empresa sin que la empresa envasadora lo haya solicitado. En este supuesto lo que ocurre es que una empresa envasadora solicita la fabricación de un número determinado de cilindros; ante ello, lamentablemente, hay empresas fabricantes que fabrican un número mayor, con las mismas especificaciones y rotulando en alto relieve el cilindro. Este excedente de cilindros es vendido en el mercado informal a terceras empresas que los incorporan al mercado de GLP. La tercera, cilindros de contrabando provenientes de países vecinos que ingresan por las fronteras y se suman al parque de balones ya existentes en el país.

Ahora, esos cilindros del mercado informal se mezclan con los formales, dificultando aún más la identificación de la propiedad de los mismos. Aunado a esa realidad, se tiene “la libre intercambiabilidad³⁰ acompañada del sistema de canje³¹ entre las empresas envasadoras, ambos regulados en el reglamento. Desafortunadamente, el derecho que tiene el consumidor de poder adquirir el gas entregando un cilindro vacío de cualquier empresa envasadora y la obligación que tienen las empresas de canjear los cilindros no ha tenido el efecto esperado. El consumidor no tiene impedimentos para poder adquirir el combustible de cualquier empresa las veces que desee, sea bajo permuta o comodato. No obstante, las empresas envasadoras deben canjear los cilindros que no les pertenecen ya que solo pueden envasar en cilindros que sean de su propiedad. Ese menester del canje que, aparentemente, es la solución para poder tener cilindros que sean de la propiedad de la envasadora, y así garantizar la seguridad de los envases, no ha logrado su objetivo. Las empresas envasadoras, a pesar de ser propietarias de sus cilindros, no siempre tienen el incentivo de invertir en la seguridad de los cilindros ya que no saben el destino que tendrá su cilindro una vez ingrese al circuito pues, como se ha señalado líneas arriba, una vez que ingresa al circuito se apertura una gama de posibilidades. Además, que, la posibilidad de entregar el envase no solo en comodato sino también en permuta, así como adquirirlo en compraventa u otra forma de transferencia de propiedad hace que el retorno de ese cilindro a la empresa que inicialmente lo ingresó al mercado de GLP sea incierto. Así también, no se debe dejar de lado que, el sistema de canje no garantiza que las empresas envasadoras recuperarán sus cilindros pues no existen lugares de canje autorizados y canjearlos directamente se torna difícil porque no siempre se logran dar los acuerdos (p. 11,12).

³⁰ El artículo 50 del D.S. 01-94-EM establece que “los usuarios que hayan recibido cilindros en kilogramos o en libras de una determinada empresa envasadora tiene derecho a canjearlos con lo de otras empresas envasadoras”.

³¹ El artículo 52 del D.S. 01-94-EM establece que “de no existir acuerdo contractual de corresponsabilidad, es responsabilidad de las empresas efectuar entre ellas el intercambio de los cilindros rotulados que tengan en su poder y que no les corresponda, sea directamente o por medio de un centro de canje autorizado”.

En términos simples, la asignación de titularidad de los envases en kilos a favor de las empresas que se encargan del llenado del gas y la informalidad existente, no han permitido que se cumpla con el objetivo de la norma: atribuir responsabilidad respecto del tratamiento de los cilindros y mejorar las condiciones de seguridad de los envases con la finalidad de que los destinatarios finales del suministro aminoren los riesgos de ocurrencia de siniestros.

Fallas de la regulación del 94

Si bien la informalidad es un punto importante a tener en cuenta, es necesario apartarse de ella toda vez que controlar la informalidad existente en el país es una tarea de largo aliento y que no debe constituirse en una excusa que justifique la problemática del sector hidrocarburos. En consecuencia, el propósito del presente informe es ver el tema desde la formalidad. Es legal y normativamente cierto que las envasadoras son dueñas de los envases en kilos, pero, a nivel material y fáctico, es parcialmente cierto. Un cilindro en kilogramos sí puede pertenecer a una empresa envasadora toda vez que cuando una empresa ingresa al mercado de comercialización de GLP no solo lo hace con el suministro sino también con el envase pues “la comercialización de GLP envasado requiere la participación conjunta del contenido (GLP) y del envase (cilindro)” (Osinergmin, 2018, p. 6). Tan cierto es lo anterior, como que los consumidores existentes antes de la vigencia del D.S. 01-94-EM y posterior al reglamento, son propietarios de los cilindros que hayan adquirido. Por consiguiente, que se pretenda solo considerar a las empresas envasadoras propietarias de los cilindros es un grave error y no garantiza, según lo muestra el propio mercado, que haya contribuido con mejorar las condiciones de los cilindros y dar seguridad a las personas.

En el año 2014, Osinergmin dio los resultados de las últimas supervisiones de integridad realizadas para cilindros de 10 kg, y señaló que “las empresas envasadoras no pueden acreditar que mantienen actualizados los Registros de cilindros y tampoco que todos los cilindros en comercialización cuentan con certificaciones de cumplimiento de las NTP. Asimismo, se ha identificado que los cilindros no son objeto de una inspección visual antes de su envasado y no se tiene en cuenta el número de reparaciones al que han sido sometidos (...) Se determinó que del parque total de cilindros de GLP de 10kg a nivel nacional solo el 42% se encuentran apto para su comercialización” (p. 11-12). En el año 2016, el Último Informe Técnico de integridad de la División de Supervisión de Hidrocarburos Líquidos de Osinergmin arrojó que, de una muestra de más de 2300 cilindros, un poco más del 40% de los envases guardaban las condiciones necesarias para poder ser utilizados en el comercio de GLP, con lo cual, de ambos resultados se concluyó que más del 50% de cilindros no se encontraban aptos para participar del mercado de comercialización de GLP (p.12).

Como se puede apreciar, después de 20 años de vigencia del reglamento, el propósito no se ha cumplido. Es lamentable que menos

de la mitad de los balones existentes en el mercado garanticen ser seguros para su uso.

Cuatro años más tarde, Osinergmin volvió a plantear la misma problemática; el mercado no se ha corregido a pesar de tener una norma que asigna titularidad bajo el respaldo de que se generan incentivos para que las empresas envasadoras inviertan en la seguridad de los envases; la realidad demuestra todo lo contrario. En palabras de Osinergmin: “Si bien existe el marco legal que hace responsable a las empresas envasadoras del mantenimiento y seguridad de los cilindros que rotulan, en la práctica este marco legal ha sido insuficiente para realizar la trazabilidad de todos los cilindros” (2018, p. 12). En efecto, la trazabilidad se ha convertido en un punto importante a tener en cuenta. Dejando de lado la informalidad, identificar quién es el propietario de un envase es una labor ardua que demuestra que el mercado se encuentra en constante flujo y que para poder regular la conducta humana es necesario realizar un análisis tanto jurídico como conductual; la norma escrita no resuelve nada si no toma en consideración el pasado y el presente de una situación.

La dinámica que plantea el D.S. 01-94-EM es aquel en donde las envasadoras como dueñas de sus balones en kilos, deben rotularlos con su nombre en alto relieve en el cuerpo del cilindro, así como señalar el número de serie, la tara del envase, el año en que fue rotulado y pintado de acuerdo a su color identificador. Mediante el rótulo es que las empresas envasadoras saben qué cilindros son de su propiedad; empero, como se ha indicado líneas arriba, el rótulo no determina la propiedad del cilindro, sino que indica la empresa envasadora que llenó, por primera vez, de GLP el cilindro y, por ende, es la responsable, en principio, de darle el mantenimiento. La propiedad de los cilindros se determina de acuerdo a los registros actualizados que toda empresa envasadora está obligada a tener, de acuerdo con el artículo 54 del reglamento³²; empero el día a día ha demostrado que las empresas no tienen un registro que brinde información veraz. Esta situación debe llevar a preguntar por qué no se mantienen actualizados dichos registros. ¿Es acaso irresponsabilidad de las empresas o es difícil mantener los registros dada la naturaleza del tipo de mercado? Es cierto que no todas las empresas son diligentes y responsables en tener su documentación en regla; sin embargo, también es verdad que el mercado de GLP es uno muy activo. Diariamente, las empresas envasadoras reciben una serie de balones con rótulo correspondiente a su propia empresa y con rótulos de otras envasadoras. Hasta este punto, pareciera que ser más álgido en el control de los cilindros sería la solución, empero, la dificultad radica, como ya lo hemos señalado anteriormente, en que la identificación del propietario de un balón independientemente qué rótulo tenga no es tarea sencilla y, justamente, porque los consumidores ya eran propietarios de los cilindros antes de la vigencia del reglamento e incluso algunos son y

³² El mencionado artículo señala los siguientes registros: “Registro de compra de cilindros rotulados en kilogramos, registro de cilindros rotulados en libras, libro de destrucción de registros, libro de registros de certificado de garantía, registro de cilindros rotulados por terceros”.

seguirán siendo propietarios de sus envases en tanto las envasadoras se los hayan y sigan vendiéndoles el recipiente.

Una vez más, queda comprobado que hacer propietarias exclusivas de los balones (kg) de GLP a las envasadoras no ha sido la solución y no ha tenido el resultado deseado. Ciertamente, el reglamento del 94 no ha cambiado la realidad del mercado de comercialización de GLP ya existente. Por un lado, las empresas envasadoras ya eran propietarias de sus cilindros, aun cuando no era formalmente reconocido, pero sí en los hechos. Aunado a esa idea, cuando las empresas envasadoras intercambiaban sus cilindros con los cilindros del consumidor, seguían siendo propietarias de sus cilindros (los que recibían en el intercambio) porque entre la empresa envasadora y el consumidor se daba una permuta y no un comodato, como la norma establece³³. En efecto, el reglamento expresamente señala que los cilindros son entregados al consumidor en calidad de comodato; sin embargo, en el fondo lo que se da es una permuta. Más allá de lo que diga el reglamento, el mercado demuestra que los consumidores adquieren los cilindros y son propietarios de sus cilindros.

Este escenario es el actual y obedece a que la propiedad no solo es de las empresas envasadoras sino también de los consumidores. Respecto de las empresas, los cilindros son de su propiedad porque forman parte de sus activos con los que participan como agentes económicos; y en el caso de los usuarios que consumen el gas, los recipientes de acero les pertenecen porque no existe prohibición alguna que impida que ellos adquieran un cilindro. Es más, la realidad coloca en evidencia el hecho de que los consumidores, a su primera compra del combustible y al no tener un cilindro vacío, adquieren en propiedad el cilindro de la empresa envasadora. Muestra de ello, en la tienda online de la empresa Llamagas se tiene la opción de adquirir GLP en un cilindro de 10kg al costo de 67 soles; así también, se puede adquirir el contenido más el envase al precio de 165 soles. Con lo cual, se desprende que el precio de cilindro vacío es de 98 soles³⁴.

En conclusión, los artículos del D.S. 01-94-EM encargados de regular el comercio del GLP no han logrado su propósito que implica que la seguridad de los envases sea tal que ocasione la disminución de la ocurrencia de siniestros causados por los cilindros. Si bien el propósito del legislador apuntaba a ordenar el mercado de comercialización de GLP, es claro que eso no ha ocurrido; todo lo contrario, se ha complicado la aplicación del reglamento pues la propiedad no solo la decantan las envasadoras sino también los consumidores; siendo estos últimos los que impactan fuertemente en el circuito. A primera instancia, el otorgarles la titularidad de los envases, desde el análisis económico del Derecho y los conceptos de bienes públicos y privados, podría haber funcionado, pero el tener a los consumidores propietarios lo imposibilita. Desde el

³³ El segundo párrafo del artículo 51 del D.S. 01-94-EM establece que “las empresas envasadoras entregarán en condición de uso a los usuarios los cilindros rotulados en kilogramos”.

³⁴ Recabado de <https://www.limagasdelivery.com/limagastiendaonline>

análisis económico del Derecho, es innegable admitir que quien es dueño de un bien, lo cuida, lo protege e invierte lo que se deba para que este bien siga teniendo utilidad. Así también, cuando un bien es privado genera incentivos para que su titular lo conserve en buenas condiciones, más aún, cuando el bien le genera beneficios. De esa manera los bienes con titulares, es decir, propietarios definidos, genera en ellos una rivalidad que implica que el propietario del bien A disfrute de los beneficios de su propio bien, así como el propietario del bien B haga lo mismo para consigo. De acuerdo con Bullard (2010), la rivalidad se refiere a la imposibilidad de que un mismo bien sea utilizado por otro y la exclusión implica los costos que se requerirán para lograr esa rivalidad. Lo común es que la asignación de derechos de propiedad se otorgue a aquellos bienes que son rivales y tengan bajos costos de exclusión (p. 156). Muy probablemente el legislador entendió que hacer propietarias a las envasadoras implicaría que solo ellas puedan envasar (rivalidad) y que los costos (exclusión) para lograr ello sean bajos. Sin embargo, ello no ha sido así, pues, por un lado, se limita que otra empresa envasadora llene el cilindro, pero por otro, los costos para lograr ello son altos y principalmente porque hay un consumidor propietario que no se puede dejar de lado. La presencia de este consumidor altera la dinámica ya que, si aquél es propietario de un envase determinado, por ejemplo, envase X y lo permuta con la empresa Y, esta última empresa se hará propietaria del envase con rótulo X y podrá envasarlo sin ningún problema ya que es titular de dicho bien. En este ejemplo, se puede apreciar que la empresa X, inicialmente, por la rivalidad, era la única autorizada para el envasado del balón, pero una vez que dicho envase ingresó al circuito y fue vendido al consumidor, este último dispuso libremente del bien ocasionando que la empresa X ya no pueda envasar el cilindro.

En ese sentido, se ve el impacto que tiene que un consumidor sea propietario de un cilindro. Sí, el consumidor no puede envasar, pero su existencia como propietario rompe la dinámica y hace posible que otra empresa pueda envasar el mismo cilindro³⁵.

Para poder comprender mejor cómo funciona la rivalidad y los costos de exclusión, Bullard da un ejemplo en el cual existe rivalidad, pero los costos de exclusión son altos: “en los bancos de peces, el consumidor es rival, pues si uno se come un pez, el mismo no puede ser comido por otro. Pero dado que los bancos de peces se mueven por el océano, e identificar qué pez individual es de quien es muy costoso, el resultado es que, en principio, no hay propietarios de los peces” (2010, p. 157). Haciendo un símil a la propiedad del cilindro, en el mundo de los cilindros, la empresa envasadora propietaria es rival pues si ella envasa el cilindro, ninguna otra empresa lo puede hacer. Pero, como en el mercado existe un océano de consumidores propietarios, es difícil identificar qué cilindro es de la empresa envasadora y por ende, qué cilindro puede o no puede envasar.

³⁵ Sin mediar acuerdo de corresponsabilidad

En ese sentido, para poder hacer posible la efectividad del derecho de propiedad de los agentes que envasan el combustible, se requiere el cumplimiento de dos situaciones: la primera es prohibir que los consumidores sean propietarios de los cilindros; la segunda, que va de la mano con la primera, es que se adquieran (se compren) todos los cilindros de propiedad de los consumidores.

Prohibición de que los consumidores sean propietarios de los cilindros

Ha quedado claro que los consumidores, desde antes de la vigencia, eran propietarios de los envases que tenían y hoy por hoy, cierto número de consumidores son propietarios de los cilindros que adquieren.

Para que el reglamento funcione no debería haber consumidores propietarios de balones pues la propiedad les otorga ciertos atributos siendo uno de ellos, la disposición. Poder disponer de sus balones les permite poder venderlos, prestarlos, regalarlos, etc. Esta situación torna insostenible la posibilidad de que una empresa X pueda llenar un balón con rótulo X ya que no hay certeza de que dicho balón sea de la empresa pues podría ser el resultado de una compraventa realizada por el consumidor a la empresa X, no solo del suministro de gas sino también del recipiente.

Escenario distinto sería si el consumidor nunca fuera propietario del balón y solo lo tenga en calidad de poseedor por la figura del comodato. En este supuesto, es evidente que la empresa envasadora conservaría la propiedad de su cilindro y solo ella lo podría llenar.

Adquisición (compra) de todos los cilindros de propiedad de los consumidores

Los consumidores, desde antes de 1994, eran propietarios de sus cilindros. Con la vigencia del reglamento aunado a la no prohibición de venta del cilindro vacío a un consumidor, existen consumidores propietarios. Se ha dicho que para que el reglamento funcione, solo las empresas deberían ser las únicas propietarias de los balones. Ello solo se podría lograr en tanto las empresas compraran los cilindros de los consumidores.

Efectivamente, la compra de todos los cilindros soluciona el problema; sin embargo, hay un 99.9% de probabilidad de que las empresas envasadoras se rehúsen a comprar los envases pues implica un costo altísimo aunado a que los cilindros que compran pueden estar en condiciones tales que tengan que ser reemplazados, lo cual incrementa más el costo.

No se puede negar que esa solución es bastante utópica y que es claro que no se daría; no obstante, se podrían encontrar alternativas para que los consumidores propietarios de sus cilindros los entreguen. Solo para vislumbrar una opción, se podría ofrecer una reducción en el costo del

combustible a cambio del cilindro. El Estado podría subsidiar esa reducción para incentivar a las empresas a adquirir los cilindros.

En resumen, los costos de transacción serían bastante altos y, probablemente, las empresas envasadoras pongan resistencia, pero solo teniendo un parque de cilindros en donde las empresas sean las dueñas exclusivas de los cilindros es que el reglamento puede funcionar. Hasta entonces, tenemos una norma ineficaz, riesgosa y factible de ser aplicada de forma discrecional generando un gran perjuicio en el mercado y más aún, a los consumidores quienes son los que podrían sufrir daños por hacer uso de cilindros que no guarden las condiciones óptimas de seguridad.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: Determinar la incorrecta aplicación de la norma por parte de Indecopi

Primer problema secundario: Determinar si correspondía otorgar la medida cautelar en favor de Gas LP.

Respecto a las medidas cautelares se tiene lo siguiente:

Eduardo J. Couture, respecto a las medidas cautelares, dice que “son aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudiera hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo”.

El artículo 157 del TUO de la LPAG³⁶:

157.1. Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.

157.4. No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados.

³⁶ Capturas extraídas del TUO de la LPAG (numeral 1 y 4 del artículo 157)

El artículo 256 del TUO de la LPAG³⁷:

256.1. La autoridad que tramita el procedimiento puede disponer, en cualquier momento, la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, con sujeción a lo previsto por el artículo 157.

256.2. Las medidas que se adopten deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que se pretende garantizar en cada supuesto concreto.

256.3. No se puede dictar medidas de carácter provisional que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de sus derechos.

El artículo 10 del Decreto Legislativo 807 – Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi³⁸:

Artículo 10º.- Las Comisiones y Oficinas podrán dictar, de ser necesario, medidas cautelares dirigidas a evitar que un daño se torne en irreparable, siempre que exista verosimilitud del carácter ilegal de dicho daño. Para el dictado de dicha medida será de aplicación, en lo pertinente, lo previsto en el Procedimiento Unico de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, sin perjuicio de lo que dispongan las normas especiales de cada Comisión u Oficina.

Artículo 27 del Decreto Legislativo 807³⁹:

Artículo 27º.- En cualquier etapa del procedimiento de oficio o a pedido de parte, la Comisión podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar una o varias de las siguientes medidas cautelares destinadas a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva:

- a) La cesación de los actos materia de denuncia.
- b) El comiso, el depósito o la inmovilización de los productos, etiquetas, envases y material publicitario materia de denuncia.
- c) El cese preventivo de la publicidad materia de denuncia.
- d) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de denuncia.
- e) El cierre temporal del establecimiento del denunciado.
- f) Cualquier otra medida que tenga por objeto evitar que se produzca algún perjuicio derivado del acto denunciado o que tenga como finalidad la cesación de éste.

³⁷ Capturas extraídas del TUO de la LPAG (numeral 1,2 y 3 del artículo 256)

³⁸ Captura extraída del Decreto Legislativo 807 (artículo 10)

³⁹ Capturas extraídas del Decreto Legislativo 807 (artículo 27)

La Comisión podrá, de considerarlo pertinente, ordenar una medida cautelar distinta a la solicitada por la parte interesada. En caso de existir peligro actual o inminente si es que no se adoptan las medidas cautelares correspondientes, el Secretario Técnico podrá imponerlas, con cargo a dar cuenta inmediatamente a la Comisión. La Comisión ratificará o levantará la medida cautelar impuesta.

En ese sentido, la Comisión de Indecopi puede dictar, en cualquier etapa del procedimiento administrativo, sea a pedido de parte o de oficio, medidas cautelares con el objetivo de asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Para ello, se requerirá dos condiciones: el cumplimiento de acreditar la verosimilitud del carácter ilegal del daño, lo que se conoce como verosimilitud del derecho y que la intervención preventiva es necesaria para evitar que el daño generado sea irreparable; es decir, acreditar el peligro en la demora.

Verosimilitud del carácter ilegal del daño

Este requisito es establecido también en el artículo 34 de la Ley de Represión de conducta desleal⁴⁰. Señala que⁴¹:

Artículo 34.- Requisitos para el dictado de medidas cautelares.-

Para el otorgamiento de una medida cautelar, la Comisión deberá verificar la existencia concurrente de: i) verosimilitud en la existencia de un acto de competencia desleal; y, ii) peligro en la demora del pronunciamiento final.

En el caso, materia de análisis mediante este informe, Gas LP, al momento de interponer su denuncia, también solicitó como medida cautelar, el comiso de aquellos envases con rótulos pertenecientes a envasadoras diferentes a Alfa Gas encontrados en las instalaciones de Alfa Gas cuando se realizaron las inspecciones.

Durante la inspección, fiscalizadores de la autoridad de competencia ejecutaron la medida cautelar y decomisaron seiscientos ochenta y siete (687) balones (10kg) de gas, llenos del combustible, los cuales se encontraban rotulados con nombres correspondientes a empresas con las que Alfa Gas no tenía acuerdo de responsabilidad. Indecopi actuó en virtud del literal c del artículo 2 del Decreto legislativo N° 807 que autoriza a que la Comisión pueda realizar inspecciones, con o sin notificación previa.

Hasta este punto, aparentemente, Indecopi ha actuado conforme a ley; no obstante, es pertinente señalar que la verosimilitud del derecho debe ser clara; es decir, Indecopi debió de haber realizado todas las actuaciones que conduzcan a confirmar que los cilindros hallados y retenidos durante la inspección no eran de propiedad de Alfa Gas. De acuerdo a la comisión, la verosimilitud del derecho se había acreditado al encontrarse balones llenos del gas con rótulos de otras empresas envasadoras y cilindros vacíos rotulados con nombres de otras envasadoras y pintados con el color identificatorio

⁴⁰ Aprobada mediante Decreto legislativo N° 1044

⁴¹ Captura extraída del Decreto Legislativo N° 1044 (artículo 34)

de Alfa Gas y con su signo distintivo; en ambos casos, sin que exista un acuerdo de corresponsabilidad con dichas empresas. Lo que hizo en realidad Indecopi fue basarse en una rotulación para determinar dicho derecho real: grave error. El asegurar que la propiedad estaba acreditada por la rotulación es ir en contra del mismo mercado y del mismo reglamento que, expresamente, indica que el rótulo no conlleva propiedad. Que un balón tenga la rotulación de una empresa específica indica que aquella empresa lo incorporó al circuito al envasarlo por primera vez, nada más, solo refiere qué empresa lo llenó inicialmente y no a quién le pertenece al día de hoy.

Intervención necesaria para evitar que el daño se torne en irreparable

Ha quedado demostrado que Indecopi no acreditó, verdaderamente, la verosimilitud del carácter ilegal del daño. Ahora, corresponde, demostrar la no acreditación del peligro en la demora.

Para Indecopi, durante la inspección, sí se acreditó el peligro en la demora toda vez que el haber encontrado cilindros llenos y vacíos con un rótulo distinto a la empresa Alfa Gas y sin mediar acuerdo de corresponsabilidad, colocó en riesgo a los consumidores quienes estarían adquiriendo un producto de menor calidad. En este punto, es pertinente recordar que el mercado no es el mercado de cilindros sino es el mercado que comercia el combustible en envases de acero. Las empresas envasadoras no proveen cilindros sino el suministro, el combustible, el GLP. En ese sentido, mencionar que se afecta la calidad del producto es totalmente equivocado debido a que el GLP que utiliza la empresa A o la empresa B es el mismo combustible. Ahora, que los cilindros sean recipientes necesarios para poder transportar el GLP es otro tema factible de discusión y, aun así, se quisiera discutir la calidad de los cilindros, ellos son fabricados de acuerdo a normas técnicas que establecen el estándar que debe tener el envase de acero y la válvula.

En ese sentido, se concluye que la medida cautelar otorgada a favor de Gas LP fue incorrecta. Las razones que brinda Indecopi para motivar su decisión no guardan congruencia con el reglamento. Acreditar propiedad basada en una rotulación se contrapone con el tercer párrafo del artículo 47 del reglamento de comercialización de GLP⁴²:

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.

⁴² Captura extraída del D.S. 01-94-EM (tercer párrafo del art. 47)

Así también, mencionar que se estarían vendiendo productos de inferior calidad rompe con el objetivo de la norma que es otorgar seguridad del envase en cuanto al mantenimiento que la empresa envasadora está obligada a realizar a los cilindros.

Segundo problema secundario: Determinar si se cometió la infracción en la modalidad de violación de normas

Alfa Gas fue sancionada por infringir el artículo 17 del TUO del Decreto Ley 26122, Ley de Represión de Competencia desleal; hoy artículo 14⁴³ del Decreto legislativo 1044.

14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

El artículo 17 del TUO del Decreto Ley 26122 establece respecto de la violación de normas que⁴⁴:

Artículo 17º.- Violación de normas: Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.

En ese sentido, un agente habrá cometido una conducta desleal vulnerando normativa cuando se valga de una ventaja competitiva significativa e ilícita al haber incumplido lo señalado por la ley de forma imperativa.

Indecopi sancionó a Alfa Gas por haber obtenido una ventaja competitiva al infringir los artículos 47 y 49 del reglamento de comercialización de GLP. No obstante, el análisis que realizó la autoridad de competencia no ha sido el idóneo y se desarrollará seguidamente.

Carga de la prueba y actuación probatoria

De acuerdo a Magide y Prada (2020, p.326)⁴⁵:

En el plano adjetivo, la regulación del principio (derecho) del debido procedimiento en materia sancionadora denota la imposibilidad de sancionar a los administrados si previamente no se ha seguido el respectivo cauce formal previsto en la Ley, cuya tramitación haya observado las garantías propias del debido proceso.

⁴³ Captura extraída del Decreto Legislativo 1044 (primer párrafo del art. 14)

⁴⁴ Captura extraída del TUO Decreto Ley 26122 (art. 17)

⁴⁵ Captura extraída del artículo La prueba del Derecho administrativo sancionador en Perú y en España

En efecto, la autoridad administrativa debe velar porque los administrados gocen de las garantías y derechos implícitos al debido procedimiento.

El derecho a otorgar pruebas es parte del principio mencionado; no obstante, en el campo de la administración es esta última quien tiene la carga de la prueba; así lo establece el artículo 173 del TUO LPAG. La administración, sobre la base del principio de impulso de oficio, debe actuar de oficio y recopilar de los administrados y/o otros toda información que soporte los hechos alegados. Esto no limita a los administrados a ofrecer todos los medios probatorios que consideren pertinentes, empero, “se exige a la Administración la constatación de la veracidad (verdad material) de los hechos, de modo que las consecuencias jurídicas previstas en las normas efectivamente se apliquen a los presupuestos de hecho que les dan lugar” (Magide y Prada, 2020, p. 329).

En el caso Gas LP en contra de Alfa Gas, la denunciante ofreció sus libros contables cuando interpuso la denuncia. La autoridad de competencia solicitó a ambas la cantidad de cilindros en stock para la comercialización de GLP. Como vemos, el administrado ofreció pruebas para dar solidez a su denuncia y la administración, en razón del artículo 173 del TUP LPAG, solicitó documentación. Sin embargo, eso no fue suficiente; es labor de la Administración “el agotar todos los medios probatorios que se encuentren a su alcance e incorporarlos al expediente, a fin de acreditar si el administrado efectivamente realizó la conducta tipificada como infracción” (Magide y Prada, 2020, p. 329).

La Comisión declaró fundada la denuncia basándose en lo encontrado durante la inspección, esto es, cilindros rotulados con un nombre distinto al de la empresa Alfa Gas, sin mediar ningún acuerdo de corresponsabilidad. Sin embargo, ni los libros contables ni el mencionar la cantidad de cilindros que tiene para comercializar el GLP son medios probatorios suficientes para determinar que los cilindros hallados no eran de propiedad de Alfa Gas. Indecopi debió de haber agotado toda actuación para tener certeza que, efectivamente, Alfa Gas habría vulnerado una norma imperativa: el reglamento.

La actuación de Indecopi debió de haberse enfocado en solicitar los registros, de conformidad con el artículo 44 del reglamento⁴⁶. De esa manera, se hubiesen conocido las cifras correctas de cilindros con rótulos en kilos y libras, cilindros destruidos, cilindros dados en comodato y cilindros con acuerdos de corresponsabilidad. De una primera lectura, pareciera esa ser la solución; no obstante, tener esos registros al día es una tarea de altos costos de transacción pues los cilindros están en constante rotación y registrarlos día a día en el libro correcto, con su número de serie, es un trabajo bastante arduo.

⁴⁶ Se debe tener presente que los registros suelen no estar actualizados además de no tener un registro de cilindros que hayan sido transferidos en calidad distinta al comodato.

Además, los registros que indica el reglamento, si bien, contienen bastante información respecto de los cilindros, no existe un registro que tenga la data de los cilindros vendidos y justamente este es el meollo del asunto, los consumidores pueden ser propietarios de los cilindros.

¿y por qué lo es?

En primer lugar, porque los consumidores pueden elegir libremente a qué empresa le compran el GLP y pueden variar cuantas veces lo crean necesario. Un consumidor puede tener un balón de la empresa A el día de hoy y de acá a 3 meses, cambiar por la empresa B y a un año, por la empresa C y no requiere utilizar un balón diferente para hacer el canje, usa el que tiene, con el rótulo que tenga dicho envase y la empresa envasadora, al venderle el GLP, se lleva el envase vacío y deja el envase lleno; es una constante en el mercado.

En segundo lugar, porque el contexto de los cilindros no nació con el reglamento, sino que cuando llegó el reglamento, ya existía un parque de cilindros en el que los propietarios eran los consumidores. En ese escenario se situó el reglamento, escenario en el que los consumidores propietarios de sus cilindros los canjeaban con aquellos pertenecientes a la empresa envasadora, generando, una permuta, de manera tal, que tanto la empresa envasadora como el consumidor mantenía su propiedad. Así también, en ese mismo escenario, se efectuaron transacciones que implicaron la transferencia de propiedad desde las empresas envasadoras hacia el consumidor. En palabras simples, el consumidor que no tenía cilindro vacío para intercambiar, lo adquiría de la empresa envasadora mediante compra-venta, haciéndose propietario del cilindro. Es importante comprender que el comodato no es la única forma por la cual un consumidor tenga un cilindro. El comodato es la forma en la que el reglamento, en su artículo 51, establece que los cilindros son entregados, desconociendo que no hay prohibición alguna para poder entregar los cilindros sea bajo compra-venta, donación, arrendamiento, etc.

En tercer lugar, porque la rotulación que lleva un cilindro tiene como objetivo referenciar a la empresa que lo envasó. Los cilindros cuando van a ser llenados deben ser rotulados previamente con el nombre en alto o en bajo relieve en las asas y/o en el cuerpo del cilindro, con el signo y pintados con el color característico de la empresa envasadora. Despintarlo y quitarle la marca o signo distintivo es una tarea sencilla pero no se le puede quitar el rótulo en alto relieve; siempre estará allí, con lo cual la rotulación no es ni serviría para establecer trazabilidad y por ende, saber quién lo envasó y también a quién le pertenece. En esa situación, fue errado y contrario a la realidad del mercado, que Indecopi se haya basado en un rótulo para poder determinar propiedad.

En resumen, el tener los libros contables – libros que indiquen las compras de cilindros y la información de cuántos cilindros se tienen en stock para comercializar no puede ser considerado como prueba para determinar la propiedad de los cilindros y, peor aún, llevarse por un rótulo para determinar que una empresa está incumpliendo una norma imperativa que prohíbe el envasado de cilindros que no les pertenezcan o en los que tengan la marca, signo y color identificatorio de otra empresa.

Principio del debido procedimiento

De acuerdo al artículo IV del Título Preliminar del TUO LPAG⁴⁷:

12. **Principio del debido procedimiento.-** Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

En ese sentido, “el derecho a obtener una decisión motivada es consecuencia de la garantía del debido procedimiento que debe ser observado en el derecho administrativo, especialmente en la formación de la voluntad y en los recursos impugnativos” (Cabrera y Quintana, 2011, p. 314.).

De la mano con la legislación, la doctrina indica, de conformidad con Cabrera y Quintana, que “el principio del debido procedimiento consiste en que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, a las Leyes y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas” (2011, p. 313.).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la motivación de los actos administrativos en diversas sentencias.

⁴⁷ Captura extraída del TUO LPAG (inciso 2 del art. IV Título preliminar)

Primero⁴⁸:

Por tanto, la motivación de actos administrativos constituye una garantía constitucional que busca evitar la arbitrariedad de la Administración. En ese sentido, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el artículo IV del Título preliminar establece que el debido procedimiento es uno de los Principios del procedimiento administrativo. En atención a este, se reconoce que: *“Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (...)”*.

Segundo⁴⁹:

(...) [El] derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. [...]

Tercero⁵⁰:

Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa.

Cuarto⁵¹:

En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley N.º 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo. (...)

⁴⁸ Captura extraída de la STC N° 00312-2011-AA – Fundamento 5

⁴⁹ Captura extraída de la STC N° 00091-2005-PA – Fundamento 9, párrafo 3

⁵⁰ Captura extraída de STC N° 00091-2005-PA – Fundamento 9, párrafo 7

⁵¹ Captura extraída de STC N° 00091-2005-PA – Fundamento 9, párrafo 8

Quinto⁵²:

Es por ello que este Tribunal reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión; de modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no solo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta – pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

En el caso Gas LP Perú en contra de Alfa Gas, ni la Comisión ni el Tribunal de Indecopi han motivado su decisión. La Comisión concluyó que Alfa Gas infringió los artículos 47 y 49 del Reglamento para la Comercialización de GLP⁵³:

Así, habiéndose comprobado que la denunciada utilizó indebidamente seiscientos ochenta y siete (687) cilindros de gas licuado de petróleo, la Comisión considera que la denunciada ha obtenido una ventaja competitiva significativa e ilícita, la cual se traduce en la eliminación del costos de mantenimiento de los cilindros utilizados, en la eliminación del costo del control de calidad y seguridad que tendría que hacer de los balones de gas, en el aprovechando indebido de los gastos que por tal concepto hacen sus competidores, en la eliminación de los costos de reposición de su stock y, en la disminución del monto de inversión en envases necesarios para la comercialización de gas.

Empero, como se señaló líneas arriba, la debida motivación implica indicar de forma suficiente las razones de hecho y el sustento jurídico.

Respecto a las razones de hecho, Indecopi ha tomado como cierto que los cilindros decomisados durante la inspección no les pertenecían a Alfa Gas y al no mediar acuerdo de corresponsabilidad, no deberían envasarlos. Lo más perjudicial es que la entidad de competencia ha validado que el rótulo determinaba propiedad tanto así que en la decisión de la Sala, se establece que se canjeen los cilindros decomisados con las empresas que figuran en el rótulo. Es decir, atribuyó propiedad a cilindros que pudieron haber ingresado al circuito de muchas maneras: como propiedad de las envasadoras, como propiedad de un consumidor, del mercado informal y de contrabando. Indecopi ha desconocido que el mercado es dinámico y lo ha sido incluso antes de la reglamentación de 1994.

⁵² Captura extraída de la STC. N° 4289-2004-AA – fundamento 11

⁵³ Captura extraída de la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI (pág. 17)

Respecto al sustento jurídico, el análisis ha sido superficial. Indecopi ha buscado cuál era el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica y, sin mediar mayor análisis de cómo se mueve el mercado, ha interpretado la conducta como incumplimiento de la norma imperativa, en consecuencia, infracción. Ha desvirtuado una realidad respecto de los cilindros, ya discutida a lo largo del presente documento: los consumidores también han sido y son propietarios de los cilindros; han sido, desde años anteriores a que se comenzara a regular la comercialización de GLP y son propietarios porque no existe impedimento para que un consumidor adquiriera un cilindro en calidad de compra-venta.

Nuevamente, la propiedad es un punto álgido que la autoridad de competencia no ha querido ver; es más, su importancia no ha sido comentada ni analizada, todo lo contrario, se ha considerado no relevante para efectos de atribuir la infracción. Esta falta de análisis en el papel que cumple la propiedad dentro del sistema de comercialización de GLP en cilindros ha generado por parte de la Comisión de la represión de competencia desleal y del tribunal de Indecopi, la emisión de resoluciones equivocadas. Por ello, es vital hacer énfasis al rol que cumple la propiedad en este mercado.

La propiedad en el mercado de comercialización de GLP

La Comisión y la Sala han resuelto fundada la denuncia por haber encontrado cilindros con otros rótulos en las instalaciones de Alfa Gas de empresas con las que Alfa Gas no había firmado ningún acuerdo de corresponsabilidad. La interrogante es ¿cómo pudo determinar Indecopi que los cilindros no le pertenecían y no podía envasar en ellos? La respuesta a ello es la falta de acuerdo de corresponsabilidad; pero, ¿acaso el acuerdo de corresponsabilidad era el punto controversial? ¿no era necesario ir un paso atrás? Sí, el tema es la propiedad, determinar a quién le pertenecían aquellos envases pues sabemos que el rótulo no nos da la respuesta. Es importantísimo saber a quién le pertenecían los cilindros porque así podremos determinar quién puede gozar de los atributos del derecho de propiedad y quién es el responsable del estado del cilindro.

No cabe duda de que se trata de un bien y sí, es un bien que interviene y permite la comercialización del GLP pero, en términos, simples es un bien que tiene un propietario. ¿Quién puede serlo? La realidad nos ha demostrado que no solo las empresas envasadoras. Y es que no se puede negar la propiedad de los consumidores y el derecho que les asiste el ser propietarios.

El Tribunal Constitucional en un recurso de amparo interpuesto por Agua Pura Rovic S.A.C., del caso bidones de agua, falla favorable y señala, primero⁵⁴:

A diferencia de los criterios utilizados por la jurisdicción administrativa, este Tribunal considera inconstitucional el que se pretenda cuestionar la venta de agua Rovic en recipientes directamente proporcionados por los consumidores, utilizando para ello la modalidad de relleno de bidones en los lugares de expendio (Apartado III.2 sobre Análisis de las Cuestiones en Discusión).

Para arribar a dicha conclusión, este Colegiado asume que son los consumidores de un producto quienes, tras haberlos adquirido libremente en el tráfico comercial, se convierten en propietarios absolutos del envase o recipiente que lo contenía y, por lo tanto, son los únicos que pueden decidir acerca de la utilidad que le otorgan o el destino que le imponen dentro o fuera del mismo tráfico comercial en el que lo adquieran, resultando inadmisibles en dicho contexto que, por intereses comerciales que no son de su incumbencia, se pretenda privarlos de una libertad tan elemental como es la libre disposición de su propiedad.

La resolución cuestionada pretende reducir el problema a un asunto de estricta competencia desleal imponiendo restricciones de venta. Sin embargo, debe admitirse que lo que impone a la empresa sancionada no es una restricción con implicancias en estricto empresariales o vinculadas a su sola esfera de desenvolvimiento, sino una prohibición que afecte a los consumidores, quienes, no obstante ser propietarios de un envase o recipiente, se encuentran con que, so pretexto de un conflicto empresarial, vean enervada o neutralizada su utilidad. Lo que es más delicado aún, es que ni siquiera se toma en cuenta su opinión, a través de sus entes corporativos, sea a favor o en contra del sistema de venta implementado y de las eventuales ventajas que con él obtienen.

Segundo⁵⁵:

En la alternativa de ver sancionada a una empresa por una presunta competencia desleal y la de privilegiar los derechos que les asiste a los consumidores como propietarios de un envase cuyo producto original libremente adquirieron y posteriormente consumieron, este Colegiado no encuentra término medio. Son indefectiblemente estos últimos quienes merecen la protección o el privilegio de ponderar en su favor, pues, de otro modo, se llegaría al absurdo que las reglas del mercado se colocarían por encima de la protección a la persona, en abierto desconocimiento de la lógica proclamada desde el artículo 1º de nuestra Norma Fundamental. La Constitución contiene reglas explícitas en torno a la libre competencia que no admiten discusión, pero de allí a pensar que las normas que regulan tal libertad pueden ser interpretadas aisladamente y que el *status* de los consumidores debe limitarse a un papel absolutamente pasivo dentro del marco de las relaciones económicas, hay una enorme distancia que este Tribunal no puede ni debe ignorar.

⁵⁴ Captura extraída de la STC. N.º 3315-2004-AA (Fundamento 23d)

⁵⁵ Captura extraída de la STC. N.º 3315-2004-AA (Fundamento 23e)

Tercero⁵⁶:

Queda claro, en todo caso, que el rol de consumidor es para ser desempeñado como tal, al igual que el de propietario forzoso de los bienes que acompañaron al producto consumido. En ese sentido, la facultad de libre disposición a la que se refiere este Tribunal no es para comercializar los envases con fines lucrativos, sino con propósitos estrictamente personales de uso y libre disposición. Por consiguiente, no es igual que los consumidores decidan usar o vender los envases o recipientes en tanto son de su propiedad (lo que es absolutamente lícito), que decidir ellos mismos comercializar con productos nuevos en su interior como si se tratara de otro que se desea introducir en el mercado. La protección que este Tribunal reconoce a los consumidores se limita a su rol de destinatario fundamental del modelo económico como usuario final de los productos ofertados en el mercado, quienes, como ha quedado establecido, no deben ver privado o limitado su derecho de disponer libremente de su propiedad.

De forma similar, el Tribunal Constitucional declaró fundado un recurso de agravio constitucional⁵⁷ interpuesto contra un amparo que fue declarado improcedente en el caso Backus versus Ambev. El colegiado señaló, en otras palabras, en los fundamentos 47 y 63 que en el mercado existen botellas con las características de Backus y que un número determinado son de propiedad de Backus, pero también hay botellas con las mismas características que son propiedad de los consumidores, así como de distribuidores o incluso de Ambev que han sido adquiridas de forma lícita en el mercado. Que los consumidores son propietarios absolutos de los envases y solo ellos pueden decidir la utilidad que le dan. Se señala que tal restricción a los consumidores se da bajo pretexto de un conflicto empresarial (subrayado añadido).

En ambos casos, caso bidones de aguas y caso cervezas, el máximo intérprete de la Constitución ha sido tajante en afirmar que los únicos propietarios de los bidones de agua o de las botellas de cerveza no son solamente las empresas sino también los consumidores. El caso Gas LP en contra de Alfa Gas no debe entenderse de forma distinta; los consumidores también son propietarios de los cilindros y en consecuencia pueden darle el uso que voluntariamente deseen. Es claro que no pueden envasar de GLP pues ello solo está autorizado para las empresas envasadoras, pero sí pueden permutarlo con otro cilindro, pueden regalarlo o prestarlo. Entonces, asegurar que se cumplió el primer requisito para catalogar una conducta como desleal, esto es infringir una norma imperativa, está mal porque no se ha acreditado que esos cilindros hallados no sean de Alfa Gas; podrían algunos ser de propiedad Alfa Gas con lo cual podrían envasarlos.

⁵⁶ Captura extraída de la STC. N.º 3315-2004-AA (Fundamento 23f)

⁵⁷ STC. N.º 1209-2006-PA

Principio de tipicidad

El artículo 248 del TUO de LPAG establece respecto del principio de tipicidad⁵⁸ en el procedimiento sancionador que:

Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

Así, “este principio implica la necesidad de que las acciones u omisiones consideradas como infracciones se delimiten en la norma de forma precisa, de forma tal que de los preceptos legales se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada” (Cabrera y Quintana, 2011, p. 644).

En ese marco, Indecopi sancionó a Alfa Gas por conducta desleal bajo la modalidad por vulnerar normativa precisando que había infringido una norma imperativa, el reglamento de comercialización de GLP, y que de ese incumplimiento había generado una ventaja competitiva al participar en el mercado. Se menciona que Alfa Gas infringió el artículo 47 y 49 del reglamento.

Desde una lectura plana y sin contemplar la realidad del mercado incluso antes del reglamento, podría decirse que sí; empero, como ya se ha venido desarrollando, hay un consumidor propietario. El propio reglamento no garantiza que la propiedad del cilindro se mantenga en manos de las empresas envasadoras. Indecopi debió de haber comprobado que los cilindros hallados eran de propiedad de terceras empresas distintas a Alfa gas. Si así lo hubiera hecho, efectivamente, Alfa Gas habría infringido el reglamento, pero ha sucedido lo contrario, Indecopi no ha demostrado que esos cilindros les pertenezcan a terceras empresas, con lo cual, Alfa Gas sí podría ser propietaria de aquellos cilindros y sí los podría envasar sin la obligatoriedad de tener un acuerdo de corresponsabilidad; siendo ello

⁵⁸ Captura extraída del TUO LPAG (numeral 4 del artículo 248)

así, se le habría sancionado bajo una norma imperativa inexistente: el envasar en cilindros de su propiedad.

En suma, la autoridad de competencia ha realizado una incorrecta aplicación de la norma que ha devenido en una decisión perjudicial.

CONCLUSIONES

- 1) El mercado de comercialización de GLP existió previa reglamentación dada por el Decreto Supremo 01-94. Por ello, cuando el reglamento aparece, en el mercado ya existían cilindros en libras y en kilogramos que eran de propiedad de los consumidores. Hasta ese momento, las envasadoras no eran dueñas de los envases, al menos no eran reconocidas en la norma, pero sí la responsabilidad de los envases. Es así que, mediante el reglamento, se buscó generar los incentivos para que las empresas envasadoras inviertan en el cuidado y mantenimiento de los cilindros que utilizaban para comercializar el combustible. Sin embargo, la realidad observada durante las fiscalizaciones realizadas a empresas envasadoras ha demostrado que el propósito no ha sido cumplido.
- 2) El reglamento establece que las empresas envasadoras son propietarias (y por ende responsables) de sus cilindros en kilogramos y responsables de aquellos en libras que hayan rotulado. Siendo así, el mantenimiento está relacionado con la propiedad toda vez que el rótulo solo determina qué empresa envasadora llenó por primera vez el cilindro de GLP. La realidad del mercado ha demostrado que la rotulación no permite tener una correcta trazabilidad respecto de que empresa envasó por última vez el cilindro y atribuirle la responsabilidad en caso de siniestro. El rótulo solo nos da información del momento cero más no de lo que sucedió después.
- 3) La asignación de propiedad dada por el reglamento ha generado un caos toda vez que, en primer lugar, se ha desconocido que los consumidores son también propietarios y ha otorgado un derecho que ya decantaban las empresas pues al ser agentes participantes del mercado tienen bienes de su propiedad: los cilindros. La principal razón por la que el reglamento no ha funcionado es porque existen los propietarios consumidores que si bien, no pueden actuar envasando los cilindros, son titulares de dichos bienes, titularidad que distorsiona y dificulta el sistema de comercialización de GLP. En el mundo ideal, las empresas envasadoras propietarias son quienes pueden envasar y por ende son responsables de cualquier accidente; y claro, tienen la opción de compartir esa responsabilidad a través de un acuerdo de corresponsabilidad con otras empresas envasadoras, de manera que puedan estas últimas llenar en un cilindro que tiene otro rótulo, pero ¿qué sucede cuando no podemos garantizar que un cilindro rotulado con A siga siendo de A? Podría ser que A lo vendió a un consumidor y que este consumidor lo haya permutado con un cilindro de otra empresa, allí se genera todo el meollo.
- 4) El reglamento es factible de funcionar, no otorgando una titularidad ya existente a las empresas envasadoras sino limitando que los consumidores puedan ser propietarios. Para ello, se tendría que ordenar el caos existente; es decir, adquirir todos los cilindros de propiedad de consumidores por parte de las envasadoras. En ese escenario, sí funciona el canje, y los acuerdos de corresponsabilidad.

- 5) La verosimilitud del carácter ilegal del daño no fue acreditada en la inspección realizada por el área de fiscalización de Indecopi debido a que basarse en la rotulación para determinar que los cilindros no eran de propiedad de Alfa Gas es un grave error, más aún, cuando el propio reglamento ha dejado claro que la rotulación no conlleva a la propiedad. Se actuó bajo una presunción ilegal y perjudicial.
- 6) El peligro en la demora, a diferencia de lo que dijo Indecopi, tampoco fue acreditado toda vez que se estableció que se ponía en riesgo a los consumidores respecto de la calidad del producto. Corresponde aclarar que la comercialización de GLP se da en cilindros. El GLP es el mismo; y los cilindros son fabricados en función de normas técnicas.
- 7) La carga de la prueba en el área administrativa corresponde a la administración. Es Indecopi quien, en razón del principio de impulso de oficio y con el objetivo de alcanzar la verdad material, ordena la realización de todos los actos a fin de comprobar que los hechos alegados son ciertos. Indecopi no agotó todos los mecanismos para tener certeza de que los cilindros encontrados durante la inspección eran de terceras empresas y sancionó sobre la base de documentación insuficiente y que no brindaba información adecuada.
- 8) Los registros que debe tener toda empresa envasadora brindan información certera respecto de cuáles cilindros sí son de propiedad de la empresa envasadora; sin embargo, por la naturaleza del mercado dinámico de comercialización de GLP, tener aquellos registros actualizados es difícil de conseguir. La razón principal es el contexto de los cilindros en el mercado; ellos no son solo de propiedad exclusiva de las envasadoras sino también de los consumidores y esta situación, sumada a la no prohibición de que el consumidor sea propietario de un cilindro, genera dos situaciones. La primera es que el consumidor sí sea propietario del cilindro adquiriéndolo de forma legal mediante una empresa envasadora y que al ser titular de su cilindro pueda trasladarlo utilizando diferentes modalidades: permuta, arrendamiento, donación.
- 9) Indecopi declaró fundada la denuncia por violación de normas sin embargo la resolución carece de motivación porque se basó en la rotulación para determinar que los cilindros encontrados en la inspección les pertenecían a terceras empresas. Así también, estableció que se infringió una norma imperativa sin reparar en analizar el contexto bajo el cual la norma se encuentra vigente ni contemplar la relevancia del análisis de la propiedad para efectuar su decisión.
- 10) Indecopi no ha garantizado el respeto al principio de tipicidad pues su decisión se basó en presunciones y no en certezas. Al ser la propiedad un tema álgido y al haber podido ser Alfa Gas, en razón de la propiedad, propietario de los cilindros, se habría sancionado a Alfa Gas bajo un supuesto atípico que es envasar en cilindros que sí son de su propiedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- a) Adaniya, B. y Rodriguez, R. (2022). Escenarios en el suministro de gas licuado de petróleo (GLP) bajo un enfoque de dinámica de sistemas. Scielo Perú. Vol.25. No.2. Lima <http://dx.doi.org/10.15381/idata.v25i2.16636>
- b) Bullard, A. (2010). Un mundo sin propiedad ¿Por qué algunos deben excluir a los otros? En *Propiedad y titularidades. En Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. (2da edición). Palestra editores SAC, Lima, pp. 154.
- c) Cabrera, M. y Quintana, R. (2011). Derecho administrativo. *En Derecho administrativo y Derecho procesal administrativo*. Tercera edición. Ediciones legales E.I.R.L Lima, pp. 313-314.
- d) Cabrera M. y Quintana R. (2011) Derecho procesal administrativo (parte adjetiva). *Derecho administrativo y derecho procesal administrativo*. Tercera edición. Ediciones legales E.I.R.L. Lima, pp. 644.
- e) Cruz, E. (2023). SPGL: Más de 7 millones de hogares en Perú usan balones de gas para uso doméstico. Rumbo Minero Internacional. Recuperado de <https://www.rumbominero.com/peru/balones-de-gas-para-uso-domestico/>
- f) Fernández Maldonado A. (2006). Soluciones multidimensionales en el INDECOP: a propósito del sistema de comercialización del gas licuado de petróleo. *Revista de la competencia y la propiedad intelectual*. Año 2, N° 2. Lima, pp. 149-164.
- g) Indecopi (1995). Norma Técnica Peruana N° 350.011-2, que establece lo referido a inspección periódica, mantenimiento y reparación. Disponible en <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/pages/GFH/1648.htm>
- h) Indecopi (2004). Norma Técnica Peruana N° 350.011-1, que establece los requisitos de fabricación mínimos que deben cumplir los recipientes portátiles de GLP fabricados. Disponible en <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/pages/GFH/1648.htm>
- i) Magide M. y Prada C. (2020). La Prueba del derecho administrativo sancionador en Perú y en España. *En Derecho administrativo sancionador Tomo I*. Derecho y Sociedad. Edición Nro. 54, Lima, pp. 326-329.
- j) Miranda, E. (2010). "La aventura de los cilindros para GLP: Un problema de titularidad". *Revista de Economía y Derecho UPC 7* (25), 125.
- k) Navarro, G. (2019). El caso del balón de gas licuado. Alerta económica. Recuperado de <https://alertaeconomica.com/el-caso-del-balon-de-gas-licuado/>
- l) Osinergmin (2011). El Mercado del GLP en el Perú: Problemática y Propuestas de Solución, pp. 20. Recuperado de [https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios Economicos/Otros-Estudios/Otros-Documentos-Investigacion/Mercado-GLP-PeruProblematica-propuestas-solucion-GFHL-2011.pdf](https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Otros-Estudios/Otros-Documentos-Investigacion/Mercado-GLP-PeruProblematica-propuestas-solucion-GFHL-2011.pdf)

- m) Osinergmin (2017). Reporte de análisis económico sectorial sector hidrocarburos líquidos. El sistema de gestión de la seguridad de cilindros de GLP-experiencia internacional. Gerencia de políticas y análisis económico. Año 6, N° 10, Lima, pp. 5. Recuperado de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1400813/RAES-Hidrocarburos-A%C3%B1o%205-N%C2%BA%208.pdf>
- n) Osinergmin (2018). Análisis de impacto regulatorio. Propuesta para mejorar la seguridad en la comercialización de los cilindros para gas licuado de petróleo. Gerencia de Políticas y Análisis Económico – Osinergmin con la colaboración de Gerencia de Supervisión de Energía - División de Supervisión Regional, pp. 6, 11-12. Recuperado de https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/DocumentosRelacionadosNormas/Osinergmin-162-2018-OS-CD-Informe-RIA.pdf
- o) Osinergmin (2016). Período de Prueba del Análisis de Impacto Regulatorio (RIA): Propuesta para mejorar la seguridad en la comercialización de los balones de GLP. Gerencia de Supervisión de Energía – División de Supervisión Regional - Gerencia de Políticas y Análisis Económico, pp. 11-12. Recuperado de https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/RIA/RIA-1-Propuesta-mejorar-comercializacion-GLP.pdf
- p) Osinergmin (2021). Informe de Resultados - Consumo y Usos de los Hidrocarburos Líquidos y GLP - Encuesta Residencial de Consumo y Usos de Energía – ERCUE 2019-2020, pp. 6, 8. Recuperado de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2560069/ERCUE%20Hidrocarburos%20%202019-2020.pdf?v=1638461831>
- q) Thunberg, G. (2019). Desarrollo e influencia del GLP en el Perú. ¿Qué está pasando en la industria? revistaenergía.pe. Volumen de la revista en cursiva (14) p.18. Obtenido de: <https://es.calameo.com/books/000557383b6289638d06c>

ANEXOS



Resolución

N° 078-2004/CCD-INDECOPI

Lima, 22 de octubre del 2004

EXPEDIENTE N° 015-2004/CCD

DENUNCIANTE : ASOCIACION GAS LP PERU (GAS LP)
DENUNCIADA : ENVASADORA ALFA GAS S.A. (ALFA GAS)
MATERIA : COMPETENCIA DESLEAL
CONFUSION
EXPLOTACION DE LA REPUTACION AJENA
VIOLACION DE NORMAS
MEDIDAS COMPLEMENTARIAS
DENEGATORIA DE MONITOREO DE ACTIVIDADES
DENEGATORIA DE CIERRE DE ESTABLECIMIENTO
DENEGATORIA DE SANCION POR DENUNCIA
MALICIOSA
GRADUACION DE LA SANCION
ACTIVIDAD : COMERCIALIZACION DE GAS LICUADO DE
PETROLEO

SUMILLA: *Se declara FUNDADA en parte la denuncia presentada por Gas LP en contra de Alfa Gas, en el extremo referido a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto tipificado en el artículo 17 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.*

En consecuencia, se sanciona a Alfa Gas con una multa ascendente a veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias. Como medida complementaria, se ordena el cese definitivo e inmediato de la conducta denunciada, así como la orden para que se disponga el canje de los cilindros incautados en la inspección del 21 de mayo de 2004. De otro lado, se deniegan los pedidos formulados por Gas LP para que se disponga un sistema de monitoreo de las actividades de Alfa Gas, o el cierre temporal de su planta envasadora, y por Alfa Gas para que se sancione a la denunciante por la interposición de la presente denuncia.

I. ANTECEDENTES

Con fecha 30 de enero de 2004, Gas LP¹ denunció a Alfa Gas por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de confusión, explotación de la reputación ajena y violación de normas, supuestos tipificados en los artículos 8, 14 y 17, respectivamente, de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, cuyo texto único ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI.

Según Gas LP, la comercialización y envasado del gas licuado de petróleo se realiza a través de cilindros rotulados en kilos o cilindros en libras. En este contexto, las normas del sector exigen que el signo distintivo y el color característico de cada empresa envasadora sean registrados ante la Dirección General de Hidrocarburos- DGH del Ministerio de Energía y Minas, tal como lo dispone el artículo 45 del Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM.

Asimismo, conforme señaló la denunciante, las normas del sector prohíben a las empresas envasadoras de gas envasar gas licuado de petróleo en cilindros rotulados en kilogramos que no sean de su propiedad o en cilindros en libras que tengan el signo distintivo y/o el color característico de otra empresa envasadora, a menos que exista un Acuerdo Contractual de Corresponsabilidad debidamente inscrito ante la Dirección General de Hidrocarburos².

Añade la denunciante que, conforme a los artículos 45 y 47 del Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, las empresas envasadoras son responsables por la conservación y mantenimiento de sus cilindros. Asimismo indicó que los cilindros rotulados no pueden ser nuevamente rotulados y/o pintados por otra empresa envasadora.

Gas LP, indicó que Alfa Gas es una empresa dedicada a la comercialización de gas licuado de petróleo, la cual estaría envasando GLP en cilindros rotulados o asignados a otras empresas envasadoras, sin que exista acuerdo de corresponsabilidad entre ellas. Asimismo, según la denunciante, Alfa Gas estaría pintando cilindros de propiedad de terceros con su color característico y/o signo distintivo para su comercialización en el mercado.

Con respecto a los presuntos actos de confusión, Gas LP indicó que, debido a las características especiales del mercado de comercialización de gas licuado de petróleo y de la uniformidad de los cilindros en los cuales se comercializa, la

¹ La denunciante señaló ser una asociación integrada por Lima Gas S.A., Repsol YPF Comercial del Perú S.A., Zeta Gas Andino S.A., Llama Gas S.A., Peruana de Combustibles S.A., Costa Gas S.A., Piura Gas S.A.C., Nor Gas S.R.L. y Chiclayo Gas S.A.C.

² Dispuesto en el artículo 49 del Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo.

distinción objetiva y perdurable entre los diversos competidores sería la rotulación en el cilindro, ya sea en el cuerpo o en sus asas. En este sentido, al pintar la denunciada los cilindros de sus competidores no es posible determinar el origen empresarial del combustible que se adquiere.

Con respecto a la presunta explotación de la reputación ajena, la denunciante señaló que la denunciada utilizaría para la comercialización de GLP cilindros que no le pertenecen o no se encuentran rotulados por ella. Así, estaría utilizando cilindros rotulados por otras empresas envasadoras, con lo cual se estaría aprovechando indebidamente de la reputación de sus competidores.

Sobre la posible infracción en la modalidad de violación de normas, la denunciante sostiene que la denunciada estaría infringiendo las normas de carácter público e imperativas dispuestas en los artículos 47 y 49³ del Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo. Asimismo, en opinión de Gas LP, la denunciada estaría obteniendo una ventaja competitiva de carácter significativo frente a sus competidores ya que, al utilizar cilindros que no le pertenecen, no incurriría en gastos de abastecimiento ni de mantenimiento de dichos cilindros y tampoco en los gastos correspondientes a la actividad de canje de cilindros cuyo objetivo es entregar a las empresas envasadoras los cilindros que les corresponden.

Como medio probatorio, Gas LP solicitó la realización de tres (3) inspecciones sin notificación previa en el local de la empresa denunciada. Asimismo, solicitó, como medida cautelar, el comiso de todos los cilindros rotulados por empresas envasadoras distintas a la denunciada que se detecten en sus instalaciones en la oportunidad que se realicen las inspecciones solicitadas, por cuanto la denunciada no contaría con acuerdos de corresponsabilidad con otras empresas envasadoras, según se apreció en los documentos adjuntados en la denuncia.

Finalmente, Gas LP solicitó la imposición de una multa no menor de cincuenta

3 DECRETO SUPREMO N° 01-94-EM - REGLAMENTO PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE GAS LICUADO DE PETRÓLEO
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 identificador.
Para proceder a la rotulación, las Empresas Envasadoras, deberán cumplir previamente con la inspección visual de los Cilindros sin Rotular, separando los que se encuentran aptos para salir al mercado, de los que requieran ser reparados antes de ser rotulados y de los que, por sus defectos, deben ser destruidos.
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.
La reparación de los Cilindros sin Rotular será efectuada por la Empresa de Reparación que la Empresa Envasadora designe.
La destrucción de los Cilindros defectuosos deberá ser realizada por la Empresa Envasadora en presencia de un representante de la Empresa de Supervisión y un Notario Público, quien dejará, mediante Acta, constancia del hecho.
Las Empresas Envasadoras deberán remitir mensualmente a la DGH, antes del día 10 de cada mes, la relación de Cilindros inspeccionados de acuerdo al presente Artículo, detallando la cantidad de Cilindros destruidos y el número de Cilindros aptos que han sido rotulados, con su número de serie.
Artículo 49.- Las Empresas Envasadoras no podrán envasar GLP en Cilindros Rotulados en Kilogramos que no sean de su propiedad, o en Cilindros Rotulados en Libras que tengan la marca o signo distintivo y color identificador de otra Empresa Envasadora, a menos que exista un Acuerdo Contractual de Co-responsabilidad entre las envasadoras y sea puesto previamente en conocimiento de la DGH.

(50) UIT y como medida complementaria que se implemente un sistema de fiscalización o monitoreo permanente de la empresa infractora y, de ser el caso, el cierre temporal de su planta envasadora.

Con fecha 11 de febrero de 2004, Gas LP presentó un escrito adjuntando copia del Oficio N° 984-2003 mediante el cual el Director de Procesamiento y Comercialización de la Dirección General de Hidrocarburos le remite copia de los acuerdos de corresponsabilidad registrados al 28 de marzo de 2003. Asimismo, la denunciante señala que el color distintivo de la denunciada es gris y su rótulo: "EA".

Igualmente, en el mencionado escrito, la denunciante solicita considerar alternativamente el supuesto de la violación de la cláusula general para los hechos que denuncia. Para efectos de la ejecución de la medida cautelar, Gas LP solicitó el auxilio de la fuerza pública, se solicite una orden de descerraje, en caso de ser necesario para el cumplimiento de las inspecciones solicitadas y nombra al depositario de los bienes para el comiso que solicitó como medida cautelar.

Mediante la Resolución N° 1 de fecha 13 de febrero de 2004, la Comisión calificó la denuncia únicamente por la presunta comisión de actos de confusión, explotación de la reputación ajena y violación de normas y la admitió a trámite. Asimismo, requirió cierta información a las partes y ordenó la ejecución de una inspección sin notificación previa en el local de la denunciada, facultándose al Área de Fiscalización- AFI del INDECOPI para que: (i) constate la existencia en dicho local de cilindros envasados con gas licuado de petróleo que posean rótulos de otras empresas envasadoras, sea que estén pintados con el color característico y/o signo distintivo de la denunciada o no; (ii) constate la existencia en dicho local de cilindros vacíos que posean rótulos de otras empresas envasadoras y que estén pintados con el color característico y/o signo distintivo de la denunciada; (iii) solicite la información requerida en el punto 3.3 de la Resolución N° 1; (iv) tome las fotografías y/o realice las filmaciones que considere necesarias; y, (v) de ser el caso, ejerza las demás atribuciones previstas en el artículo 2 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, Decreto Legislativo N° 807, bajo apercibimiento de aplicarse, de ser el caso, las sanciones previstas en el artículo 5 del referido Decreto Legislativo.

Como medida cautelar, la Comisión ordenó el comiso preventivo de aquellos cilindros de gas licuado de petróleo correspondientes a otras empresas envasadoras, distintas de Alfa Gas y de las empresas con las cuales ésta mantiene acuerdos de corresponsabilidad suscritos ante la Dirección General de Hidrocarburos- DGH, de comprobarse durante la inspección que los mismos se encontraban envasados con gas licuado de petróleo, o estando vacíos se encontraran pintados con el color característico y/o signo distintivo de Alfa Gas.

Mediante Resolución N° 2 de fecha 12 de marzo de 2004 se rectificó y aclaró la Resolución N° 1 en cuanto a la inspección ordenada y, adicionalmente, en atención al escrito presentado por Gas LP el 25 de febrero de 2004, se requirió información adicional a Alfa Gas. Igualmente, mediante Resolución N° 3 del 14 de mayo de 2004, se modificó la ubicación del local donde debía realizarse la inspección, así como el horario de la misma.

Con fecha 21 de mayo de 2004, el Área de Fiscalización del INDECOPI ejecutó la inspección en el local de Alfa Gas, luego de la cual se incautó seiscientos ochenta y siete (687) cilindros de gas licuado de petróleo con las características dispuestas por la Comisión para la ejecución de dicha medida cautelar.

Mediante escrito presentado el 24 de mayo de 2004, Alfa Gas impugnó la medida cautelar ordenada mediante Resolución N° 1. La apelación fue concedida en la resolución N° 4 del 4 de junio de 2004.

En escrito presentado el 28 de junio de 2004, Alfa Gas solicitó declarar infundada la denuncia. A su criterio, en tanto el mercado de gas licuado de petróleo en el Perú se constituye a partir de la distribución y comercialización del producto en cilindros, los cuales son canjeados al momento que el producto es adquirido por usuarios, se entiende que se puede usufructuar los cilindros de terceras empresas recibidos en canje, en cuanto dichas empresas utilizarían igualmente los cilindros de la empresa que no se encuentran en su poder.

Adicionalmente, indicó que su empresa cumpliría con la reglamentación legal al poner a disposición de sus competidores, los cilindros que recoge del mercado para el canje respectivo. Sin embargo, indicó que éste no se realizaría debido a la responsabilidad que tiene el Organismo Regulador de la Inversión Privada en Energía- OSINERG, así como por supuestas prácticas desleales de algunas empresas.

Por su parte, cuestionó el régimen de comercialización de gas licuado de petróleo regulado en el Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, el cual, según Alfa Gas, desconocería el contexto real de dicho mercado.

Posteriormente, mediante escrito presentado el 19 de julio de 2004, Alfa Gas ratificó los argumentos de su defensa, precisando los motivos por los cuales su empresa no sería responsable por la presunta comisión de actos de confusión, aprovechamiento de la reputación ajena y violación de normas.

Mediante Resolución N° 5 de fecha 9 de julio de 2004, la Comisión ordenó la realización de una nueva inspección, sin notificación previa, en el local de Alfa Gas. Adicionalmente, en la referida resolución ordenó, como medida cautelar, el comiso preventivo de aquellos cilindros de gas licuado de petróleo correspondientes a otras empresas envasadoras, distintas de Alfa Gas y de las

empresas con las cuales ésta mantiene acuerdos de corresponsabilidad suscritos ante la Dirección General de Hidrocarburos- DGH, de comprobarse durante la inspección que los mismos se encontraban envasados con gas licuado de petróleo, o estando vacíos se encontraran pintados con el color característico y/o signo distintivo de Alfa Gas.

Mediante el Oficio N° 047-2004/CCD-INDECOPI de fecha 15 de julio de 2004, la Secretaría Técnica solicitó a la Dirección General de Hidrocarburos- DGH del Ministerio de Energía y Minas, informar lo siguiente: i) si los hechos denunciados infringen lo dispuesto en el Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, ii) si la propiedad de los envases en kilos y en libras, es relevante para determinar si existió una trasgresión al referido reglamento; y, iii) cómo de determina la propiedad de los envases de Gas Licuado de Petróleo rotulados en kilos y en libras.

En respuesta a una solicitud similar, correspondiente al Expediente N° 016-2004/CCD, en el procedimiento seguido por Asociación Gas LP Perú contra Colpa Gas S.A.C., la DGH remitió el Oficio N° 651-2004-EM/DGH, así como el Informe N° 027-2004-EM/DGH. En éste último, dicha entidad señaló que: i) las empresas envasadoras son responsables por los cilindros que rotulan, constituyendo una infracción a la norma el hecho que otra empresa envasadora rotule o pinte nuevamente dichos cilindros; ii) las empresas envasadoras no podrán envasar cilindros en kilos que no sean de su propiedad, o cilindros en libras identificados con el signo distintivo o color identificador de otra empresa envasadora, salvo que ambas hayan suscrito un Acuerdo Contractual de Corresponsabilidad; iii) de no existir un Acuerdo de Corresponsabilidad, las empresas están obligadas a efectuar el intercambio de cilindros rotulados o pintados con el color característico de otras empresas envasadoras, por lo menos una vez cada semana; y, iv) de existir cilindros rotulados en kilos de propiedad de una empresa envasadora en poder de otra, éstos deberán ser retirados del mercado dentro de los primeros 15 días calendario de cada mes.

Por otro lado, mediante Oficio N° 830-2004-EM/DGH del 16 de septiembre de 2004, la DGH complementó la información requerida, indicando que la propiedad de los cilindros en kilos y en libras no es relevante para determinar las presuntas infracciones al Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo. De esta manera, precisó que la circulación de un cilindro en el mercado, implica que luego de un periodo las empresas envasadoras tendrán en su poder cilindros rotulados y pintados de otras empresas, sobre los cuáles recae la obligación de canje, y la prohibición de rotularlos o pintarlos nuevamente.

Con fecha 3 de septiembre de 2004, Alfa Gas presentó ante el Órgano de Control Institucional del INDECOPI, una queja funcional contra la Comisión y su Secretaría Técnica. Dicho reclamo fue remitido a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI que, mediante Resolución N° 0578-

2004/TDC-INDECOPI de fecha 6 de octubre de 2004, declaró fundada la queja, disponiendo que la Comisión emita un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia en un plazo de diez (10) días hábiles de notificada con la referida resolución.

Finalmente, mediante escrito presentado el 18 de octubre de 2004, Alfa Gas solicitó que la Comisión disponga la revocación de los cilindros de gas licuado de petróleo comisados en la inspección efectuada en su local el 21 de mayo de 2004, así como sancione a Gas LP por la interposición de la presente denuncia.

II. MATERIA CONTROVERTIDA

Luego de estudiar el expediente y conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Comisión determinar lo siguiente:

1. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión.
2. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de explotación de la reputación ajena.
3. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.
5. La necesidad de imponer a la denunciada medidas complementarias.
6. Si corresponde ordenar el monitoreo de las actividades de la denunciada.
8. Si corresponde ordenar el cierre temporal de la planta envasadora de la denunciada.
9. Si corresponde sancionar a la denunciante por la interposición de la presente denuncia.
10. La sanción aplicable a la denunciada en caso se comprueba su responsabilidad.

III. ANALISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

3.1 Cuestión previa

Previo al análisis de la denuncia, la Comisión debe resolver si corresponde revocar la medida cautelar ordenada en la Resolución N° 1 de fecha 13 de febrero de 2004, conforme a lo solicitado por la denunciada es su escrito presentado el 18 de octubre de 2004.

Al respecto, se debe precisar que el artículo 38 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, Decreto Legislativo N° 807,⁴ norma especial aplicable a los procedimientos tramitados ante esta Comisión, dispone

⁴ LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI, DECRETO LEGISLATIVO N° 807

Artículo 38.- El único recurso impugnativo que puede interponerse durante la tramitación del procedimiento es el de apelación, que procede únicamente contra la resolución que pone fin a la instancia, contra la resolución que impone multas y contra la resolución que dicta una medida cautelar.

como único recurso impugnativo el de apelación, el cual puede interponerse únicamente contra la resolución que pone fin a la instancia, la que impone multas o la que admite una medida cautelar.

En el presente caso, la denunciada pretende cuestionar la medida cautelar impuesta en la Resolución N° 1 mediante un recurso distinto al de apelación, única vía de impugnación de las resoluciones impuestas por la Comisión, motivo por el cual corresponde declarar improcedente su pedido.

A lo anterior, debemos añadir que dicha medida cautelar fue confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia mediante Resolución N° 0284-2004/TDC-INDECOPI del 7 de julio de 2004.

Por otro lado, en tanto que, a la fecha de la presente resolución el Área de Fiscalización del INDECOPI no ha actuado la inspección ordenada mediante Resolución N° 5 de fecha 9 de julio de 2004, corresponde dejar sin efecto la misma, así como la medida cautelar dispuesta durante la ejecución de la referida inspección.

3.2 Sobre los presuntos actos de confusión

3.2.1 Normativa y criterios aplicables

El artículo 8 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal tipifica como acto de competencia desleal toda conducta destinada a crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno, siendo suficiente para determinar la deslealtad de una práctica la existencia de riesgo de confusión entre los consumidores respecto de la procedencia empresarial de la actividad, el producto, el establecimiento o la prestación.

La Comisión ha señalado en reiterados pronunciamientos que para determinar si se ha producido un acto de confusión debe observarse, entre otros puntos, los siguientes:

1. La forma como se distribuyen los productos o se proveen los servicios en cuestión (por ejemplo, si concurren en una misma plaza, en un mismo segmento del mercado o empleando similares canales de distribución);
2. El nivel de experiencia de los consumidores que adquieren tales bienes o servicios;
3. El grado de distintividad de la forma o apariencia externa del producto o de la prestación del servicio o de sus medios de identificación (esto es, que dichos elementos cumplan una función indicadora de procedencia empresarial); y,
4. El grado de similitud existente entre los elementos de los productos o servicios objeto de evaluación.

Asimismo, el riesgo de confusión debe evaluarse atendiendo a la capacidad de diferenciación de un consumidor razonable, es decir de un consumidor que se desenvuelve en el mercado con diligencia ordinaria a fin de tomar decisiones prudentes y teniendo en cuenta la presentación o el aspecto general de los productos o de las prestaciones materia de evaluación.⁵

3.2.2 Aplicación al presente caso

Según la denunciante, los actos denunciados inducirían, entre otros, a confundir al consumidor respecto de la empresa a quién le corresponde la responsabilidad por el cilindro, atendiendo a que la comercialización de gas licuado de petróleo se realiza de manera casi uniforme, por lo que el rotulado de los cilindros y su color constituyen sus elementos más distintivos.

Sobre el particular, la Comisión discrepa con el argumento dado por la denunciante en el sentido que, en el mercado de gas licuado de petróleo, el color y el signo distintivo ubicado en el cilindro es el único medio a través del cual el consumidor logra la identificación del producto.

Al respecto, la Comisión ha identificado que el gas licuado de petróleo se distribuye en el mercado principalmente a través del reparto a domicilio de los cilindros, reparto que se realiza como consecuencia de pedidos directos efectuados por los consumidores a las empresas distribuidoras.

Así, la Comisión considera que el color y el signo distintivo insertado en un cilindro recién es apreciado por el consumidor luego de que este ha adquirido el GLP de una empresa determinada, a la cual le solicitó el reparto correspondiente, es decir luego de haber adoptado su decisión de consumo.

Por definición, los actos de confusión se producen cuando el consumidor adquiere un producto del competidor desleal en el entendido que está adquiriendo el producto de otra empresa. Para que esta situación se produzca, debe existir un “riesgo de confusión” entre la oferta del competidor desleal y la del competidor afectado, de tal forma que las dos ofertas sean presentadas en el mercado en condiciones que le resulta difícil al consumidor identificar el producto que desea adquirir o su origen empresarial, situación que se presenta antes de que el consumidor adopte su decisión de consumo.

Aplicando al presente caso el criterio antes mencionado, se aprecia que en el presente caso no existe riesgo de confusión toda vez que en el mercado de

⁵ Criterio discutido por la Sala en la Resolución N° 005-97-TDC de fecha 3 de enero de 1997, en la cual se confirmó la Resolución N° 065-95-CCD por la que la Comisión declaró infundada la denuncia presentada por Bijoutería B&C S.R.L. contra Belcro S.R.L., por presuntas infracciones al Decreto Ley N° 26122 cometidas con ocasión de la fabricación y comercialización de artículos de bisutería cuya presentación era similar a la de la denunciante. En dicha oportunidad se señaló que el diseño de la bisutería no era un elemento que permitía identificar el origen empresarial de ésta, al tratarse de diseños comunes, precisándose que debía atenderse a que tanto la denunciante como la denunciada comercializaban sus productos a través de catálogos que perfectamente permitían a un consumidor diferenciar la procedencia empresarial de dichos productos, debido principalmente a que los nombres comerciales de las empresas aparecían claramente en la carátula de sus respectivos catálogos.

GLP, el consumidor adopta su decisión de consumo antes de apreciar el cilindro en el que viene envasado el GLP adquirido. Puede verse entonces que el consumidor solo apreciará el color y el signo de la empresa afectada una vez que ya ha adquirido el GLP de la presunta empresa infractora con lo cual la posibilidad de que dichos elementos generen algún riesgo de confusión resulta remota..

Por lo expuesto, la Comisión considera que debe declarar infundado este extremo de la denuncia.

3.3 Sobre los presuntos actos aprovechamiento de la reputación ajena

3.3.1 Normativa y criterios aplicables

El artículo 14 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, tipifica como desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado; en particular a través del empleo de signos distintivos ajenos, así como de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocian a un tercero.

Siendo que en los casos de aprovechamiento de la reputación ajena el infractor busca, mediante la realización de diversos actos, establecer una vinculación entre él y otro u otros competidores, induciendo a confusión a los consumidores o a otros agentes de la cadena de comercialización, respecto del producto o su origen empresarial, con la finalidad de aprovecharse del prestigio o la reputación que han obtenido otros en el mercado. Al respecto, *“...la explotación de la reputación ajena (...) podría servir de rótulo genérico para todos los supuestos de confusión e imitación, pues en todos ellos se da ese aprovechamiento indebido de la reputación y esfuerzo ajenos”*⁶.

3.3.2 Aplicación al presente caso

Señala la denunciante que, el hecho de envasar gas licuado de petróleo en cilindros rotulados en kilos o en libras de otras empresas envasadoras, constituye un acto de competencia desleal en la modalidad de aprovechamiento de la reputación ajena, en tanto el infractor se estaría aprovechando en beneficio propio, del prestigio ganado por dichas empresas en el mercado.

Al respecto, habiéndose descartado la existencia de un riesgo de confusión en el presente caso, no resulta posible que se dé el supuesto de aprovechamiento de la reputación ajena, toda vez que la Comisión considera que los actos

⁶ DE LA CUESTA, José María. Supuestos de Competencia Desleal por Confusión, Imitación y Aprovechamiento de la Reputación Ajena. En: La Regulación Contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991; Madrid, 1992, p. 46.

denunciados no son idóneos para que la denunciada se aproveche de la reputación ajena de las empresas posiblemente afectadas con la conducta denunciada.

Por lo expuesto, la Comisión considera que debe declarar infundado este extremo de la denuncia.

3.4 Sobre los presuntos actos de violación de normas

3.4.1 Normativa y criterios aplicables

En el artículo 58 de la Constitución Política del Perú dispone, como regla general en materia económica, es la libertad de la iniciativa privada;⁷ sin embargo, el ejercicio de dicha libertad debe sujetarse a ciertas reglas, entre las cuales se encuentran aquellas que reprimen la competencia desleal.

Al respecto, el artículo 17 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, tipifica como 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.

Según ha establecido la Comisión en anteriores pronunciamientos,⁸ para determinar si en un caso concreto se ha configurado un supuesto de competencia desleal en la modalidad tipificada por la norma señalada en el párrafo precedente, debe cumplirse con los siguientes requisitos: i) los actos denunciados no deben constituir supuestos de competencia prohibida; ii) la norma infringida debe ser de carácter público e imperativo; iii) el infractor debe de haber obtenido una ventaja competitiva significativa e ilícita.

En cuanto al primer requisito, debe tenerse en cuenta que conforme lo ha señalado la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución N° 493-2004/TDC-INDECOPI,⁹ son actos de competencia prohibida aquellos actos de comercio realizados por un agente económico que interviene en un mercado en el cual no puede competir.

⁷ CONSTITUCION POLITICA DEL PERU

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

⁸ Ver Resolución N° 017-97-C.C.D., emitida en el Expediente N° 138-96-C.C.D., seguido por Casana & Quiroz Asociados S.R.Ltda. contra la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado y Ganadera La Joya S.A.; Resolución N° 035-97-C.C.D., emitida en el Expediente N° 085-95-C.P.C.D., seguido por Compañía Peruana de Gas S.A. contra Sursa Gas E.I.R.L.; Resolución N° 020-1998/CCD-INDECOPI, emitida en el Expediente N° 117-97-C.C.D., seguido por Compañía Peruana de Gas S.A. contra Sipán Gas E.I.R.L.; Resolución N° 052-1998/CCD-INDECOPI, emitida en el Expediente N° 003-1998/CCD, seguido por Semillas del Sur E.I.R.L. contra Compañía Arrocería del Sur S.A.; Resolución N° 014-1999/CCD-INDECOPI, emitida en el Expediente N° 077-1998/CCD, seguido de oficio contra el señor Eduardo Burgos Revollo; y Resolución N° 040-1999/CCD-INDECOPI, emitida en el Expediente N° 127-1998/CCD, seguido por Destilería Peruana S.A. contra Sociedad Pomalca Vda. de Piedra S.A..

⁹ Expedida en el Expediente N° 024-2004/CCD, correspondiente al procedimiento seguido por Turismo Civa S.A.C. contra Expreso Cial S.A.C.

En cuanto al segundo requisito, debe considerarse que la norma infringida debe ser de obligatorio cumplimiento, de modo tal que las infracciones a las normas de carácter supletorio o recomendaciones, no se encuentran dentro del supuesto de hecho del artículo. Asimismo, debe considerarse que *“...la mera intención de violar no basta para que la deslealtad se cometa sino que es necesario que haya tenido efectivamente lugar la violación.”*¹⁰

Para efectos de resolver una posible comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas públicas e imperativas, la Comisión, en colaboración con la entidad competente para regular, supervisar y/o velar por la materia en cuyo ámbito rige la norma en cuestión, deberá precisar si las disposiciones presuntamente violadas constituyen normas imperativas, así como sus alcances normativos. De esta manera, a la entidad consultada se le deberá solicitar que se pronuncie sobre la existencia o no de la infracción imputada, sin que dicho pronunciamiento tenga carácter vinculante.

Finalmente, los actos de competencia desleal por violación de normas requieren que el infractor haya obtenido una ventaja competitiva de carácter significativo respecto de sus competidores. Al respecto, la Comisión ha señalado que *“...por ventaja competitiva se entiende en la generalidad de los casos una disminución de los costos de producción o distribución de los productos o servicios de que se trate; pero no ello exclusivamente: en materia de mercados públicos, efectivamente, la violación de normas puede igualmente comportar el mero acceso privilegiado a dichos mercados en detrimento de los competidores”*.

Así, el carácter significativo de la ventaja dependerá del hecho que el ahorro, o el acceso privilegiado obtenido, *“...represente para quien la obtiene un diferencial de competitividad respecto de los restantes operadores, determinante de su acceso, permanencia o triunfo en el mercado más allá de lo que en términos de competencia hubiera sido razonable esperar u obtener. En suma, dicho acceso, permanencia o triunfo debe resultar razonablemente más fácil para el infractor que para el operador observante del Derecho”*.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta lo señalado por la Sala:¹¹ *“...la Comisión 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 (...)”*.

Por tanto, para establecer la existencia de una ventaja ilícita significativa, la

¹⁰ ILLESCAS ORTÍZ, Rafael, “La Infracción Inducida de Contratos y de Normas como Acto de Competencia Desleal”, en: La Regulación Contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991. Madrid, Cámara de Comercio e Industria, 1992. p. 115, citado por la Comisión en las resoluciones señaladas en la nota 16.

¹¹ Resolución N° 287-97/TDC emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOP, en el expediente N° 086-96-C.C.D. seguido entre Destilería Peruana S.A. contra Agroindustria San Pablo E.I.R.L..

Comisión evaluará, en primer lugar, los costos que debió o debería asumir el infractor de haber cumplido con las disposiciones vigentes y, adicionalmente, el beneficio obtenido como consecuencia del incumplimiento de dichas normas.

3.4.2 Aplicación al presente caso

a) Si los hechos materia de denuncia constituyen un supuesto de competencia prohibida

Sobre el particular, debe considerarse que la comercialización de gas licuado de petróleo en cilindros constituye una actividad que se encuentra permitida a los agentes económicos del mercado que deseen dedicarse a ella, encontrándose expresamente regulada en el Decreto Supremo N° 01-94-EM.

Por tal motivo, la Comisión concluye, a la luz de la definición de competencia prohibida dada en el numeral 3.4.1, que la actividad realizada por la denunciada, esto es el envasado y comercialización de gas licuado de petróleo, no supone un supuesto de competencia prohibida, toda vez que dicha actividad se encuentra expresamente autorizada y regulada por el Decreto Supremo N° 01-94-EM.

b) Sobre si requiere contar con una decisión previa y firme de la autoridad competente

Al respecto debe tenerse en cuenta que el numeral 4), del punto Cuarto de la parte resolutive de la Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI, señala, como precedente de observancia, lo siguiente:

"4. La configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas requiere de 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"

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que un precedente de observancia obligatoria tiene como principal objetivo brindar a los administrados predictibilidad acerca de las decisiones de la administración ante casos similares. Esto supone que el precedente sólo será aplicable a aquellos casos en donde la materia a tratar sea la misma que en aquel caso en el que se dictó el precedente.

El precedente recaído en el expediente N° 024-2004/CCD, se pronuncia sobre la admisión a trámite de una denuncia por un presunto acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, que habría sido realizado por un agente económico que carecía de autorizaciones para intervenir en el mercado.

En consecuencia, en opinión de la Comisión, dicho precedente sólo es aplicable a aquellos casos en donde el agente infractor carezca de autorizaciones para intervenir en el mercado, y por lo tanto, el requisito de contar, previamente a la

interposición de la denuncia ante el Indecopi, con 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"* sólo será exigible para esa clase de casos.

En el presente caso, la materia controvertida está referida al presunto incumplimiento de normas en que estaría incurriendo la denunciada al desarrollar su actividad económica; actividad para la cual cuenta con las autorizaciones correspondientes, conforme se verificó al inicio del proceso. Puede entonces concluirse, que la materia de presente proceso difiere de aquella tratada en el expediente N° 024-2004/CCD y por lo tanto, el precedente recaído en dicho expediente no es aplicable al presente caso.

Por lo expuesto, la Comisión considera que está facultada para pronunciarse sobre el presente caso, sin que sea necesario contar con una decisión previa y firme de la autoridad competente.

c) Si la denunciada ha infringido una norma legal de carácter público e imperativo

Sobre el particular, debe señalarse que el artículo 49 del Decreto Supremo N° 01-94-EM, Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, establece que:

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

La norma citada establece la prohibición a las empresas envasadoras de GLP de comercializar GLP en cilindros que no sean de su propiedad o no le hayan sido asignados, a menos que exista un acuerdo de corresponsabilidad con la empresa que es propietaria o a la que le ha sido asignada el cilindro.

Esta norma debe ser interpretada en virtud a lo dispuesto en el artículo 47 del referido Decreto Supremo, que dispone: *"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."* (el resaltado es nuestro)

Analizadas estas dos normas en conjunto, puede llegarse a una primera

conclusión. Dado el caso que una empresa envasadora adquiriera, por cualquier vía, un cilindro que se encuentre rotulado con el logo de otra empresa envasadora, la primera no podrá rotularlo o pintarlo nuevamente con su logo y color, ni podrá utilizarlo a menos que posea un convenio de corresponsabilidad con la segunda.

La segunda conclusión a la que se arriba, de la lectura conjunta de ambas normas, es que la realización de la conducta prohibida implica una infracción al Reglamento de Comercialización de Gas Licuado de Petróleo.

Estas conclusiones se ven confirmada con el Oficio N° 830-2004-EM/DGH, que señala que la propiedad de los cilindros en kilos y en libras no es relevante para determinar las presuntas infracciones al Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo siendo obligación de las empresas envasadoras realizar el canje de dichos cilindros, estando prohibido rotularlos o pintarlos nuevamente.

En el presente caso debe considerarse que, en la inspección realizada el 21 de mayo de 2004 en el local de Alfa Gas, se verificó la existencia de seiscientos ochenta y siete (687) cilindros de gas licuado de petróleo rotulados por terceras empresas envasadoras, los cuales habían sido repintados con el color característico y el signo distintivo de la denunciada; o, que sin haber sido modificados en su apariencia, habían sido utilizados por la denunciada para envasar GLP, sin que ésta tenga acuerdos contractuales de corresponsabilidad con las empresas a las cuales correspondían los cilindros.

En consecuencia, puede afirmarse que el empleo por parte de la denunciada de cilindros de propiedad de empresas envasadoras con las que no comparte responsabilidad por las comercialización de los mismos, o por el simple hecho de haberlos pintado con su color característico y signo distintivo, constituyen infracciones a las normas dispuestas en los artículos 47 y 49, respectivamente, de Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, conforme a lo indicado líneas arriba, así como de acuerdo a lo señalado por la DGH en el Informe N° 027-2004-EM/DGH y en el Oficio N° 830-2004-EM/DGH.

En su defensa la denunciada ha sostenido que las presuntas empresas afectadas con su actividad, se negarían a realizar el canje de cilindros con la finalidad de paralizar sus acciones y provocar su salida del mercado. Asimismo, indicó que en reiteradas oportunidades ha venido realizando el canje de cilindros, lo cual supone un cumplimiento efectivo de la norma.

En cuanto al argumento relacionado con la negativa de determinados competidores para realizar el canje de cilindros con el fin de provocar la salida del mercado de la denunciada, debe señalarse que dicha circunstancia no es materia del presente procedimiento y por lo tanto no puede ser objeto de pronunciamiento por parte de la Comisión en el presente caso, sin perjuicio del

derecho que le asiste a la denunciada de presentar su la denuncia correspondiente. Asimismo, debe indicarse que el ser víctima de una conducta ilícita no es justificación para que la denunciada realice, en su defensa, otra conducta que también es considerada ilícita, toda vez que ello supone una afectación al orden jurídico que no puede ser permitida en un estado de derecho.

En cuanto al segundo argumento de la denunciada, debe indicarse que la prohibición contenida en los artículos 47 y 49 del D.S. 001-94-EM es una prohibición absoluta y por lo tanto su incumplimiento se verifica con prescindencia de la conducta regular que la denunciada pueda tener en el mercado. Esta circunstancia supone que, verificada la infracción en un momento determinado, carece de relevancia si dicha conducta no es habitual en el agente infractor. Aplicando este concepto al presente caso, se concluye que la infracción fue cometida por Alfa Gas en el momento en que utilizó indebidamente cilindros rotulados por terceras empresas, y por lo tanto, para determinar la existencia de la infracción, resulta irrelevante si es que su conducta regular en el mercado es la de canjear cilindros de GLP.

Por lo expuesto, a criterio de la Comisión ha quedado acreditado, con el acta de inspección de fecha 21 de mayo de 2004, que Alfa Gas infringió los artículos 47 y 49 del Reglamento de Comercialización de Gas Licuado de Petróleo al rotular y pintar cilindros de GLP previamente rotulados y pintados por otras empresas envasadoras; y al comercializar GLP en cilindros rotulados por otras empresas envasadoras, sin contar con los respectivos acuerdos de corresponsabilidad.

d) Sobre si la denunciada ha obtenido una ventaja competitiva significativa

Una vez determinado que la denunciada infringió una norma legal de carácter imperativo, corresponde analizar si, como consecuencia de la referida infracción, esta empresa ha obtenido una ventaja competitiva de carácter significativo.

Conforme se desprende de las normas referidas a la comercialización de GLP, concurrir en dicho mercado supone incurrir en una serie de costos iniciales que deben ser asumidos por quien desea participar en dicho mercado, costos entre los que se encuentra la adquisición de cilindros.

Otro de los costos existentes en el mercado del gas licuado de petróleo, es el referido al inventario periódico que deben realizar las empresas envasadoras respecto de sus cilindros rotulados y pintados con su nombre y color característico. Al respecto, el Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo dispone en el inciso a) del tercer párrafo de su artículo 53, que: *“Dentro de los primeros quince (15) días calendarios de cada mes, las*

Empresas Envasadoras estarán obligadas a: a) retirar los cilindros rotulados en kilogramos de su propiedad que estén en poder de otra Empresa Envasadora y que no hayan podido ser intercambiados de acuerdo al procedimiento estipulado en el párrafo anterior”.

La exigencia de retirar los cilindros que no puedan ser recuperados, exige a la empresa envasadora tomar las precauciones necesarias para evitar quedarse sin stock de cilindros, lo cual se traduce en adoptar las medidas necesarias para realizar de manera efectiva dicho canje o en renovar permanentemente dicho stock.

En este contexto, el hecho que una empresa envasadora, utilice indebidamente cilindros rotulados por otras empresas, supone que ésta ahorre costos en lo que tendría que incurrir en caso cumpla con la reglamentación del sector. En concreto, una empresa que utiliza indebidamente cilindros rotulados por terceras empresas no incurrirá en costos de reposición de stock.

Por otro lado, una empresa envasadora que emplea cilindros rotulados por otras sin contar con un acuerdo de corresponsabilidad, genera una serie de distorsiones en la estructura de costos de éstas últimas, costos que son aprovechados por la empresa infractora a su favor y que, paralelamente, no obtiene como resultado de su actividad productiva y mercantil, sino del uso de cilindros en los que invirtieron sus competidores.

Así, habiéndose comprobado que la denunciada utilizó indebidamente seiscientos ochenta y siete (687) cilindros de gas licuado de petróleo, la Comisión considera que la denunciada ha obtenido una ventaja competitiva significativa e ilícita, la cual se traduce en la eliminación del costos de mantenimiento de los cilindros utilizados, en la eliminación del costo del control de calidad y seguridad que tendría que hacer de los balones de gas, en el aprovechando indebido de los gastos que por tal concepto hacen sus competidores, en la eliminación de los costos de reposición de su stock y, en la disminución del monto de inversión en envases necesarios para la comercialización de gas.

Por dichas razones, la Comisión considera que debe declarar fundado este extremo de la denuncia.

3.5 Medidas complementarias

De conformidad con lo establecido por el artículo 24 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, el incumplimiento de las normas establecidas por dicha norma dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de una multa, sin perjuicio de las medidas que se dicten para la cesación de los actos de competencia desleal o para evitar que éstos se produzcan.

Al respecto, debemos recordar que la Sala de Defensa de la Competencia ha

establecido en la Resolución N° 427-2001/TDC-INDECOPI¹² que “[e]s importante destacar que las medidas complementarias tienen por finalidad corregir las distorsiones que se hubiera producido en el mercado como consecuencia de la actuación infractora y que su aplicación se sustenta en las normas que regulan la competencia de la Comisión para conocer de dichas conductas, imponer sanciones, y disponer los correctivos que correspondan para revertir el daño ocasionado al mercado”.

En su denuncia, Gas LP solicitó a la Comisión que ordenara a la denunciada las siguientes medidas complementarias (i) la cesación de los actos materia de denuncia y (ii) el comiso de los cilindros que se estarían empleando indebidamente sin la autorización respectiva.

En el presente caso, ha quedado acreditado que la denunciada comercializó gas licuado de petróleo utilizando cilindros de las empresas asociadas a la denunciante, así como de terceras empresas, pintándolos con sus colores y signos distintivos y/o envasándolos con su producto, lo cual realizaba sin tener con dichas empresas acuerdos contractuales de corresponsabilidad registrados ante la DGH.

En consecuencia, la Comisión considera que debe ordenarse la imposición de medidas complementarias que corrijan la distorsión que la conducta de la denunciada pueda haber generado en el mercado.

3.6 Sobre si corresponde ordenar el monitoreo de las actividades de la denunciada

En cuanto al pedido de la denunciante para que se disponga un sistema de monitoreo de las actividades de la denunciada, se debe considerar que uno de los principios de la actividad administrativa es el de legalidad, regulado en el acápite 1.1 del artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Conforme a este principio, la entidad competente de resolver un determinado procedimiento debe actuar dentro de sus facultades y conforme a los fines específicos de la materia a resolver.

Al respecto, el artículo 22 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, dispone que la Comisión podrá ordenar, en caso advertir una infracción a las normas de competencia desleal, ciertas medidas complementarias a la declaración de los hechos denunciados como una infracción a las normas de competencia desleal y de la sanción correspondiente. En particular, el inciso j) del referido artículo, dispone que la Comisión podrá ordenar cualquier otra medida que tenga por objeto restituir al perjudicado a la situación anterior a la realización del acto.

¹² Emitida en el Expediente N° 116-2000/CCD, seguido por Tecnosanitaria S.A. contra Grifería y Sanitarios S.A..

En el presente caso, la Comisión considera que no corresponde ordenar la medida complementaria solicitada por la denunciante, por cuanto la supervisión de las actividades mercantiles y comerciales de la denunciada excede a las facultades de la institución y resultan ser funciones legalmente establecidos a otro organismo administrativo.

3.7 Sobre si corresponde ordenar el cierre temporal del local de la denunciada

Conforme a lo dispuesto por el literal d) del artículo 22 del Decreto Supremo N° 039-2000/ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, la Comisión puede disponer, como medida complementaria, el cierre temporal del establecimiento infractor.

Al respecto, la Comisión considera necesario resaltar los efectos que se derivan de una sanción de cierre de establecimiento, dado que esta medida implica no sólo la paralización de las actividades de la empresa sancionada sino también desabastecer el mercado de los bienes o servicios que dicha empresa produce; lo que, eventualmente, podría perjudicar a los consumidores.¹³ En tal sentido, no debe perderse de vista que dicha sanción es una de las más graves que la Comisión puede adoptar.

En el presente caso, debe tenerse en cuenta que la empresa denunciada se encuentra debidamente autorizada para realizar actividades de comercialización de gas licuado de petróleo. Por otra parte, a criterio de la Comisión, las medidas complementarias dispuestas en el punto precedente son suficientes para revertir los efectos de la infracción en que incurrió la denunciada.

Por dichas razones, la Comisión considera que debe denegarse este pedido.

3.8 Denegatoria de sanción por denuncia maliciosa

En escrito presentado el 18 de octubre de 2004, la denunciada solicitó que se imponga una sanción por la interposición de la presente denuncia, alegando que la denunciante sabía que su empresa no ha infringido norma alguna y que, por el contrario, se opone al canje de los cilindros de Alfa Gas en su propiedad.

Sobre el particular, habiéndose declarado fundado uno de los extremos de la presente denuncia, debe desestimarse el pedido de la denunciada.

3.9 Graduación de la Sanción

De conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley sobre Represión

¹³ Criterios recogidos en la Resolución N° 0021-1998/TDC-INDECOPi de fecha 21 de enero del 1998 emitida por la Sala de Defensa de la Competencia en el procedimiento iniciado de oficio contra Americana de Aviación S.A.

de la Competencia Desleal, al momento de graduar la sanción aplicable a la denunciada la Comisión debe tener en cuenta la gravedad de la falta, la difusión del anuncio, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar.

Al momento de determinar la sanción correspondiente a Alfa Gas,¹⁴ la Comisión ha tomado en consideración el gran volumen de cilindros incautados por el área de fiscalización del Indecopi, quienes en un operativo incautaron seiscientos ochenta y siete (687) cilindros de gas licuado de petróleo. El alto número de cilindros incautados lleva a la Comisión a concluir que la denunciada realiza de manera sistemática la conducta ilícita por la cual ha sido sancionada.

Otro de los elementos que ha tomado en cuenta la Comisión al momento de graduar la sanción es la gravedad de la falta cometida. La Comisión considera que el mercado de GLP es un mercado altamente sensible, en donde la seguridad del consumidor resulta ser lo más importante. En este contexto, no respetar las normas referidas a la utilización de cilindros de terceras empresas fomenta el desorden en el mercado y genera desincentivos en la conducta del resto de competidores en el mercado para asumir costos de seguridad¹⁵, lo que termina afectando la seguridad de los cilindros utilizados para comercializar el GLP y por lo tanto, afectando la seguridad del consumidor. Por estas consideraciones, la Comisión considera que la conducta denunciada representa una falta grave.

Finalmente la Comisión ha considerado el efecto desincentivador que debe tener la multa, efecto recogido en el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, contemplado en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁶.

IV. RESOLUCION

En atención a los argumentos expuestos en los puntos precedentes y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 19 del Decreto Ley N° 25868,

¹⁴ Al respecto, cabe mencionar como antecedente la Resolución N° 034-2000/CCD-INDECOPI de fecha 30 de mayo del 2000 emitida en el expediente N° 014-2000/CCD, por la cual la Comisión sancionó a la empresa Llama Gas S.A. con una multa de 2 UIT, teniendo en cuenta lo siguiente: (i) se encontraron 32 cilindros de gas de la empresa LIMA GAS que fueron pintados con los colores característicos de LLAMA GAS y en los cuales se pintó la denominación "Llama Gas"; y, (ii) la empresa denunciante no presentó los medios probatorios idóneos que demuestren que la denunciada hubiera comercializado gas licuado de petróleo en cantidades mayores al número de cilindros encontrados en la inspección.

¹⁵ Debe tenerse en cuenta que al no tener convenios de corresponsabilidad, la empresa infractora no se hace responsable por el estado del cilindro que utiliza, toda vez que en caso ocurriera un desperfecto en el mismo, será responsable la empresa cuyo rotulo está consignado en el cilindro.

¹⁶ Artículo 230.- PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte mas ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción: así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de la intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición de la comisión de la infracción

Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, 25 del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, y 24 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal,

HA RESUELTO

PRIMERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la denuncia de fecha 30 de enero de 2004 presentada por Asociación Gas LP Perú en contra de Envasadora Alfa Gas S.A., por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto tipificado en el artículo 17 del Decreto Supremo N° 039-2000/ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADO** el extremo de la denuncia referido a la presunta comisión de actos de confusión, supuesto tipificado en el artículo 8 de la Ley sobre represión de la Competencia Desleal.

TERCERO: Declarar **INFUNDADO** el extremo de la denuncia referido a la presunta comisión de actos de explotación de la reputación ajena, supuesto tipificado en el artículo 14 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

CUARTO: SANCIONAR a Envasadora Alfa Gas S.A. con una multa de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias y ordenar su inscripción en el registro de infractores a que se refiere el artículo 40 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.

QUINTO: ORDENAR a Envasadora Alfa Gas S.A., como medida complementaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal aprobado en el Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, lo siguiente:

1. El **CESE INMEDIATO** y **DEFINITIVO** de la comercialización de gas licuado de petróleo utilizando cilindros de empresas envasadoras con las que no tenga Acuerdos Contractuales de Corresponsabilidad inscritos ante la DGH, ya sea envasándolos con su producto y/o pintándolos con su color característico y signo distintivo.
2. La realización del canje correspondiente de los cilindros que fueron inmovilizados durante la inspección realizada el 21 de mayo de 2004 en el local de la denunciada, para lo cual se dispone la notificación de la presente resolución, a las empresas envasadoras de gas licuado de petróleo cuyos envases se encuentren afectados por la medida cautelar. En tanto, el dicho canje no se realice, se dispone que los cilindros se mantengan en posesión del depositario, quien será responsable de la correcta ejecución del canje ordenado.

SEXTO: DENEGAR el pedido formulado por Asociación Gas LP Perú para que se ordene el monitoreo de las actividades comerciales de Envasadora Alfa Gas S.A., por las razones expuestas en la presente resolución

SEPTIMO: DENEGAR la solicitud de Asociación Gas LP Perú para que se ordene el cierre temporal de la planta envasadora de Envasadora Alfa gas S.A., por las razones expuestas en la presente resolución.

OCTAVO: DENEGAR la solicitud presentada por Envasadora Alfa Gas S.A. para que se amoneste a Asociación Gas LP Perú por la interposición de la denuncia en su contra, por las razones expuestas en la presente resolución.

NOVENO: Declarar **IMPROCEDENTE** la revocación de medida cautelar solicitado por la denunciada.

DECIMO: DEJAR SIN EFECTO la inspección ordenada mediante Resolución N° 5 del 9 de julio de 2004 y, por tanto, notificar a Envasadora Alfa Gas S.A. dicha resolución, así como el escrito presentado por Asociación Gas LP Perú el 7 de junio de 2004.

DECIMO PRIMERO: ORDENAR a Envasadora Alfa Gas S.A.C. que cumpla con lo ordenado por la presente resolución en un plazo no mayor de tres (3) días contados desde que la presente resolución quede consentida o, en su caso, sea confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI; bajo apercibimiento de imponer una nueva sanción y ordenar su cobranza coactiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 del Decreto Supremo N° 039-2000/ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

Con la intervención de los señores miembros de Comisión: Ramón Bueno-Tizón Deza, Mauricio Lerner, José Perla, Alfredo Castillo y con la inhibición de Enrique Bardales.

RAMÓN BUENO-TIZÓN DEZA
Presidente
Comisión de Represión de
la Competencia Desleal

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL (LA COMISIÓN)
DENUNCIANTE : ASOCIACIÓN GAS LP PERÚ (ASOCIACIÓN GLP)
DENUNCIADA : ENVASADORA ALFA GAS S.A. (ALFA GAS)
MATERIA : COMPETENCIA DESLEAL
CLÁUSULA GENERAL
ACTOS DE CONFUSIÓN
EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA
ACTIVIDAD : COMERCIALIZACIÓN DE GAS LICUADO DE
PETRÓLEO

SUMILLA: *en el procedimiento seguido por Asociación Gas LP Perú contra Envasadora Alfa Gas S.A. por actos de competencia desleal, la Sala ha resuelto lo siguiente:*

- (i) Confirmar la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal el 22 de octubre de 2004, en el extremo apelado en que declaró fundada la denuncia por actos de competencia desleal tipificados en el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal y descritos en el artículo 17 de dicha Ley. Ello debido a que Envasadora Alfa Gas S.A. obtuvo una ventaja competitiva significativa a través de la infracción al Decreto Supremo N° 01-94-EM, Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, incurriendo en un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.*
- (ii) Modificar la referida Resolución en el extremo apelado en que impuso a Envasadora Alfa Gas S.A. una multa ascendente a 20 UIT, fijándose la sanción en 8 UIT. Ello, teniendo en consideración la ventaja significativa obtenida por la denunciada a través del uso de los cilindros de gas licuado de petróleo de titularidad de empresas con las que no mantenía acuerdo contractual de co-responsabilidad.*
- (iii) Confirmar dicha Resolución en el extremo en que impuso a Envasadora Alfa Gas S.A. medidas complementarias.*
- (iv) De conformidad con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 807, declarar que la presente resolución modifica el precedente de observancia obligatoria aprobado en la Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI en lo referido a los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.*

SANCIÓN: 8 UIT

Lima, 18 de mayo de 2005

I. ANTECEDENTES

El 30 de enero de 2004, Asociación GLP interpuso denuncia contra Alfa Gas, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de confusión, explotación de la reputación ajena y violación de normas, contempladas en los artículos 8, 14 y 17, respectivamente, de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. En su denuncia, Asociación GLP manifestó lo siguiente:

(i) Asociación GLP es una asociación de empresas envasadoras de gas, integrada por Lima Gas S.A., Repsol YPF Comercial del Perú S.A., Zeta Gas Andino S.A., Llama Gas S.A., Peruana de Combustibles S.A., Costa Gas S.A., Piura Gas S.A.C., Nor Gas S.R.L. y Chiclayo Gas S.A.C.;

~~(iii)~~(ii) la comercialización y envasado del gas licuado de petróleo - en lo sucesivo, GLP - se realiza a través de cilindros rotulados en kilogramos y de cilindros rotulados y/o pintados en libras;

~~(iv)~~(iii) las normas del sector hidrocarburos establecen que las empresas envasadoras de GLP no podrán envasar dicho gas en cilindros rotulados en kilogramos que no sean de su propiedad o en cilindros en libras que tengan la marca, rótulo o color de otra empresa envasadora, a menos que exista un acuerdo contractual de co-responsabilidad entre las envasadoras que haya sido previamente puesto en conocimiento de la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas - en lo sucesivo DGH -; y

~~(v)~~(iv) Alfa Gas es una empresa dedicada al envasado y comercialización de gas licuado de petróleo que estaría envasando su combustible en cilindros que son propiedad de otras empresas envasadoras, pintándolos con su color característico y su signo distintivo para su comercialización en el mercado, sin que exista acuerdo de co-responsabilidad entre ellas que le permita actuar de tal forma.

Asociación GLP solicitó a la Comisión, la realización de una inspección en el local de Alfa Gas y que disponga, como medida cautelar, el comiso de todos los cilindros con marcas o signos distintivos de empresas envasadoras distintas a la denunciada que fuesen encontrados en sus instalaciones, ya que la

denunciada no contaría con acuerdos de co-responsabilidad con otras empresas envasadoras.

Mediante Resolución N° 1 del 13 de febrero de 2004, la Comisión admitió a trámite la denuncia; ordenó la realización de una inspección, sin notificación previa, en el local de Alfa Gas; y ordenó el comiso preventivo de todos los cilindros en poder de Alfa Gas que presenten rótulos de otras empresas envasadoras -distintas de las empresas envasadoras con las que Alfa Gas tiene acuerdo de co-responsabilidad- sea que estén pintados con el color característico y/o signo distintivo de la denunciada o no.

El 21 de mayo de 2004 se efectuó la inspección en el local de Alfa Gas, verificándose la existencia de cilindros llenos de gas licuado de petróleo, de 10kg. cada uno, que presentaban los rótulos de terceras empresas con las que Alfa Gas no tiene acuerdo de co-responsabilidad. En dicha diligencia de inspección se realizó el comiso de seiscientos ochentisiete (687) cilindros de 10 kg. llenos de gas licuado de petróleo.

El 24 de mayo de 2004, Alfa Gas interpuso recurso de apelación contra la medida cautelar impuesta por la Comisión, señalando que siempre tuvo la voluntad de canje de los cilindros de gas licuado de petróleo mientras que las empresas agrupadas en la asociación denunciante se niegan al canje. La medida cautelar fue confirmada por la Sala mediante Resolución N° 0283-2004/TDC-INDECOPI del 7 de julio de 2004.

El 28 de junio de 2004, Alfa Gas formuló sus descargos, manifestando lo siguiente:

- (i) El mercado de GLP en el Perú se constituye sobre la base de la distribución y comercialización del producto en cilindros, los cuales son canjeados al momento en que el producto es adquirido por los consumidores. Una empresa podía hacer uso de los cilindros de terceras empresas recibidos en canje de manos de los consumidores, toda vez que tales empresas utilizarían igualmente los cilindros de tal empresa - que ya no se encuentran en su poder -.
- (ii) Indicó que su empresa cumpliría con el marco legal al poner a disposición de sus competidores, los cilindros que recoge del mercado para el canje respectivo. Sin embargo, el intercambio no se llevaba a cabo porque otras empresas se negaban a hacerlo, lo cual sería responsabilidad del Organismo Regulador de la Inversión Privada en Energía - OSINERG.

- (iii) El régimen de comercialización de GLP, establecido mediante Decreto Supremo N° 01-94-EM, desconocía el contexto real de dicho mercado.

El 17 y 25 de agosto de 2004, la Secretaría Técnica de la Comisión agregó al presente expediente los Oficios N° 651-2004-EM/DGH y N° 830-2004/DGH, así como el Informe N° 027-2004-EM/DGH, correspondientes al procedimiento seguido por Asociación GLP contra Colpa Gas S.A.C. en el Expediente N° 016-2004/CCD.

Mediante Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI del 22 de octubre de 2004, la Comisión resolvió lo siguiente:

- (i) Declaró fundada en parte la denuncia por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, descritos en el artículo 17 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, ello al considerar que Alfa Gas infringió el Decreto Supremo N° 01-94-EM, Reglamento para la Comercialización de GLP, al rellenar y pintar cilindros de GLP que correspondían a otras empresas con las que no mantenía convenio de co-responsabilidad, obteniendo con ello una ventaja significativa al comercializar el GLP empleando envases que eran de propiedad de sus competidores;
- (ii) declaró infundado el extremo de la denuncia referido a la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión, a los que hace referencia el artículo 8 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, al considerar que el consumidor tenía pleno conocimiento de la empresa distribuidora de GLP que le vendía el gas, de modo que no podía ser inducido a error con relación al origen del producto;
- (iii) declaró infundado el extremo de la denuncia referido a la presunta comisión de actos de explotación de la reputación ajena, contemplados en el artículo 14 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, al no haberse verificado riesgo de confusión;
- (iv) sancionó a Alfa Gas con una multa de 20 UIT y ordenó su inscripción en el registro de infractores;
- (v) ordenó a Alfa Gas S.A., como medida complementaria, el cese de la comercialización de GLP utilizando cilindros de empresas envasadoras con las que no tenga acuerdos de corresponsabilidad inscritos ante la DGH, ya sea envasándolos con su producto y/o pintándolos con su color característico y signo distintivo; y la realización del canje correspondiente de los cilindros que fueron inmovilizados durante la

inspección realizada el 21 de mayo de 2004 en el local de la denunciada;

- (v) denegó el pedido formulado por Asociación GLP para que se ordene el monitoreo de las actividades comerciales de Alfa Gas;
- (vi) denegó la solicitud de Asociación GLP para que se ordene el cierre temporal de la planta envasadora de Alfa Gas; y
- (vii) denegó la solicitud presentada por Alfa Gas para que se sancione a Asociación GLP Perú por la interposición de la denuncia en su contra.

El 2 de noviembre de 2004, Alfa Gas apeló la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI, solicitando que sea declarada nula por lo siguiente:

- (i) La resolución apelada demostraba parcialización a favor de la Asociación GLP, teniendo en cuenta que, como Alfa Gas señaló a lo largo del expediente, no cometió actos de competencia desleal, sino que, por el contrario, tales actos eran imputables a la denunciante que habría retenido indebidamente cilindros de GLP de propiedad de Alfa Gas.
- (ii) La Comisión sancionó a Alfa Gas con el mero sustento de que cometió competencia desleal al envasar GLP en cilindros rotulados por otras empresas envasadoras, sin tener en cuenta los argumentos expuestos por la parte denunciada.
- (iii) La Comisión sustentó su resolución con informes falsos de la DGH y otros actos llevados a cabo por la Secretaría Técnica de la Comisión en contravención al debido procedimiento.
- (iv) El artículo 17 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal establece que la ventaja obtenida mediante el acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas debe ser significativa, requisito que no se presentaba en el caso Alfa Gas.

Una vez elevado el expediente a la Sala, el 14 de marzo de 2005, Asociación GLP formuló su posición con relación a la apelación presentada por Alfa Gas, solicitando que sea confirmada en el extremo en que declaró fundada la denuncia por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. Sin perjuicio de ello, Asociación GLP solicitó que, conforme a lo establecido en la Directiva N° 002-98-TRI, la Sala se pronuncie sobre los extremos no apelados y declare fundada la denuncia por actos de competencia desleal en la modalidad de confusión y explotación de la reputación ajena.

Además, indicó que la Comisión omitió pronunciarse acerca de los actos de competencia desleal por aprovechamiento del esfuerzo ajeno, comprendidos en la cláusula general contenida en el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, debiendo pronunciarse la Sala sobre el particular, conforme a lo dispuesto en la referida Directiva. Finalmente, solicitó que la multa impuesta a Alfa Gas sea elevada al menos a 50 UIT.

II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- (i) Determinar si existió una vulneración al debido proceso, toda vez que, a efectos de resolver, la Comisión incluyó en el presente expediente, informes emitidos por la DGH con respecto a consultas realizadas en otro expediente;
- (ii) determinar si, para efectos de resolver en el presente caso, era preciso contar con un pronunciamiento firme de la autoridad competente para velar por el cumplimiento de la norma cuya violación habría dado lugar al acto de competencia desleal;
- (iii) determinar si al llevar a cabo la actividad de comercialización de GLP en cilindros cuya titularidad corresponde a otras empresas sin contar con un acuerdo de co-responsabilidad inscrito ante la DGH, Alfa Gas incumplió el Reglamento de Comercialización de GLP;
- (iv) determinar si Alfa Gas obtuvo una ventaja significativa mediante la vulneración del Reglamento de Comercialización de GLP;
- (v) determinar si Alfa Gas es responsable por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas;
- (vi) determinar si corresponde que la Sala se pronuncie acerca de los actos de competencia desleal en la modalidad de confusión, explotación de la reputación ajena y aprovechamiento del esfuerzo ajeno imputadas por la Asociación GLP a Alfa Gas; y
- (vii) determinar si corresponde modificar la medida complementaria y la sanción de multa impuestas a Alfa Gas.

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. La supuesta vulneración del debido procedimiento administrativo

En su apelación, Alfa Gas sostiene que existió una vulneración al debido proceso, toda vez que, a efectos de resolver, la Comisión incluyó en el

presente expediente, informes emitidos por la DGH con respecto a consultas realizadas en otro expediente, correspondiente a la empresa Colpa Gas S.A.C.

En efecto, mediante informes del 17 y 25 de agosto de 2004, la Secretaría Técnica de la Comisión agregó al presente expediente los Oficios N° 651-2004-EM/DGH y N° 830-2004/DGH, así como el Informe N° 027-2004-EM/DGH, correspondientes al procedimiento seguido por Asociación GLP contra Colpa Gas S.A.C. en el Expediente N° 016-2004/CCD.

Al respecto, debe tenerse en consideración que la Comisión, como órgano a cargo de las investigaciones por supuestas infracciones a la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, tiene facultades para generar prueba en el procedimiento¹.

Asimismo, debe considerarse que aunque los informes de la DGH corresponden a una consulta efectuada en el expediente seguido contra Colpa Gas S.A.C., responden a una consulta de la Secretaría Técnica de la Comisión acerca de los alcances de las normas del Reglamento de Comercialización de GLP. En tal sentido, los referidos informes no fueron empleados por la Comisión para probar hechos imputados a Alfa Gas, sino para interpretar el sentido de las normas que regulan la comercialización de GLP en cilindros. Por tanto, los informes de la DGH fueron empleados válidamente por la Comisión para formar su decisión con respecto a la supuesta violación de normas.

Por tanto, debe desestimarse el pedido de Alfa Gas para que se declare la nulidad de la resolución apelada.

III.2. La violación de normas

III.2.1 El requisito de contar con un pronunciamiento previo acerca de la violación de normas

En la Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI mediante la cual se aprobó el precedente de observancia obligatoria relacionado con el contenido del acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, descrito en el

¹ **LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI, Artículo 1.-** Las Comisiones y Oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento.

Artículo 3.- Las Comisiones, las Oficinas o el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi podrán solicitar información a cualquier organismo público y cruzar los datos recibidos con aquéllos que obtengan por otros medios. De la misma manera, podrán transferir información a otros organismos públicos, siempre que dicha información no tuviera el carácter de reservada por constituir un secreto industrial o comercial.

artículo 17 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal², esta Sala recordó que, para la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se requiere: (i) que exista una infracción del marco legal; y, (ii) que dicha infracción origine una ventaja competitiva significativa.

La aplicación de la determinación teórica mencionada en el párrafo anterior por parte de la autoridad encargada de la represión de la competencia desleal, requiere acudir a las reglas que gobiernan la actividad probatoria en el procedimiento sancionador sobre esta materia. Al respecto, los principios de impulso de oficio³ y de verdad material⁴, que sustentan el procedimiento administrativo determinan que la Comisión deba utilizar todas las medidas probatorias autorizadas por la ley, que resulten necesarias para el esclarecimiento de la controversia acerca de la existencia de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

² El texto del referido precedente de observancia obligatoria es el siguiente:

1. *La Ley sobre Represión de la Competencia Desleal tiene como objetivo salvaguardar la leal competencia en el mercado. El concepto de lealtad establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la concurrencia justa en el mercado y aquella otra conducta excesiva que constituye una infracción que merece ser sancionada.*
2. *La competencia prohibida es una situación excepcional que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Para que se configure la competencia prohibida, la sola concurrencia en el mercado debe encontrarse negada y ser ilícita, no teniendo relevancia si la actividad realizada en el mercado se encuentra ajustada o no a la buena fe comercial.*
3. *La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes no constituye competencia prohibida, sino que configura competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. Lo ilícito no es el hecho de concurrir en el mercado sino la obtención de una ventaja competitiva significativa indebida derivada de no sujetarse al marco legal vigente.*
4. *La configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas requiere 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.*

³ **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, TÍTULO PRELIMINAR, Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

[...]

1.3. **Principio de impulso de oficio.**- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

[...]

⁴ **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, TÍTULO PRELIMINAR, Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

[...]

1.11. **Principio de verdad material.**- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

[...]

Los principios de impulso de oficio y de verdad material inspiran el artículo 27 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal⁵, según el cual, la Comisión se encuentra facultada para requerir de oficio las pruebas que estime pertinentes para el esclarecimiento de los hechos. Adicionalmente, dicho artículo dispone expresamente que la negativa a entregar la información requerida por la Comisión operará como prueba en contra del requerido.

El artículo 58 de la Constitución Política del Perú⁶ establece que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado, siendo deber del Estado orientar el desarrollo del país. Al respecto, la libre iniciativa privada, cuyo desarrollo legislativo se encuentra en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 757, consiste en el derecho que tiene toda persona a dedicarse a la actividad económica de su preferencia dentro del marco legal vigente⁷. Esto significa que la concurrencia en el mercado para la realización de actividades económicas se encuentra inicialmente permitida, sin embargo, también se encuentra sujeta a ciertos requisitos legales, los cuales canalizan el ejercicio ordenado de la libre iniciativa privada dentro del marco legal vigente.

Puede observarse que 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 requeridos por la ley. La exhibición o entrega de los documentos que acreditan la existencia de tales autorizaciones, licencias o contratos, es prueba del cumplimiento de los requisitos legales y, por tanto, comprueba la inexistencia de una infracción al marco legal que requiere dichas autorizaciones, licencias o contratos. Por el contrario, la omisión, negativa o imposibilidad de exhibir o entregar los referidos documentos, hace que la existencia de la infracción del ordenamiento que exige contar con la autorización, licencia o contrato, sea un hecho evidente, cuya certeza es absoluta e irreversible lógicamente⁸.

⁵ **DECRETO LEY N° 26122, LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, Artículo 27.-**

Iniciada la acción, la oficina administrativa competente podrá requerir de oficio las pruebas que estime pertinentes y gozará de las más amplias facultades de investigación, para lo cual dispondrá del auxilio de la fuerza pública.

La negativa a proporcionar la información a que se refiere el párrafo precedente operará como prueba en contra de la parte a quien haya sido requerida.

⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 58.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

⁷ **DECRETO LEGISLATIVO N° 757, Artículo 3.-** Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las leyes.

⁸ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. El Procedimiento Administrativo. Lima: Ara Editores y Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 4. p.VII-28-VII29.

De acuerdo con el criterio mencionado en el párrafo anterior y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, la Comisión debe requerir al investigado los documentos que sean relevantes para determinar la posesión de las autorizaciones, licencias, contratos o actos requeridos por la ley. La omisión, negativa o imposibilidad de proporcionar la información requerida por la Comisión operará como prueba en contra del investigado, es decir, se entenderá probada, por mandato de la ley, la existencia de la infracción del ordenamiento, restando únicamente determinar si dicha infracción reportó efectivamente una ventaja competitiva significativa.

En aquellos casos no referidos al cumplimiento de los requisitos legales para la realización de actividades económicas -tales como autorizaciones, licencias o contratos de autorización entre agentes privados requeridos por la ley-, existe incertidumbre acerca de la infracción del ordenamiento como elemento para la configuración del acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por lo que se requerirá la decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que pruebe la infracción a fin de declarar la comisión del acto de competencia desleal.

En vista de lo anteriormente expuesto, corresponde agregar un nuevo numeral 4 al precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

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.*

Finalmente, corresponde modificar el antiguo numeral 4 del precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI, asignándole como nueva numeración la de numeral 5, en los siguientes términos:

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.*

Considerando que mediante la presente resolución se modifica un precedente de observancia obligatoria, corresponde oficiar al Directorio del Indecopi para que ordene la publicación de la resolución en el diario oficial El Peruano.

III.2.2. El supuesto incumplimiento del Reglamento de Comercialización de GLP

El artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal contiene la cláusula general de actos de competencia desleal:

Artículo 6.- *Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas.*

Conforme a lo señalado por esta Sala en el precedente de observancia obligatoria aprobado en la Resolución N° 0455-2004/TDC-INDECOPI, la cláusula general contenida en el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal constituye la tipificación expresa exigida por el artículo 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, siendo la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción de los actos de competencia desleal.

En tal sentido, en el referido precedente se establece que las disposiciones del Capítulo II del Título II de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal enumeran aquellas conductas desleales más comunes, sin hacer mención a prohibición o sanción alguna, debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas en la cláusula general, con la sola finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa tanto a la Administración como a los administrados.

El artículo 17 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal define lo que constituye un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas:

Artículo 17.- Violación de normas: *Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.*

Conforme a las citadas normas la Comisión deberá sancionar a aquellos agentes económicos que hayan obtenido una ventaja significativa mediante la infracción de una norma de carácter imperativo, en la medida que constituye un acto de competencia desleal tipificado en el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. En tal sentido, conforme a la cláusula

general contenida en el artículo 6 de la Ley, se sanciona la obtención de una ventaja competitiva significativa a través de la vulneración de una norma legal distinta.

Para que se verifique la realización de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas es necesario, además del incumplimiento de una norma imperativa - distinta a las comprendidas en el artículo 6 de la Ley -, que el infractor haya obtenido una ventaja competitiva significativa en el mercado. Es decir, el infractor debe haber obtenido una ventaja significativa en el mercado que no se derive del precio, calidad y condiciones de comercialización de sus productos, sino de una conducta contraria al ordenamiento legal.

El artículo 49 del Decreto Supremo N° 01-94-EM, Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, norma el envasado y distribución de GLP en cilindros. Para tales efectos, establece regulación acerca de la titularidad de los cilindros empleados para comercializar GLP:

- (i) La titularidad de los cilindros en libras - que conformaban el parque de cilindros existente en el mercado antes de la entrada en vigencia del Reglamento de Comercialización de GLP en 1994 -, fue asignada a las empresas envasadoras, que debían pintar determinado número de cilindros con sus colores y signos característicos, en función a su participación en el mercado⁹.
- (ii) La propiedad de los cilindros rotulados en Kilogramos –que debían ser la norma en el mercado a partir de la entrada en vigencia del Reglamento de Comercialización de GLP–, corresponde a la empresa envasadora que introduce el envase en el mercado con su rótulo grabado en alto relieve¹⁰. El Reglamento de Comercialización de GLP

⁹ **REGLAMENTO PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE GAS LICUADO DE PETRÓLEO, Artículo 48.-** Cada Empresa Envasadora sólo tendrá derecho a rotular una cantidad de Cilindros sin Rotular no superior a su proporción de participación en las ventas totales de GLP del país en los doce (12) meses anteriores al mes de publicación del presente Reglamento, o al mes en que se realice un nuevo cálculo de acuerdo al procedimiento establecido en el presente Artículo. Para los efectos de determinar la cantidad de cilindros rotulados por una Empresa Envasadora se contabilizarán, además de los cilindros rotulados, los cilindros defectuosos que la empresa haya destruido según lo estipulado en el artículo anterior.

Esta cantidad máxima estará expresada en kilogramos y será determinada por la DGH mediante Resolución Directoral; la primera vez en función de las ventas que PETROPERU S.A. tenga registrada para cada Empresa Envasadora en dicho período.

Sólo para efectos de contabilización, cada cilindro de 24 libras corresponderá a 10 kilogramos y los de 100 libras a 45 kilogramos.(...)

¹⁰ **REGLAMENTO PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE GAS LICUADO DE PETRÓLEO, Artículo 46.-** A partir de la vigencia del presente Reglamento, la comercialización de GLP en Cilindros sólo podrá efectuarse en Cilindros Rotulados en Kilogramos, los mismos que deberán cumplir con las Normas Técnicas vigentes. Será responsable de su cumplimiento la Empresa Envasadora propietaria de cada Cilindro.

Estará permitida la comercialización de GLP en Cilindros Rotulados en Libras que hayan sido introducidos en el mercado al 31 de Diciembre de 1993, hasta su retiro para su destrucción por desgaste o fallas y en consecuencia no

establece que el cilindro es entregado en uso a los consumidores. También establece que las empresas envasadoras pueden comercializar cilindros de GLP.

Conforme a lo informado por la DGH, el Reglamento de Comercialización de GLP establece una presunción legal de que el cilindro es entregado al consumidor en uso, de modo que la empresa envasadora conserva la propiedad del mismo.

Cabe señalar que la titularidad asignada a una empresa sobre un cilindro para llenarlo con GLP y así poder comercializar gas, no afecta el derecho del consumidor para canjear un cilindro vacío en su poder por otro lleno, rotulado por una empresa distinta¹¹. En tal sentido, el cilindro vacío recibido por una empresa que no es titular del mismo ni mantiene convenio de co-responsabilidad con aquella empresa cuyos signos distintivos aparecen en el envase, deberá ser canjeado por las empresas conforme a las normas contenidas el Reglamento de Comercialización de GLP.

Alfa Gas sostiene, sustentando su posición en un informe del Colegio de Abogados de Lima, que el Reglamento de Comercialización de GLP sería inconstitucional, en la medida que la asignación de titularidades sobre el uso de los cilindros que establece, transgrediría el derecho de propiedad que los consumidores mantenían sobre los cilindros. No obstante, no resulta posible para la Comisión y esta Sala, como órganos administrativos, determinar la inconstitucionalidad o ilegalidad de un reglamento contenido en un decreto supremo, en tanto no cuentan con competencia para ello.

Teniendo en cuenta las titularidades sobre el uso de los cilindros establecidas en el Reglamento de Comercialización de GLP, esta norma dispone lo siguiente con relación al uso de un envase que corresponde a otra empresa, para efectos de comercializar GLP:

Artículo 49.- Las Empresas Envasadoras no podrán envasar GLP en cilindros rotulados en kilogramos que no sean de su propiedad, o en cilindros rotulados en libras que tengan la marca o signo distintivo y color identificador de otra Empresa Envasadora, a menos que exista un Acuerdo Contractual de Co-

cumplir con las normas de seguridad que le sean aplicable, en especial la prueba hidrostática a que se refiere el Artículo 55° del presente dispositivo legal.

¹¹ **REGLAMENTO PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE GAS LICUADO DE PETRÓLEO, Artículo 50.-** Los Distribuidores en Cilindros podrán expender directamente al público y en forma conjunta, Cilindros pertenecientes a diversas Empresas Envasadoras.

Los usuarios que hayan recibido Cilindros Rotulados en Kilogramos o en Libras de una determinada Empresa Envasadora, tienen derecho a canjearlos con los de otras Empresas Envasadoras.

En relación a los cilindros de su propiedad, cada Empresa Envasadora deberá autorizar a los Distribuidores en Cilindros, para ejecutar, en su representación y con poder suficiente, los actos y gestiones referidos al intercambio de cilindros y comercialización del producto. **(Subrayado añadido)**

responsabilidad entre las envasadoras y sea puesto previamente en conocimiento de la DGH.

De conformidad con la norma citada en el párrafo anterior, existen dos requisitos que deben ser cumplidos por las empresas envasadoras para envasar gas licuado de petróleo en cilindros que no sean de su propiedad o sobre los que mantengan una titularidad asignada por el Estado:

- (i) que exista un acuerdo contractual de co-responsabilidad entre las empresas envasadoras; y
- (ii) que dicho acuerdo sea puesto previamente en conocimiento de la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas.

Por otro lado, el Reglamento de Comercialización de GLP prohíbe que un cilindro que haya sido rotulado o pintado por una empresa, conforme a la asignación establecida en dicha norma, sea pintado o rotulado nuevamente por otra:

Artículo 47.- (...) 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. (Subrayado añadido)

Por tanto, una vez que se ha determinado que una empresa envasadora de GLP lleva a cabo sus actividades empleando para ello cilindros que corresponden a otras empresas, para determinar un incumplimiento al Reglamento de Comercialización de GLP - que exige contar con un acuerdo de co-responsabilidad para comercializar GLP en cilindros que son de titularidad de otras empresas -, debe verificarse lo siguiente:

- (i) si la empresa denunciada cuenta con acuerdo de co-responsabilidad con aquellas empresas cuyo rótulo, signos o colores aparecen en los cilindros.
- (ii) si el acuerdo ha sido debidamente inscrito ante la DGH.

La verificación de la existencia de acuerdos de co-responsabilidad requiere una simple evaluación de documentos por parte de la Comisión que deberá otorgar oportunidad a la parte denunciada para que, de ser el caso, demuestre la existencia del convenio, exhibiendo el documento correspondiente con la constancia de registro ante la DGH. Por tanto, en el presente caso, no era preciso contar con un pronunciamiento firme de parte de la autoridad a cargo de la fiscalización del cumplimiento del Reglamento de Comercialización de GLP.

En la inspección del 21 de mayo de 2004, realizada en el local de Alfa Gas, se verificó que la denunciada mantenía en su poder, 687 cilindros de gas licuado de petróleo. Dichos cilindros estaban pintados con el color y el nombre de Alfa Gas, pese a que presentaban los rótulos de diversas empresas integrantes de la Asociación GLP como Llama Gas S.A., Lima Gas S.A., Zeta Gas Andino S.A. y Repsol YPF Comercial del Perú S.A.

En el caso, no se ha demostrado que los cilindros en kilogramos con el rótulo de otras empresas que fueron encontrados en la inspección realizada en el local de Alfa Gas, hubiesen sido entregados en propiedad por tales empresas a los consumidores. En tal sentido, no puede considerarse que la propiedad de tales cilindros fue transferida a los consumidores y luego a Alfa Gas al entregar en canje los envases, como afirma esta última.

Por tanto, se verifica que al haber rellenado y repintado cilindros en kilogramos rotulados por otras empresas, sin haber acreditado una transferencia de propiedad ni la existencia de un convenio de co-responsabilidad, Alfa Gas es responsable por infringir el Reglamento de Comercialización de GLP, al realizar la referida actividad sin contar con convenio de co-responsabilidad. Asimismo, al haber rellenado y repintado cilindros en libras con el rótulo de otras empresas, con las cuales no mantiene convenio de co-responsabilidad, Alfa Gas incumplió lo establecido en el Reglamento de Comercialización de GLP.

Por tanto, una vez verificado que Alfa Gas infringió la normatividad nacional vigente para la comercialización de hidrocarburos y para determinar si cometió actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, se debe comprobar si dicha infracción determinó una ventaja competitiva significativa.

Como señaló la Comisión en la resolución apelada, una empresa que emplea balones de gas rotulados por terceros sin contar con un contrato de co-responsabilidad comunicado previamente a la autoridad administrativa, genera distorsiones en la estructura de costos de quienes concurren en este mercado, las cuales no se derivan de la eficiencia lograda por cada empresa en la producción sino del uso que hacen algunas de ellas de los envases que corresponden a sus competidores.

En el caso materia de denuncia, esta Sala concuerda con la Comisión en que Alfa Gas dejó de asumir los costos de mantenimiento y seguridad exigidos por la normatividad del sector hidrocarburos al hacer un uso ilícito de balones de gas rotulados por las empresas integrantes de la Asociación GLP, a las cuales terminaba trasladando tales costos, en la medida que se limitaba a utilizar los envases que correspondían a tales empresas.

En tal sentido, toda vez que Alfa Gas utilizó, en contravención de las normas previstas en el Reglamento de Comercialización de GLP, balones de gas con el rótulo de las empresas integrantes de la Asociación GLP con las cuales no tenía suscrito un contrato de co-responsabilidad registrado ante la DGH del Ministerio de Energía y Minas, evitando costos que tendría que tomar a su cargo, como el control de calidad y seguridad que tendría que hacer de los balones de gas, aprovechando indebidamente los gastos que por tal concepto hacen sus competidores y, disminuyendo el monto de inversión en envases necesarios para la comercialización de gas; ha incurrido en un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, tipificado en el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal y descrito en el artículo 17 de dicha norma legal.

Debe indicarse que el incumplimiento al Reglamento de Comercialización de GLP y los actos de competencia desleal que Alfa Gas imputa a las empresas integrantes de la Asociación GLP no son materia del presente procedimiento, toda vez que constituye un procedimiento sancionador dirigido a determinar la responsabilidad de la denunciada por actos de competencia desleal. Ello, sin perjuicio del derecho de Alfa Gas de plantear una denuncia por tales actos ante la Comisión. Además, debe indicarse que aún en el supuesto de que los actos imputados por Alfa Gas a tales empresas se verificasen, tal circunstancia no eximiría de responsabilidad a la infractora por el incumplimiento de normas imperativas como la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

Por lo expuesto, corresponde confirmar la resolución de la Comisión en el extremo apelado en el que declaró fundada la denuncia presentada por la Asociación GLP contra Alfa Gas por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. No obstante, se precisa que la referida infracción se encuentra tipificada en el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal y descrita en el artículo 17 de dicha norma.

Adicionalmente, como indicó la Comisión, el aprovechamiento, por parte de Alfa Gas, del esfuerzo ajeno consistente en los costos en mantenimiento y seguridad de los cilindros rotulados correspondientes a otras empresas, ha sido evaluado en el marco de la verificación de los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, pues es mediante tal aprovechamiento que se configura la ventaja competitiva ilícita obtenida por Alfa Gas. En tal sentido, contrariamente a lo afirmado por la Asociación GLP, la Comisión sí se pronunció acerca del aprovechamiento del esfuerzo ajeno imputado a Alfa Gas.

III.3. Acerca de los supuestos actos de confusión y de explotación de la reputación ajena

En el presente caso, la Asociación GLP solicitó a la Sala que, en aplicación de la Directiva N° 002-98-TRI, declare la existencia de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión y explotación de la reputación ajena, pese a que no fueron materia de apelación.

Al respecto, debe indicarse que la Directiva N° 002-98-TRI fue derogada por la Directiva N° 002-2001-TRI del 24 de enero de 2002, que regula el procedimiento de declaración de nulidad de resoluciones emitidas por los órganos funcionales del Indecopi y que, a diferencia de la norma derogada, solo prevé la declaración de oficio de la nulidad de los actos administrativos que agraven el interés público.

En el presente caso, no existen elementos que permitan concluir que el interés público haya podido ser agraviado por el hecho de que la Comisión haya declarado infundada la denuncia por actos de competencia desleal en las modalidades de confusión y explotación de la reputación ajena, debiendo tenerse en consideración que determinó la existencia de actos de violación de normas, habiendo dictado medidas complementarias en concordancia con ello.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala considera pertinente señalar que de la revisión de los actuados en el expediente, no se desprende que Alfa Gas hubiese incurrido en actos de competencia desleal en las modalidades de confusión y explotación de la reputación ajena

El artículo 8 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal provee el marco normativo para determinar la existencia de los denominados actos de confusión. El referido artículo dispone lo siguiente:

Artículo 8.- Actos de confusión: *Se considera desleal toda conducta destinada a crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno.*

El riesgo de confusión a que se vean expuestos los consumidores respecto de la procedencia empresarial de la actividad, producto, establecimiento o prestación es suficiente para determinar la deslealtad de una práctica.

El artículo 14 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal tipifica como desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado; en particular a través del empleo de signos distintivos ajenos, así como de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

Dado que en los casos de explotación de la reputación ajena el infractor busca, mediante la realización de diversos actos, establecer una vinculación entre él y otro u otros competidores, induciendo a confusión a los consumidores - o a

otros agentes dentro de la cadena de comercialización - respecto del producto o su origen empresarial, con la finalidad de aprovecharse del prestigio o la reputación que han obtenido otros en el mercado, "(...) *la explotación de la reputación ajena (...) podría servir de rótulo genérico para todos los supuestos de confusión e imitación, pues en todos ellos se da ese aprovechamiento indebido de la reputación y esfuerzo ajenos*"¹².

La Sala considera que la conducta verificada en el presente caso, consistente en comercializar GLP empleando cilindros cuya titularidad corresponde a otras empresas, pintándolos con los colores y el signo de Alfa Gas para tales efectos no es capaz de inducir a los consumidores a error con relación al origen del producto vendido, es decir el gas licuado.

En efecto, la conducta de Alfa Gas está dirigida a identificar el producto vendido – gas licuado envasado en cilindros – con su color y signo distintivo. En tal sentido, Alfa Gas no pretende que el GLP que vende sea confundido con la oferta de otras empresas.

En la medida que el consumidor percibirá el envase del producto vendido por Alfa Gas, es decir, el cilindro pintado con su color y signo, no existe riesgo de que sea inducido a confusión en cuanto al origen del mismo.

Por tanto, en el caso no se verifican actos de competencia desleal en la modalidad de confusión. Asimismo, al no haberse verificado riesgo de confusión, no se verifica explotación de la reputación ajena por parte de Alfa Gas.

III.4. Graduación de la sanción

La Ley del Procedimiento Administrativo General recoge los principios que rigen los procedimientos administrativos en general, así como aquellos principios especiales aplicables a los procedimientos sancionadores.

Dentro de los principios generales que son de aplicación a los procedimientos sancionadores debe destacarse el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario

¹² DE LA CUESTA RUTE, José María. Supuestos de Competencia Desleal por Confusión, Imitación y Aprovechamiento de la Reputación Ajena. En: La Regulación Contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991; Madrid, 1992, p. 46.

para la satisfacción de su cometido¹³. En el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁴, que recoge los principios especiales aplicables al procedimiento sancionador, establece lo siguiente con relación al principio de razonabilidad:

***Razonabilidad.**- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.*

En el artículo 24 del Decreto Ley N° 26122 se establecen los criterios especiales para determinar la cuantía de las multas que pueden ser impuestas por la Comisión:

***Artículo 24.-** El incumplimiento de las normas establecidas por esta Ley dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de las medidas que se dicten para la cesación de los actos de competencia desleal o para evitar que éstos se produzcan.*

¹³ Numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

¹⁴ **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. **Legalidad.**- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
2. **Debido procedimiento.**- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.
3. **Razonabilidad.**- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.
4. **Tipicidad.**- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.
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.
6. **Concurso de Infracciones.**- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.
7. **Continuación de Infracciones.**- Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.
8. **Causalidad.**- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.
9. **Presunción de licitud.**- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
10. **Non bis in idem.**- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Las multas que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá establecer por infracciones a la presente Ley serán de hasta cien (100) UIT. La imposición y graduación de las multas será determinada por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, teniendo en consideración la gravedad de la falta, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.

Al momento de graduar la sanción a imponerse a Alfa Gas, la Comisión tuvo en consideración lo siguiente:

- El gran volumen de cilindros incautados por el área de fiscalización del Indecopi, que en la diligencia de inspección incautó 687 cilindros de GLP. Ello llevó a la Comisión a concluir que la denunciada realizaba de manera sistemática la conducta ilícita detectada.
- La gravedad de la infracción cometida, toda vez que puede afectar la seguridad en la comercialización de GLP en cilindros, puesto que el incumplimiento de las normas referidas a la utilización de cilindros de terceras empresas fomenta el desorden en el mercado y genera desincentivos en la conducta del resto de competidores para asumir costos de seguridad.

La Sala coincide en que la infracción cometida por Alfa Gas es grave, teniendo en cuenta que la infractora actuó con pleno conocimiento del marco legal aplicable a la comercialización de GLP, pues se trata de una actividad sujeta a regulación, para cuya realización Alfa Gas tuvo que obtener las autorizaciones correspondientes. Los cuestionamientos planteados por Alfa Gas con relación al marco legal que regula la comercialización de GLP no la habilitaban a eximirse del cumplimiento de normas que se encuentran en plena vigencia y tienen carácter imperativo, como el Reglamento de Comercialización de GLP.

Además, debe tenerse en cuenta que la conducta de Alfa Gas le permitió obtener una ventaja competitiva significativa, al evitar costos de comercialización al emplear cilindros que no le correspondían. A su vez, tal conducta tuvo como efecto que sus competidores se vean obligados a asumir mayores costos puesto que se vieron privados de utilizar cilindros que les correspondían, conforme a las normas que regulan la comercialización de GLP.

No obstante, para efectos de graduar la sanción deben emplearse parámetros que den cuenta de la magnitud de la ventaja significativa ilícita y de la distorsión generada en el mercado.

Así, para graduar la sanción, entre otras circunstancias, debe considerarse el número de cilindros que fueron encontrados en el local de Alfa Gas, elemento fáctico que da cuenta de la magnitud de la distorsión generada en el mercado por la conducta ilegal de Alfa Gas y de la ventaja significativa obtenida ilícitamente.

En la inspección realizada en la planta envasadora de Alfa Gas el 21 de mayo de 2004 se encontraron 687 cilindros de GLP de titularidad de empresas distintas a la denunciada, con las cuales no mantenía acuerdo contractual de co-responsabilidad. De la revisión del acta de inspección se aprecia que los cilindros fueron pintados con el signo distintivo y los colores de Alfa Gas. En tal sentido, puede afirmarse que Alfa Gas obtuvo la ventaja significativa que dio origen a la infracción por medio de la incorporación ilícita de los referidos cilindros a su parque de envases, para cuyos efectos los pintó nuevamente, con el objeto de emplearlos en sus actividades comerciales.

Para una empresa envasadora de GLP es posible comprar un cilindro de 10 Kg por un precio de aproximadamente US\$ 11,00 al por mayor. Por tal razón, se puede afirmar que al repintar con su signo y colores los 687 cilindros encontrados en la inspección, Alfa Gas obtuvo un ahorro similar al costo de los referidos envases, que ascendería a US\$ 7 557,00.

En ese orden de ideas, a fin de garantizar el cumplimiento del principio de razonabilidad en la imposición de sanciones y evitar que la sanción se convierta en desproporcionada, corresponde modificar la resolución apelada, sancionando a Alfa Gas con una multa ascendente a 8 UIT.

III.5. Medidas complementarias

En la resolución apelada, la Comisión ordenó a Alfa Gas S.A., como medida complementaria, el cese de la comercialización de GLP utilizando cilindros de empresas envasadoras con las que no tenga acuerdos de co-responsabilidad inscritos ante la DGH, ya sea envasándolos con su producto y/o pintándolos con su color característico y signo distintivo. Asimismo, ordenó la realización del canje correspondiente de los cilindros que fueron inmovilizados durante la inspección realizada el 21 de mayo de 2004 en el local de la denunciada.

Mediante Resolución N° 8 del 4 de noviembre de 2004, la Comisión aclaró su resolución final en lo referido a la medida complementaria ordenada, precisando que únicamente correspondía el canje de cilindros y no del combustible contenido en los envases, de modo que Alfa Gas podía retirar el gas de los mismos. Agregó que el canje debía realizarse conforme a las normas vigentes de la materia

La Sala considera que en la medida que Alfa Gas ha venido realizando la actividad de comercialización de GLP empleando cilindros que son de titularidad de otras empresas, corresponde confirmar las medidas complementarias ordenadas por la Comisión a efectos de evitar que la conducta infractora se siga llevando a cabo.

III.6. Los actos contra la libre competencia imputados por Alfa Gas

A lo largo del procedimiento, Alfa Gas ha manifestado que las empresas que compiten con ella en el mercado de comercialización de GLP - dentro de ellas las integrantes de la Asociación GLP -, vendrían realizando prácticas contra la libre competencia, en la medida que retendrían los cilindros de propiedad de la denunciada para impedir que los emplee para competir y que incluso habrían destruido parte de sus envases.

Ello fue reiterado por el representante de la Asociación de Empresas Envasadora de Gas del Perú – ASEEG, que participó en la audiencia de informe oral llevada a cabo el 27 de abril de 2005, el mismo que manifestó que una de las empresas que forma parte de la Asociación GLP, Zeta Gas Andino S.A., vendría reteniendo miles de cilindros de propiedad de las asociadas a la ASEEG, con el objeto de que sufriesen deterioro debido a las condiciones en que se encontraban almacenados. Indicó que ello respondería al objetivo de forzar la salida del mercado de las empresas que forman parte de la ASEEG¹⁵.

Por tanto, la Sala considera que corresponde remitir copia de los actuados en el expediente a la Comisión de Libre Competencia y disponer que este órgano funcional inicie un procedimiento administrativo dirigido a investigar las supuestas prácticas contra la libre competencia en el mercado de comercialización de GLP en cilindros.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal el 22 de octubre de 2004, en el extremo apelado en que declaró fundada la denuncia presentada por Asociación Gas LP Perú contra Envasadora Alfa Gas S.A. por la realización de actos de competencia desleal, precisándose que la infracción se encuentra

¹⁵ La declaración realizada por el representante de la ASEEG, el señor Juan A. Jara Gallardo, en dicho informe oral se transcribe a continuación:

"(...) Nosotros hemos hecho una denuncia específicamente a Zeta Gas, donde con la presencia del fiscal y la policía hemos detectado ciento veinte mil cilindros almacenados de todas las empresas envasadoras de gas. Hemos hecho una denuncia formal a la empresa Zeta Gas, no, ante la policía y con la intervención del fiscal se le ha detectado ciento veinte mil cilindros, lo que demuestra como las empresas transnacionales nos han querido sacar del mercado, eso consta en el expediente, inmovilizados por mucho tiempo y que ya se han perdido por la corrosión del mar. Ahí están las fotos y la información de la fiscalía en el expediente (...)"

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCION N° 0566-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 015-2004/CCD

tipificada en el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal y descrita en el artículo 17 de dicha Ley.

SEGUNDO: modificar la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI en el extremo apelado en que impuso a Envasadora Alfa Gas S.A. una multa ascendente a 20 (veinte) UIT, fijándose la sanción en 8 (ocho) UIT.

TERCERO: confirmar la Resolución N° 078-2004/CCD-INDECOPI, aclarada mediante Resolución N° 8 del 4 de noviembre de 2004, en el extremo en que impuso a Envasadora Alfa Gas S.A. medidas complementarias.

CUARTO: de conformidad con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 807, declarar que la presente resolución modifica el precedente de observancia obligatoria aprobado en la Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI, el mismo que queda redactado en los siguientes términos:

- 1. La Ley sobre Represión de la Competencia Desleal tiene como objetivo salvaguardar la leal competencia en el mercado. El concepto de lealtad establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la concurrencia justa en el mercado y aquella otra conducta excesiva que constituye una infracción que merece ser sancionada.*
- 2. La competencia prohibida es una situación excepcional que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Para que se configure la competencia prohibida, la sola concurrencia en el mercado debe encontrarse negada y ser ilícita, no teniendo relevancia si la actividad realizada en el mercado se encuentra ajustada o no a la buena fe comercial.*
- 3. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes no constituye competencia prohibida, sino que configura competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. Lo ilícito no es el hecho de concurrir en el mercado sino la obtención de una ventaja competitiva significativa indebida derivada de no sujetarse al marco legal vigente.*
- 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.*

QUINTO: solicitar al Directorio del Indecopi que ordene la publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano.

SEXTO: remitir copia de los actuados en el expediente a la Comisión de Libre Competencia y disponer que inicie un procedimiento administrativo dirigido a

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

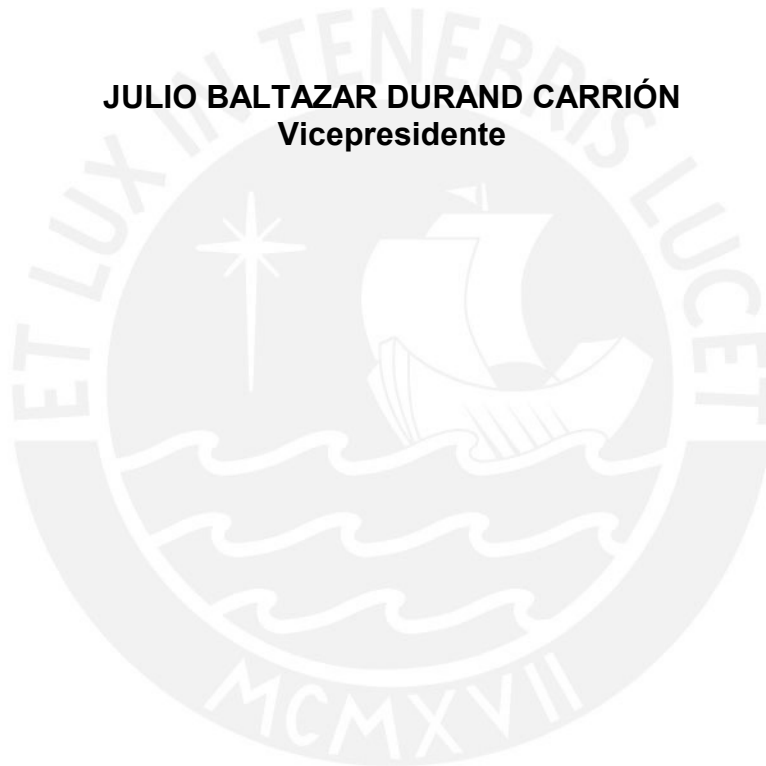
RESOLUCION N° 0566-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 015-2004/CCD

investigar supuestas prácticas contra la libre competencia en el mercado de comercialización de gas licuado de petróleo en cilindros.

Con la intervención de los señores vocales: Julio Baltazar Durand Carrión, Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.

**JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN
Vicepresidente**



157

INFORME N° 076- 2004 - MGG / AFI



A : **Luis Miguel Martínez Aponte.**
Jefe del Area de Fiscalización

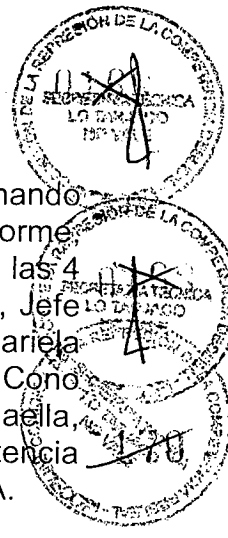
DE : **Marco Aurelio García Godos. / Eusebio Huayhua.**
Elizabeth Arenas. / Alberto Tirado. / Fernando Yaya.
Miembros del Area de Fiscalización.

ASUNTO : **Diligencia de Inspección y Comiso.**

REF : **Memorándum N° 067-2004/CCD**
Expediente N° 015-2004/CCD

I. ANTECEDENTES Y HECHOS

En virtud a los documentos de la referencia, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, solicitó al Area de Fiscalización, mediante delegación de facultades la realización de una diligencia de inspección en el local de la empresa ENVASADORA ALFA GAS S.A., sito en Manzana M, Lote 1, Av. Los Eucaliptos N° 198, Urb. Shangrilá (formando esquina con la Avenida Los Alamos) distrito de Puente Piedra, Lima, a fin de i) constatar la existencia en dicho local de cilindros envasados con gas licuado de petróleo que posean rótulos de otras empresas envasadoras distintas de las empresas envasadoras con las que la denunciada tiene acuerdo de corresponsabilidad, sea que estén pintados con el color característico y/o signo distintivo de la denunciada o no; ii) constatar la existencia en dicho local de cilindros vacíos que posean rótulos de otras empresas envasadoras distintas de las empresas envasadoras con las que la denunciada tiene acuerdo de corresponsabilidad y que estén pintados con el color característico y/o signo distintivo de la denunciada; iii) solicitar la información requerida en la Resolución N° 1 de fecha 13 de febrero del 2004 y la Resolución N° 2 de fecha 12 de marzo del 2004, y la resolución N° 3 de fecha 14 de mayo del 2004; iv) tomar las fotografías y/o filmaciones que sean necesarias; v) de ser el caso, ejercer las demás atribuciones contenidas en el artículo 2do. del Decreto Legislativo N° 807. De otro lado, se dispone que se deberá tramitar y coordinar el auxilio de la fuerza pública y la autorización judicial de descerraje. Si durante la inspección se comprueba la existencia de cilindros envasados con gas licuado de petróleo que posean rótulos de otras empresas envasadoras, distintas de las empresas envasadoras con las que la denunciada tiene acuerdo de corresponsabilidad, sea que estén pintados con el color característico y/o signo distintivo de la denunciada o no, o cilindros vacíos que posean rótulos de otras empresas envasadoras distintas de las empresas envasadoras con las que la denunciada tiene acuerdo de corresponsabilidad y que estén pintados con el color característico y/o signo distintivo de la denunciada, se deberá ejecutar la medida cautelar de comiso. Disponiéndose que para tales efectos, el Area de Fiscalización, tramitará y coordinará el auxilio de la fuerza pública y la autorización judicial de descerraje ordenadas por la Comisión, a fin de poder llevar a cabo la diligencia; debiéndose levantar el acta respectiva.



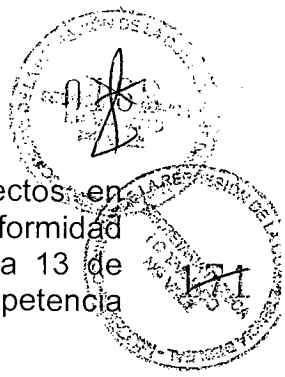
En tal sentido, se designó a la señorita Elizabeth Arenas, a los señores, Fernando Yaya, Eusebio Huayhua, Alberto Tirado, y a quien suscribe el presente informe realizar la mencionada diligencia el día viernes 21 de mayo del presente, entre las 4 a.m. y 7.30 a.m.; participando también el Doctor Luis Miguel Martínez Aponte, Jefe del Área de Fiscalización; asimismo, se contó con la presencia de la Doctora Mariela Morón Oliva, Fiscal Adjunta de la Primera Fiscalía de Prevención del Delito del Cono Norte; también se contó con la participación del Doctor Abelardo Aramayo Baella, miembro de la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal; solicitándose el apoyo de efectivos policiales de la VII DIRTEPOL-LIMA.

II. RESULTADOS.

1. El día Miércoles 19 de mayo del 2004, nos constituimos ante el 4º Juzgado Especializado en lo Penal del distrito judicial del Cono Norte a fin de tramitar la Orden de Descerraje, mediante Oficio N° 020-2004/CCD-INDECOPI, de fecha 18 de mayo del 2004. Obteniéndose la Resolución s/n de fecha 19 de mayo del 2004 de los corrientes, por la cual se declara procedente la solicitud de descerraje, la misma que está contenida en el Oficio N° 4JT-17-04 de fecha 19 de mayo del 2004.
2. Al constituirnos en la madrugada del día viernes 21 de mayo del 2004 en el local de ENVASADORA ALFA GAS S.A., sito en la Manzana M, Lote 1, Av. Los Eucaliptos 198 Urbanización Shangrilá, (formando esquina con la Av. Los Alamos) distrito de Puente Piedra, se procedió a tocar la puerta del inmueble explicándole a la persona a través de la puerta (que permanecía cerrada), que teníamos una orden de inspección en el local, y luego de exhortarlo en repetidas oportunidades a que abra la puerta, se ejecutó la orden de descerraje, en coordinación con la representante del Ministerio Público. Acto seguido, se procedió a notificar las Cédulas de Notificación de fechas 13 de febrero, 12 de marzo del 2004 y 14 de mayo del 2004, que contienen copias de las resoluciones N° 1 N° 2 y N° 3 respectivamente, negándose a colocar sus datos en los cargos de las referidas cédulas. Acto seguido, con la autorización del señor que dijo llamarse Manuel Francisco Julque, quien manifestó ser el guardián de la empresa inspeccionada, se realizó la inspección, ejecutándose la medida cautelar de comiso de 687 cilindros de gas llenos de 10 Kg. c/u. rotulados de terceras empresas con las que la denunciada no tiene Acuerdo de Corresponsabilidad, entre las que figuran Sol Gas, Llama Gas, Inti Gas entre otras. Se dejó constancia en acta que se efectuó el requerimiento a que se refiere el artículo 3ro. de la Resolución N° 1 y el artículo 4to. de la Resolución N° 2, emitidas por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, manifestándonos la persona que nos atendió que no tenía autorización para comprometerse en nombre de la empresa denunciada para absolver los requerimientos, no obstante explicarle las facultades previstas por el artículo 2do. inciso c) del decreto Legislativo N° 807 y las consecuencias establecidas por el artículo 5 de dicho dispositivo, persistiendo en su negativa. Se dejó constancia en acta que se ejecutó la Orden de Descerraje contenida en el Oficio N° 4JT-17-04 del 4º Juzgado Especializado del distrito Judicial del Cono Norte. Finalmente, se designó como depositario de los cilindros indicados anteriormente al señor Adriano

161

Holguin Calle, con DNI 07601449, con domicilio para estos efectos en Autopista Ventanilla Kilómetro 16 A G 1, Ventanilla, Callao, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° de la Resolución N° 1 de fecha 13 de Febrero del 2004, emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal; todo lo cual se detalla en el acta respectiva.



3. Posteriormente, nos dirigimos al local del depositario, ubicado en Autopista Ventanilla Km. 16, A G1, Ventanilla, Callao, a fin de verificar los rotulados y números de serie de los balones incautados precedentemente en el local de Envasadora Alfa Gas S.A., levantándose el acta respectiva, la misma que consta de once (11) anexos.

III. CONCLUSIONES

1. Se realizó la inspección ordenada en el local de Envasadora Alfa Gas S.A., incautándose la cantidad de 687 cilindros de gas llenos de 10 Kg. c/u. rotulados de terceras empresas con las que la denunciada no tiene Acuerdo de Corresponsabilidad.
2. Se llevó a cabo la diligencia de verificación de rotulados y números de serie de los cilindros incautados, en el local del depositario, ubicado en la Autopista Ventanilla Km. 16, AG 1, Ventanilla, Callao.
3. Es pertinente señalar que la cantidad de cilindros incautados hubieron podido llegar a los 1,000 a 1,200 unidades, sin embargo debido a la falta de personal de carguillo y de camiones, solamente se pudo incautar la cantidad de 687 cilindros, con lo cual se llenó la capacidad de los dos camiones que fueron facilitados por la parte.

Lima, 24 de mayo del 2004.

Marco Aurelio García Godos Rodríguez

adj.:

Acta (02)
Anexos (11)
Cargos de Cédulas de Notificación (03)
Cargo del Oficio N° 020-2004/CCD-INDECOPI del 18 de mayo del 2004
Oficio N° 4Jt-17-04 del 19 de mayo del 2004. que contiene la Orden de Descerraje.
Copia del cargo del Oficio N° 0108-2004/INDECOPI-GAD-AFI del 18 de mayo del 2004.
Copia del Cargo del Oficio N° 0107-2004/INDECOPI-GAD-AFI.
Exp: N° 015-2004/CCD

M-AFI-03/1B

1822



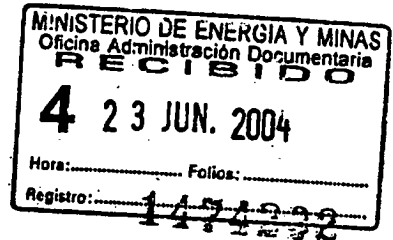
CARGO

Comisión de Represión de la Competencia Desleal
Anexo 1241

OFICIO N° 040-2004/CCD-INDECOPI

Lima, 21 de junio de 2004

Señores
DIRECCIÓN GENERAL DE HIDROCARBUROS
Av. Las Artes Sur N° 260
San Borja.-



**Atención : Ing. Gustavo Navarro Valdivia
Director General**

Referencia : Oficio N° 019-2004/CCD-INDECOPI

De mi consideración:

Por especial encargo de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI, me dirijo a ustedes para reiterarles el pedido de información efectuado mediante Oficio N° 019-2004/CCD-INDECOPI de fecha 3 de mayo de 2004, la cual es necesaria a fin de contar con mayores elementos de juicio al momento de emitir un pronunciamiento en el procedimiento seguido bajo el Expediente N° 016-2004/CCD-INDECOPI.

En ese sentido, conforme le informé en el oficio de la referencia, la Comisión se encuentra tramitando un procedimiento relacionado con una denuncia presentada por Asociación Gas LP Perú en contra de Colpa Gas S.A.C. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de confusión, explotación de la reputación ajena y violación de normas, supuestos tipificados en los artículos 8, 14 y 17, respectivamente de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, cuyo texto único ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI.

La denunciante sostiene que Colpa Gas S.A.C. estaría infringiendo lo dispuesto en los artículos 47¹ y 49² del Reglamento para la Comercialización de Gas

1 DECRETO SUPREMO N° 01-94-EM - REGLAMENTO PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE GAS LICUADO DE PETRÓLEO

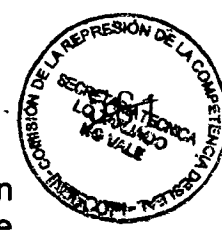
Artículo 47.- A partir del 01 de Marzo de 1994, antes de proceder al envasado de GLP, las Empresas Envasadoras rotularán en las asas de los Cilindros sin Rotular, con su signo perforado o en alto relieve y, en bajo relieve, el número de serie y fecha de rotulación; asimismo, el cuerpo y las asas del envase deberán pintarlos con su color identificatorio. Para proceder a la rotulación, las Empresas Envasadoras, deberán cumplir previamente con la inspección visual de los Cilindros sin Rotular, separando los que se encuentran aptos para salir al mercado, de los que requieran ser reparados antes de ser rotulados y de los que, por sus defectos, deben ser destruidos.

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.

La reparación de los Cilindros sin Rotular será efectuada por la Empresa de Reparación que la Empresa Envasadora designe.

La destrucción de los Cilindros defectuosos deberá ser realizada por la Empresa Envasadora en presencia de un representante de la Empresa de Supervisión y un Notario Público, quien dejará, mediante Acta, constancia del hecho.

569



*Comisión de Represión de la Competencia Desleal
Anexo 1241*

Licuado de Petróleo al envasar el referido combustible en cilindros rotulados en Kilos y en Libras por empresas con las que no tiene acuerdo contractual de corresponsabilidad vigente, pintando los mencionados envases con su color característico (verde cromo) sobre los rótulos de dichas empresas para su comercialización.

Sobre el particular, la denunciada señaló que el almacenar cilindros vacíos que se encuentren rotulados por terceras empresas y que estén pintados con su color característico no constituye una infracción al referido reglamento, debido a que pintó con su color característico cilindros que habían sido rotulados por terceras empresas durante la vigencia de un acuerdo contractual de corresponsabilidad con las mismas.

Asimismo, Colpa Gas S.A.C. manifestó que la mayor parte de las empresas envasadoras no cumple con lo prescrito por dicho reglamento, ya que dichas empresas trasladan la propiedad de los cilindros que comercializan y que consignan su rótulo, sin otorgarlos en uso como lo manda el citado dispositivo legal. En consecuencia, a decir de la denunciada, dicha situación le da a los adquirentes de dichos cilindros el derecho de propiedad sobre los mismos, el cual es ejercido al intercambiar el cilindro adquirido por uno de cualquier empresa envasadora de gas.

Finalmente, la denunciada indicó que en la actualidad el intercambio de cilindros se realiza vía permuta, por lo que todos los cilindros que se encuentran en una planta envasadora de gas son de su propiedad independientemente del rotulado que contengan, por lo que dichas empresas están autorizadas a ejercer todos sus derechos de propietarios sin infringir lo dispuesto por el reglamento señalado líneas arriba.

En tal sentido, en aplicación del artículo 168.1 de la Ley N° 27444³, les solicito que, en un plazo no mayor a 5 días hábiles contados a partir de la notificación del presente oficio, cumplan con remitir un informe técnico no vinculante en el que se indique lo siguiente:

Las Empresas Envasadoras deberán remitir mensualmente a la DGH, antes del día 10 de cada mes, la relación de Cilindros inspeccionados de acuerdo al presente Artículo, detallando la cantidad de Cilindros destruidos y el número de Cilindros aptos que han sido rotulados, con su número de serie.

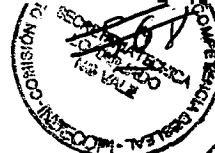
2 DECRETO SUPREMO N° 01-94-EM - REGLAMENTO PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE GAS LICUADO DE PETRÓLEO

Artículo 49.- Las Empresas Envasadoras no podrán envasar GLP en Cilindros Rotulados en Kilogramos que no sean de su propiedad, o en Cilindros Rotulados en Libras que tengan la marca o signo distintivo y color identificadorio de otra Empresa Envasadora, a menos que exista un Acuerdo Contractual de Co-responsabilidad entre las envasadoras y sea puesto previamente en conocimiento de la DGH.

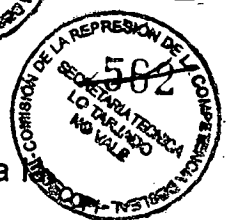
**3 Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General
Artículo 168°.- Presentación de documentos entre autoridades**

168.1 Los documentos y antecedentes a que se refiere el artículo anterior deben ser remitidos directamente por quien es requerido dentro del plazo máximo de tres días, si se solicitaren dentro de la misma entidad, y de cinco, en los demás casos.

Comisión de Represión de la Competencia Desleal
Anexo 1241



570



1. Si los hechos denunciados infringen lo prescrito por el Reglamento para Comercialización de Gas Licuado de Petróleo.
2. Si la propiedad de los envases en kilos y libras, es relevante para determinar si existió una transgresión al referido reglamento.
3. Cómo se determina la propiedad de los envases de Gas Licuado de Petróleo rotulados en kilos y en libras.

Resulta importante señalar que, de no remitir el referido informe en el término señalado, la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá, de conformidad con el artículo 174.1 de la Ley N° 27444⁴, prescindir de éste al momento de evaluar el presente procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que se pueda imputar al funcionario culpable de la demora.

Para cualquier aclaración y/o información adicional que se sirvan solicitar, les indico que no duden en comunicarse con el Dr. Diego Ferré Murguía, Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, al teléfono 224-7800 anexo 1241 o al telefax 224-7800 anexo 1614.

Atentamente,

DIEGO FERRÉ MURGUÍA
Secretario Técnico
Comisión de Represión de la
Competencia Desleal

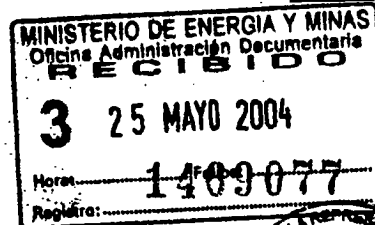
DFM/aab

⁴ Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General
Artículo 174°.- Omisión de Informe

1. De no recibirse el informe en el término señalado, la autoridad podrá alternativamente, según las circunstancias del caso y relación administrativa con el informante: prescindir del informe o citar al informante para que en fecha única y en una sesión, a la cual puede asistir el administrado, presente su parecer verbalmente, de la cual se elaborará acta que se adjuntará al expediente, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario culpable de la demora.

Comisión de Represión de la Competencia Desleal
anexo 1241

OFICIO N° 019-2004/CCD-INDECOPI



Lima, 3 de mayo de 2004

Señores
DIRECCIÓN GENERAL DE HIDROCARBUROS
Av. Las Artes Sur N° 260
San Borja.-

Atención : Ing. Gustavo Navarro Valdivia
Director General

Referencia : Expediente N° 016-2004/CCD-INDECOPI

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, por especial encargo de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI, para saludarlo y, al mismo tiempo, solicitarle su colaboración en el procedimiento de la referencia para contar con mayores elementos de juicio para emitir un pronunciamiento en el mismo y así poder responder a las necesidades de los consumidores de manera más eficiente.

Con fecha 30 de enero de 2004, Asociación Gas LP Perú denunció a Colpa Gas S.A.C. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de confusión, explotación de la reputación ajena y violación de normas, supuestos tipificados en los artículos 8, 14 y 17, respectivamente de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, cuyo del texto único ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI.

La denunciante sostiene que la denunciada estaría infringiendo lo dispuesto en los artículos 47¹ y 49² del Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo al envasar el referido combustible en cilindros rotulados en Kilos y en Libras por empresas con las que no tiene acuerdo contractual de

1 DECRETO SUPREMO N° 01-94-EM - REGLAMENTO PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE GAS LICUADO DE PETRÓLEO

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 identificatorio.

Para proceder a la rotulación, las Empresas Envasadoras, deberán cumplir previamente con la Inspección visual de los Cilindros sin Rotular, separando los que se encuentran aptos para salir al mercado, de los que requieran ser reparados antes de ser rotulados y de los que, por sus defectos, deben ser destruidos.

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.

La reparación de los Cilindros sin Rotular será efectuada por la Empresa de Reparación que la Empresa Envasadora designe.

La destrucción de los Cilindros defectuosos deberá ser realizada por la Empresa Envasadora en presencia de un representante de la Empresa de Supervisión y un Notario Público, quien dejará, mediante Acta, constancia del hecho.

Las Empresas Envasadoras deberán remitir mensualmente a la DGH, antes del día 10 de cada mes, la relación de Cilindros inspeccionados de acuerdo al presente Artículo, detallando la cantidad de Cilindros destruidos y el número de Cilindros aptos que han sido rotulados, con su número de serie.

2 DECRETO SUPREMO N° 01-94-EM - REGLAMENTO PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE GAS LICUADO DE PETRÓLEO

Artículo 49.- Las Empresas Envasadoras no podrán envasar GLP en Cilindros Rotulados en Kilogramos que no sean de su propiedad, o en Cilindros Rotulados en Libras que tengan la marca o signo distintivo y color identificatorio de otra Empresa Envasadora, a menos que exista un Acuerdo Contractual de Co-responsabilidad entre las envasadoras y sea puesto previamente en conocimiento de la DGH.



corresponsabilidad vigente, pintando los mencionados envases con su color característico (verde cromo) sobre los rótulos de dichas empresas para su comercialización.

Sobre el particular, la denunciada señaló que el almacenar cilindros vacíos que se encuentren rotulados por terceras empresas y que estén pintados con su color característico no constituye una infracción al referido reglamento, debido a que pintó con su color característico cilindros que habían sido rotulados por terceras empresas durante la vigencia de un acuerdo contractual de corresponsabilidad con las mismas.

Asimismo, Colpa Gas S.A.C. manifestó que la mayor parte de las empresas envasadoras no cumple con lo prescrito por dicho reglamento, ya que dichas empresas trasladan la propiedad de los cilindros que comercializan y que consignan su rótulo, sin otorgarlos en uso como lo manda el citado dispositivo legal. En consecuencia, a decir de la denunciada, dicha situación le da a los adquirentes de dichos cilindros el derecho de propiedad sobre los mismos, el cual es ejercido al intercambiar el cilindro adquirido por uno de cualquier empresa envasadora de gas.

Finalmente, la denunciada indicó que en la actualidad el intercambio de cilindros se realiza vía permuta, por lo que todos los cilindros que se encuentran en una planta envasadora de gas son de su propiedad independientemente del rotulado que contengan, por lo que dichas empresas están autorizadas a ejercer todos sus derechos de propietarios sin infringir lo dispuesto por el reglamento señalado líneas arriba.

Sobre el particular, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 807,³ Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, por el presente le solicito que, a la brevedad que sus labores lo permitan, remita un informe técnico no vinculante en el que se informe:

1. Si los hechos denunciados infringen lo prescrito por el Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo.
2. Si la propiedad de los envases en kilos y libras, es relevante para determinar si existió una transgresión al referido reglamento.
3. Cómo se determina la propiedad de los envases de Gas Licuado de Petróleo rotulados en kilos y en libras.

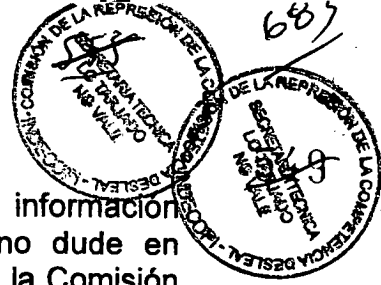
Para mayor ilustración, adjunto al presente se servirá encontrar copia de la denuncia a la cual se ha hecho referencia anteriormente, de la Resolución N° 1 emitida por la Comisión y del escrito de descargo presentado por Colpa Gas S.A.C. el 20 de abril de 2004.

³ LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI

Artículo 3.- Las Comisiones, las Oficinas o el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi podrán solicitar información a cualquier organismo público y cruzar los datos recibidos con aquellos que obtengan por otros medios. De la misma manera, podrán transferir información a otros organismos públicos, siempre que dicha información no tuviera el carácter de reservada por constituir un secreto industrial o comercial.

554

687



Comisión de Represión de la Competencia Desleal
anexo 1241

Finalmente, quedo a su disposición para cualquier aclaración y/o información adicional que se sirva solicitar. En tal sentido, le indico que no dude en comunicarse con el Dr. Diego Ferré Murguía, Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, al teléfono 224-7800 anexo 1241 o al telefax 224-7800 anexo 1614.

Sin otro particular y agradeciéndole anticipadamente la atención que se servirá brindar al presente, quedo de usted.

Atentamente,

Diego Ferré Murguía
Secretario Técnico de la
Comisión de Represión de la
Competencia Desleal

DFM/aab

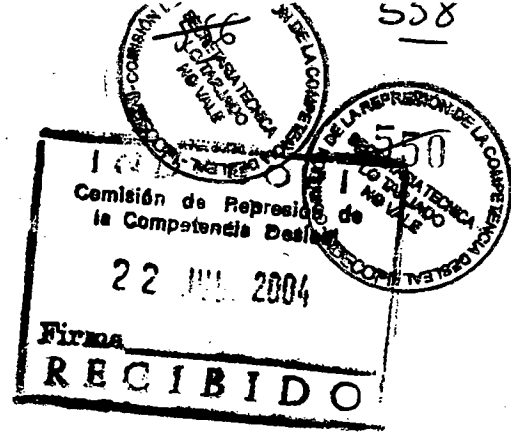
Adj.: Lo indicado



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS

San Borja,

21 JUL. 2004



OFICIO N° 651 -2004-EM/DGH

Señor

DIEGO FERRE MURGUIA

Secretario Técnico

**COMISION DE REPRESIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL**

Presente.-

Ref: Oficio N° 040-2004/CCD-INDECOPI - Exp. N° 1474232

Me dirijo a usted en atención a su consulta con la finalidad de remitirle adjunto el Informe N° 027-2004-EM/DGH/AL, mediante el cual se explica la situación de la comercialización de GLP.

Sin embargo, en razón a la complejidad del tema y efectos de absolver su consulta, consideramos que es necesario efectuar una reunión de coordinación con la finalidad de poner en su conocimiento la problemática que actualmente presenta el mercado de GLP.

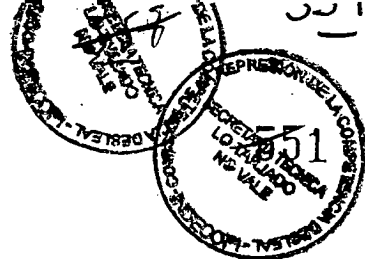
Sin otro particular, quedamos de usted.

Atentamente,



GUSTAVO A. NAVARRO VALDIVIA
Director General de Hidrocarburos

INFORME N° 027-2004-EM/DGH



Al : Eco. Juan Miguel Cayo Mata
Vice-Ministro de Energía

De : Ing. Gustavo Navarro Valdivia
Director General de Hidrocarburos

Asunto : Problemática del Canje de Cilindros para GLP

Ref. : **Oficio N° 131-2004-JDLM-CR**

En relación al asunto del rubro, tengo a bien informar a usted lo siguiente:

INTRODUCCION

A la fecha se tiene un Registro de 80 empresas envasadoras de Gas Licuado de Petróleo debidamente inscritas en la Dirección General de Hidrocarburos de este Ministerio, conforme a lo dispuesto por el Art. 7° del Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM. El 59% de ellas se encuentran en las provincias de Lima y Callao y el 41% restante en el resto del país.

ANTECEDENTES

Existen en el mercado nacional dos tipos de cilindros para GLP, en libras y en kilos. Antes de la vigencia del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM los cilindros existentes eran en libras, estos poseen una asa en donde se halla perforado el signo identificatorio de la empresa envasadora.

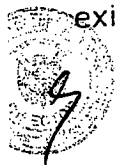
De acuerdo a lo dispuesto por el Reglamento de Comercialización de GLP, a partir de su vigencia sólo se podrían fabricar cilindros en kilos y la rotulación de los mismos se realizará por la empresa envasadora en el cuerpo de los cilindros.

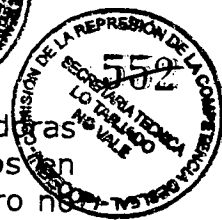
A fin de establecer un orden en el mercado mediante Resolución Directoral N° 020-95-EM/DGH, la DGH determinó en función a la participación en el mercado el número de cilindros sin rotular que podían ser rotulados por las empresas envasadoras existentes.

DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES

El Artículo 47° señala que efectuada la rotulación por una empresa envasadora esta será en adelante responsable por el estado y conservación del cilindro, no pudiendo este ser nuevamente rotulado o pintado por otra empresa envasadora.

El Artículo 49° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM, señala que las empresas envasadoras de GLP, no podrán envasar en cilindros en "kilos" que no sean de su propiedad o cilindros rotulados en "libras" que llevan el signo distintivo y color identificatorio de otra empresa envasadora, a menos que exista un Acuerdo Contractual de Corresponsabilidad suscrito entre ellas.





El Artículo 51° del Reglamento en mención, señala que las empresas envasadoras de GLP 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.

Conforme se desprende de la norma, explícitamente se señala que la empresa envasadora **podrá** solicitar una garantía en dinero no superior al costo de reposición, otorgando un Certificado que acredite la garantía recibida. En este sentido, como la empresa tiene la facultad de solicitar la garantía, sólo en el caso que lo requiera llevará el correspondiente registro de los certificados de garantía. En el que caso que no haya solicitado la garantía no habrá entrega del correspondiente certificado, por lo cual tampoco será registrado.

El Artículo 52° de la norma aludida, señala que de no haber Acuerdo Contractual, existe la **obligación** de efectuar el intercambio (Canje) de cilindros rotulados que tengan en su poder y que no les corresponda, por lo menos una vez cada semana.

El Artículo 53° señala que para los cilindros, rotulados en kilos, el intercambio es obligatorio para cada empresa envasadora sólo hasta una cantidad igual al número de cilindros rotulados en kilos de su propiedad que reciba de un tercero, quedando facultadas para retener el excedente de cilindros no intercambiados, por este excedente la empresa propietaria de los cilindros, a efectos de recabarlos, deberá pagar a la empresa que las tuviera una cantidad igual al valor comercial promedio con referencia al mes anterior al que se hace exigible la devolución de dichos cilindros.

Asimismo señala que dentro de los primeros 15 días calendario de cada mes deberán retirar los cilindros rotulados en kilos de su propiedad que estén en poder de otra empresa envasadora.

En vista que no se estaba dando cumplimiento a esta disposición, con la finalidad de darle solución al tema del canje, en el mes de marzo de 1998 los representantes de las empresas Llama Gas S.A., Zeta Gas Andino S.A., Inversiones Perú Gas S.A., Elf Gas Perú, Grupo Costa Gas, Cía. Peruana de Gas S.A. (hoy Repsol), Lima Gas S.A., ASEEG en presencia de la Dirección General de Hidrocarburos y del Osinerg, suscribieron un Acta sobre un acuerdo transitorio de **Canje de Cilindros** para GLP, determinándose dicho canje de 1 x 1 independiente de que los cilindros estén rotulados en kilos o libras dejándose abierta la posibilidad de adherirse a dicho Acuerdo a cualquier otra empresa envasadora de GLP. Este Acuerdo tiene carácter de indefinido, salvo modificación del Decreto Supremo N° 01-94-EM.

En virtud a lo dispuesto en los artículos 49° y 52° de la norma mencionada, las empresas envasadoras de GLP se han agrupado en gremios y/o asociaciones (Asociación de Empresas Envasadoras de GLP, Sociedad Nacional de Gas, etc) y han suscrito Acuerdos Contractuales de Corresponsabilidad, mediante los cuales los firmantes autorizan el uso mutuo de los cilindros para el envasado, mantenimiento y repintado del mismo, inclusive el canje si es que alguna de las empresas así lo crea conveniente.

No obstante, al haberse determinado mediante Acta el canje de 1 x 1, con retención de excedentes sin pago, la ASEEG sostiene que esta práctica no viene dando los



resultados esperados precisando que las llamadas empresas "pequeñas" vienen introduciendo al mercado cilindros con su rótulo fabricados en el mercado informal y que al no existir Acuerdos de Corresponsabilidad, están obligados a realizar más inversiones en cilindros nuevos para canjear holgadamente con las llamadas empresas "grandes", por lo que proponen la eliminación del Canje de Cilindros dispuesto en la norma y recomiendan el "Libre Uso de Cilindros".

Por su parte, el grupo de empresas conformado por: Repsol YPF Comercial del Perú S.A., Llama Gas S.A., Lima Gas S.A., Zeta Gas Andino S.A., Peruana de Combustibles S.A., Grupo Costa Gas S.A., representadas por la empresa Asociación Gas LP Perú, sostiene mantener el Canje de Cilindros dispuesto en la norma, precisando que esto marca el inicio de proceso de conversión al sistema de propiedad/responsabilidad sobre los cilindros, sin afectar y beneficiando a consumidores, así como reforzando los conceptos de responsabilidad por los cilindros antiguos como inicio de proceso de renovación del parque de cilindros, establecimiento del sistema de propiedad/responsabilidad sobre nuevos cilindros y finalmente el no uso de cilindros de propiedad y/o responsabilidad de terceras envasadoras (necesidad de un stock suficiente).

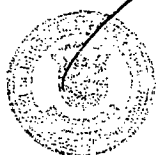
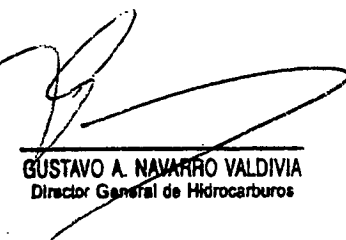
Es preciso mencionar que en el mercado nacional, existen aproximadamente seis millones (6 000 000) de cilindros para GLP, de los cuales se estima que dos millones (2 000 000) están rotulados en kilos y el resto en libras.

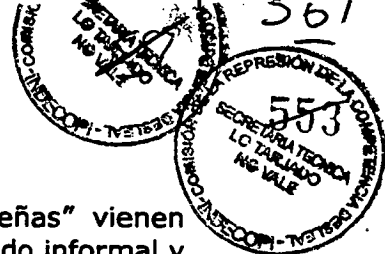
CONCLUSIONES

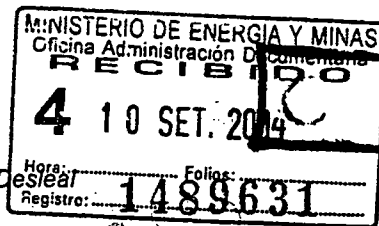
Sobre la base de lo antes mencionado, podemos concluir:

1. La norma señala que efectuada la rotulación por una empresa envasadora ésta será en adelante responsable por el estado y conservación del cilindro, no pudiendo éste ser nuevamente rotulado o pintado por otra empresa envasadora, cualquier contravención a lo señalado deberá entenderse como una infracción a la norma.
2. Las empresas envasadoras de GLP, no podrán envasar en cilindros en kilos que no sean de su propiedad o cilindros rotulados en libras que llevan el signo distintivo y color identificatorio de otra empresa envasadora, a menos que exista un Acuerdo Contractual de Corresponsabilidad suscrito entre ellas.
3. De no haber Acuerdo Contractual, existe la obligación de efectuar el intercambio de cilindros rotulados que tengan en su poder y que no les corresponda, por lo menos una vez cada semana.
4. Dentro de los primeros 15 días calendario de cada mes deberán retirar los cilindros rotulados en kilos de su propiedad que estén en poder de otra empresa envasadora.

Es necesario señalar que en vista que existen dos posiciones antagónicas sobre el tema de Canje de Cilindros para GLP, este Ministerio viene estudiando la problemática que existe en el mercado para dar cumplimiento a lo establecido en el Reglamento de Comercialización de GLP vigente, y próximamente se emitirá un dispositivo legal que permitirá dar solución a la problemática en mención. Cabe mencionar que la primera versión de este proyecto de norma fue prepublicada en la página web de este Ministerio.



GUSTAVO A. NAVARRO VALDIVIA
Director General de Hidrocarburos





Comisión de Represión de la Competencia Desleal
Anexo 1241

OFICIO N° 063-2004/CCD-INDECOPI

Lima, 6 de setiembre de 2004

Señores
DIRECCIÓN GENERAL DE HIDROCARBUROS
Av. Las Artes Sur N° 260
San Borja.-



Nombre:.....

Apellidos:.....

Firma :.....
Sello

**Atención : Ing. Gustavo Navarro Valdivia
Director General**

DNI:.....Vinculo:.....

Referencia : Oficio N° 651-2004-EM/DGH

Fecha:.....Hora:.....Hrs

De mi consideración:

Por especial encargo de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI, me dirijo a ustedes con la finalidad de acusar recibo del Oficio N° 651-2004-EM/DGH, emitido por su institución el 21 de julio de 2004 a través del cual nos remiten el Informe N° 027-2004-EM/DGH, conteniendo la información requerida a su despacho mediante Oficios N° 019-2004/CCD-INDECOPI y N° 040-2004/CCD-INDECOPI, referidas a la comercialización del gas licuado de petróleo.

Sin embargo, su despacho no se ha pronunciado sobre la cuestión planteada referente a la relevancia de la propiedad de los envases en kilos y libras, a fin de determinar la existencia de una transgresión al Decreto Supremo N° 01-94-EM, Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo.

En tal sentido, en aplicación del artículo 168.1 de la Ley N° 27444¹, les solicito que, en un plazo no mayor a 5 días hábiles contados a partir de la notificación del presente oficio, cumplan con remitir un informe técnico no vinculante en el que se indique lo siguiente si la propiedad de los envases en kilos y libras, es relevante para determinar si existió una transgresión al referido reglamento.

Resulta importante señalar que, de no remitir el referido informe en el término señalado, la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá, de conformidad con el artículo 174.1 de la Ley N° 27444², prescindir de éste al momento de evaluar el presente procedimiento,

¹ Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General

Artículo 168°.- Presentación de documentos entre autoridades

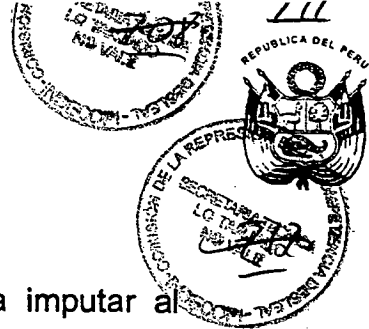
168.1 Los documentos y antecedentes a que se refiere el artículo anterior deben ser remitidos directamente por quien es requerido dentro del plazo máximo de tres días, si se solicitaren dentro de la misma entidad, y de cinco, en los demás casos.

² Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General

Artículo 174°.- Omisión de informe

1. De no recibirse el informe en el término señalado, la autoridad podrá alternativamente, según las circunstancias del caso y relación administrativa con el informante: prescindir del informe o citar al informante para que en fecha única y



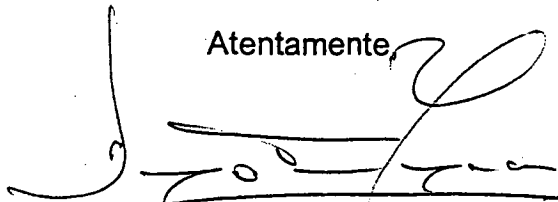


Comisión de Represión de la Competencia Desleal
Anexo 1241

sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que se pueda imputar al funcionario culpable de la demora.

Para cualquier aclaración y/o información adicional que se sirvan solicitar, les indico que no duden en comunicarse con el Dr. Diego Ferré Murguía, Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, al teléfono 224-7800 anexo 1241 o al telefax 224-7800 anexo 1614.

Atentamente,



DIEGO FERRÉ MURGUÍA
Secretario Técnico
Comisión de Represión de la
Competencia Desleal

DFM/vy

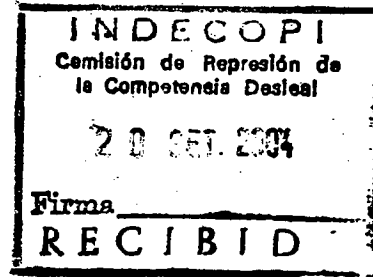


Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

en una sesión, a la cual puede asistir el administrado, presente su parecer verbalmente, de la cual se elaborará acta que se adjuntará al expediente, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario culpable de la demora.



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS



San Borja,

16 SET. 2004

OFICIO N° 837 -2004-EM/DGH

Señor
DIEGO FERRE MURGUIA
Secretario Técnico
**COMISION DE REPRESIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL**
Presente.-

Ref: Oficio N° 063-2004/CCD-INDECOPI - Exp. N° 1489631

Me dirijo a usted en atención a la consulta de la referencia con la finalidad de informarle que la propiedad de los cilindros en kilos y libras no es relevante para determinar si existió trasgresión del reglamento de comercialización de GLP. La circulación de un cilindro en el mercado de GLP, implica que al cabo de un periodo de tiempo las Plantas de Empresas Envasadoras tengan como parte de su masa cilindros con rótulo y color de otra Empresa Envasadora, sobre los cuales recae la obligación de canje, y la prohibición de rotularlos o pintarlos nuevamente, de acuerdo a lo establecido en los artículos 47° y 49° del Reglamento de Comercialización de GLP, aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM.

Sin otro particular, quedamos de usted.

Atentamente,




GUSTAVO A. NAVARRO VALDIVIA
Director General de Hidrocarburos