



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

INFORME 021-2015/ST-CLC-INDECOPI

A : **Comisión de Defensa de la Libre Competencia**

DE : **Humberto Ortiz Ruiz**
Secretario Técnico (*ad hoc*)
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

David Fernández Flores
Analista Legal
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Cristhian Flores Angulo
Analista Económico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

José Luis Flores Urruchi
Especialista 1
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

ASUNTO : Procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio por denuncia de Cementos Otorongo S.A.C. (en adelante, Cosac) contra Gloria S.A. (en adelante, Gloria) y Yura S.A. (en adelante, Yura) por la realización de un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, relacionados con la obtención de una licencia de uso de aguas, la construcción de una carretera y la instalación de una fábrica por parte del denunciante.

FECHA : 21 de abril de 2015

El presente informe contiene la opinión de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) acerca del procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio por denuncia de Cementos Otorongo S.A.C. (en adelante, Cosac) contra Gloria S.A. (en adelante, Gloria) y Yura S.A. (en adelante, Yura) por la realización de un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, relacionados con la obtención de una licencia de uso de aguas, una construcción de la carretera y la instalación de una fábrica por parte del denunciante, infracción que se encuentra tipificada en los artículos 10.1 y 10.2, literal f), del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; así como sus conclusiones y recomendaciones para la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión).

ÍNDICE

I.	<u>ANTECEDENTES</u>	2
II.	<u>OBJETO DEL INFORME</u>	16
III.	<u>MARCO CONCEPTUAL</u>	16
	<u>3.1.ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO</u>	16
	<u>3.2.ABUSO DE PROCESOS LEGALES</u>	18
IV.	<u>ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS</u>	22
	<u>4.1.EL GRUPO GLORIA</u>	22
	<u>4.2.EXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO</u>	27
	<u>4.3.SOBRE EL PRESUNTO ABUSO DE PROCESOS LEGALES POR PARTE DEL GRUPO GLORIA</u>	42
V.	<u>CUESTIONES ADICIONALES</u>	60
VI.	<u>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</u>	61

I. ANTECEDENTES

- Las partes en el procedimiento administrativo
- 1. La denunciante: Cosac, es una empresa dedicada a la producción, el almacenamiento, el transporte y la comercialización nacional e internacional de todo tipo de materiales de construcción, así como a la explotación de canteras para la obtención de las materias primas necesarias e inherentes a la producción, la ejecución y supervisión de obras civiles y electromecánicas y el desarrollo de toda actividad relacionada con la producción de materiales de construcción¹.
- 2. Las denunciadas: Gloria es una empresa dedicada a la producción y comercialización de leches industrializadas y otros derivados lácteos. Asimismo, produce refrescos, néctares de jugos, conservas de pescado, café instantáneo, mermeladas, entre otros productos de consumo masivo². Yura es una empresa dedicada a la producción y comercialización de cemento y concreto en la región costa y sierra sur del Perú³. Su planta de cemento está ubicada en la Región Arequipa.
- La denuncia de Cosac y las actuaciones previas de la Secretaría Técnica
- 3. El 23 de julio de 2010, Cosac interpuso una denuncia contra Gloria, Yura, Cemento Sur S.A. (en adelante, Cementos Sur) y Consorcio Cementero del Sur

¹ Ver Partida 11021382 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Arequipa de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP.

² Al respecto, véanse los siguientes enlaces:
<<http://www.grupogloria.com/gloria.html>> y <<http://www.grupogloria.com/gloriaPRODUCTOS.html>>

³ Al respecto, véase el siguiente enlace:
<http://www.grupogloria.com/yura.html>

S.A. (en adelante, Consorcio Cementero) por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales en el mercado de producción y comercialización de cemento, según los literales f) y h) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, el DL 1034) pues habría interpuesto de manera abusiva y reiterada procedimientos administrativos y procesos judiciales en su contra, cuyos efectos han sido restringir la competencia y boicotear a Cosac en su iniciativa privada de inversión para la construcción de una fábrica de clinker y cemento en la región de Arequipa, dificultando su acceso al mercado por razones distintas a una mayor eficiencia económica.

4. Cosac sustentó su denuncia en los siguientes argumentos:
- i. En el 2007, Cosac inició la implementación de un proyecto consistente en la instalación de una fábrica de clinker y cemento en la Región Arequipa, con una capacidad instalada para producir 547 500 toneladas de clinker y 650 000 toneladas de cemento anuales, aproximadamente.
 - ii. Las denunciadas realizaron una conducta de abuso de posición de dominio consistente en la utilización abusiva y reiterada de una serie de procesos legales contra Cosac, cuyos efectos fueron restringir la competencia y boicotear el proyecto de instalación de la fábrica de clinker y cemento de la denunciante, dificultando su acceso al mercado por razones distintas a una mayor eficiencia económica.
 - iii. Gloria, Yura, Cemento Sur y Consorcio Cementero forman parte de un grupo económico. No obstante, no resulta necesario referirse a dicho grupo económico puesto que existe entre las denunciadas un interés común y compartido, debido a que Gloria, a través de sus vinculadas Yura y Cemento Sur, participa en el mercado de producción de cemento en la Macro Región Sur⁴.
 - iv. Los procesos legales fueron iniciados por Gloria y el señor Marcos Fredy Nakagawa Marroquín, representante de Gloria y Yura (en adelante, el señor Nakagawa), con el objeto de beneficiar a Yura y Cemento Sur en el mercado de producción de cemento en la Macro Región Sur.
 - v. Yura y Cemento Sur ostentan posición de dominio en el mercado de producción de cemento en la Macro Región Sur, pues son los únicos productores de este material y no existen ofertantes rivales reales, salvo en el límite con la Macro Región Centro⁵.
 - vi. El 17 de junio de 2008, el señor Nakagawa se presentó ante la Comisaría de San Camilo para solicitar una constatación policial. Específicamente, solicitó que un agente policial constate la construcción de una carretera de

⁴ De acuerdo con Cosac, la Macro Región Sur estaría conformada por las Regiones Arequipa, Puno, Cusco, Apurímac, Madre de Dios, Moquegua y Tacna.

⁵ De acuerdo con Cosac, la Macro Región Centro estaría conformada por las Regiones Ancash, Ayacucho, Lima e Ica.

3,5 km de longitud sobre terrenos eriazos del Estado y que, para realizar dicha construcción, se requería contar con diversas autorizaciones.

- vii. El 17 de junio de 2008, el señor Nakagawa presentó un escrito ante la Dirección de Asuntos Ambientales de Industria del Ministerio de la Producción, mediante el cual informó sobre las actividades preparatorias a la inversión que estuvo realizando Cosac y solicitó que se le informe si la empresa había cumplido todos los requisitos exigidos por el referido Ministerio.
- viii. El 23 de julio de 2008, el señor Nakagawa presentó un escrito ante el Instituto Nacional de Cultura (en adelante, INC), mediante el cual comunicó que, en el sector de la Joya en la Panamericana Sur, carretera con dirección a Moquegua, a la altura del km. 995, se estaban realizando trabajos de construcción y que, en dicha zona, se encontraba maquinaria pesada y personal obrero. Asimismo, informó que, para realizar movimientos de tierras, resultaba necesario contar con un certificado denominado Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (en adelante, CIRA), emitido por el INC.
- ix. El 6 de agosto de 2008, el señor Nakagawa presentó un escrito ante la Gerencia de Fiscalización Minera del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin) y la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, Minem), mediante el cual comunicó que, sobre terrenos del Estado y algunas concesiones mineras de la empresa Southern Perú Copper Corporation, Sucursal del Perú, se había construido una carretera y que, para ello, resultaba necesario contar con el Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, el EIA) y con el certificado emitido por el INC. Asimismo, solicitó que se le remitiera copia de las autorizaciones legales emitidas por el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio de la Producción y las demás autoridades locales correspondientes y que se le informara si Cosac había presentado la documentación legal correspondiente en materia ambiental.
- x. El 14 de octubre de 2008, el señor Nakagawa presentó una solicitud ante el Gerente Regional de Comercio Exterior y Turismo y la Jefatura de la Oficina de Promoción de la Inversión Privada del Gobierno Regional de Arequipa, mediante la cual requirió que se realizara una inspección ocular para verificar una usurpación de terrenos del Estado. Asimismo, solicitó que se informe a quien corresponda los hechos señalados a fin de que se iniciaran las acciones legales correspondientes. Como sustento, adjuntó la constatación policial del 17 de junio de 2008, el informe de un perito especializado y las solicitudes presentadas ante la Dirección de Asuntos Ambientales de Industria del Ministerio de la Producción, la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas y la Gerencia de Fiscalización Minera del Osinergmin.
- xi. El 17 de octubre de 2008, el señor Nakagawa interpuso una denuncia ante el Gerente Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa,

mediante la cual señaló que Cosac usurpó terrenos del Estado y construyó una vía de transporte.

- xii. El 20 de julio de 2009, Gloria interpuso una demanda contenciosa administrativa ante el Juez Especializado en lo Civil de Arequipa, contra Cosac, la Gerencia Regional de Agricultura y la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Arequipa. Dicha demanda tuvo por objeto que se declare la nulidad de la Resolución Administrativa 465-2008-GRAG/GRAG/ATDRCH, mediante la cual se autorizó a Cosac la ejecución de un estudio denominado «*Estudio Hidrogeológico para el Aprovechamiento de Aguas Subterráneas en la parte baja del Asentamiento 5, 6 y 7 de la irrigación de San Camilo*»⁶ (en adelante, Estudio Hidrogeológico para San Camilo). Asimismo, Gloria solicitó una medida cautelar para que la autoridad judicial suspendiera los efectos de la referida resolución.
5. Con la finalidad de obtener mayores elementos de juicio, mediante Carta 335-2010/ST-CLC-INDECOPI del 16 de setiembre de 2010, la Secretaría Técnica requirió a Cosac que presentara diversos documentos relacionados con los procesos legales iniciados por Gloria y el señor Nakagawa y que precisara determinada información relacionada con los referidos procesos. Mediante Carta 358-2010/ST-CLC-INDECOPI del 7 de octubre de 2010, la Secretaría Técnica concedió la prórroga solicitada por Cosac.
6. Mediante escrito del 26 de octubre de 2010, Cosac absolvió el requerimiento de información de la Secretaría Técnica, adjuntando diversos documentos relacionados con los procesos legales iniciados por Gloria y el señor Nakagawa. Asimismo, solicitó la actuación de determinados medios probatorios.
7. Mediante Carta 414-2010/ST-CLC-INDECOPI del 17 de noviembre de 2010, la Secretaría Técnica citó al Gerente General de Cosac, a una entrevista en el local del Indecopi. Dicha entrevista se realizó el 24 de noviembre de 2010, entre la Secretaría Técnica y los representantes de Cosac.
8. Mediante escrito del 9 de diciembre de 2010, Cosac cumplió con presentar la información adicional requerida por la Secretaría Técnica durante la entrevista antes señalada. Asimismo, presentó información adicional con el objeto de demostrar que Gloria habría provocado retrasos en su proyecto de instalación de una fábrica de clinker y cemento, y que estaría oponiéndose a que obtuviese una licencia de uso de aguas.
9. Mediante escrito del 14 de diciembre de 2010, Cosac adjuntó un conjunto de documentos relacionados con su denuncia. Además, se desistió de su solicitud de reserva genérica de la información proporcionada durante la entrevista del 24 de noviembre de 2010.

⁶ De acuerdo con Cosac, la ejecución de este estudio constituye un requisito previo a la obtención de la licencia de uso de aguas. Esta licencia, según Cosac, es necesaria para continuar con la ejecución del proyecto de instalación de la fábrica de clinker y cemento en Arequipa.

10. Mediante escrito del 10 de enero de 2011, Cosac amplió su denuncia, señalando que Gloria había iniciado nuevos procesos adicionales en su contra. Así, de acuerdo con Cosac, el 26 de octubre de 2009, Gloria habría interpuesto una demanda de amparo contra la Administración Local de Agua de Chili, la Autoridad Nacional de Agua (en adelante, ANA) y la Procuraduría Pública del Ministerio de Agricultura, con el objeto de que se declaren nulas las Resoluciones Administrativas 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH y 317-2009-ANA/ALA-CH. Esta última resolución aprobó el Estudio de Evaluación Hídrica Subsuperficial y Subterránea en el Sistema de San Camilo⁷.

Asimismo, señaló que el 17 de diciembre de 2010 Gloria presentó una carta ante el Presidente Regional de Arequipa, mediante la cual le comunicó que el procedimiento seguido por Cosac para la obtención de la licencia de uso de aguas se encontraba judicializado. Mediante escrito del 18 de enero de 2011, Cosac adjuntó copia del Informe 001-2011-GRA-ORPPOT del 5 de enero de 2011, elaborado por la Asesoría Legal del Gobierno Regional de Arequipa, en referencia a la carta presentada por Gloria ante el Presidente Regional de Arequipa.

- La Resolución de Inicio y su ampliación

11. Mediante Resolución 002-2011/ST-CLC-INDECOPI del 11 de febrero de 2011 (en adelante, la Resolución de Inicio), la Secretaría Técnica decidió:
 - i. Admitir a trámite la denuncia interpuesta por Cosac contra Gloria por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales respecto de los procesos legales relacionados con la obtención de la licencia de uso de aguas por parte de la denunciante; infracción tipificada en los artículos 1 y 10.2, literal f), del Decreto Legislativo 1034, y sancionable por la Comisión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 de la referida norma.
 - ii. Declarar inadmisibles las denuncias interpuestas por Cosac contra Gloria por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, respecto de los procesos legales relacionados con la construcción de la carretera y la instalación de la fábrica por parte de la denunciante.
 - iii. Declarar inadmisibles las denuncias interpuestas por Cosac contra Cemento Sur, Consorcio Cementero y Yura, por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.
12. El 19 de abril de 2011, Cosac presentó un recurso de apelación contra los puntos resolutivos segundo y tercero de la Resolución de Inicio, señalando lo siguiente:
 - i. No se debería segmentar la denuncia realizada por su empresa en función a los asuntos a los que se encuentran vinculadas debido a que la conducta

⁷ De acuerdo con Cosac, la aprobación de este estudio constituye un requisito previo a la obtención de una licencia de uso de aguas.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

de abuso de procesos legales supone un análisis integral de todas las acciones realizadas.

- ii. Habría quedado acreditado que Yura participó de manera conjunta con Gloria en la presentación de denuncias en contra de Cosac, por lo que tendría que ser incluido en la investigación.
13. El 19 de abril de 2011, Gloria presentó un escrito apersonándose al procedimiento.
14. Mediante Resolución 009-2011/ST-CLC-INDECOPI del 29 de abril de 2011, la Secretaría Técnica decidió conceder el recurso de apelación interpuesto por Cosac y elevar los actuados respectivos a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, la Sala). Asimismo, decidió suspender la tramitación del procedimiento hasta que la Sala se pronuncie respecto del referido recurso de apelación.
15. El 9 de noviembre de 2011, Gloria presentó un escrito en el cual solicitó adherirse a la tramitación de la apelación, cuestionando lo dispuesto en el primer punto resolutivo de la Resolución de Inicio, señalando que Gloria carecería de legitimidad para obrar pasiva, pues al no competir con Cosac, no obtendría ningún beneficio de la supuesta conducta. Asimismo, solicitó que se declare infundada la apelación interpuesta por Cosac, al no haber demostrado que los procedimientos excluidos por la Secretaría Técnica carecían de fundamento objetivo y que no se trataba de verdaderos procedimientos administrativos.
16. Mediante Resolución 3087-2012/SDC-INDECOPI del 8 de noviembre de 2012, la Sala resolvió declarar improcedente el recurso de adhesión interpuesto por Gloria.
17. El 14 de diciembre de 2002, se llevó a cabo una audiencia de informe oral ante la Sala, a la cual asistieron los representantes de Cosac y de Gloria. Ambos representante reiteraron los argumentos anteriormente introducidos y agregaron lo siguiente:

Representante de Cosac:

- i. Resulta sospechoso que un ciudadano cualquiera se preocupe por realizar constataciones en lugares alejados a su domicilio, con un lenguaje previamente preparado por abogados.
- ii. Las solicitudes de información presentadas por el representante de Gloria dañaron la imagen de Cosac frente al Gobierno Regional de Arequipa.

Representante de Gloria:

- i. A efectos de que exista una conducta sancionable, se deberían evidenciar denuncias donde se le solicite a Cosac hacer o dejar de realizar

determinada acción, pues solo se debe entender como procedimientos aquellos donde se impongan costos de defensa.

- ii. Los procedimientos iniciados contra Cosac no impusieron ningún costo, por lo que no se podría alegar que se haya configurado una conducta anticompetitiva.
18. Mediante Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI del 13 de junio de 2013, la Sala resolvió:
- i. Revocar la Resolución 002-2011/ST-CLC-INDECOPI en el extremo que declaró inadmisibile la denuncia interpuesta por Cosac contra Gloria por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, respecto de los procesos relacionados con la construcción de la carretera y la instalación de la fábrica por parte de la denunciante y, en consecuencia, admitir a trámite la denuncia en dicho extremo.
 - ii. Confirmar la Resolución 002-2011/ST-CLC-INDECOPI en el extremo que declaró inadmisibile la denuncia interpuesta por Cosac contra Cementos Sur y Consorcio Cementero por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.
 - iii. Revocar la Resolución 002-2011/ST-CLC-INDECOPI en el extremo que declaró inadmisibile la denuncia interpuesta por Cosac contra Yura y, en consecuencia, disponer que la denuncia por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales contra dicha empresa sea admitida a trámite.
19. El 13 de junio de 2013, Cosac presentó ante la Sala un escrito adjuntando copias de nuevas denuncias presentadas por el señor Santos Andrés Guillén Rojas, ex alcalde de San Camilo, avaladas con la firma del abogado de Yura, el señor Alfredo Arana Miovich, lo que acreditaría la conexión entre Yura y la estrategia de abuso de procesos llevada a cabo por el grupo Gloria. Estas denuncias penales fueron presentadas ante la Fiscalía de Prevención del Delito de Arequipa y la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, contra funcionarios del Gobierno Regional de Arequipa involucrados en la evaluación del proyecto de inversión de Cosac.
20. En atención a lo resuelto por la Sala, mediante Resolución 008-2013/ST-CLC-INDECOPI del 11 de julio de 2013, la Secretaría Técnica decidió:
- i. Levantar la suspensión de la tramitación del procedimiento dispuesta por la Resolución 009-2011/ST-CLC-INDECOPI.
 - ii. Admitir a trámite la denuncia interpuesta por Cosac contra Gloria por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales relacionados con la construcción de la carretera y la instalación de la fábrica por parte de la denunciante.

- iii. Admitir a trámite la denuncia interpuesta por Cosac contra Yura por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales contra dicha empresa.
- iv. Informar que la presente investigación está referida a un presunto abuso de posición de dominio de Gloria y Yura en la modalidad de abuso de procesos legales, relacionados con la obtención de la licencia de uso de aguas, la construcción de la carretera y la instalación de la fábrica por parte de la denunciante.

- Los descargos de las empresas denunciadas

- 21. El 5 de septiembre de 2013, Yura presentó su escrito de descargos, negando y contradiciendo la denuncia en todos sus extremos y solicitando que la Comisión la declare improcedente y/o infundada, basándose en los siguientes argumentos:
 - i. Para que una conducta sea calificada como anticompetitiva, es necesario que tenga efectos exclusorios; pero además, que pueda afectar la competencia de manera general (o al interés económico general) y no a un competidor específico.
 - ii. Las acciones imputadas a Yura no constituyen procedimientos administrativos o «procesos legales», pues sólo se tratan solicitudes de información y denuncias informativas. Sobre éstas, resulta imposible aplicar el «test PRE», consistente en evaluar las expectativas de un resultado favorable para determinar si el derecho de acción está siendo ejercido válidamente por la empresa denunciada. Incluso si las acciones de Yura fueran «seudo procedimientos», el retraso en el ingreso de Cosac al mercado no es atribuible a ellas.
 - iii. Así tampoco se ha demostrado la existencia de retrasos o costos derivados de estos procedimientos, a pesar de que la propia Secretaría Técnica solicitó dicha información a la denunciante.
 - iv. Con relación a la constatación policial y al trámite ante el INC, tales acciones se tratan de simples pedidos de información.
 - v. En relación con las solicitudes presentadas ante Osinergmin y comunicaciones al Gerente Regional de Comercio Exterior y Turismo, así como al Gerente Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa, estas actuaciones no tenían ninguna capacidad de afectar el proceso competitivo.
 - vi. En relación con la definición de mercado relevante y la posición de dominio de Yura, indicó que la Secretaría Técnica ha realizado un análisis estático del mercado relevante, pues únicamente ha hecho referencias a la participación de mercado de las empresas, sin ser «suficientemente exhaustivo para determinar las características de un mercado que es cada vez más dinámico». En contraste, sugirió que dicho análisis debió haberse

basado en la evolución de la participación de mercado en el tiempo, por lo menos hasta el año 2011.

- vii. De otro lado, dejó constar que los consumidores no son pequeños, sino que se tratan de empresas grandes tales como constructoras, inmobiliarias, entre otras, que son más sofisticadas en la elección de sus proveedores y, por tanto, son más sensibles al precio y las condiciones comerciales del mercado.
 - viii. Por último, precisó que para la definición del mercado relevante no se efectuó el «test SSNIP».
22. El 5 de septiembre de 2013, Gloria presentó sus descargos, solicitando que sea declarada improcedente o infundada, bajo los siguientes fundamentos:
- i. Cosac no es una empresa nacional pequeña atacada por la empresa dominante, sino que su principal accionista es Cementos Portugal (Cimpor), una de las cementeras más importantes del mundo y con activos de USD 6,605 millones al cierre del 2007.
 - ii. Es falso que Gloria sea la causante de que el proyecto de Cosac no haya iniciado. Éste no ha podido ser puesto a marcha pues ha sufrido continuas observaciones por parte de las autoridades competentes que Cosac no ha subsanado a tiempo.
 - iii. Es requisito para la configuración de la práctica de abuso de procesos legales la afectación a la competencia, lo cual no ha ocurrido en este caso pues la actuación de Gloria no ha perjudicado en ningún momento a Cosac.
 - iv. Ninguno de los hechos denunciados constituyen «procedimientos administrativos» en los términos de la ley y, allí donde se generó algún proceso, Cosac no ha demostrado que éstos generaron un retraso en el desarrollo de su proyecto, tales como las señaladas a continuación:
 - Comunicación a la Dirección de Asuntos Ambientales de Industria del Ministerio de la Producción del 17 de junio de 2008.- El objetivo de esta comunicación sólo fue para recabar información respecto del proyecto de Cosac y no para impedir su ingreso. Además, tampoco generó un procedimiento administrativo sancionador contra Cosac.
 - Comunicación del 17 de junio del 2008 ante la Comisaría de San Camilo.- Solicitud de constatación policial de las obras que se venían desarrollando. De acuerdo con la propia denunciante, «esta denuncia no avanzó a mayores».
 - Comunicación del 23 de julio de 2008 ante el INC.- Fue sólo un requerimiento de información, sin efecto alguno sobre Cosac. No obstante ello, Cosac refiere que el Oficio de respuesta 797-2008-IN-

DA, no señala nada en su contra, pero siembra un halo de duda respecto a la actuación de esta empresa.

- Comunicación del 6 de agosto de 2008 ante la Gerencia de Fiscalización Minera del Osinergmin.- Este escrito informó que aparentemente Cosac estaba operando sin EIA, ni CIRA. Si bien esta comunicación habría generado que Cosac presente algunas comunicaciones a la autoridad, el costo de estas comunicaciones no ha sido acreditado.
 - Comunicación del 14 de octubre de 2008 ante la Gerencia Regional de Comercio Exterior y Turismo y la Jefatura de la Oficina de Promoción de la Inversión Privada del Gobierno Regional de Arequipa.- Sólo se solicitó una inspección ocular por presunta usurpación de terrenos del Estado. Cosac no habría acreditado qué acciones realizó el Estado en su contra o cómo esta acción perjudicó su proyecto.
 - Comunicación del 17 de octubre de 2008 ante el Gerente Regional de Agricultura de la Región Arequipa.- Se informó que ciertos terrenos estarían siendo usurpados por terceras personas. No se ha acreditado cómo esta comunicación impidió su ingreso al mercado.
- v. Respecto de las acciones legales relativas a la obtención de una licencia de uso de aguas, estas no fueron susceptibles de generar efecto alguno en el proyecto de Cosac, como lo han señalado las autoridades a cargo del procedimiento, pues la denunciante obtuvo una licencia de uso de aguas.
- vi. Para que se configure la infracción, el Decreto Legislativo 1034 requiere una restricción a la competencia generada por la utilización abusiva y reiterada de procedimientos administrativos, no por simples solicitudes o comunicaciones a una autoridad, como ha ocurrido en el presente caso. Además, las acciones imputadas a Gloria poseen una clara justificación, por lo que no deberían ser consideradas abusivas.
- vii. Incluso en el supuesto que se considere que los procesos iniciados por Gloria carecían de sustento razonable, éstos no han tenido como efecto el impedimento o retraso o en el desarrollo del proyecto de Cosac.
- viii. Si se lograra acreditar que las acciones de Gloria perjudicaron a Cosac, eso no sería suficiente para declarar la existencia de la infracción imputada pues el impacto sufrido no ha sido suficientemente significativo como para limitar la capacidad de competir y de acceder al mercado de Cosac.
- ix. No existe una relación de competencia entre Gloria y Cosac, por lo que no puede existir un beneficio anticompetitivo derivado de la conducta imputada.
- x. En atención a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Legislativo 807, corresponde sancionar a Cosac por la presentación de una denuncia

maliciosa, al haber ocultado información y presentado una versión distorsionada de los hechos que sustentan su denuncia.

- xi. Finalmente, en atención a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Legislativo 807, corresponde imponer a Cosac las costas y costos del procedimiento.

- Actuaciones en la etapa probatoria

23. El 5 de septiembre de 2013, Cosac presentó un escrito en el cual señaló lo siguiente:

- i. De la jurisprudencia europea, en el caso Belgacom, puede concluirse que se puede admitir un ejercicio del derecho de defensa ante un abuso de procesos legales incluso antes del inicio formal de tales procesos. En la misma línea, las acciones de naturaleza preparatoria o de investigación también podrían considerarse un ejercicio abusivo de los mecanismos que proporciona el Estado, al perseguir fines anticompetitivos. En cambio, a diferencia de lo señalado por Gloria, no puede inferirse un requisito de certeza «absoluta» en la intención anticompetitiva del agente infractor y los efectos producidos sobre el mercado.
- ii. Gloria interpreta erróneamente la Resolución 974-2013/SDC-INDECOPI, pues al señalar que se debe generar un daño efectivo, omite dolosamente la referencia de la Sala al posible efecto potencial derivado de un abuso de procesos legales.
- iii. La conducta realizada por Gloria configura un abuso de derecho pues utiliza formalismos para sustentar una interpretación literal y taxativa de las normas y derechos discutidos, cuando en la práctica se están vulnerando otros derechos y libertades.
- iv. El argumento de Gloria respecto a que Cosac está respaldado por el grupo Cimpor contradice su propia posición, pues al tener una compañía importante como respaldo, no podría suponerse que, en su ingreso al mercado, incurriera en los errores denunciados por ella.
- v. Gloria pretende presentar como requerimiento de información la fabricación de pruebas falsas que se presentaron ante diversas autoridades. Este accionar causó retrasos considerables y el desvío de recursos para atender estos supuestos requerimientos.
- vi. Gloria continuamente presenta denuncias ante determinadas entidades y, a continuación, adjunta estas denuncias como medios de prueba ante otras, con el objetivo de conferir a tales denuncias de un mayor impacto frente a las autoridades competentes.
- vii. Sobre el carácter abusivo de las acciones planteadas por Gloria ante las distintas autoridades:

- Comunicación a la Dirección de Asuntos Ambientales de Industria del Ministerio de la Producción del 17 de junio de 2008: Gloria indica que esta comunicación resultó inocua; sin embargo, Cosac fue obligada a destinar recursos para absolver las consultas de dicha Dirección, suspendió los trabajos de rehabilitación de la trocha y generó en las autoridades administrativas de Arequipa y la población una predisposición negativa para las tareas de evaluación o calificación de las solicitudes de Cosac.
 - Comunicación ante la Comisaría de San Camilo del 17 de junio del 2008: Gloria argumenta que esta acción tenía el objetivo de constatar un hecho y que no avanzó a mayores; sin embargo, generó perjuicios al crear un ambiente negativo a la inversión de Cosac. Teniendo en cuenta que el Perú atraviesa por una escalada de conflictos sociales, esta acción podría haber generado un problema socioambiental que retrase o impida la inversión de Cosac.
 - Comunicación al INC del 23 de julio de 2008: Gloria señala que este fue un simple requerimiento de información; sin embargo, esta acción logró que el Director del INC de Arequipa enviara un oficio al Alcalde de la Municipalidad de Islay manifestándole que Cosac estaría realizando movimientos de suelos sin haber solicitado el respectivo CIRA.
 - Comunicación a la Gerencia de Fiscalización Minera del Osinergmin del 6 de agosto de 2008: Gloria y Yura señalaron que esta comunicación es solo una solicitud de información y no se ha probado el daño que causó. Sin embargo, debido a esta acción, Cosac tuvo que participar de la fiscalización en campo ordenada por Osinergmin, Oefa les interpuso una multa y se tuvo que destinar recursos para afrontar la defensa legal de la denuncia.
24. Mediante Cartas 787 a 789-2014/ST-CLC-INDECOPI del 29 de diciembre de 2014, la Secretaría Técnica notificó a las partes su decisión de prorrogar el período de prueba del procedimiento administrativo sancionador por un mes adicional, considerando la necesidad de solicitar mayores elementos de prueba a las entidades ante las que se tramitaron los procesos legales relacionados con las conductas analizadas en el expediente.
25. Mediante Oficio 117-2014/ST-CLC-INDECOPI del 31 de diciembre de 2014, la Secretaría Técnica solicitó a la Dirección de Administración de Recursos Hídricos de la ANA una entrevista telefónica con un funcionario a fin de que pueda brindar información sobre el procedimiento y los órganos competentes para la emisión de las autorizaciones para la ejecución de Estudios Hidrogeológicos. Dicha entrevista se produjo el 19 de enero de 2015, con la participación del señor Ismael Alvarado, funcionario de la Dirección de Administración de los Recursos Hídricos de la ANA, quien dio alcances sobre el trámite y las incidencias regulares en procedimientos de otorgamiento de licencias de uso de aguas, incluyendo la fase de autorización de estudios.

26. Mediante Oficio 118-2014/ST-CLC-INDECOPI del 31 de diciembre de 2014, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa una entrevista a fin de que pueda brindar información sobre el procedimiento y los órganos competentes para la emisión de las autorizaciones para la ejecución de Estudios Hidrogeológicos. En respuesta, el 5 de febrero de 2015, mediante Oficio 018-2015-GRA/GRAG-OAJ, la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa remitió a la Secretaría Técnica el Informe Legal 014-2015-GRA/GRAG-OAJ, relativo a las competencias para el otorgamiento de licencias de uso de recursos hídricos.
27. El 14 de enero de 2015, Gloria presentó diversas resoluciones relacionadas con la denuncia de Cosac, señalando lo siguiente:
- i. Resolución 289-2013-OEFA/TFA del 27 de diciembre de 2013 emitida por el Oefa: Demuestra que la acción fue iniciada de oficio por el Osinergmin y que Cosac realizó actividades de exploración sin contar con los permisos legalmente requeridos.
 - ii. Constancia de Aprobación Automática 014-2008-MEM-AAM del 13 de octubre de 2008 emitida por la Dirección General de Asuntos Ambientales del MINEM: Acredita que Cosac obtuvo la Constancia de Declaración de Impacto Ambiental el 13 de octubre de 2008, de manera posterior a las inspecciones realizadas por el Osinergmin.
 - iii. Oficio del 4 diciembre de 2008 del ingeniero Paredes Sanchez, Jefe de la Administración Técnica Distrital de Riego de Chili: Demostraría el trato diferenciado entre Cosac y Gloria, en tanto esta última también habría solicitado autorización de ejecución de estudios hidrogeológicos.
 - iv. Resolución del 3 de septiembre de 2014 emitida por la Viceministra de MYPE e Industria: Acredita que, en el desarrollo de su proyecto, Cosac ha enfrentado problemas inimputables a Gloria.
28. El 29 de enero de 2015, Cosac presentó un escrito reiterando los argumentos antes señalados, y añadiendo lo siguiente:
- i. Gloria ha interpuesto denuncias con el objetivo de amedrentar a los funcionarios encargados de la administración de los recursos hídricos en la Región Arequipa. Este hecho sucedió con el Ing. Paredes Sánchez, Jefe de la Administración Técnica Distrital de Riego de Chili, quien autorizó la realización de un estudio hidrogeológico y posteriormente fue objeto de un procedimiento administrativo producto de una queja presentada por Gloria.
 - ii. Gloria solicitó un permiso de uso de aguas cuando sabía que la autoridad competente no le podía dar el permiso al no haber cumplido con el estudio hidrogeológico requerido. De esta manera, Gloria pretende sorprender a la Secretaría Técnica señalando que interpone acciones legales en defensa de sus derechos y mostrarse víctima de discriminación al habersele otorgado un permiso a Cosac que le fuese negado a Gloria.

- iii. Gloria ha ocultado el hecho de que sí ha sido autorizada para realizar un estudio hidrogeológico, razón por la cual no tendría ningún motivo para cuestionar la autorización que se le otorgó a Cosac.
 - iv. Más aún, no guarda ninguna lógica que Gloria inicie procedimientos para cuestionar la autorización dada a Cosac cuando este hecho no afecta de ninguna manera la obtención de su propia autorización. Es evidente, por tanto, que Gloria solo buscaba obstaculizar la obtención de la licencia de uso de aguas de Cosac.
29. El 16 de febrero de 2015, Gloria presentó un escrito reiterando los argumentos antes señalados, y añadiendo lo siguiente:
- i. Cosac ha interpretado el criterio de razonabilidad como la flexibilización en la necesidad de prueba para sancionar sin tener certeza absoluta; sin embargo, dicho criterio exige a la autoridad evaluar con mayor profundidad la conducta investigada, para despejar toda duda de que pueda estar justificada aun cuando restrinja la competencia en cierto grado. Así, queda demostrado a través de los diversos pronunciamientos emitidos que no es Gloria, sino el Indecopi el que ha decidido ser riguroso para determinar la existencia de un caso de abuso de procesos legales.
 - ii. Cosac pretende distorsionar la tipificación legal incluida en el Decreto Legislativo 1034 respecto a los efectos anticompetitivos potenciales. Para que se configure la conducta prohibida, los actos denunciados tienen que constituir una utilización de procesos judiciales o de procedimientos administrativos, no estando incluidos en la norma los actos que potencialmente constituyan procesos o procedimientos.
 - iii. Los pedidos de información no afectan a Cosac, pues tan solo constituyen una carga para las autoridades respectivas. El hecho que la autoridad competente decida iniciar un procedimiento se basa únicamente en su facultad de abrir investigaciones cuando existen indicios razonables de una infracción.
 - iv. Las acciones imputadas a Gloria han sido acogidas por la propia Administración, por lo que queda claro que el derecho de petición no fue ejercido abusivamente. El hecho que algunas de las acciones no hayan sido amparadas no vulnera la razonable expectativa de éxito que se tuvo al iniciarlas.
 - v. Es falso que Gloria sea responsable del retraso en la obtención de la licencia de uso de aguas de Cosac, así como la construcción de la carretera y la instalación de la fábrica, pues las supuestas demoras ocasionadas son parte del natural del proceso y del propio actuar de Cosac. Además, el denunciante no ha presentado prueba alguna que acredite que las acciones imputadas generaron un retraso en el desarrollo de su proyecto.

30. Mediante Cartas 118 a 120-2015/ST-CLC del 5 de marzo de 2015, esta Secretaría Técnica comunicó a las partes que el período de prueba había finalizado, por lo cual se procedería con la realización del Informe Técnico.

II. OBJETO DEL INFORME

31. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si, en opinión de esta Secretaría Técnica, Gloria y Yura incurrieron en un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, relacionado con la obtención de una licencia de uso de aguas, la construcción de una carretera y la instalación de una fábrica por parte de Cosac; de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1, 10.1 y 10.2, literal f), del Decreto Legislativo 1034.

III. MARCO CONCEPTUAL

3.1. Abuso de posición de dominio

32. La libertad de contratación se encuentra expresamente reconocida por el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁸. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este derecho garantiza, por un lado, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la otra parte contratante y, por otro lado, la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual⁹.
33. No obstante, la libertad de contratación debe ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico. Uno de ellos es el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución¹⁰. Este principio ha sido desarrollado legislativamente mediante el Decreto Legislativo 1034. Por lo tanto, la libertad de contratación no es irrestricta sino que debe ejercerse en armonía con la libre competencia.
34. Una de las limitaciones a la libertad de contratación establecidas en el Decreto Legislativo 1034 se encuentra, precisamente, en la realización de conductas de abuso de posición de dominio. En efecto, si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce como regla general que los agentes económicos tienen libertad de contratación, el Decreto Legislativo 1034 establece como excepción aquel supuesto en el que un agente económico goza de posición de dominio y realiza una conducta que restringe de manera indebida la competencia.

⁸ **Constitución Política del Estado**
Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

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

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, emitida en el Expediente 4788-2005/PA/TC.

¹⁰ **Constitución Política del Estado**
Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

35. En particular, el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034 establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico, que goza de posición de dominio en el mercado relevante, restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Al respecto, el artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio en el mercado supuestamente afectado. En la misma línea, el artículo 10.5 establece que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.
36. De acuerdo con lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
- i. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - ii. Que el supuesto infractor haya restringido indebidamente la competencia.
 - iii. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
37. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad para afectar o distorsionar unilateralmente en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del mercado, por razones tales como una importante participación de mercado, un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial. Si no contara con posición de dominio, su conducta no podría constituir un abuso de posición de dominio.

El cumplimiento de este requisito no puede evaluarse en abstracto sino que debe analizarse en relación con un mercado específico. En ese sentido, para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor gozaría de dicha posición.

38. En lo que se refiere al segundo requisito, las restricciones indebidas a la competencia son aquellas conductas que, conforme a lo señalado en el literal h) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, «impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica». Precisamente, el artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034 desarrolla ejemplos típicos de abuso de posición de dominio, como la negativa injustificada de trato (literal a), la discriminación indebida (literal b), las cláusulas de atadura (literal c) y, así también, el abuso de procesos legales (literal f).

En la calificación de este requisito, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en una justificación comercial válida, no se configurará un abuso de posición de dominio. Si el presunto infractor demostrase la introducción de eficiencias, éstas deberán ser contrastadas con los efectos restrictivos de la conducta observados en la siguiente etapa del análisis.

39. El tercer requisito establece que, para que se configure un abuso de posición de dominio, la conducta del presunto infractor debe haber producido un efecto exclusorio. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la conducta investigada restringió o pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas) y en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, afectando de esta manera el proceso competitivo¹¹.

En otras palabras, debe verificarse que la conducta investigada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor o de alguna de sus empresas vinculadas (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o restringir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).

En la calificación de este requisito, debe verificarse una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre el presunto infractor y los presuntos afectados; además de la capacidad de la conducta investigada para afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

40. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de modo concurrente. En tal sentido, bastará que falte uno de estos requisitos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

3.2. Abuso de procesos legales

41. Entre las formas en que un agente con posición de dominio puede distorsionar el correcto funcionamiento del proceso competitivo se puede identificar la manipulación del poder estatal, mediante la utilización indebida de los procesos y procedimientos judiciales, administrativos y regulatorios a cargo de las autoridades públicas, con el objeto o efecto de perjudicar a los competidores. En este caso, una conducta ilegítima y dirigida a distorsionar el proceso competitivo es realizada mediante el ejercicio fraudulento de los derechos de acción y petición, quedando fuera del ámbito de tutela comprendido por estos derechos.
42. Esta conducta, conocida en el Derecho de la Competencia como «abuso de procesos», «predación legal» o «litigación predatoria», puede ser definida como aquella estrategia a través de la cual un agente con posición de dominio deliberadamente *instrumentaliza* un conjunto de procesos o procedimientos legales cuya tramitación no se encuentra destinada a obtener un pronunciamiento favorable por parte de las autoridades respectivas, sino que tiene como objetivo esencial impedir, retrasar o encarecer el acceso o permanencia de sus competidores en el mercado¹².

¹¹ Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, considerando 65.

¹² De acuerdo con Robert BORK, «El predador no necesita esperar impedir la entrada [de competidores]. Él puede tener solo el deseo de retrasarla. La litigación fraudulenta se convierte así en una táctica útil contra empresas de cualquier tamaño, con independencia relativa de sus reservas, dado que puede valer la pena

43. Reconociendo el grave riesgo que sobre la competencia puede generar el uso abusivo de procesos legales por parte de agente con posición de dominio, el Decreto Legislativo 1034, en el literal f) de su artículo 10.2, ha tipificado dicha infracción en los siguientes términos:

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia.

[Énfasis agregado]

44. El abuso de procesos legales materializa su efecto exclusorio, básicamente, a partir del retraso o pérdida de la oportunidad de acceso al mercado y de la generación de gastos de asesoría técnica y legal, derivados de asumir la defensa frente a complicados litigios. Desde este punto de vista, el abuso de procesos legales puede ser caracterizado bajo la figura denominada *raising rivals' costs*, desarrollada por el Derecho de la Competencia norteamericano, según la cual el incremento de los costos sobre los competidores se convierte en una importante herramienta predatoria que puede impedir o retrasar su ingreso al mercado, retirarlos de dicho mercado o, en última instancia, dificultar la implementación de estrategias competitivas frente al incumbente, quien de esta manera puede mantener una posición privilegiada en un escenario escasamente competitivo¹³.
45. En la jurisprudencia administrativa, cabe observar que tanto la Comisión como la Sala se han pronunciado hasta en tres oportunidades en relación con la infracción bajo análisis.
46. En primer lugar, en 1996, la Comisión se pronunció a propósito de la denuncia planteada por Lebar S.A., empresa distribuidora de combustible, en contra de Asesoría Comercial – ACOSA y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio

asumir el precio de la litigación para retrasar un año o varios años la entrada del rival en un mercado lucrativo. En estos casos, el éxito de la predación no requiere que el predador tenga mayores reservas que la víctima o que tenga mejor acceso a capital que ésta. Ninguna otra técnica de predación es capaz de obviar estos requerimientos, y este hecho indica tanto el peligro como la probabilidad de predación a través de uso indebido de procesos gubernamental».

Traducción libre del siguiente texto: «*The predator need not expect to defeat entry altogether. He may hope only to delay it. Sham litigation then becomes a useful tactic against any size firm, regardless of relative reserves, for it may be worth the price of litigation to purchase a delay of a year or several years in a rival's entry into a lucrative market. In such case, successful predation does not require that the predator have greater reserves than the victim, or that the predator have better access to capital than the victim. No other technique of predation is able to escape all of the requirements, and that fact indicates both the danger and the probability of predation by misuse of governmental processes*». BORK, Robert H. *The Antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993, p. 348.

¹³ En efecto, según SALOP y SCHEFFMAN, la estrategia de *raising rivals' costs* puede ser rentable incluso si el competidor no sale del mercado, pues el incremento de los costos del rival genera que este reduzca su oferta, permitiendo que el predador inmediatamente aumente también sus precios o gane una mayor cuota de mercado. Al respecto, ver: SALOP, Steven C. y David SCHEFFMAN. *Raising Rivals' Costs*. En: *The American Economic Review*, Vol. 73, 2, Mayo de 1983, p. 267.

del Perú – AGESP por la presunta interposición de una serie de recursos legales ante la Municipalidad Distrital de La Victoria, la Municipalidad Metropolitana de Lima y la Dirección General de Hidrocarburos, que habrían tenido por única finalidad evitar la construcción de un nuevo grifo¹⁴. Si bien la denuncia fue desestimada, lo importante de la decisión es que reconoció que se podía calificar el abuso de procesos legales como una conducta sancionable bajo el ámbito del Decreto Legislativo 701.

47. El segundo caso corresponde al procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y otros. En este procedimiento se analizó, entre otros extremos, las medidas legales adoptadas por Pilot Station S.A. –sociedad que agrupaba a casi todos los prácticos marítimos que operaban en el Terminal Portuario del Callao– contra algunos prácticos que habían optado por dejar de laborar para dicha empresa. Al respecto, en 2005, la Comisión llegó a la conclusión de que el conjunto de los procesos y procedimientos iniciados tuvo por única finalidad dificultar que prácticos marítimos competidores, reales o potenciales, desarrollen su actividad. Dicha decisión fue confirmada por la Sala¹⁵.
48. El tercer caso se refiere al procedimiento iniciado con motivo de la denuncia interpuesta por la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú contra Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways S.A. Al respecto, mediante Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI, la Sala determinó que, ante la imputación de un abuso de procesos legales, resulta primordial analizar si existe un fundamento objetivo, esto es, una expectativa razonable de triunfo que sustente la pretensión o las pretensiones del solicitante (elemento objetivo) y, a continuación, determinar si es que la actividad procesal se encuentra motivada en un intento de afectar el correcto funcionamiento del mercado (elemento subjetivo).
49. Como puede observarse, la Comisión y la Sala han enfatizado que las normas de competencia no son aplicables frente al ejercicio legítimo de los derechos de acción¹⁶ y petición¹⁷. Dicho ejercicio, que se manifiesta a través del inicio y

¹⁴ Ver Resolución 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1996.

¹⁵ Ver la Resolución 407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2007, que confirmó la Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005.

¹⁶ El Tribunal Constitucional, en la sentencia expedida en el Expediente 2293-2003-AA/TC el 5 de julio de 2004, ha efectuado la siguiente definición: «Se conoce como derecho de acción a la facultad o poder jurídico del justiciable de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela efectiva, independientemente de que cumpla con los requisitos formales o de que su derecho sea fundado. En ese sentido, toda persona natural o jurídica puede recurrir al órgano jurisdiccional para ejercitar su derecho de acción –plasmado físicamente en la demanda– en forma directa o mediante representante, con la finalidad de que éste dé solución a un conflicto de intereses intersubjetivos o a una incertidumbre jurídica, a través de una decisión fundada en derecho». Este derecho fundamental forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú.

¹⁷ El artículo 2.20 de la Constitución Política del Perú consagra el derecho de petición en los siguientes términos:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a (...) formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Cabe precisar que en su sentencia emitida en el Expediente 1042-2002-AA/TC 6 de diciembre de 2002, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que el contenido esencial del derecho de petición está

tramitación de procesos ante las autoridades judiciales y administrativas, únicamente puede ser limitado en aquellos casos en que estos derechos sean utilizados de manera indebida, bajo un patrón sistemático y abusivo que vulnere el principio jurídico constitucional de protección de la libre competencia¹⁸.

50. En tal sentido, al analizar una presunta estrategia de abuso de procesos legales, la autoridad de competencia deberá determinar de manera concurrente:
- (i) Que el agente con posición de dominio emprendió una estrategia consistente en la utilización abusiva y reiterada de procesos legales (judiciales y administrativos).
 - (ii) Que la referida estrategia tuvo como efecto, real o potencial, el perjudicar la competencia en el mercado relevante.
51. Respecto del primer elemento del análisis, la utilización de procesos resultará abusiva cuando no tenga como objetivo obtener un pronunciamiento favorable por parte de las autoridades correspondientes y, en cambio, se encuentre únicamente dirigida a lesionar a los competidores del agente dominante, reales o potenciales, directos o indirectos¹⁹.

Conforme a lo señalado por la Sala, el objetivo de obtener un pronunciamiento favorable puede reconocerse a partir del fundamento que sustenta las distintas acciones que formarían parte de la estrategia anticompetitiva. Asimismo, otros elementos que permiten complementar dicho análisis, como el número de procesos iniciados, el tipo de reglas aplicables y la conducta procesal del agente

conformado por dos aspectos. El primero de ellos, relacionado con la libertad reconocida a cualquier sujeto de formular pedidos escritos a la autoridad competente. El segundo aspecto se refiere a la obligación de la autoridad de otorgar una respuesta al peticionante.

¹⁸ Ver la Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI del 13 de junio de 2013, considerados 10 y siguientes.

¹⁹ En línea con este elemento de análisis, la Sala ha hecho referencia a los «tests» reconocidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos y el Tribunal Europeo para la represión del abuso de procesos legales, reconociendo lo siguiente:

«[En el caso PRE] la Corte Suprema [Norteamericana] estableció un test de dos pasos, a efectos de determinar cuándo se presenta un supuesto de sham litigation, señalando lo siguiente: “Primero, la demanda debe carecer objetivamente de fundamento en el sentido que ningún litigante razonable podría esperar, de manera realista, obtener un triunfo en los méritos. Si un litigante objetivo puede concluir que la demanda ha sido razonablemente calculada para obtener un resultado favorable, la demanda está inmune bajo Noerr, y una demanda antitrust sustentada en la sham exception debe fracasar. Sólo si la litigación cuestionada, objetivamente, carece de méritos, una corte puede examinar la motivación subjetiva del litigante. Bajo esta segunda parte de nuestra definición de sham, la corte debería enfocarse en si la demanda sin fundamento oculta ‘un intento de interferir directamente con las relaciones de negocios de un competidor’, (...) a través del uso [del] proceso gubernamental – en oposición al resultado de ese proceso – como una arma anticompetitiva”». Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI, fundamento 187. Énfasis agregado.

«La importancia del caso [Promedia] radica en que el Tribunal de Primera Instancia confirmó la regla propuesta por la Comisión Europea para analizar los supuestos de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales. Así, los dos pasos que se deben verificar para determinar si se trata o no de una conducta anticompetitiva son: (i) en primer lugar, que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa y que, por tanto, dicha acción sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria; y, (ii) en segundo lugar, que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia»». Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI, fundamento 191. Énfasis agregado.

dominante, están dirigidos a determinar si el potencial beneficio derivado de los pronunciamientos de las autoridades correspondientes justificaba haber emprendido las acciones cuestionadas; o si, por el contrario, el beneficio de emprender dichas acciones proviene de un perjuicio sobre la competencia resultante, en sí, de la tramitación de los procesos y no de su resultado.

52. Respecto del segundo elemento del análisis, debe verificarse una relación causal entre la estrategia de utilización abusiva de procesos legales en relación con el daño, real o potencial, que haya podido producirse sobre la competencia en el mercado relevante, y sobre el bienestar de los consumidores.
53. En tal sentido, si el ejercicio de los derechos de acción y petición resulta legítimo o si, de ser abusivo, no tuviese la posibilidad de generar un impacto negativo sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, tal conducta no podrá calificarse como un abuso de procesos legales.

IV. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS

4.1. El Grupo Gloria

54. Gloria ha señalado que, al dedicarse a la producción de lácteos, no mantiene una relación de competencia con Cosac. Asimismo, ha indicado que si bien tiene vinculación con Yura y Cementos Sur, al no participar en el mercado cementero, no cabría esperarse que pudiese obtener un beneficio anticompetitivo derivado de la conducta investigada²⁰.
55. Sobre el particular, es necesario recordar que el Decreto Legislativo 1034 expresamente ha considerado que las personas naturales y jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico deben ser considerados como un único agente económico para todo efecto²¹, lo cual implica que las relaciones de competencia de determinados miembros del grupo pueden vincular a todo el grupo. La razón es que el beneficio derivado de una conducta anticompetitiva, ciertamente, no corresponde únicamente a la empresa que lo realiza sino también al grupo económico al que pertenece, de tal manera que las acciones de unas empresas del grupo, incluyendo las conductas infractoras, pueden beneficiar a otras empresas del grupo y, por tanto, al grupo en su totalidad²².

²⁰ En particular, en sus escritos del 9 de noviembre de 2011 (ante la Sala) a fojas 899 y ss., y del 5 de setiembre de 2013, a fojas 1144 y ss.

²¹ **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

2.3. A los efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término "agente económico". También se utilizará este término para referirse a empresas de un mismo grupo económico.

²² Así, por ejemplo, en el caso de la denuncia planteada por la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú (Apofer) contra las empresas del Grupo Fetrans; la Comisión y la Sala analizaron las acciones legales planteadas, por Ferrocarril Transandino S.A. (Fetrans), Peruval Corp S.A. (Peruval) y Peruvian Trains & Railways S.A. (PTR), como parte de la estrategia del Grupo Fetrans, a pesar de que Fetrans, Peruval y PTR no hubieran competido directamente con las empresas asociadas a Apofer en la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros.

56. Al respecto, la Sala ha señalado lo siguiente:

[E]l Decreto Legislativo 1034 establece que el ámbito de aplicación subjetivo de la norma, esto es, los posibles sujetos que pueden ser considerados como infractores, se extiende no solo a las personas naturales o entidades individualmente consideradas, sino también a aquel conjunto de empresas que se encuentren comprendidas bajo la figura denominada «grupo económico». En efecto, el artículo 2 del Decreto Legislativo 1034 establece expresamente esta excepción al principio de personalidad de la infracción.²³

[Énfasis agregado]

57. En línea con lo señalado por la Sala, la doctrina societaria ha definido al grupo económico como aquel conjunto de empresas que si bien mantienen una personalidad jurídica separada, desarrollan una política societaria común al encontrarse sujetas a determinados vínculos de subordinación que generan que todas actúen bajo una dirección uniforme²⁴. Esta característica permite que un grupo económico pueda ser considerado como sujeto infractor bajo las normas de represión de conductas anticompetitivas.
58. Por lo demás, la interpretación de Gloria permitiría dejar impunes aquellas conductas que otorgan un beneficio anticompetitivo indebido a alguna de las empresas de un grupo económico, pero que son ejecutadas por una de sus integrantes no participantes en el mercado de los agentes que sufren el perjuicio anticompetitivo; generando un incentivo perverso que, como se ha observado, la Ley expresamente ha preferido neutralizar.
59. Como se desarrolla a continuación, en línea con lo señalado en la Resolución de Inicio, Gloria y Yura forman parte de un mismo grupo económico. Dicho grupo económico ha mantenido su vigencia entre 2008 y 2014, período de análisis de la conducta investigada.
60. Si bien en la legislación nacional no existe una norma general y abstracta sobre grupo económico que sea de aplicación en todos los casos y para todos los sujetos, existen ciertas normas sectoriales que pueden tomarse como referencia y aplicarse supletoriamente al análisis. Una de esas normas es la Resolución SBS 445-2000, emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP el 28 de junio de 2000 (en adelante, la Resolución de la SBS).
61. La Resolución de la SBS define al grupo económico en los siguientes términos:

²³ Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011, numeral 39.

²⁴ LE PERA sostiene que «grupo económico», «empresas de grupo» o «Konzern» según la terminología del derecho societario alemán, «ocurre cuando varias empresas están sujetas a una dirección uniforme. Empresas dominantes y dominadas; empresas vinculadas por un contrato de dominación; y empresas integradas constituyen, o se presume que constituyen, un Konzern». LE PERA, Sergio, *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979, p. 150.

Por su parte, RICHARD y MUIÑO señalan que el grupo económico se produce cuando «las administraciones de varias sociedades [que mantienen su personalidad jurídica diferenciada] desarrollan una política común por existir vínculos de subordinación». RICHARD, Efraín Hugo y Orlando Manuel MUIÑO, *Derecho Societario. Sociedades comerciales, civil y cooperativa*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 701.

Artículo 8.- Definición.

Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

62. De la definición citada se desprende que existe un elemento central que distingue a un grupo económico de las personas que simplemente se encuentran vinculadas. Tal elemento constitutivo de un grupo económico es el control ejercido por una persona natural o jurídica sobre otras. Así, la Resolución de la SBS define el control en los siguientes términos:

Artículo 9.- Control

Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica.

El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio.

Asimismo, el control es indirecto cuando una persona tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.

[Énfasis agregado]

63. Las relaciones de propiedad por sí solas no suponen la existencia de un grupo económico pues, para ello, es necesario que dichas relaciones otorguen a los propietarios, directos o indirectos, el control sobre las empresas²⁵, es decir, la capacidad de influir de manera preponderante y continua en la adopción de sus decisiones estratégicas²⁶.

²⁵ Por ejemplo, la tenencia del 5% de acciones de dos empresas por parte de un agente económico podrá significar la existencia de una relación de propiedad entre ellas pero, probablemente, un porcentaje tan reducido no le permitirá al propietario de las acciones ejercer control sobre dichas empresas.

²⁶ Sobre el particular, en el caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube*, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió no sancionar a dos empresas denunciadas por concertación, considerando que una de ellas era la matriz de la otra (completamente de su propiedad). En efecto, se estableció que una actividad coordinada entre ellas debía ser vista como la de una sola empresa, pues ambas tenían unidad de interés o designio común. Sin embargo, aun cuando en el caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube* una de las empresas era propietaria de la otra (su subsidiaria) lo esencial en la decisión de la Corte Suprema fue el análisis realizado acerca de la unidad de interés entre la matriz y su subsidiaria y el control de la primera sobre la segunda.

Por esta razón, los posteriores desarrollos jurisprudenciales de la llamada doctrina Copperweld consideraron que dos entidades diferentes podían ser consideradas como una sola cuando una tuviera el control de la otra, aun cuando la primera no tuviera una relación de propiedad respecto de la segunda.

En ese sentido, para que dos empresas distintas se comporten como una sola, no es necesario que una sea propietaria, total o parcialmente, de la otra. Lo importante para que su accionar se considere como el de una sola entidad es el grado de control ejercido por la empresa dominante.

64. Las relaciones que proporcionan control sin existir propiedad de por medio se denominan relaciones de gestión. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 de la Resolución de la SBS²⁷, las relaciones de gestión también pueden constituir la base para la existencia de un grupo económico.
65. En consecuencia, un grupo económico puede responder a la existencia de relaciones de propiedad, de gestión o de parentesco²⁸, que otorguen a una persona jurídica o a un grupo de personas naturales el control de otra u otras personas jurídicas. Es decir, la condición necesaria para determinar la existencia de un grupo económico es que las relaciones de propiedad, de gestión o de parentesco que se presenten entre las empresas involucradas sean fuentes de control.
66. Aplicando estas reglas para el caso de Gloria y Yura, los reportes de Grupo Económico publicados en la página web de la Bolsa de Valores de Lima (BVL) dan cuenta de la siguiente distribución del accionariado con derecho a voto de Gloria y Yura, entre 2008 y 2014:

27

Resolución de la SBS**Artículo 5.- Relaciones de gestión**

Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:

- a) Entre las personas naturales que ejercen el control de un grupo económico según lo dispuesto en el artículo 8 de la presente norma.
- b) Entre el director, gerente, asesor o principal funcionario de una persona jurídica y el accionista o socio de esta última según lo establecido en el artículo anterior.
- c) Cuando una persona es destinataria final del financiamiento otorgado a otra persona.
- d) Cuando una persona es representada por otra persona.
- e) Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios.
- f) Cuando de la documentación oficial de una persona jurídica se puede afirmar, que ésta actúa como división o departamento de otra persona jurídica.
- g) Entre personas jurídicas cuando exista dependencia comercial directa difícilmente sustituible en el corto plazo.
- h) Cuando las obligaciones de una persona son garantizadas o financiadas por otra persona siempre que no sea una empresa del sistema financiero.
- i) Cuando una misma garantía respalda obligaciones de dos o más personas o exista cesión de garantías entre ellas.
- j) Cuando los recursos para el desarrollo de las actividades de una persona jurídica provienen directa o indirectamente de otra persona jurídica.
- k) Entre personas jurídicas que tienen accionistas o socios comunes que tienen la posibilidad de designar, vetar o destituir a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de dichas personas.
- l) Entre una persona y una persona jurídica cuando la primera sea director, gerente, asesor o principal funcionario de la segunda o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.
- m) Entre una persona y un grupo económico cuando la primera sea director o gerente de una persona jurídica perteneciente a dicho grupo económico o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.

La Superintendencia podrá presumir la existencia de relaciones de gestión entre personas naturales y/o jurídicas por el volumen, periodicidad o demás condiciones de las operaciones entre ellas, salvo prueba en contrario.

28

Resolución de la SBS**Artículo 2.- Definiciones**

Para la aplicación del presente dispositivo, considérense las siguientes definiciones:

- d. Parientes: Parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y el primero de afinidad.

Artículo 4.- Relaciones de propiedad

Se considera que una persona tiene propiedad indirecta de una persona jurídica en los siguientes casos:

- a) Cuando el cónyuge o los parientes de una persona natural son propietarios de manera directa de acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica.

Cuadro 1
Composición del accionariado con derecho a voto de las denunciadas 2008 - 2014

Empresa	Accionistas 1 (Participación %)	Accionistas 2 de Accionistas 1 (Participación %)	Accionistas 3 de Accionistas 2 (Participación %)
GLORIA	Gloria Foods JORB S.A.* (75.54%)	Holding Alimentario del Perú S.A.** (99.99%)	Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (43.04%)
			Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (56.96%)
	Racionalización Empresarial S.A. (8.84%)		Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (27.73%)
			Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (43.92%)
	Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (1.71%)		
	Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (2.63%)		
	Silverston Holding Inc. (11.22%)		
Otros (0.05%)			
YURA	Consortio Cementero del Sur S.A. (92.65%)	Holding Cementero del Perú S.A.*** (79.89%)	Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (42.84%)
			Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (57.16%)
		Racionalización Empresarial S.A. (8.84%)	Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (27.73%)
		Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (43.92%)	
	Silverston Holding Inc. (11.22%)		
	Inmobiliaria Alfa S.A. (0.03%)		
	Zodiac S.A. (0.01%)		
	Almacenes del Sur S.A. (0.01%)		
	Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (3.68%)		
Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (3.66%)			

Fuente: BVL, SMV

Elaboración: Secretaría Técnica

* En 2013, José Rodríguez Banda S.A. modificó su denominación a Gloria Foods JORB S.A.

** En 2008 y 2009 los señores Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (con 43.04%) y Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (con 56.96%) eran accionistas directos de José Rodríguez Banda S.A. A partir de 2010, Holding Alimentario del Perú S.A. asumió el 99.99% de las acciones de José Rodríguez Banda S.A., teniendo como únicos accionistas a las mismas personas, en una proporción equivalente.

*** En 2008 y 2009, los señores Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez (con 34.23%) y Vito Modesto Rodríguez Rodríguez (con 45.66%) eran accionistas directos de Consorcio Cementero del Sur S.A. A partir de 2010, Holding Cementero del Perú S.A. asume dicha participación (79.89%), teniendo como únicos accionistas a las mismas personas, en una proporción equivalente a la que tenían en Consorcio Cementero del Sur S.A.

67. Como se puede observar, existe una relación de propiedad entre las denunciadas, a través de los señores Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez y

Vito Modesto Rodríguez Rodríguez, entre quienes existe además una relación de parentesco. Sin embargo, como se ha señalado, no basta que exista una relación de propiedad entre las empresas involucradas para que se pueda afirmar que forman parte de un grupo económico, sino que es necesario que esta relación de propiedad otorgue a sus propietarios, directos o indirectos, el control sobre dichas empresas.

68. En el presente caso, durante el período investigado (2008 a 2014), el porcentaje de participaciones con derecho a voto de los señores Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez y Vito Modesto Rodríguez Rodríguez en las empresas denunciadas, directa o indirectamente, ha sumado por lo menos el 86.21% en Gloria y el 87.23% en Yura. Esta participación le ha otorgado a dichos señores el control de las empresas denunciadas. Esta conclusión ha sido corroborada por las propias empresas en sus reportes de Grupo Económico ante la BVL, en los cuales esta Secretaría Técnica ha podido confirmar que, por lo menos desde 2008, los señores Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez y Vito Modesto Rodríguez Rodríguez son las únicas personas que han ejercido el control del grupo económico denominado Grupo Gloria²⁹.
69. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera probado que a lo largo del período investigado, las empresas denunciadas formaron parte de un grupo económico (en adelante, Grupo Gloria). De esta manera, entre el Grupo Gloria y Cosac existe una relación de competencia, a través de Cementos Sur y Yura, que podría haber incentivado la realización de la infracción investigada, toda vez que Cosac ha representado un competidor potencial para el Grupo Gloria.

4.2. Existencia de posición de dominio

70. Para determinar la existencia de posición de dominio, de acuerdo con el Decreto Legislativo 1034 y la metodología usual de análisis, es necesario definir el mercado relevante³⁰ y determinar si, en ese mercado relevante, alguna de las empresas involucradas goza de posición de dominio. Sólo una vez definido el mercado relevante, se podrá evaluar la existencia de posición de dominio.

4.2.1 Mercado relevante

71. El mercado relevante es el escenario de interacción entre oferta y demanda cuya definición resulta necesaria para la determinación de la posición de dominio y, de

²⁹ Al respecto, véanse los Reportes sobre Grupo Económico entre la sección de Hechos de Importancia de Gloria: http://www.bvl.com.pe/inf_hhii36100_GLORIAI1.html

³⁰ **Decreto Legislativo 1034**

Artículo 6.- El mercado relevante.-

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

ser el caso, analizar los posibles efectos de la conducta investigada. El artículo 6 del Decreto Legislativo 1034 señala que el mercado relevante está conformado por el mercado de producto y el mercado geográfico. En tal sentido, a continuación se analizarán ambos aspectos³¹.

▪ **Mercado de producto relevante**

72. El mercado de producto relevante está compuesto por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, deben evaluarse, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos³². En ese sentido, para definir el mercado de producto relevante, es necesario identificar el producto en cuestión y determinar si existen sustitutos adecuados para el consumidor de este producto.
73. Yura produce cinco tipos de cemento: Portland (Tipo I, II, V y HE), y un tipo IP (Portland Puzolánico), comercializados bajo la marca «Yura»³³. Asimismo, Cemento Sur produce cementos Tipo IP³⁴. Por su parte, Cosac señaló que su proyecto consiste en establecer una fábrica de cementos, lo que comprendería la producción de los distintos tipos de cementos demandados en su zona de influencia. A partir del 2013, Yura es la encargada de la producción y comercialización de la marca «Rumi» de su subsidiaria Cemento Sur³⁵.
74. El cemento es un material aglutinante, con finura similar a la del talco, inorgánico, no metálico, finamente molido, que, al mezclarse con otros materiales como la arena y el agua, pasa por un proceso de fraguado y endurecimiento³⁶, produciendo mortero³⁷ o concreto, principales insumos para la construcción.

³¹ Cabe observar que, si bien se analiza una supuesta conducta infractora llevada a cabo a partir del 2008, y posiblemente extendida hasta el 2014, en la mayoría de los casos, la información del mercado investigado se encuentra actualizada únicamente al 2013. No obstante, esta Secretaría Técnica considera que el período entre 2008 y 2013 es suficientemente representativo para efectos del presente análisis.

³² **Decreto Legislativo 1034**
Artículo 6.- Mercado relevante.-

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

³³ Al respecto, el cemento Tipo IP es el de mayor importancia respecto a la participación en sus ingresos. Ello, debido a que el cemento Tipo IP es el que mayor demanda tiene en la región sur, debido a sus características de resistencia a los sulfatos y de permeabilidad que hacen que se adecúe al tipo de construcción local. Para mayor información, ver: Class & Asociados. Reporte de Fundamento de Clasificación de Riesgo de Yura. Diciembre 2013, pág. 6.

³⁴ Al respecto, véase el siguiente enlace: <http://www.grupogloria.com/cementoproductos.html>. Consulta: 17 de marzo de 2015.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Por estas características se les denomina comúnmente «cementos hidráulicos».

³⁷ Mezcla de cemento, arena y agua usada en las construcciones de albañilería.

75. El proceso productivo del cemento empieza con la extracción de los insumos básicos (caliza y arcillas) de las canteras, mediante perforaciones y voladuras. Posteriormente, las piezas extraídas pasan por procesos de trituración y molienda mezclándose con diversos elementos adicionales como hierro, yeso, diatomita, escoria, arena u otros.
76. El resultado del proceso de molienda, previo paso por los silos de homogeneización, es el «crudo» que en un horno rotatorio se somete a temperaturas superiores a los 1,450 grados centígrados para obtener el clinker³⁸. Dependiendo de los niveles de clinker y otros elementos adicionales del producto final, los cementos pueden ser catalogados bajo diferentes tipos.
77. El cemento más comúnmente comercializado a nivel mundial recibe la denominación de «cemento Portland»³⁹. La variedad de tipos de cemento responde a los elementos adicionados al clinker (escoria, sílice, puzolana, caliza, filler calcárea, entre otros) y a los porcentajes utilizados en la composición del producto final⁴⁰. Los tipos de cemento comercializados en el Perú son cemento Portland gris Tipo I, II, V y Portland gris adicionados Tipo IP, IPM, MS, ICo. Por sus usos y características, ninguno de estos tipos de cemento Portland es comparable con otros materiales de construcción.
78. El Tipo I es para usos comunes, demandado para construcciones (casas y edificios), por el público en general, grandes y pequeñas constructoras⁴¹. Los Tipos II y V, por sus características, son cementos que proporcionan resistencia a los sulfatos y resultan aplicables en construcciones en contacto con agua (obras portuarias, hidráulicas y marítimas). El Tipo ICo es el cemento Tipo I mejorado para una mayor trabajabilidad, se aplica para estructuras de edificios y conjuntos habitacionales⁴². El Tipo MS se caracteriza por ser más resistente a los sulfatos y salitres, a la compresión y a las fisuras de origen térmico⁴³.

³⁸ El clinker es el producto intermedio entre la materia prima, piedra caliza y el cemento.

³⁹ Según definición de la Norma Técnica Peruana (NTP) 334.001, el cemento Portland es un cemento hidráulico producido mediante la pulverización del clinker de Portland compuesto esencialmente de silicatos de calcio hidráulicos y que contiene generalmente una o más de las formas de sulfato de calcio como una adición durante la molienda. La denominación «Portland» se debe a que el color de dichos cementos se asemeja al de la piedra de las canteras inglesas de Portland.

Los cementos Portland pueden ser divididos genéricamente en cementos grises y cementos blancos, la mayoría de cementos comercializados en el país y a nivel mundial son cementos grises. De acuerdo a la Norma Técnica ASTM C 150, se definen cinco tipos de cemento Portland gris: Tipo I, II, III, IV y V. En el Perú también se producen otros tipos de cemento Portland gris, estos son, Tipo MS, Tipo I Co (Norma Técnica ASTM C 1157) y los cementos puzolánicos IP y IPM (Norma Técnica ASTM C 595).

⁴⁰ De acuerdo a la NTP 334.082 y la NTP 334.090, según aditivos y características, los cementos pueden clasificarse de la siguiente manera: Tipo IP (puzolánico), Tipo IPM (puzolánico modificado), Tipo IS (de escoria), Tipo ISM (de escoria modificado), P (puzolánico con altos valores de resistencia a la compresión), HE (de alta resistencia inicial), MS (de moderada resistencia a los sulfatos), HS (de alta resistencia a los sulfatos), MH (de moderado calor de hidratación) y LH (de bajo calor de hidratación). Se entiende por «calor de hidratación» el calor generado cuando reaccionan el cemento y el agua. Un bajo calor de hidratación evita contracciones y fisuraciones de origen térmico del cemento.

⁴¹ Ver Norma Técnica ASTM C 150 y 334.009.

⁴² Ver Norma Técnica ASTM C 150, ASTM C 1157 y 334.009.

⁴³ Ver Norma Técnica ASTM C 150, ASTM C 1157 y 334.009.

79. Los tipos puzolánicos (IP y IPM) son más resistentes a los sulfatos y salitres, a la compresión y a las fisuras de origen térmico que el Tipo I, teniendo la particularidad de poseer mayor impermeabilidad (por lo que resultan adecuados para ambientes cálidos y lluviosos). Adicionalmente, los cementos puzolánicos inhiben las reacciones álcali-agregado que podrían provocar fisuras en el cemento⁴⁴.
80. Así, los cementos Tipo II y V son similares, es decir, se caracterizan por su resistencia a los sulfatos y aplicabilidad en construcciones como obras portuarias, hidráulicas y marítimas⁴⁵. Por su parte, los cementos Tipo I, IP, IPM, MS y ICo son productos similares por sus usos y aplicaciones comunes para construcciones en general⁴⁶.
81. La comercialización del cemento se puede realizar a través de dos modalidades, la venta de cemento a granel y la venta de cemento en bolsa⁴⁷. La mayor parte del cemento se comercializa embolsado. El contenido de cada bolsa es de 42,5 kilogramos y, por lo general, el envase es de papel krap extensible Tipo Klupac con variable contenido de hojas (usualmente entre dos y cuatro). Existe otra forma de comercialización del producto mediante *big bags* (grandes sacos), comúnmente usada para la comercialización internacional vía marítima⁴⁸.
82. En ese sentido, considerando que la controversia materia de análisis se ha producido en relación con la entrada de un potencial competidor del Grupo Gloria en la fabricación de cemento Portland gris, esta Secretaría Técnica considera que el mercado de producto relevante está definido por la producción y comercialización de cemento Portland gris.
- **Mercado geográfico relevante**
83. Para definir el mercado geográfico relevante para el presente caso, se evaluaron, en primer lugar, los flujos comerciales internacionales, con el objeto de determinar si el mercado geográfico relevante incluye áreas fuera del territorio nacional y, en segundo lugar, la estructura de la industria nacional, los ámbitos de influencia regional según planta y los costos de transporte, con el objeto de determinar si el mercado geográfico relevante incluye todo o parte del territorio nacional.

⁴⁴ Ver Norma Técnica ASTM C 595 y 334.009.

⁴⁵ Para mayor detalle, ver Informe 006-2003-INDECOPI/CLC.

⁴⁶ Así, en el procedimiento administrativo sancionador seguido contra Unión Andina de Cementos S.A.A., en adelante Unacem; La Viga S.A., en adelante, La Viga; A. Berio y Cía S.A.C, en adelante A. Berio; y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A., en adelante Macisa, la empresa Caliza, productora de cementos Tipo I y ICo, señaló la existencia de sustituibilidad entre los cementos Tipo I, IP y ICo. Para mayor detalle, ver Anexo 1 de la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013.

⁴⁷ Al respecto, véase el siguiente enlace: <http://www.yura.com.pe/productos.html>. Consulta: 17 de marzo de 2015.

⁴⁸ Al respecto, véase el siguiente enlace: <http://www.asocem.org.pe/web/mercado cemento.aspx>. Consulta: 17 de marzo de 2015.

- Flujo comercial internacional

84. Para la medición del patrón de comportamiento del flujo comercial, basta considerar al menos dos zonas. Si existe un amplio tráfico comercial entre esas dos zonas, ambas deben ser consideradas como parte de un mismo mercado geográfico relevante. En ese sentido, el origen de las importaciones y el destino de las exportaciones puede ser un indicador útil para delimitar el territorio por el que está conformado el mercado geográfico relevante.
85. En lo que se refiere a los flujos comerciales internacionales⁴⁹, en el siguiente cuadro se aprecia que, en 2008, el ratio de importación-venta fue de 3,58% mientras que el ratio de exportación-venta fue de 0,92%. Asimismo, para 2009, el ratio de importación-venta fue de 1,96% mientras que el ratio de exportación-venta fue de 0,03%. Por su parte, durante el 2013, el ratio de importación-venta fue de 4,74% mientras que el ratio de exportación-venta fue de 2,12%. En el siguiente cuadro se muestra la evolución de los ratios antes señalados, entre 2008 y 2013:

Cuadro 2
Estadísticas de comercio exterior y ventas de cemento portland gris 2008 – 2013⁵⁰
(En miles de t)

Año	Importación	Exportación	Ventas	Ratio Importación/Ventas	Ratio Exportación/Ventas
2008	241	62	6,741	3.58%	0.92%
2009	139	2	7,094	1.96%	0.03%
2010	313	17	8,218	3.81%	0.21%
2011	413	68	8,570	4.82%	0.79%
2012	439	200	9,516	4.61%	2.10%
2013	497	223	10,495	4.74%	2.12%

Fuente: Sunat, Asocem
Elaboración: Secretaría Técnica

86. De acuerdo con lo anterior, se observa que, si bien se produjeron incrementos y disminuciones de las importaciones y exportaciones de un año a otro, los ratios de importación-venta y exportación-venta representaron valores no significativos respecto del total de ventas registradas⁵¹.
87. Por otra parte, los costos de transporte de las importaciones de cemento juegan un rol importante en el análisis del mercado geográfico relevante en la medida que, cuanto más elevado sea el costo de transporte del producto desde la zona de origen a la zona de destino, la posibilidad de que un consumidor se abastezca de un proveedor distinto se ve limitada o incluso se anula.

⁴⁹ En esta primera sección se analizarán las importaciones al mercado nacional en conjunto. Más adelante, en la sección de cuotas de participación en el mercado relevante, se considerarán aquellas importaciones realizadas específicamente al mercado relevante determinado.

⁵⁰ Cabe precisar que los datos mostrados, representan importaciones y exportaciones a nivel nacional. Como se verá más adelante, el principal importador es Cemex S.A.

⁵¹ Los ratios indicados se consideran valores no significativos en el mismo sentido de lo desarrollado en las Resoluciones 006-2003-INDECOPI/CLC del 14 de mayo de 2003 y 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

88. Cuando se trata de bienes de bajo precio en relación con su volumen o peso, el costo de transporte tiene una incidencia mayor sobre el valor del producto, circunstancia que suele generar la definición de mercados geográficos de ámbito más restringido. Por el contrario, cuando se trata de bienes de alto precio por unidad de volumen o peso, los mercados geográficos tienden a ser más amplios.
89. En lo que se refiere a los flujos internacionales, la incidencia del costo de transporte, entendido como flete más seguro, en las importaciones de cemento realizadas durante el periodo 2008 - 2013 se aprecia en el cuadro siguiente:

[Continúa en la siguiente página]

Cuadro 3
Importancia relativa del costo de transporte respecto del valor de las importaciones de cemento Portland gris según país de origen 2008 - 2013

Año	País	Costo de Transporte (US \$)	Valor CIF (US \$)	Importación (t)	Participación en importaciones	Incidencia del costo de transporte sobre el valor CIF
2008	Argentina	7,736.65	17,806.65	6	0.00%	43.45%
	Bolivia	1,285.50	6,985.50	57	0.02%	18.40%
	China	2,165,039.25	4,293,539.25	32,973	13.56%	50.43%
	Colombia	3,186,496.91	6,919,586.01	44,402	18.25%	46.05%
	República Dominicana	5,247,271.37	13,513,323.38	165,254	67.94%	38.83%
	Trinidad y Tobago	23,074.64	447,899.42	544	0.22%	5.15%
	Estados Unidos	754.76	7,248.75	2	0.00%	10.41%
2009	Brasil	99,049.35	161,455.32	340	0.24%	61.35%
	Colombia	2,406,605.20	5,525,840.14	38,374	27.60%	43.55%
	República Dominicana	2,497,554.64	7,600,243.09	100,300	72.14%	32.86%
	Alemania	392.71	9,642.34	0	0.00%	4.07%
	Trinidad y Tobago	938.64	16,546.64	20	0.01%	5.67%
	Estados Unidos	421.69	7,802.70	0	0.00%	5.40%
2010	Brasil	751.05	5,236.05	1	0.00%	14.34%
	Canadá	6,427.58	43,847.50	36	0.01%	14.66%
	China	2,597,958.63	8,480,140.32	100,170	31.96%	30.64%
	Colombia	2,708,636.09	6,273,598.54	43,631	13.92%	43.18%
	República Dominicana	5,415,832.40	16,019,385.08	168,876	53.88%	33.81%
	Alemania	196.10	1,562.52	1	0.00%	12.55%
	Italia	78.97	83.02	0	0.00%	95.12%
	República de Corea	228.39	359.30	1	0.00%	63.57%
	España	27,429.92	86,801.40	372	0.12%	31.60%
	Reino Unido	53,981.54	64,306.03	10	0.00%	83.94%
	Estados Unidos	95,257.46	288,560.99	329	0.11%	33.01%
2011	Bolivia	612.00	1,412.00	1	0.00%	43.34%
	China	6,082,022.80	21,326,554.42	236,262	59.46%	28.52%
	Colombia	3,962,591.81	7,854,811.88	47,203	11.88%	50.45%
	República Dominicana	911,938.33	2,635,738.66	27,777	6.99%	34.60%
	Alemania	10,560.49	40,686.10	182	0.05%	25.96%
	Italia	9.62	14.93	0	0.00%	64.43%
	México	3,246,003.51	10,953,327.26	85,783	21.59%	29.63%
	España	1,957.15	14,945.27	25	0.01%	13.10%
	Reino Unido	601.62	619.12	0	0.00%	97.17%
	Estados Unidos	16,368.19	130,780.37	111	0.03%	12.52%
2012	Argentina	102,159.03	344,844.03	144	0.03%	29.62%
	Brasil	0.42	195.02	0	0.00%	0.22%
	China	861,478.09	3,242,695.32	35,048	7.98%	26.57%
	Colombia	2,682,231.01	5,186,572.92	29,862	6.80%	51.71%
	República Dominicana	3,803,904.66	12,889,325.56	134,106	30.55%	29.51%
	Alemania	6,592.82	30,357.62	147	0.03%	21.72%
	México	5,843,721.72	20,704,152.95	239,587	54.58%	28.22%
	Panamá	1,956.36	5,629.89	54	0.01%	34.75%
	España	236.90	1,364.20	3	0.00%	17.37%
	Suiza	857.28	1,495.85	0	0.00%	57.31%
	Estados Unidos	3,601.43	36,986.69	15	0.00%	9.74%
2013	China	1,815.69	7,831.77	15	0.00%	23.18%
	Colombia	3,416,372.56	6,275,800.16	33,250	6.69%	54.44%
	Cuba	218,345.13	308,020.13	425	0.09%	70.89%
	República Dominicana	634,993.71	1,942,637.11	19,855	3.99%	32.69%
	Ecuador	30.69	64.01	0	0.00%	47.95%
	Alemania	3,375.20	16,602.00	81	0.02%	20.33%
	México	7,945,800.34	34,832,742.47	408,192	82.07%	22.81%
	España	30,709.01	46,592.07	282	0.06%	65.91%
	Estados Unidos	11,555.63	75,787.99	63	0.01%	15.25%
Vietnam	1,007,086.30	2,943,113.80	35,201	7.08%	34.22%	

Fuente: Sunat
Elaboración: Secretaría Técnica

90. Como se puede apreciar, si se consideran los principales orígenes de las importaciones⁵², que provienen principalmente de Colombia, China, México y

⁵² Cabe señalar que, en octubre de 2007, mediante Decreto Supremo 158-2007-EF, se eliminaron los aranceles para la importación de cemento (12%), lo que habría explicado en parte el incremento de las importaciones. Sin embargo, el porcentaje de importaciones respecto del consumo nacional sigue siendo reducido.

República Dominicana⁵³, la incidencia de los costos de transporte sobre el valor CIF⁵⁴ de las importaciones de cemento durante el periodo 2008 – 2013, fueron significativamente altos; específicamente, superiores al 22.81%⁵⁵.

91. Asimismo, la principal empresa importadora es Cemex S.A. (en adelante, Cemex), con participaciones de 67.94%, 72.14%, 87.52%, 88.04%, 91.88% y 92.00% del total de importaciones realizadas al Perú, respectivamente, entre el 2008 y 2013. Al respecto, cabe precisar que, las zonas de influencia de Cemex son Ancash, Ayacucho, Lima, Ica, Huancavelica, Huánuco, Pasco y Junín⁵⁶. Con ello, las importaciones a otras regiones se realizaron en menores proporciones.
92. Por lo tanto, de acuerdo con el análisis de flujos comerciales internacionales en el mercado de cemento, es posible afirmar que el mercado extranjero no forma parte del mercado geográfico relevante.
 - Análisis a nivel nacional
93. Respecto a la dimensión nacional o regional del mercado geográfico relevante, corresponde señalar que, durante periodo el 2008-2013, existieron siete (7) empresas cementeras, de las cuales seis pertenecieron a tres (3) Grupos Económicos⁵⁷. En particular, Unacem (que desde 2012 incorpora a Cementos Lima S.A.A. y Cemento Andino S.A.) forma parte del Grupo Económico Rizo Patrón; Cemento Pacasmayo S.A.A. y Cementos Selva S.A. del Grupo Económico Hochschild; y Yura y Cemento Sur del Grupo Económico Rodríguez Banda.
94. En el siguiente gráfico se presenta la localización geográfica de las siete fábricas de cemento del país:

[Continúa en la siguiente página]

⁵³ Específicamente, para el 2008, las importaciones fueron principalmente de China, Colombia y República Dominicana (99.75%); para el 2009, de Colombia y República Dominicana (99.74%); para el 2010, de China, Colombia y República Dominicana (99.76%); para el 2011 y 2012, de China, Colombia, República Dominicana y México (99.92% ambos años); y, para el 2013, de Colombia, República Dominicana, México y Vietnam (99.83%).

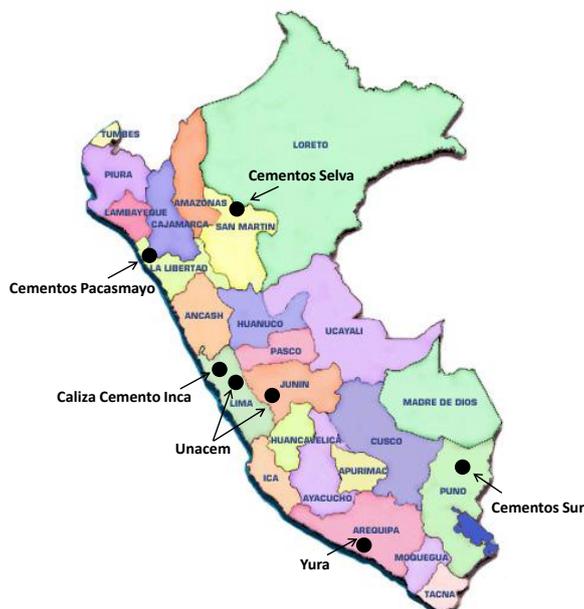
⁵⁴ Valor FOB más el costo de seguro y flete.

⁵⁵ El ratio indicado se considera un valor significativo en el mismo sentido de lo desarrollado en las Resoluciones 006-2003-INDECOPI/CLC del 14 de mayo de 2003 y 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013.

⁵⁶ Para mayor información ver la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013.

⁵⁷ Ibidem.

Gráfico 1
Distribución Geográfica de las Fábricas de Cemento Nacional



Fuente: Memoria Anual 2013 Cementos Pacasmayo.
Elaboración: Secretaría Técnica

95. Como se puede apreciar, dichas plantas se encuentran estratégicamente ubicadas y distanciadas significativamente, determinando así zonas de influencia en donde venden sus productos y enfrentando competencia de otras fábricas vecinas únicamente en las zonas límites de dichos territorios⁵⁸.
96. En efecto, al observar los volúmenes de venta local de cemento de cada una de las fábricas nacionales, se puede identificar sus respectivas zonas de influencia. Así, para el 2013, Unacem⁵⁹ realizó ventas locales principalmente a las Regiones de Lima (62%), Junín (9%), Ica (7%) y Ayacucho (5%); Cementos Pacasmayo a las Regiones de La Libertad (29%), Lambayeque (23%), Piura (21%), Amazonas (10%) y Cajamarca (10%); Cementos Selva a las Regiones de San Martín (73%), Loreto (15%) y Amazonas (12%); Yura a las Regiones de Arequipa (33%), Cusco (23%), Puno (23%), Apurímac (7%) y Tacna (7%)⁶⁰.
97. Asimismo, Class & Asociados señaló lo siguiente en el reporte de Fundamento de Clasificación de Riesgo de Yura en diciembre de 2013⁶¹:

⁵⁸ Para mayor detalle sobre las cantidades y porcentajes de venta local de cemento revisar las estadísticas de venta local por empresa según departamento 2008-2013. Fuente: INEI. Compendio Estadístico 2013.

⁵⁹ Unacem, se origina de la fusión de la ex Cementos Lima S.A.A. y Cemento Andino S.A.

⁶⁰ De la Resolución de Inicio se desprende que estas zonas de influencia se han mantenido, por lo menos, desde 2008.

⁶¹ Class & Asociados. Reporte de Fundamento de Clasificación de Riesgo de Yura. Diciembre 2013, pág.7.

De acuerdo a su ubicación geográfica, la venta en el territorio nacional se encuentra dividida en tres zonas; (i) Cementos Lima, Cemento Andino (que desde el 1° de octubre del 2012 se fusionaron) y las empresas que han iniciado operaciones comerciales, Cemex y Caliza Cemento Inca, que abastecen la zona de la costa y sierra central; (ii) Cementos Pacasmayo y su subsidiaria, Cementos Selva, que abastecen la zona norte del país; y (iii) Yura y su subsidiaria, Cemento Sur, que abastecen la zona sur.

98. En relación con lo anterior, en el procedimiento administrativo sancionador contra Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa⁶², Unacem proporcionó información sobre sus costos de transporte desde su planta de producción hasta sus depósitos. En particular, se apreció que, para distancias entre 200 km y 250 km de Lima, los costos de transporte representaban montos significativos en relación con el precio del producto en cuestión. Ello explicaría por qué las empresas abastecen principalmente a la región en donde se ubican y a otras regiones vecinas sin que los productos penetren a regiones más alejadas. Es decir, los costos de transporte a ciudades más alejadas serían un impedimento para abastecer a regiones alejadas desde su planta de producción.
99. En ese mismo sentido, en la entrevista realizada por el Diario Gestión al Vicepresidente Ejecutivo de Planeación y Finanzas de Cemex, el señor Fernando Gonzales, respecto a la construcción de una planta de cementos, este señaló lo siguiente⁶³:

Realmente la ubicación de la planta define el mercado. El transporte del cemento es muy costoso, una planta de cemento puede surtir de manera razonable un mercado de un radio de 300 km.

100. De acuerdo con lo anterior se desprende que, dados los costos de transporte para el área de influencia del Grupo Gloria, el mercado geográfico se restringiría a una parte del mercado nacional. Ello es corroborado por Yura, que a través su página web muestra la ubicación y radio de influencia de sus plantas⁶⁴:

[Continúa en la siguiente página]

⁶² Tramitado bajo el Expediente 003-2008/CLC.

⁶³ Gestión, viernes 9 de abril de 2010. Pág. 16-17.

⁶⁴ Al respecto, véase el siguiente enlace: <http://www.yura.com.pe/plantas.html>. Consulta: 17 de marzo de 2015.

Gráfico 2
Ubicación y radio de influencia de las Plantas del Grupo Gloria



Fuente y elaboración: Yura

101. Al respecto, Cemento Andino S.A. señaló lo siguiente en su Memoria de 2007⁶⁵:

En el mercado de la Sierra Central, en la práctica tenemos una barrera de entrada que son los altos costos de transporte desde otras fábricas.

[Énfasis agregado]

102. Por su parte, Cementos Pacasmayo señaló lo siguiente en su Memoria Anual de 2013⁶⁶:

*Descripción del sector:
En el país existen 7 fábricas productoras de cemento, los costos de producción entre estas no varían sustancialmente; sin embargo, debido a los altos costos de transporte, las compañías productoras han competido, principalmente, en la periferia de zonas de mercado definidas.*

[Énfasis agregado]

103. Asimismo, Class & Asociados señaló lo siguiente en el reporte de Fundamento de Clasificación de Riesgo de Yura de abril de 2014⁶⁷:

⁶⁵ Memoria 2007 de Cemento Andino, pág. 6. Asimismo, Memoria 2008 de Unacem, págs. 9 -11. Apoyo & Asociados en su Informe de análisis de riesgo de Cementos Pacasmayo. Noviembre de 2008, pág. 4.

⁶⁶ Memoria 2013 de Cementos Pacasmayo, pág. 52.

⁶⁷ Class & Asociados. Reporte de Fundamento de Clasificación de Riesgo de Yura. Abril 2014, pág.6.

Yura mantiene el liderazgo de ventas en la Región Sur del país, en un mercado definido por barreras geográficas de entrada (distancias y vías de comunicación respecto a la ubicación de los otros productores), compartido con su subsidiaria Cemento Sur.

[Énfasis agregado]

104. Así, teniendo en cuenta los ratios de importación-venta y exportación-venta poco significativos, los costos de transporte por importación de cemento, la ubicación de las plantas cementeras, las ventas locales de las empresas cementeras, los costos de transporte nacional, el mercado geográfico relevante está constituido por las regiones de Apurímac, Arequipa, Cusco, Madre de Dios, Moquegua, Puno y Tacna (en adelante, la región sur del país).

▪ **Conclusión sobre el mercado relevante**

105. En consecuencia, considerando el análisis realizado sobre el mercado de producto y el mercado geográfico, esta Secretaría Técnica considera que el mercado relevante está constituido por el mercado de producción y comercialización de cementos Portland gris en la región sur del país, compuesta por las regiones de Apurímac, Arequipa, Cusco, Madre de Dios, Moquegua, Puno y Tacna.

4.2.2 Posición de dominio

106. Habiendo definido el mercado relevante, corresponde determinar si, en dicho mercado, existió posición de dominio por parte del Grupo Gloria. Para ello, de conformidad con el artículo 7 del Decreto Legislativo 1034⁶⁸, se analizarán las cuotas de participación del Grupo Gloria en el mercado relevante, así como las posibles barreras a la entrada existentes.

- **Cuotas de participación**

107. Al respecto, como se puede apreciar en el siguiente cuadro, durante el periodo 2008 – 2013, el Grupo Gloria, a través de Cementos Yura y Cemento Sur, realizó más del 90.6% de las ventas en el mercado relevante.

[Continúa en la siguiente página]

⁶⁸ **Decreto Legislativo 1034**

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

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

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

Cuadro 4
Participación de mercado según ventas en el mercado relevante⁶⁹

Región	Grupo Económico	2008		2009		2010		2011		2012		2013	
		Toneladas	%	Toneladas	%	Toneladas	%	Toneladas	%	Toneladas	%	Toneladas	%
Apurímac, Arequipa,	Grupo Rizo Patrón	79,279	6.6%	23,682	1.8%	38,857	2.4%	55,207	3.3%	57,496	2.8%	74,688	3.2%
	Grupo Hochschild	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%
Cusco, Madre de Dios,	Grupo Gloria	1,084,145	90.6%	1,256,919	98.1%	1,551,396	97.5%	1,625,783	96.7%	1,970,881	96.8%	2,247,013	96.5%
	Cemento Caliza Inca	0	0.0%	504	0.0%	894	0.1%	624	0.0%	838	0.0%	615	0.0%
Moquegua, Puno y Tacna	Importaciones	33,582	2.8%	20	0.0%	222	0.0%	319	0.0%	6,357	0.3%	6,138	0.3%
	Total	1,197,006	100.0%	1,281,126	100%	1,591,369	100%	1,681,933	100%	2,035,572	100%	2,328,454	100%

Fuente: INEI, Sunat

Elaboración: Secretaría Técnica

- Barreras a la entrada estructurales y legales

108. En relación con las posibles barreras existentes en el mercado, en su Memoria de 2007, Unacem⁷⁰ señaló lo siguiente:

Entre las características del sector destacan las siguientes:

- *Limitado poder de negociación de los clientes, debido a la escasez de una base consolidada de ellos y de empresas que Produzcan bienes con mayor valor agregado a base de cemento.*
- *Reducido poder de negociación de los proveedores debido al bajo costo de los principales insumos.*
- *Baja rivalidad entre las empresas competidoras debido a la exclusividad geográfica actual.*
- *Alta correlación con el PBI construcción.*
- *Existencia de barreras de entrada, las cuales dificultan el ingreso de nuevos competidores debido a la elevada capacidad instalada, requerimientos de inversión en activo fijo, costo de transporte y necesidad de una red de distribución propia.*

[Énfasis agregado]

109. En el mismo sentido, respecto a la competencia entre las empresas cementeras, Unacem⁷¹ señaló lo siguiente⁷²:

Características Generales del Sector

Baja Rivalidad entre empresas competidoras: Las empresas cementeras del país solo compiten en las zonas límites de su radio de acción.

⁶⁹ Cabe precisar que para el cálculo de las importaciones, se considerarán aquellas realizadas a través de las Intendencias de Aduanas ubicadas en el ámbito geográfico del mercado relevante (Arequipa, Madre de Dios y Puno). Adicionalmente, se considerarán las importaciones realizadas a través de las Intendencias de Aduanas de Lima, menos aquellas realizadas por Cemex; lo anterior, en tanto que, se encontró evidencia de que los agentes económicos que participaron en el mercado relevante realizaron importaciones a través de dichas Intendencias.

⁷⁰ Informe de análisis de riesgo de Cementos Pacasmayo. Apoyo & Asociados. Noviembre de 2008, págs. 9-11.

⁷¹ Presentación a Inversionistas efectuada el jueves 18 de junio de 2009 en el Auditorio del BBVA Banco Continental.

⁷² Cabe precisar que las características señaladas por Unacem hacen referencia a características generales del mercado de cemento. En ese sentido, representan aquellas características que enfrentan las empresas que participan en el mercado relevante determinado en el presente caso.

Integración vertical: *Las compañías tienen yacimientos de caliza, pudiendo abastecerse sin depender de otros.*

Altos márgenes: *Determinado por el ratio Costo de Producción/Precio de Venta.*

Poder de negociación de los clientes: *El poder de negociación es limitado debido a la escasez de una base consolidada de los mismos.*

(...)

Barreras de entrada: *Existen barreras de entrada por la elevada capacidad instalada, inversión requerida en activos fijos, costos de transporte elevados y la necesidad de una red de distribución propia.*

[Énfasis agregado]

110. En lo que se refiere a la existencia de barreras de entrada legales⁷³, cabe precisar que, como se desprende del análisis en el presente caso, existen licencias, regulaciones, permisos y otras autorizaciones gubernamentales necesarias para desarrollar actividades de producción y comercialización de cemento en el país, que son también factores que retrasan el ingreso de un nuevo agente al mercado.
111. En el procedimiento administrativo sancionador contra Unacem, La Viga, A. Berio y Macisa, Cemex señaló que para iniciar la explotación minera no metálica y la producción de cemento se requiere realizar los siguientes trámites principales⁷⁴:
- Solicitud y adquisición de derechos mineros ante el Instituto Geológico Minero Metalúrgico (Ingemmet);
 - Negociación contractual con los propietarios de los terrenos ubicados en zonas que permitan la construcción de la planta de industria pesada;
 - Independización, saneamiento y registro del terreno ante el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri) y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp);
 - Elaboración y aprobación de estudios de impacto ambiental (90 días hábiles con aplicación del silencio administrativo positivo como plazo de aprobación);
 - Habilitación urbana con fines industriales (90 días calendario como plazo de aprobación del proyecto y 45 días calendario, aproximadamente, para la recepción de obras);
 - Licencia de obra (entre 20 y 30 días hábiles);
 - Licencia de funcionamiento (15 días calendario aproximadamente);
 - Licencia para el uso de agua;
 - Autorización sanitaria de sistema de tratamiento y disposición sanitaria de aguas residuales industriales para vertimiento o re-uso (30 días con aplicación del silencio administrativo negativo);

⁷³ Las restricciones gubernamentales, que toman la forma de requisitos para operar en un mercado; y que pueden ser desde autorizaciones, licencias, requisitos medioambientales, fitosanitarios, de seguridad etc. hasta concesiones monopólicas para la producción de determinado bien o la prestación de determinado servicio.

⁷⁴ Cabe precisar que los trámites señalados aplican para todas aquellas empresas que quieran participar en la producción de cemento. En ese sentido, representan aquellos trámites que tienen que realizar las empresas que quieran participar en el mercado relevante determinado en el presente caso.

- Autorización sanitaria de sistema de tratamiento y disposición sanitaria de aguas residuales domésticas para vertimiento, re-uso o filtración en el terreno (30 días con aplicación del silencio administrativo negativo);
- Autorización sanitaria de tanques sépticos y disposición final en el terreno (30 días con aplicación del silencio administrativo negativo);
- Inscripción en el registro de hidrocarburos de consumidores directos;
- Otorgamiento de certificado de usuario de insumos químicos y productos fiscalizados (30 días para evaluar la solicitud);
- Autorización de uso del libro o formato de registros especiales para usuarios de insumos y productos químicos fiscalizados;
- Autorización para realizar proyectos de evaluación arqueológica con fines de impacto ambiental y/o aprovechamiento de recursos (30 días naturales con aplicación del silencio administrativo negativo); y
- Expedición del certificado de inexistencia de restos arqueológicos (30 días naturales con aplicación del silencio administrativo negativo)⁷⁵.

112. Asimismo, entre otros requisitos para producir, distribuir y comercializar cemento, se necesita de la autorización sanitaria para re-uso de aguas residuales domésticas (6 meses aproximadamente) y la aprobación del estudio ambiental (12 meses aproximadamente).

113. En ese sentido, el ingreso al mercado relevante a través de la instalación de una planta cementera requerirá de la gestión de una serie de licencias, estudios, certificados, registros, autorizaciones, entre otros, ante diversos organismos gubernamentales: ministerios, municipalidades, ANA, Instituto Geológico Minero Metalúrgico (Ingemmet), Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), Unidad Antidrogas Especializada de la Policía Nacional el Perú, entre otros, que implicaría un periodo mayor a un año para desarrollar actividades de producción y comercialización de cemento en el país. Todos estos requisitos para el desarrollo de actividades en el mercado relevante podrían ser considerados como barreras de entrada de carácter legal.

- Conclusión sobre la definición de la posición de dominio

114. En resumen, el Grupo Gloria, a través de Cementos Yura y Cemento Sur, entre 2008 y 2013 ha tenido una participación promedio del 96.0% del mercado relevante. Asimismo, este mercado tiene características que pueden ser consideradas como barreras de entrada al mercado: operaciones verticalmente integradas, altos niveles de capacidad instalada⁷⁶, ubicación estratégica de su planta de producción, importante desarrollo de su red de distribución⁷⁷, altos niveles de inversión y barreras de tipo legal.

⁷⁵ Para mayor detalle, ver Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013.

⁷⁶ De acuerdo con la Asocem, para el 2014, el Grupo Económico Rizo Patrón tiene una capacidad instalada de 7,600 miles de toneladas para la producción de cemento. Asimismo, el Grupo Económico Hochschild, el Grupo Gloria, es decir, el Grupo Económico Rodríguez Banda (a través de Yura y Cementos Sur), y Cementos Caliza Inca, tienen una capacidad instalada de 3,340 t, 3,470 t, y 400 t, respectivamente. Para mayor información ver: <http://www.asocem.org.pe/web/estadistica.aspx>. Consulta: 30 de enero de 2015.

⁷⁷ Las empresas cuenta con su red de distribución, principalmente constituida por ferreterías ubicadas en sus zonas de su influencia. Así, por ejemplo, Unacem cuenta con más de 120 sub-distribuidores en su Red-Progresol. Por su parte, en el 2008, Yura organizó una red de distribución de forma similar, a través de su red

115. Por lo tanto, siguiendo los criterios tradicionales para determinar la existencia posición de dominio, tales como la participación de mercado, la presencia de barreras de entrada y el poder de negociación, entre otros; es posible concluir que las diversas características de la operación del Grupo Gloria representan fortalezas que le permiten afectar las condiciones de oferta y demanda en el mercado relevante, con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, compradores, clientes o proveedores.
116. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que el Grupo Gloria, durante el periodo investigado, ha ostentado una posición de dominio en el mercado de producción y comercialización de cementos Portland gris en la región sur del país.

4.3. Sobre el presunto abuso de procesos legales por parte del Grupo Gloria

117. Habiendo determinado que el Grupo Gloria, a través de Yura, durante el período analizado, ha ostentado posición de dominio en el mercado de venta de cementos Portland gris en la región sur del país; corresponde analizar si el Grupo Gloria, a través de Gloria y Yura, ha incurrido en abuso de procesos legales.
118. Para efectos de corroborar la existencia de una infracción, conforme al marco teórico esbozado en el presente Informe, corresponde determinar de manera concurrente:
- (i) Que el Grupo Gloria emprendió una estrategia consistente en la utilización abusiva y reiterada de procesos legales (judiciales y administrativos).
 - (ii) Que la referida estrategia tuvo como efecto el perjudicar la competencia en el mercado relevante.
119. Respecto del primer elemento del análisis, la utilización de procesos resultará abusiva cuando no tenga como objetivo obtener un pronunciamiento favorable por parte de las autoridades correspondientes –es decir, carezca de fundamento objetivo– y, en cambio, se encuentre únicamente dirigida a lesionar a la competencia del Grupo Gloria, en este caso, Cosac.
120. Respecto del segundo elemento del análisis, debe verificarse una relación causal entre la estrategia de utilización abusiva de procesos legales que pueda haber emprendido Gloria en relación con el daño, real o potencial, que haya podido producir sobre la competencia en el mercado relevante antes definido.
121. En tal sentido, si el ejercicio de los derechos de acción y petición resulta legítimo o si, de ser abusivo, no tuviese la posibilidad de generar un impacto negativo sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, tal conducta no podrá calificarse como un abuso de procesos legales para efectos del Decreto Legislativo 1034.

«A construir». Para mayor detalle ver: <https://www.aconstruir.com.pe/PortalYura/home.jsf>. Consulta: 30 de enero de 2015.



122. Por otro lado, si bien el análisis de los efectos derivados de las acciones legales calificadas como abusivas debe realizarse en conjunto; el fundamento de tales acciones puede ser examinado en función a la materia a la que se encuentran vinculadas. En tal sentido, a continuación esta Secretaría Técnica analizará el presunto carácter abusivo de los procesos legales relacionados con la construcción de una carretera, la instalación de una fábrica y la obtención de una licencia de uso de aguas por parte del denunciante.

4.3.1. Sobre el presunto carácter abusivo de los procesos legales relacionados con la construcción de una carretera y una fábrica

123. Los procesos vinculados a la construcción de una carretera y una fábrica por parte de Cosac, tienen su origen en el cuestionamiento, por parte del Grupo Gloria, de los trabajos que Cosac emprendió a la altura del poblado de San Camilo (provincia de Islay, Arequipa), hacia junio de 2008, para la construcción o mejoramiento de una vía que uniría la carretera Panamericana Sur (alt. Km. 995) con el terreno sobre el cual Cosac instalaría su fábrica de clinker y cemento (en una zona denominada Cerro Cali – Carmelo).

Más recientemente, Cosac ha señalado que Grupo Gloria estaría auspiciando las denuncias planteadas por una ex autoridad local en contra de las autoridades que aprobaron la primera fase de su proyecto de instalación de una fábrica.

124. De acuerdo con los elementos aportados al expediente, las actuaciones asociadas con la referida controversia, así como las posiciones de las partes, pueden ser resumidas en el siguiente cuadro:

[Continúa en la siguiente página]

Cuadro 5
Procesos relacionados con la construcción de una carretera y una fábrica

Entidad	Actuaciones	Posición del Grupo Gloria	Posición de Cosac
Comisaría de San Camilo (Arequipa)	Solicitud de Constatación Policial de obras en terrenos del Estado	Se trató de una solicitud para constatar un hecho que no generó mayor impacto.	Se trató de una acción que tenía como objetivo dañar la imagen de Cosac. Generó la paralización de las obras y sirvió como sustento para otras denuncias.
INC	Comunicación y denuncia sobre el desarrollo de obras civiles	Se trató de una solicitud de información (copia del CIRA y documentación correspondiente).	Se trató de una acción para generar desconfianza en la inversión de Cosac. Motivó una comunicación del Director del INC de Arequipa a la Alcaldía de Islay, que a su vez sirvió como sustento para otras denuncias.
Dirección de Asuntos Ambientales de Industria – Produce	Comunicación y denuncia sobre el desarrollo de obras	Se trató de una solicitud de información (copia del EIA y documentación correspondiente) que no generó mayor impacto.	Se trató de una denuncia para dañar la imagen de Cosac y ser utilizada como prueba en otras denuncias. A pesar de haber sido archivada, generó la paralización de las obras y el expendio de recursos para contestar a la DAAI.
Gerencia de Fiscalización Minera – Osinergmin (Posteriormente, Oefa)	Comunicación y denuncia sobre el desarrollo de obras	Se trató de una solicitud de información (autorizaciones) que no generó mayor impacto.	Se trató de una denuncia que generó expendio de recursos, la participación en la fiscalización de campo ordenada por Osinergmin y multas por parte del Oefa.
Dirección General de Minería – Minem	Comunicación y denuncia sobre el desarrollo de obras	Se trata de una comunicación que no generó un mayor impacto.	Se trató de una denuncia que fue acumulada a la denuncia ante Osinergmin, y sirvió como sustento para otras denuncias.
Gobierno Regional de Arequipa: Gerencia Regional de Agricultura	Comunicación y denuncia sobre el desarrollo de obras en terrenos del Estado	Se trató de una comunicación sin capacidad de afectar el proceso competitivo.	Se trata de una denuncia que utiliza un lenguaje ambiguo para afectar el trámite de la aprobación de la iniciativa privada de Cosac
Gob. Reg. Arequipa: Gerencia de Com. Ext. y Turismo; y Of. Promoción de la Inversión Privada	Solicitud de inspección ocular y de actuaciones de oficio (más una reiteración)	Se trató de una comunicación o solicitud sin capacidad de afectar el proceso competitivo.	Se trató de una denuncia planteada en sentido ambiguo, que tuvo por objeto afectar el trámite de la aprobación de la iniciativa privada de Cosac.
Fiscalía Penal Corporativa de Arequipa	Denuncias por los delitos de incumplimiento de funciones, ocultamiento de información y falsedad genérica	No se ha pronunciado	Si bien son denuncias planteadas por el ex Alcalde del Centro Poblado de San Camilo, son auspiciadas por Yura, a través de su abogado, con el objeto de retrasar o paralizar el proyecto de Cosac.

Fuente: Escritos, documentos y declaraciones de las partes.
Elaboración: Secretaría Técnica

125. En lo que se refiere específicamente a la construcción de una carretera, Cosac emprendió trabajos de rehabilitación o mejoramiento de una trocha carrozable con el objetivo de utilizarla para el tránsito de la maquinaria necesaria para el desarrollo de sus actividades de exploración y la eventual construcción de una fábrica de clinker y cemento. Las acciones planteadas por el Grupo Gloria, a

través del señor Nakagawa⁷⁸, cuestionaban la realización de los trabajos de Cosac, aduciendo la posible falta de autorizaciones por parte de las autoridades competentes.

126. Contrariamente a lo señalado por Gloria, esta Secretaría Técnica considera que las acciones planteadas no se trataban de simples pedidos de información que se agotaban en su postulación, sino que introducían cuestionamientos y denuncias. En efecto, tales acciones planteaban la posible existencia de infracciones graves, como el incumplimiento en la obtención de permisos y certificados necesarios, así como las usurpaciones de terrenos de propiedad ajena. Precisamente bajo estas premisas, es que en dichos escritos se presentaban solicitudes de intervención por parte de las autoridades exhortadas. Bajo esta lógica, tales actuaciones se encontraban dirigidas a provocar un impacto en las actividades desarrolladas por Cosac.

Asimismo, a diferencia de lo planteado por Gloria, el hecho que sean las autoridades quienes finalmente decidan de oficio el inicio de procedimientos, no es suficiente para establecer que la participación del Grupo Gloria es legítima o inocua. Por el contrario, la figura del abuso de procesos legales, por su propia naturaleza, establece una vinculación entre la capacidad de una parte de movilizar la actuación de las distintas autoridades, y el efecto producido por esta actuación, derivado del modo en que la parte afectada debe vincularse a las eventualidades de los procesos legales que se generen.

En otras palabras, el efecto anticompetitivo derivado del abuso de procesos legales no es consecuencia directa e inmediata de las actuaciones del agente dominante sobre un competidor real o potencial, sino de la activación de los mecanismos legales existentes, que a su vez afectan la situación jurídica o económica del competidor afectado. De ahí que su análisis requiera una discriminación entre una activación legítima y una activación abusiva de tales mecanismos legales.

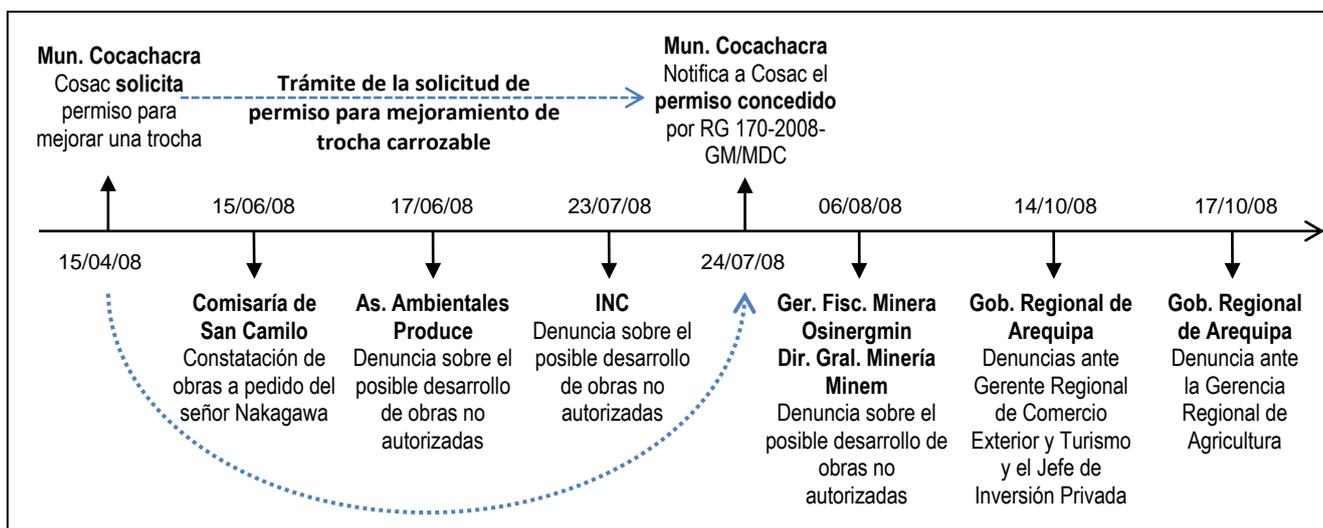
127. Ahora bien, conforme al marco teórico, el centro de la controversia se encuentra en determinar si el Grupo Gloria, a través de las acciones antes resumidas, ha emprendido una estrategia de procesos abusivos y reiterados. Para ello, corresponde determinar si tales acciones tuvieron por objeto obtener pronunciamientos favorables al Grupo Gloria por parte de las autoridades competentes o si, en cambio, estuvieron fundamentalmente dirigidas a que los procesos en sí –y no su resultado– lesionen a Cosac, impidiendo, restringiendo o retrasando su ingreso al mercado relevante.
128. Al respecto, como punto de partida, esta Secretaría Técnica considera que un análisis de las actuaciones contenidas en el expediente revela que Cosac sí necesitaba una autorización para el mejoramiento de la trocha carrozable, pero que no contaba con tal autorización al momento en que el Grupo Gloria emprendió las acciones cuestionadas.

⁷⁸ Cabe señalar que Gloria ni Yura han cuestionado la participación del señor Nakagawa como representante de estas empresas del Grupo Gloria para efectos de las actuaciones imputadas a nivel indiciario mediante las Resoluciones 002-2011/ST-CLC-INDECOPI y 008-2013/ST-CLC-INDECOPI. Esta participación, que la Secretaría Técnica tiene por acreditada, ha sido también confirmada por la Sala mediante Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI.

129. En efecto, el 15 de abril de 2008 Cosac solicitó una autorización para el mejoramiento de la trocha existente, obteniéndola recién el 24 de julio de 2008 mediante Resolución Gerencial 170-2008-GM/MDC⁷⁹. Sin embargo, al momento en que la constatación policial dio cuenta de la realización de las obras de mejoramiento de la trocha, realizada el 15 de junio de 2008, Cosac todavía no contaba con la referida autorización. En ese sentido, el acta de constatación policial del 17 de junio de 2008⁸⁰ habría evidenciado que Cosac estaba realizando trabajos en terrenos del Estado sin la autorización que la propia empresa había solicitado.

130. Esta situación puede ser representada en el siguiente gráfico:

Gráfico 3
Línea de tiempo: Obtención de autorización para la construcción de carretera



Fuente: Escritos presentados por las empresas
Elaboración: Secretaría Técnica

131. Como se puede observar, entre las acciones planteadas por el Grupo Gloria para cuestionar el desarrollo de obras por parte de Cosac, tres de ellas se presentaron en el periodo en que Cosac todavía no contaba con la autorización solicitada a la Municipalidad de Cocachacra. Con ello, no es posible afirmar que estas denuncias y pedidos de actuación carecieran de todo fundamento, incluso asumiendo que la notificación del permiso a Cosac implicaba el inmediato conocimiento de dicha situación por parte de Gloria. Asimismo, como han reconocido las partes, tales acciones –no carentes de todo fundamento– forman parte del sustento de las subsecuentes denuncias ante las otras autoridades.

132. Incluso, tras la obtención del permiso emitido por la Municipalidad de Cocachacra, no es posible afirmar que las acciones del Grupo Gloria fueron planteadas sin fundamento alguno, pues el Gobierno Regional de Arequipa, a

⁷⁹ Expediente, fojas 711.

⁸⁰ Expediente, fojas 238.

través de la Gerencia Regional de Agricultura, se pronunció expresamente en contra de la autorización de dicha municipalidad, declarándola ineficaz y solicitando la paralización de las obras emprendidas por Cosac.

133. En efecto, a raíz de la denuncia del señor Nakagawa, mediante Resolución Gerencial Regional 509-2009-GRA/GRAG-OAJ del 18 de junio de 2009⁸¹, la Gerencia Regional de Agricultura señaló lo siguiente:

«Que, al respecto se tiene que la empresa Cementos Otorongo S.A.C. ha construido una trocha carrozable que comienza en el Km. 995 (carretera hacia Moquegua-Tacna)... y se dirige hacia una plataforma construida donde se construiría la fábrica de cemento... no siendo cierta las afirmaciones (sic) que dicha trocha haya sido mejorada, por cuanto la trocha que existía se halla frente a la línea férrea y no frente a la carretera Panamericana.

Que, la carretera construida se halla sobre las Fincas 6, 7 y 8 cuyos dominios a favor del Estado se hallan inscritos... que tienen fines agrarios, por lo que la ocupación por parte de la empresa Cementos Otorongo S.A.C. afecta dichos fines, y que no cuentan con ninguna clase de autorización otorgada por la Gerencia de Agricultura.

Que, la empresa Cementos Otorongo S.A.C., ampara su ocupación en la Resolución Gerencial 170-2008-GM/MDC de fecha 17 de julio de 2008 emitida por la Municipalidad Distrital de Cocachacra, que la misma es ineficaz, por cuanto se ha otorgado permiso de mejoramiento de un área de propiedad privada de la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa y no se comunicó a esta Gerencia el inicio de las obras para la construcción de la carretera carrozable, acto que constituye un abuso del derecho.

(...)

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: *Requerir a la empresa Cementos Otorongo S.A.C. la paralización de las actividades de modificación, mejoramiento y la restitución de las áreas ocupadas donde han construido una carretera carrozable, sin autorización alguna de esta Gerencia, ubicado en el distrito La Joya, provincia y Región Arequipa; por lo expuesto en la presente resolución.»*

[Énfasis agregado]

134. Como se puede observar, la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa, al evaluar la denuncia del señor Nakagawa, consideró que, efectivamente, Cosac carecía de las autorizaciones correspondientes para el desarrollo de obras vinculadas a la construcción o el mejoramiento de una trocha carrozable. Esta evaluación incluso generó que la Oficina Regional de Control de Arequipa requiriera a la Municipalidad de Cocachacra información que sustente su decisión de otorgarle el permiso a Cosac⁸². En ese sentido, no es posible afirmar que el Grupo Gloria había planteado denuncias ante el Gobierno

⁸¹ Expediente, fojas 713.

⁸² Expediente, fojas 715.

Regional de Arequipa sin fundamento alguno y sin la expectativa de obtener un pronunciamiento favorable pues, de hecho, la autoridad competente se pronunció en sentido favorable a sus denuncias.

135. Este caso no habría sido el único incumplimiento por parte de Cosac en esta fase de su inversión. En efecto, en respuesta al Oficio 02708-2008-PRODUCE/DVI/DGI-DAAI del 23 de julio 2008, por el cual la Dirección de Asuntos Ambientales de Produce comunica a Cosac la denuncia presentada por el señor Nakagawa y le solicita información sobre el estado de sus inversiones para la construcción de una fábrica de cemento, Cosac le informa a Produce lo siguiente:

«Aunque los temas relacionados con exploraciones en concesiones mineras no están a cargo del Ministerio de la Producción, consideramos conveniente informar a vuestro Despacho que para efectos de la evaluación en detalle de la calidad y la cantidad de calizas que poseen nuestras concesiones mineras ubicadas en la zona denominada “Montón de Botellas”, se programó la realización de 11 sondeos a llevarse a cabo mediante perforación diamantina (y no pozos como el denunciante indica).

Para este efecto se contrató a la misma empresa T&M Ingenieros (que efectuó los trabajos de mejoramiento de la trocha existente mencionada antes).

*Cuando nuestra Empresa tomó conocimiento que T&M Ingenieros había iniciado el plan de sondeos en 4 puntos (de los 11 programados) **sin haberse todavía obtenido los permisos que correspondían**, ordenó que se paralizaran de inmediato dichos trabajos hasta que se obtuviera los permisos correspondientes.»*

[Énfasis agregado]

136. Como se aprecia en la referida comunicación, del 11 de setiembre de 2008⁸³, Cosac aceptó ante Produce que había empezado a realizar, a través de la empresa T&M Ingenieros, actividades de «evaluación de la calidad y cantidad de calizas en su concesión» que detuvo en tanto no había obtenido aún los permisos correspondientes.
137. Son precisamente estos incumplimientos en el desarrollo de las actividades tendientes a la construcción de una fábrica de cemento, por parte de Cosac, los que sustentan también la imposición de sanciones en materia ambiental. Estas sanciones fueron consecuencia de las acciones interpuestas inicialmente ante la Dirección General de Minería del Minem y la Gerencia de Fiscalización Minera de Osinergmin; que fueron luego materia de investigación y sanción por parte de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Oefa; cuya decisión fue confirmada por el Tribunal de Fiscalización Ambiental.
138. En efecto, el Tribunal de Fiscalización Ambiental, mediante Resolución 289-2013-OEFA/TFA del 27 de diciembre de 2013 se confirmó en parte la Resolución Directoral 363-2012-OEFA/DFSAI del 26 de noviembre de 2012, imponiéndole a

⁸³ Expediente, fojas 707.

Cosac una multa de veinte (20) UIT⁸⁴. En el procedimiento, iniciado a raíz de la denuncia del señor Nakagawa, se discutía, entre otros, si Cosac había emprendido actividades de exploración no autorizadas, o únicamente actividades de cateo y prospección (que no requieren previa aprobación); así como la disposición de desechos provenientes de las referidas actividades sin adoptar medidas de previsión y control previstas en la legislación ambiental.

139. En la referida resolución, poniendo fin al procedimiento administrativo, el Tribunal de Fiscalización Ambiental señaló que Cosac emprendió actividades de exploración sin contar con las autorizaciones legalmente exigibles:

«[D]urante la Supervisión Especial [a cargo de una Supervisora Externa] se verificó que CEMENTOS OTORONGO realizó actividades de exploración, sin contar con el estudio ambiental correspondiente, incumplimiento con lo dispuesto en el Artículo 5° y el Literal a) del Numeral 7.1 del Artículo 7° del Decreto Supremo N° 020-2008-EM.

(...) CEMENTOS OTORONGO no ha presentado medio probatorio alguno para acreditar que solo realizó actividades de exploración.

(...) [H]a quedado acreditado que CEMENTOS OTORONGO no solo realizó actividades descritas en el Artículo 19° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM [actividades de prospección], sino también actividades que causaron mayor alteración que la originada por el tránsito ordinario de las personas.

(...) [Asimismo], ha quedado debidamente acreditado que se dispuso en el ambiente desechos provenientes de las actividades de exploración minera sin adoptar las medidas de previsión y control ambiental establecidas en las normas que regulan el desarrollo de la actividad de exploración minera y en la Ley General del Ambiente»

[Énfasis agregado]

140. Finalmente, también vinculadas al desarrollo de su inversión en la construcción de una fábrica, Cosac ha cuestionado que las denuncias por los delitos de incumplimiento de funciones, ocultamiento de información y falsedad genérica, planteadas por el señor Santos Andrés Guillén Rojas, ex alcalde del distrito de San Camilo (en adelante, el señor Guillén). De acuerdo con Cosac, tales denuncias estarían siendo auspiciadas por Yura, a través de su abogado, el señor Alfredo Arana Miovich⁸⁵.
141. Al respecto, esta Secretaría Técnica considera que, no ha sido acreditado que el señor Guillén ha actuado por cuenta de Yura al interponer las denuncias antes señaladas; en tanto que, por sí misma, la asesoría recibida por un mismo abogado puede explicarse, razonablemente, con otras hipótesis.
142. Sin perjuicio de ello, incluso en el supuesto negado que existiese dicha vinculación, esta Secretaría considera que no es posible establecer un supuesto

⁸⁴ Expediente, fojas 1333 y ss.

⁸⁵ Expediente, fojas 1004 y ss.

de abuso de procesos legales en los términos establecidos en el marco teórico antes desarrollado. En efecto, una revisión de los actuados en el marco de las denuncias planteadas por el señor Guillén dan cuenta que éstas tuvieron por objeto cuestionar a diversas autoridades del Gobierno Regional de Arequipa por no entregarle información que él señor Guillén estimaba necesaria para su defensa en la querrela que contra él había planteado Cosac.

143. En tal sentido, a criterio de esta Secretaría Técnica, no es posible afirmar que tales acciones estuvieron esencialmente dirigidas a perjudicar el desarrollo de la inversión de Cosac en el mercado relevante. Por el contrario, los actuados presentados por Cosac⁸⁶ dan cuenta que las instancias penales correspondientes han estimado necesario ampliar los plazos de investigación y promover distintas actuaciones procesales para merituar adecuadamente si los funcionarios denunciados han impedido al señor Guillén ejercer una adecuada defensa en la querrela planteada por Cosac.
144. Por ello, a criterio de esta Secretaría Técnica, no es posible afirmar que, en los casos en que el Grupo Gloria ha emplazado a distintas autoridades, careciese de alguna expectativa de obtener un pronunciamiento favorable. Por el contrario, se ha podido verificar que, al emprender obras para la construcción o el mejoramiento de una trocha carrozable o desarrollar su inversión en la construcción de una fábrica de cemento, Cosac habría incurrido en determinadas irregularidades que generaron pronunciamientos en su contra por parte de las autoridades respectivas.

Ello permite asumir, de manera razonable, que las acciones planteadas por el Grupo Gloria contaban con un grado de fundamento objetivo apreciable al momento de ser planteadas. Por lo demás, el solicitar la intervención de las entidades antes mencionadas, independientemente de la motivación subjetiva del Grupo Gloria, en la práctica permitió que, en ejercicio de sus competencias, tales autoridades aplicaran sus respectivas normas para corregir los errores en que habría ocurrido Cosac.

4.3.2. Sobre el presunto carácter abusivo de los procesos legales relacionados con la obtención de una licencia de uso de aguas por parte del denunciante

145. Como se indicó anteriormente, mediante Resolución 005-2008-GRA/PR-OPIP del 25 de abril de 2008, el Organismo Promotor de la Inversión Privada del Gobierno Regional de Arequipa declaró de interés la iniciativa privada de inversión de Cosac para la instalación de una fábrica de clinker y cemento. Posteriormente, dicha entidad entregó a Cosac una lista de observaciones técnicas, siendo una de ellas, la exigencia de contar con una licencia de uso de aguas que certifique la disponibilidad del recurso hídrico.

⁸⁶ Expediente, fojas 1356 y ss

146. Conforme a la normativa entonces aplicable⁸⁷, para el desarrollo y construcción de una fábrica de clinker y cemento, resultaba imprescindible que Cosac contase con una licencia de uso de aguas. Para efectos de obtener esta licencia, son tres las etapas que Cosac estaba obligado a cumplir:
- Autorización para la ejecución de estudios hidrogeológicos, para el aprovechamiento hídrico (Primera Etapa).
 - Aprobación del estudio hidrogeológico y autorización para la perforación de pozo con fines de alumbramiento de agua subterránea (Segunda Etapa).
 - Otorgamiento de la licencia de uso de aguas (Tercera Etapa).
147. En relación con la Primera Etapa, ante la solicitud de Cosac, mediante Resolución Administrativa 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH del 3 de diciembre de 2008, la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili (hoy, Administración Local de Agua Chili), autorizó a Cosac la ejecución del estudio hidrogeológico.

Frente a ello, mediante escrito del 17 de diciembre de 2008, el Grupo Gloria solicitó a la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa que declare la nulidad de la Resolución Administrativa 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH. Debido a que dicha autoridad no se pronunció sobre la referida solicitud de nulidad, el 16 de julio de 2009 Gloria le envió una Carta Notarial comunicándole que se acogería al silencio administrativo negativo, dando por agotada la vía administrativa.

El 20 de julio de 2009, el Grupo Gloria interpuso una demanda contenciosa administrativa contra la Procuraduría Pública, la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno Regional de Arequipa y Cosac, solicitando que se declare la nulidad de la Resolución Administrativa 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH. Asimismo, solicitó que se conceda una medida cautelar con el objeto de que se suspendiera la aplicación de la Resolución Administrativa 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH, solicitud denegada por el Séptimo Juzgado Civil de la Corte Superior del Distrito Judicial de Arequipa, mediante Resolución 01-2008 del 23 de setiembre de 2009.

148. En relación con la Segunda Etapa, el 25 de setiembre de 2009, la Administración Local de Agua Chili emitió la Resolución Administrativa 317-2009-ANA/ALA-CH, mediante la cual se aprobó el «*Estudio de Evolución Hídrica Subsuperficial y Subterránea en el Sistema de San Camilo – La Joya*» a favor de Cosac.

Frente a ello, mediante escrito del 12 de octubre de 2009, el Grupo Gloria solicitó a la Administración Local de Agua de Chili que se declare la nulidad y suspensión de los efectos de la referida resolución, señalando que dicha empresa había solicitado dicho recurso hídrico con anterioridad a Cosac, que esta última estaría usurpando terrenos del Estado y que la Resolución 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH (mediante la cual se había autorizado la realización de estudios hidrogeológicos a favor de Cosac) había sido impugnada judicialmente

⁸⁷ En particular, el Decreto Ley 17751 del 24 de julio de 1969, así como sus normas complementarias y reglamentarias.

y aún se encontraba pendiente de revisión; razón por la cual no podía continuarse con el trámite para la obtención de la licencia de uso de aguas.

149. Adicionalmente, el 26 de octubre de 2009, el Grupo Gloria interpuso una demanda de amparo contra la Administración Local del Agua de Chili, la Autoridad Nacional de Agua y la Procuraduría Pública del Ministerio de Agricultura, solicitando que se declarara la nulidad de las Resoluciones Administrativas 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH (que permitió cumplir a Cosac con la Primera Etapa) y 317-2009-ANA/ALA-CH (que permitió cumplir a Cosac con la Segunda Etapa). Esta demanda se admitió a trámite mediante Resolución 2 del 29 de diciembre de 2009, emitida por el Quinto Juzgado Civil de Arequipa.

150. El 23 de agosto de 2010, la ANA emitió la Resolución Directoral 0267-2010-ANA-DARH, por medio de la cual declaró infundada la solicitud de nulidad de la Resolución 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH presentada por el Grupo Gloria.

Asimismo, el 24 de agosto de 2010, la ANA emitió la Resolución Directoral 0271-2010-ANA-DARH, mediante la cual declaró improcedentes las solicitudes de nulidad y suspensión de los efectos de la Resolución 317-2009-ANA/ALA-CH presentadas por el Grupo Gloria.

151. En relación con la Tercera Etapa, el 5 de febrero de 2010, Cosac solicitó que se le otorgara la licencia de uso de aguas, con la finalidad de continuar con la ejecución de su proyecto de instalación de una fábrica de clinker y cemento. Mediante escrito del 31 de marzo de 2010, al no haber recibido respuesta a su solicitud del 5 de febrero de 2010, Cosac interpuso un recurso de apelación, alegando la aplicación del silencio administrativo negativo.

Finalmente, el 17 de diciembre de 2010, la ANA emitió la Resolución Directoral 0291-2010-ANA-DARH, mediante la cual declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por Cosac, otorgándole la licencia de uso de aguas.

152. El 17 de diciembre de 2010, el Grupo Gloria presentó una carta ante el Presidente del Gobierno Regional de Arequipa, mediante la cual cuestionó el proyecto de instalación de la fábrica de clinker y cemento de Cosac, señalando que el Grupo Gloria había presentado con anterioridad una solicitud para obtener la licencia de uso de aguas respecto de los mismos terrenos y, sin embargo, ésta no había sido atendida. Asimismo, señaló que las decisiones en materia de uso de recursos hídricos se encontraban judicializadas.

Mediante Informe 001-2011-GRA-ORPPOT del 5 de enero de 2011, la Asesoría Legal del Gobierno Regional de Arequipa emitió opinión respecto de la carta antes referida, indicando que únicamente se encontraban judicializadas las decisiones vinculadas a la ejecución de estudios hidrogeológicos (hasta la Segunda Etapa), que la Resolución 0291-2010-ANA-DARH, que otorga a Cosac la licencia de uso de aguas (Tercera Etapa) no se encontraba judicializada y que contaba con plena vigencia.

153. El desarrollo de las acciones y actuaciones procesales hasta aquí referidas, pueden ser graficadas en la siguiente línea de tiempo:

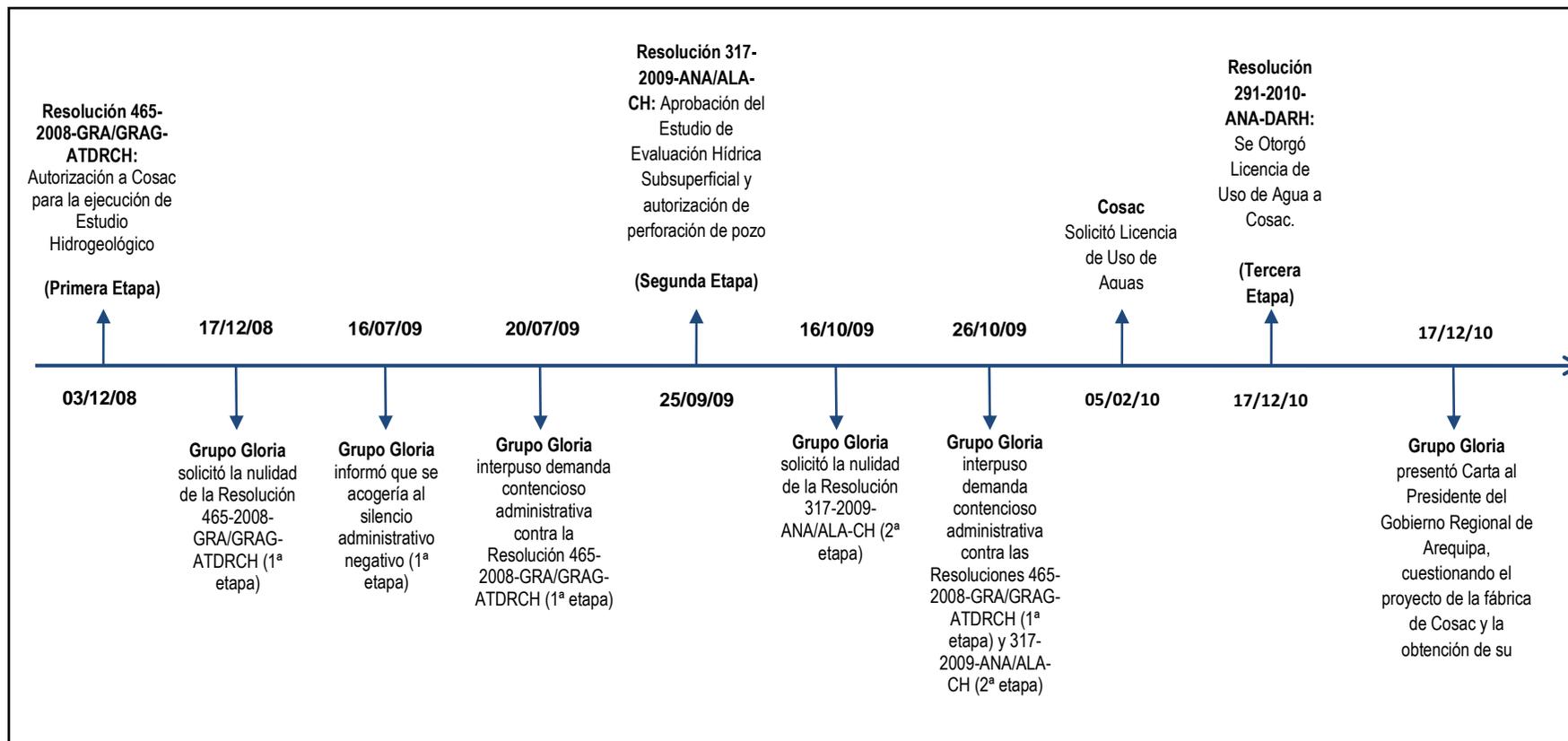


PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

Grafico 4:
Línea de tiempo: Acciones del Grupo Gloria relacionadas con la obtención de una licencia de uso de aguas por parte de Cosac



Fuente: Escritos de las empresas
 Elaboración: Secretaría Técnica

[Continúa en la siguiente página]

154. Como se puede observar, respecto de la Resolución Administrativa 465-2008-GRAG/GRAG/ATDRCH, el Grupo Gloria planteó: una solicitud de nulidad a nivel administrativo seguida de una demanda contencioso administrativa (incluyendo una solicitud de medida cautelar), y una demanda de amparo.

Asimismo, respecto de la Resolución Administrativa 317-2009-ANA/ALA-CH, el Grupo Gloria habría solicitado que se declare la nulidad y la suspensión de sus efectos, en vía administrativa y judicial (a través de una demanda de amparo).

155. Según lo indicado por Cosac, estas actuaciones carecían de justificación y podrían haber provocado un retraso o una negativa en la obtención de la licencia de uso de aguas, requisito indispensable para llevar a cabo el proyecto de instalación de la fábrica de clinker y cemento.

Cosac señaló que el mismo objetivo podría haber tenido el escrito que el 17 de diciembre de 2010 presentó el Grupo Gloria ante el Presidente del Gobierno Regional de Arequipa, mediante el cual cuestionó el otorgamiento de la licencia de uso de aguas a Cosac.

156. Como se puede observar, el Grupo Gloria planteó diversos cuestionamientos legales con la pretensión de cuestionar la obtención de Cosac de la autorización para realizar la ejecución del Estudio Hidrogeológico para San Camilo, la aprobación de dicho estudio y la correspondiente licencia de uso de aguas obtenidas por Cosac.

157. En principio, dichas actuaciones podrían haber tenido alguna capacidad de afectar el ingreso de Cosac en el mercado de producción y comercialización de cemento en la región sur. Ello, en tanto que la licencia de uso de aguas constituye un requisito indispensable para llevar a cabo el proyecto de instalación de la fábrica de clinker y cemento. Sin embargo, conforme al marco teórico, la evaluación de los posibles efectos –reales o potenciales– únicamente debe verificarse una vez acreditado el carácter abusivo de las acciones cuestionadas.

158. Al respecto, como se explica a continuación, esta Secretaría Técnica considera que no es posible afirmar que las acciones planteadas por el Grupo Gloria para cuestionar la autorización para la ejecución de estudios hidrogeológicos, la aprobación del estudio hidrogeológico y el otorgamiento de la licencia de uso de aguas (Primera, Segunda y Tercera Etapa, respectivamente), hubiesen carecido de suficiente fundamento objetivo, en el sentido de buscar obtener un pronunciamiento favorable por parte de las autoridades competentes y que, en cambio, hubiesen sido concebidos esencialmente para lesionar de manera indebida a Cosac.

159. En primer lugar, frente a la Resolución Administrativa 465-2008-GRAG/GRAG/ATDRCH (Primera Etapa), el Grupo Gloria señaló que la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili no era la autoridad competente para emitir la autorización para la ejecución de estudios hidrogeológicos. Ello, en tanto que se habría producido una modificación del

ordenamiento jurídico que regulaba los procedimientos para el otorgamiento de dichos títulos habilitantes⁸⁸.

Asimismo, el Grupo Gloria indicó que se había autorizado la ejecución de estudios hidrogeológicos por parte de Cosac sin tomar en consideración que el Grupo Gloria había solicitado previamente que se le autorice a ejecutar estudios hidrogeológicos en los mismos terrenos que los solicitados por Cosac. Por ello, según indicó el Grupo Gloria, su conducta habría tenido por finalidad defender sus legítimos intereses respecto a los referidos recursos hídricos, en torno a un presunto derecho de prelación respecto de otras solicitudes de disposición de los referidos recursos hídricos.

160. Al respecto, durante la entrevista realizada por parte de esta Secretaría Técnica al representante de la ANA, este último indicó que era habitual que se presenten oposiciones a las autorizaciones para la ejecución de estudios hidrogeológicos y para el otorgamiento de licencias de uso de aguas. Así, la denuncia del Grupo Gloria habría seguido un trámite regular, y si bien tuvo inicialmente un resultado desfavorable a dicha empresa⁸⁹, en segunda administrativa obtuvo un resultado favorable, con lo cual no es posible asumir que esta acción estuvo esencialmente dirigida a lesionar a Cosac, con independencia de los méritos sobre el fondo.

En efecto, ya en una instancia superior, mediante Resolución 800-2008-GRA/GRAG-OAJ del 15 de diciembre de 2008⁹⁰, la Gerencia Regional de Agricultura resolvió el reclamo en queja presentado por el Grupo Gloria, sustentado en el presunto trato diferenciado antes señalado⁹¹. En dicha resolución, la Gerencia Regional de Agricultura resolvió declarar fundada la queja del Grupo Gloria (así como trasladarla a la Comisión Especial de Procesos Disciplinarios para que califique el inicio de un procedimiento disciplinario contra de los funcionarios responsables Administración Técnica del Distrito de Chili). La referida Resolución señaló expresamente lo siguiente:

«[La autoridad quejada] no tomó en consideración el derecho de prelación de Gloria S.A. al haber presentado su petición de permiso de aguas subterráneas con anterioridad a Cementos Otorongo, contraviniendo el principio de imparcialidad, de celeridad y no cumplir con los deberes previstos en los incisos 1, 2, 3, 5, 7 y 8 del artículo 75 de la Ley 27444»

[Énfasis agregado]

⁸⁸ El 28 de junio de 2008 se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo 1081, Decreto Legislativo que crea el Sistema de Recurso Hídricos, mediante el cual se modificó el ordenamiento aplicable a la regulación de uso de aguas.

⁸⁹ En efecto, mediante Resolución Directoral 0267-2010-ANA-DARH del 23 de agosto de 2010, se desestima la denuncia de Gloria.

⁹⁰ Expediente, a fojas 198.

⁹¹ Cabe precisar que, de conformidad a lo señalado en la Resolución 800-2008-GRA/GRAG-OAJ, emitida por la Gerencia Regional de Arequipa el 15 de diciembre de 2008, mediante escrito del 20 de mayo de 2008, el Grupo Gloria (en particular, Gloria S.A.) solicitó a la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili que se le otorgue un permiso de uso de agua de las filtraciones de los Asentamientos 5, 6 y 7 de la Irrigación de Sana Camilo.

161. Como se puede apreciar, la Gerencia Regional de Agricultura, autoridad competente para resolver el recurso de queja formulado por el Grupo Gloria, señaló que esta empresa tenía un derecho de prelación sobre Cosac, respecto de la evaluación para la autorización de ejecución de estudios hidrogeológicos. En tal sentido, no es posible considerar razonablemente que, al cuestionar la Resolución 465-2008-GRA/GRAG-OAJ, el Grupo Gloria careciese razonablemente de fundamento objetivo, y que tuviera como objetivo esencial lesionar a Cosac de manera indebida. Por el contrario, de conformidad con lo señalado, existieron suficientes elementos para considerar que el Grupo Gloria esperaba razonablemente obtener éxito al cuestionar la Resolución 465-2008-GRA/GRAG-OAJ.

Es precisamente en razón de estas posibles contingencias que, de manera posterior a la controversia antes señalada, el Reglamento de Procedimientos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua, aprobado mediante Resolución Jefatural 579-2010-ANA, ha establecido reglas claras para resolver problemas derivados de solicitudes concurrentes para el aprovechamiento hídrico de las mismas fuentes⁹².

162. Por otro lado, considerando que los cuestionamientos a nivel administrativo y judicial del Grupo Gloria frente a la autorización para la ejecución de estudios hidrogeológicos otorgada a Cosac mediante la Resolución 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH aún se encontraban pendientes de pronunciamiento, no resulta irrazonable que dicha empresa haya cuestionado la emisión de la Resolución 317-2009-ANA/ALA-CH mediante la cual se aprobó el estudio hidrogeológico de Cosac y se autorizó emprender actividades de perforación (Segunda Etapa).

En la misma línea, habida cuenta de la Resolución 800-2008-GRA/GRAG-OAJ, antes comentada, no resulta en sí irrazonable que haya incoado la demanda de amparo contra ambas resoluciones; como no es posible asumir la falta de fundamento objetivo.

163. En tal sentido, es posible afirmar que el Grupo Gloria, al emplazar a las distintas autoridades, tuvo la expectativa de obtener un pronunciamiento favorable. En efecto, como se señaló, la Gerencia Regional de Agricultura del Gobierno

92

Reglamento de Procedimientos para el Otorgamiento de Derecho de Uso de Agua, aprobado mediante Resolución Jefatural 579-2010-ANA

Artículo 15.- Evaluación de solicitudes concurrentes

15.1 De presentarse solicitudes concurrentes, la autoridad clasificará los estudios de aprovechamiento hídrico presentados de acuerdo a las clases y tipos de usos de agua señalados en los artículos 35 y 43 de la Ley.

15.2 Si producto de la evaluación se determina que no existe disponibilidad para atender todos los proyectos, se aprobarán los estudios según lo establecido en el literal g.1 del artículo 31 del Reglamento de la Ley y los siguientes criterios establecidos en el artículo 62 del citado reglamento:

a. Primer orden de preferencia: Estudios de aprovechamiento hídrico destinados al uso poblacional.
b. Segundo orden de preferencia: Estudios de aprovechamiento hídrico destinados al uso productivo de acuerdo con el siguiente orden de prelación:
b.1 Agrario, acuícola y pesquero.
b.2 Energético, industrial, medicinal y minero.
b.3 Recreativo, turístico y transporte.
b.4 Otros usos.

15.3 En caso de concurrencia de solicitudes de proyectos de la misma clase y tipo de uso de agua, que tengan igual finalidad, serán aprobados todos aquellos estudios que cumplan con los requisitos del Reglamento.

Regional de Arequipa verificó que mediante el otorgamiento a Cosac de la autorización para la ejecución de estudios hidrogeológicos a través de la Resolución 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH (Primera Etapa) se habría vulnerado el derecho de prelación del Grupo Gloria sobre los recursos hídricos.

164. En la misma línea, resulta razonable que el Grupo Gloria haya cuestionado la Resolución 317-2009-ANA/ALA-CH (Segunda Etapa), puesto que, por un lado, la Gerencia Regional se había pronunciado a su favor al señalar que existiría un derecho de prelación vulnerado por la Resolución 465-2008-GRA/GRAG/ATDRCH (Primera Etapa), además de que aún la ANA no se había pronunciado sobre su recurso de nulidad de la referida resolución⁹³.
165. Por las mismas consideraciones, es razonable que el Grupo Gloria se haya dirigido ante el Presidente del Gobierno Regional de Arequipa para cuestionar la obtención de la licencia de uso de aguas de Cosac (Tercera Etapa) y su proyecto de instalación de la fábrica de clinker y cemento de Cosac, observando: (i) que el Grupo Gloria había presentado con anterioridad una solicitud para emprender los estudios tendientes a obtener la licencia de uso de aguas respecto de los mismos terrenos y, sin embargo, ésta no había sido atendida; y (ii) que las decisiones en materia de uso de recursos hídricos (Primera y Segunda Etapa) se encontraban judicializadas.
166. En tal sentido, a criterio de esta Secretaría Técnica, no es posible afirmar que las acciones planteadas por el Grupo Gloria estuvieron esencialmente dirigidas a perjudicar el desarrollo de la inversión de Cosac en el mercado relevante, en lo referido a la obtención de su licencia de uso de aguas. Por el contrario, los antecedentes evaluados dan cuenta que, por lo menos con relación a los cuestionamientos a la obtención de Cosac de la autorización para realizar estudios hidrogeológicos (Primera Etapa), el Gobierno Regional de Arequipa se ha pronunciado a favor de la posición del Grupo Gloria.

⁹³ Ello guarda correspondencia con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento de Procedimientos para el Otorgamiento de Licencias de Uso de Agua, aprobado mediante Resolución de Superintendencia 470-2008-INRENA-IRH, que establece una secuencia bajo la cual la existencia de un cuestionamiento al otorgamiento de la autorización para la ejecución de estudios hidrogeológicos (Primera Etapa) podría afectar la aprobación del estudio hidrogeológico y la autorización para la perforación que finalmente se otorgó a Cosac mediante la Resolución 317-2009-ANA/ALA-CH (Segunda Etapa).

Ello ha sido reconocido por la propia ANA en su Resolución 271-2010-ANA-DARH del 24 de agosto de 2010, emitida por la Dirección de Administración de Recursos Hídricos, mediante la cual se resolvió la solicitud de nulidad de la Resolución 317-2009-ANA/ALA-CH. Si bien esta decisión fue contraria al Grupo Gloria, reconoce la existencia de esta secuencia de etapas directamente relacionadas según la normativa aplicable:

«[C]onforme establece el artículo 17 del Reglamento de Procedimientos para el Otorgamiento de Licencias de Uso de Agua, los procedimientos para obtener una licencia de uso de agua subterránea son: 1) Autorización de Ejecución de Estudios Hidrogeológicos, para el aprovechamiento hídrico; 2) Aprobación de Estudio Hidrogeológico y autorización para la perforación de pozo con fines de alumbramiento de agua subterránea; 3) Otorgamiento de Licencia de Uso de Agua Subterránea, y 4) Autorización de perforación de pozo; siendo oportuno mencionar que constituyen procedimientos administrativos autónomos, preclusivos e independientes entre sí, al iniciarse cada uno de ellos, con la solicitud del interesado y culminar con la decisión de la Administración; de esa manera, para obtener una licencia de uso de agua subterránea, los administrados previamente, deberán haber obtenido primero, la Resolución que les autoriza la ejecución de estudios hidrogeológicos, y, luego de ello, obtener la Resolución que aprueba los estudios y autorice la perforación del pozo».

[Énfasis agregado]

Asimismo, considerando la estrecha relación entre las etapas necesarias para obtener una licencia de uso de aguas, a criterio de esta Secretaría Técnica, no es posible afirmar que el Grupo Gloria careciese de un cierto grado de fundamento objetivo al cuestionar las decisiones a favor de Cosac en la Segunda y la Tercera Etapa, habida cuenta de la prelación (en Primera Etapa) reconocida a su favor por el Gobierno Regional de Arequipa.

167. Por ello, en relación con los procesos legales relacionados con la obtención de una licencia de uso de aguas por parte de Cosac, esta Secretaría Técnica considera que no es posible afirmar que, en los casos en que el Grupo Gloria ha emplazado a distintas autoridades, careciese de alguna expectativa de obtener un pronunciamiento favorable.

Por el contrario, se ha podido verificar que por lo menos una autoridad se pronunció a favor de su posición en lo relativo a la prelación para la obtención de una autorización para la ejecución de estudios hidrogeológicos (Primera Etapa); lo cual, debido a la estrecha relación entre etapas, permitía al Grupo Gloria, a su vez, sustentar razonablemente sus acciones frente a la obtención, por parte de Cosac, de la aprobación de sus estudios y su licencia de uso de aguas (Segunda y Tercera Etapa).

4.3.3. Conclusión sobre el presunto carácter abusivo de los procesos legales cuestionados

168. De la revisión conjunta de las acciones y procesos legales cuestionados por Cosac, esta Secretaría Técnica considera que no es posible calificar las actuaciones del Grupo Gloria como una utilización abusiva y reiterada de procesos judiciales o procedimientos administrativos que pueda afectar indebidamente el desenvolvimiento de Cosac en el mercado de producción y venta de cemento Portland gris en la región sur del país, como consecuencia de un ejercicio fraudulento de los derechos de acción y petición.
169. En particular, esta Secretaría Técnica observa que un conjunto de autoridades han determinado que Cosac incurrió en irregularidades, o por otros fundamentos se han pronunciado desfavorablemente a ella, en la realización de obras relacionadas a la construcción o mejoramiento de una trocha carrozable y la obtención de autorización para el uso de recursos hídricos, entre otras actividades en su fase inicial de inversión para la construcción de una fábrica de cemento; fundamento objetivo que permitía al Grupo Gloria tener una expectativa de éxito razonable al emprender las acciones cuestionadas por Cosac.

Considerando que no se ha acreditado que el Grupo Gloria haya emprendido una estrategia abusiva y reiterada de procesos legales, de conformidad con el marco teórico correspondiente al abuso de procesos legales, no resulta pertinente analizar si las acciones de Grupo Gloria tuvieron como efecto perjudicar la competencia en el mercado relevante.

170. Por ello, esta Secretaría Técnica considera que la denuncia de Cosac debe declararse infundada, al no haberse acreditado un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales por parte del Grupo Gloria, de conformidad con lo establecido con los artículos 1 y 10.2 literal f) del Decreto Legislativo 1034.

V. CUESTIONES ADICIONALES

5.1. Solicitud de Gloria de imposición de una multa a Cosac por la presentación de denuncia maliciosa

171. El artículo 7 del Decreto Legislativo 807 establece que la Comisión u Oficina competente tienen facultades para sancionar con una multa de hasta 50 UIT a quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, interponga una denuncia contra alguna persona natural o jurídica atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del Indecopi, sin perjuicio de la sanción penal o indemnización por daños y perjuicios que corresponda⁹⁴.
172. Como se puede apreciar, esta norma faculta a la Comisión a sancionar a quien interponga una denuncia maliciosa. Para que proceda esta sanción, deberá acreditarse que la denuncia fue interpuesta a sabiendas de (i) la falsedad de la imputación o (ii) la ausencia de motivo razonable.

(i) La falsedad de la imputación

173. En el presente caso, Gloria no ha cumplido con acreditar que Cosac interpuso una denuncia, a sabiendas de la falsedad de sus imputaciones. En efecto, Gloria se ha limitado a señalar que Cosac habría afirmado que el Grupo Gloria interpuesto de manera abusiva y reiterada procedimientos administrativos y procesos judiciales en su contra, cuyos efectos habrían sido restringir la competencia y boicotear a Cosac en su iniciativa privada de inversión para la construcción de una fábrica de clinker y cemento en la región de Arequipa, dificultando su acceso al mercado por razones distintas a una mayor eficiencia económica; lo que, a su criterio, constituye un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.
174. A fin de sustentar su denuncia, Cosac adjunto los documentos correspondientes a los procedimientos administrativos y procesos judiciales impulsados por el Grupo Gloria. De la revisión del expediente, no se puede apreciar que exista incongruencia entre los hechos objetivos señalados por Cosac y los documentos presentados.

⁹⁴

Decreto Legislativo 807, Ley de Facultades, normas y organización del INDECOPI

Artículo 7.- (...) Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

175. Por lo tanto, en la medida en que no se ha acreditado que la denuncia fue interpuesta a sabiendas de la falsedad de las imputaciones, corresponde analizar si se ha demostrado la ausencia de motivo razonable para interponer la denuncia.

(ii) La ausencia de motivo razonable

176. En el presente caso, cabe precisar que, el hecho de que la Secretaría Técnica haya concluido en el presente Informe que no se ha acreditado la existencia de la realización de un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, no significa que Cosac no haya tenido motivo razonable para interponerla.

177. Por el contrario, mediante las Resoluciones 002-2011/ST-CLC-INDECOPÍ y 008-2013/ST-CLC-INDECOPÍ, la Secretaría Técnica decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador debido a que existían indicios razonables de que el Grupo Gloria había realizado un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales. Incluso, mediante Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPÍ, la Sala consideró que existían indicios de conductas vinculadas a elementos que inicialmente la Secretaría Técnica no había considerado en su imputación inicial.

178. Por lo tanto, considerando que tampoco se ha acreditado la ausencia de motivo razonable para interponer la denuncia, esta Secretaría Técnica considera que corresponde denegar la solicitud del Grupo Gloria para que se sancione a Cosac por la interposición de una denuncia maliciosa.

5.2. Solicitud de Gloria de imponer a Cosac las costas y costos del procedimiento administrativo

179. Mediante escrito del 5 de septiembre de 2013, Gloria solicitó que, en atención a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Legislativo 807, se condene a Cosac al pago de costas y costos del procedimiento.

180. Al respecto, el artículo 7 del Decreto Legislativo 807 establece que, en cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de los costos y costas del proceso en que haya incurrido el denunciante o el propio Indecopi⁹⁵.

181. Como se puede observar, de la norma en cuestión se desprende que el pago de los costos y las costas del procedimiento únicamente procede a favor del denunciante o del Indecopi en aquellos casos en que la Comisión declare fundada la denuncia y ordene al imputado asumirlos. En tal sentido, la Comisión

⁹⁵ **Decreto Legislativo 807**

Artículo 7.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del Artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716..

carece de facultades para ordenar el pago de los costos y costas a la parte denunciante⁹⁶.

182. Por lo tanto, en la medida que Cosac participa en el presente procedimiento en calidad de denunciante, esta Secretaría Técnica considera que corresponde declarar improcedente la solicitud formulada por Gloria para que se ordene a Cosac el pago de costas y costos del procedimiento.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

183. Del análisis conjunto de los medios probatorios que obran en el expediente y los argumentos de defensa presentados durante el presente procedimiento, esta Secretaría Técnica ha arribado a las siguientes conclusiones:

- i. De la revisión conjunta de las acciones y procesos legales cuestionados por Cosac, no es posible calificar las actuaciones del Grupo Gloria como una utilización abusiva y reiterada de procesos judiciales o procedimientos administrativos que pueda afectar indebidamente el desenvolvimiento de Cosac en el mercado de producción y venta de cemento Portland gris en la región sur del país, como consecuencia de un ejercicio fraudulento de los derechos de acción y petición.
- ii. En particular, un conjunto de autoridades han determinado que Cosac incurrió en irregularidades, o por otros fundamentos se han pronunciado desfavorablemente a ella, en la realización de obras relacionadas a la construcción o mejoramiento de una trocha carrozable y la obtención de autorización para el uso de recursos hídricos, entre otras actividades en su fase inicial de inversión para la construcción de una fábrica de cemento; fundamento objetivo que permitía al Grupo Gloria tener una expectativa de éxito razonable al emprender las acciones cuestionadas por Cosac.
- iii. Considerando no se ha acreditado que el Grupo Gloria haya emprendido una estrategia abusiva y reiterada de procesos legales, de conformidad el marco teórico, no resulta pertinente analizar si las acciones de Grupo Gloria tuvieron como efecto perjudicar la competencia en el mercado relevante.
- iv. No se ha acreditado que la denuncia de Cosac haya sido interpuesta a sabiendas de (i) la falsedad de la imputación o (ii) la ausencia de motivo razonable. Por el contrario, los documentos aportados por Cosac guardan coherencia con su denuncia y, además, la Secretaría Técnica y la Sala consideraron que existían indicios razonables de que el Grupo Gloria había cometido un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.
- v. Atendiendo a lo establecido en el artículo 7 del Decreto Legislativo 807 y considerando que Cosac participa en el presente procedimiento en calidad

⁹⁶ Al respecto, ver la Resolución 022-2010/CLC-INDECOPI emitida en el Expediente 013-2007/CLC.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

de denunciante, corresponde declarar improcedente la solicitud formulada por Gloria para que se ordene a Cosac el pago de costas y costos del procedimiento.

184. En tal sentido, esta Secretaría Técnica recomienda a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia lo siguiente:

- i. Declarar infundada la denuncia de Cementos Otorongo S.A.C. en contra de Gloria S.A. y Yura S.A., por un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales por parte del Grupo Gloria, de conformidad con lo establecido con los artículos 1 y 10.2 literal f) del Decreto Legislativo 1034.
- ii. Denegar la solicitud de Gloria S.A. para que se sancione a Cementos Otorongo S.A.C. por la supuesta interposición de una denuncia maliciosa.
- iii. Declarar improcedente la solicitud formulada por Gloria S.A. para que se ordene a Cementos Otorongo S.A.C. el pago de costas y costos del procedimiento.

José Luis Flores Urruchi

Especialista 1
Comisión de Defensa de la Libre
Competencia

Cristhian Flores Angulo

Analista Económico
Comisión de Defensa de la Libre
Competencia

David Fernández Flores

Analista Legal
Comisión de Defensa de la Libre
Competencia

Humberto Ortiz Ruiz

Secretario Técnico (*ad hoc*)
Comisión de Defensa de la Libre
Competencia