



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0139-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2021/CLC

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
DENUNCIANTE : ESMERALDA CORP S.A.C.
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO
PROCEDENCIA
ACTIVIDAD : GENERACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA
ELÉCTRICA

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 006-2022/DLC-INDECOPI del 22 de febrero de 2022, mediante la cual la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia declaró improcedente la denuncia interpuesta por Esmeralda Corp S.A.C contra Luz del Sur S.A.A. por un presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada al pedido de ampliación de potencia y de aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, supuestos infractores previstos, respectivamente, en los literales a) y b) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo 030-2019-PCM.

Con relación a la presunta aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, el fundamento es que, al revisar la denuncia y la información recabada en las indagaciones preliminares no se advierte la existencia de indicios razonables referidos a que la denunciada habría brindado un tratamiento diferenciado a los usuarios regulados que migraban al mercado de usuarios libres y contrataban el suministro de energía eléctrica con Luz del Sur S.A.A., frente a los usuarios que efectuaban la referida migración y contrataban con otro suministrador, como sería el caso de Esmeralda Corp S.A.C. Por ende, corresponde declarar improcedente este extremo de la denuncia.

Respecto a la presunta negativa injustificada de acceder al pedido de ampliación de potencia, los hechos denunciados por Esmeralda Corp S.A.C. se refieren a que Luz del Sur S.A.A. no habría atendido su solicitud para incrementar la potencia de uno de sus suministros. Sin embargo, dicha clase de controversia se encuentra prevista en el marco regulatorio del sector energía, a través de los mandatos de conexión a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (conforme al procedimiento normado en la Resolución de Consejo Directivo 091-2003-OS/CD) y, por tanto, las disposiciones regulatorias pertinentes contienen las reglas aplicables a lo planteado por la denunciante. Inclusive, con relación al pedido de ampliación de potencia de la denunciante, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería emitió un mandato de conexión a su favor mediante la Resolución de Consejo Directivo 254-2016-OS/CD del 10 de noviembre de 2016, el cual fue acatado por Luz del Sur S.A.A.



Por tanto, corresponde declarar improcedente este extremo de la denuncia en aplicación del principio de supletoriedad de las disposiciones en materia de libre competencia ante la regulación en materia de servicios públicos, específicamente diseñada para abordar determinadas controversias entre los agentes que participan en tales mercados.

Lima, 26 de septiembre de 2022

I. ANTECEDENTES

1. El 17 de septiembre de 2021¹, Esmeralda Corp S.A.C. (en adelante Esmeralda) interpuso una denuncia contra Luz del Sur S.A.A. (en adelante Luz del Sur) por un supuesto abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada de acceder al pedido de ampliación de potencia efectuado por Esmeralda y en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, conductas tipificadas en los literales a) y b) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas aprobado por Decreto Supremo 030-2019-PCM (en adelante el TUO de la LRCA)².
2. Al respecto, la denunciante señaló lo siguiente:
 - a. Hechos denunciados
 - (i) Esmeralda suscribió tres (3) Contratos de Suministro de Servicio Público (incluyendo a sus tres puntos de suministro: 1454791, 344089 y 1518819) como usuario regulado de energía eléctrica con Luz del Sur, para la realización de sus actividades en la industria alimentaria.

¹ Complementado por escrito del 5 de octubre de 2021, el cual fue presentado en respuesta a la Carta 303-2021/DLC-INDECOPI del 1 de octubre de 2021, remitida por la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia.

² **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

(...)

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

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

(...)



- (ii) Debido al incremento en el consumo de energía de Esmeralda en uno de sus puntos de suministro (llegando a superar la cantidad de 2,500 kW en el suministro 1454791³), el 18 de marzo de 2015, Luz del Sur le envió una comunicación manifestando que en dicho suministro debía pasar a la condición de usuario libre, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3.3 del Decreto Supremo 022-2009-EM, Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad (en adelante, Reglamento de Usuarios Libres). Para tales efectos, Luz del Sur le solicitó iniciar los trámites correspondientes para el aumento de carga y el cambio de condición de su suministro, debiendo indicar los nuevos valores de potencia que demandará su planta industrial.
- (iii) El 18 de agosto de 2015, Luz del Sur le planteó firmar un contrato de usuario libre para sus tres (3) puntos de suministro⁴. Dentro de dicha propuesta se recogían las potencias registradas en sus tres (3) puntos de suministro (4,406.1 kW en total) y la potencia límite que Luz del Sur le proponía contratar (5,000 kW).
- (iv) El 16 de septiembre de 2015, Esmeralda envió una carta notarial a Luz del Sur⁵, manifestándole que procedería a cambiar de condición de usuario regulado a usuario libre respecto de sus tres (3) puntos de suministro. Asimismo, la denunciante comunicó que resolvía de pleno derecho los tres (3) contratos suscritos con Luz del Sur para proveer energía a dichos suministros, pues se trataban de contratos reservados para el mercado regulado. En atención a ello, Esmeralda suscribió un contrato de suministro de energía con Engie Energía Perú S.A. (en adelante, Engie)⁶ en septiembre de 2015, en el cual se contempló como fecha de inicio de suministro el 1 de octubre de 2015.
- (v) Luego de recibir la carta notarial de Esmeralda, Luz del Sur cambió su posición e interpretó que la condición de usuario libre únicamente correspondería a uno de sus puntos de suministro (mencionado en la comunicación del 18 de marzo de 2015). Así, por carta del 18 de septiembre de 2015⁷, Luz del Sur informó a Esmeralda que los otros dos

³ De acuerdo con el artículo 3.3 del Reglamento de Usuarios Libres, aprobado por Decreto Supremo 022-2009-EM, los usuarios regulados cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro sea mayor a 2,500 kW tendrán la condición de usuarios libres, por lo que no se encuentran sujetos a regulación de precios por la energía o potencia que consumen y pueden contratar el suministro de energía eléctrica con cualquier generador o distribuidor.

⁴ Ver Anexo 1-E del escrito de denuncia.

⁵ Ver Anexo 1-F del escrito de denuncia.

⁶ Antes EnerSur S.A.

⁷ Ver Anexo 1-G del escrito de denuncia.



- (2) suministros (344089 y 1518819) se encontraban sujetos al plazo de preaviso de un (1) año previsto en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres⁸ y que no era procedente el cambio de condición de tales suministros, al no haberse formalizado dicho preaviso.
- (vi) Al haber superado el nivel de demanda de 2,500 kW en uno de sus suministros (1454791) tenía el derecho a migrar al mercado de usuarios libres en sus tres (3) puntos de suministro, en tanto se trata del mismo usuario (Esmeralda). Esta situación fue reconocida por Luz del Sur al momento de proponer y negociar la suscripción de un contrato por 5,000 kW como usuario libre.
- (vii) Luz del Sur siguió emitiendo recibos por los dos (2) puntos de suministro que, a criterio de dicha empresa, continuaban en el mercado de usuarios regulados.
- (viii) El 21 de octubre de 2015, Esmeralda solicitó a Luz del Sur: (a) ampliar la potencia conectada en su primer punto de suministro (1454791) a 5,000 kW, a fin de dejar de demandar electricidad en los otros dos (2) puntos de suministro; y, (b) dar de baja estos dos (2) puntos de suministro⁹. Sin embargo, Luz del Sur no atendió dicho requerimiento.
- (ix) Frente a la negativa de Luz del Sur, el 12 de octubre de 2016, Esmeralda solicitó al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante Osinergmin) que dicte un mandato de conexión a su favor. Mediante Resolución de Consejo Directivo 254-2016-OS/CD del 10 de noviembre de 2016, el Osinergmin emitió un mandato de conexión a favor de Esmeralda, a fin de que se efectúe el incremento de potencia solicitado, señalando que Luz del Sur no adecuó sus instalaciones para realizar el incremento de potencia y que debió haberlo realizado en los plazos establecidos por el Decreto Supremo 020-97-EM, que aprueba la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos¹⁰.

⁸ **DECRETO SUPREMO 022-2009-EM. REGLAMENTO DE USUARIOS LIBRES DE ELECTRICIDAD**
Artículo 4.- Requisitos y condiciones

El cambio de condición sólo puede ser efectuado a solicitud expresa del Usuario manifestada por escrito. El cambio de condición se hará efectivo en la fecha señalada por el Usuario una vez cumplidos los siguientes requisitos:

4.1 El Usuario comunicará por escrito a su Suministrador actual, con copia a su Suministrador futuro, de ser el caso, su voluntad de cambiar de condición, con una anticipación no menor a un (01) año a la fecha que señale para que se haga efectivo el cambio de condición.

(...)

⁹ Ver Anexo 1-H del escrito de denuncia.

¹⁰ Ver Anexo 1-I del escrito de denuncia.



- (x) Desde octubre de 2015 a marzo de 2017 (periodo en el que Luz del Sur negó la condición de usuario libre de Esmeralda y era evaluada la solicitud de mandato de conexión presentada por Esmeralda al Osinergmin), la denunciada continuó facturando electricidad a Esmeralda por los otros dos (2) suministros, emitiendo facturas por un total de S/ 2'237,607.90. Al respecto, Esmeralda remitió cartas a Luz del Sur a través de las cuales devolvió los recibos emitidos por los consumos de dichos suministros¹¹.
- (xi) Luz del Sur persistió en cobrar a Esmeralda las facturas de octubre de 2015 a noviembre de 2016 más intereses e incluso la amenazaba con cortar el suministro eléctrico en los dos (2) puntos (344089 y 1518819) en caso las facturas no fuesen canceladas¹². Al respecto, el 18 de julio de 2016, el Osinergmin remitió una carta a Esmeralda indicándole que, de conformidad con el Reglamento de Solución de Controversias del Osinergmin, Luz del Sur no podía efectuar cortes o suspensiones del suministro por causas vinculadas al objeto de la controversia con Esmeralda.
- (xii) El 9 de septiembre de 2021, Luz del Sur insistió con el pago de los dos (2) suministros de energía eléctrica, durante el periodo de octubre 2015 a noviembre de 2016, por un monto de S/ 3'109,887.63 (al haber agregado intereses compensatorios y moratorios).

b. Posición de dominio de Luz del Sur

- (i) Luz del Sur tiene una posición de dominio en el mercado de suministro de energía eléctrica, debido a que cuenta con la concesión por parte del Estado peruano para ser el único distribuidor de energía eléctrica (monopolio) respecto a una zona geográfica específica del país.
- (ii) Dentro de la zona de concesión correspondiente a Luz del Sur, se encuentra el distrito de San Juan de Miraflores, provincia y departamento de Lima, donde se ubica el predio de Esmeralda¹³.

c. Sobre la supuesta aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes

¹¹ Ver Anexo 1-J del escrito de denuncia.

¹² Ver Anexo 1-K del escrito de denuncia.

¹³ Adicionalmente, Esmeralda indicó que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia señaló, en la Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI, que Luz del Sur tiene la concesión de la actividad de distribución y comercialización de energía, calificándola incluso como un monopolio.



- (i) En un primer momento, Luz del Sur ofreció tratarla como usuario libre en sus tres (3) puntos de suministro siempre que la mantuviera como distribuidora; sin embargo, al tomar conocimiento de que Esmeralda contrató con Engie, Luz del Sur cambió su posición y le dio el tratamiento de usuario libre únicamente en el punto de suministro 1454791, mientras que en los otros dos (2) puntos de suministro le dio el tratamiento de usuario regulado, con condiciones más onerosas.
- (ii) Este cambio en la conducta de Luz del Sur no solo sería contrario a sus propios actos, sino a la legislación aplicable al momento de la controversia, pues la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (en adelante, Ley 28832) y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad definen al usuario como un sujeto. En ese sentido, la migración al mercado de usuarios libres se efectúa respecto del usuario (Esmeralda) y no por cada punto de suministro.
- (iii) A partir del cambio de tratamiento de Luz del Sur, esta comenzó a cobrar a Esmeralda importes adicionales como si tuviese la condición de usuario regulado, colocándola en una situación desventajosa ya que estaría obligándola a pagar dos (2) veces por el mismo servicio o, en su defecto, la estaría coaccionando para que no cambie de proveedor de energía. Dichos cobros colocarían a Esmeralda en una situación de desventaja frente a sus competidores, debido a que estaría encareciendo la ejecución de sus actividades por cobros que no corresponden a un servicio contratado con Luz del Sur.
- (iv) En ese sentido, Luz del Sur estaría buscando obtener beneficios de manera injustificada en el marco de la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, ya que no tiene derecho alguno para considerar a Esmeralda como usuario regulado, cuando esta empresa es cliente –en calidad de usuario libre– de Engie.
- (v) Mediante carta del 13 de junio de 2016, notificada en el día siguiente a Luz del Sur, Esmeralda le solicitó las comunicaciones de preaviso de ciertas empresas que habrían celebrado contratos de suministro como usuarios libres con Luz del Sur y cuyos puntos de suministro no llegarían a consumir 2,500 kW, por lo que -en principio- se encontrarían sujetas al plazo de preaviso de un (1) año para cambiar de condición¹⁴. Sin embargo,

¹⁴ En el Anexo 1-P de su denuncia, se observa que Esmeralda solicitó a Luz del Sur las comunicaciones de preaviso de las siguientes empresas:

- A.W. Faber Castell Peruana S.A.
- Industrias Nettelco S.A.
- IBM del Perú S.A.C.
- Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C.



Luz del Sur no accedió a dicha solicitud. Además, Esmeralda indicó que varios de dichos clientes habrían suscrito contratos de suministro como usuarios libres con Luz del Sur por una potencia superior a 2,500 kW, dividida en varios puntos de suministro, lo que denotaría un claro supuesto de discriminación, pues en su caso Luz del Sur consideró la demanda por cada punto de suministro.

- (vi) Esmeralda indicó que sufrió un corte del suministro eléctrico el 13 de noviembre de 2016, remitiendo un reclamo a Luz del Sur vía correo electrónico. Al respecto, Luz del Sur indicó que el motivo habría sido un siniestro que produjo la caída de un poste de alta tensión cercano al predio de Esmeralda. No obstante, pudo comprobar que los inmuebles ubicados en sus inmediaciones sí tenían energía.
- (vii) Esmeralda se comunicó nuevamente con Luz del Sur vía correo electrónico buscando una explicación, frente a lo cual, la distribuidora indicó que se encontraba experimentando “limitaciones técnicas” por las cuales los clientes no podían ser abastecidos de energía eléctrica, sin explicar cómo el resto de inmuebles ubicados en las inmediaciones del predio de Esmeralda sí contaban con electricidad y por qué, ante un evento extraordinario, Luz del Sur habría suministrado energía solo a sus clientes directos¹⁵.

d. Sobre la supuesta negativa injustificada a la solicitud de incremento de potencia de Esmeralda

- (i) Luz del Sur se negó sin motivo o justificación alguna a acceder a la solicitud de incremento de potencia formulada por Esmeralda el 21 de octubre de 2015, con la finalidad de evitar que la empresa pueda consumir toda la energía desde el punto de suministro abastecido por Engie. Ello motivó que acuda al Osinergmin para que expida un mandato de conexión a su favor.

e. Sobre el supuesto efecto anticompetitivo de las conductas denunciadas por Esmeralda

-
- Industria Gráfica Cimagraf S.A.C.
 - Laive S.A.
 - Confecciones Lancaster S.A.
 - Tejidos Jorgito S.A.C.
 - Ideas Textiles S.A.C.
 - Industrial Hilandera S.A.C.
 - Algodonera Peruana S.A.C.
 - Corporación Turística Peruana S.A.C.
 - Inmobideas S.A.C.
 - Trastiendas Integradas S.A.C.

¹⁵ Ver Anexo 1-Q del escrito de denuncia.



- (i) Luz del Sur continuó emitiendo recibos mensuales por los dos (2) puntos de suministro que, a su criterio, continuaban en régimen de usuario regulado. Además, habría amenazado a Esmeralda con el corte del suministro en caso no pague los supuestos montos adeudados.
 - (ii) El monto presuntamente adeudado a Luz del Sur constituiría un claro desincentivo en contra de Esmeralda para contratar con cualquier otro proveedor de energía, configurándose el potencial beneficio anticompetitivo que determina una conducta exclusoria.
 - (iii) Respecto de la negativa injustificada de la solicitud de incremento de potencia, Luz del Sur estaría generando un perjuicio anticompetitivo, al dificultar la permanencia de otro proveedor (Engie) en el predio de Esmeralda, a pesar de que suscribieron un contrato.
 - (iv) Luz del Sur sostuvo que Esmeralda continuaba como usuario dentro de la franja de elección en relación con dos (2) de los tres (3) puntos de suministro que tenía en su predio y que, por tanto, estaba sujeta al preaviso de un (1) año para el cambio de calidad de usuario, así como a los demás requisitos establecidos en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad¹⁶.
3. Mediante Oficio 045-2021/DLC-INDECOPI del 10 de noviembre de 2021, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, la Dirección) solicitó al Osinergmin información sobre las implicancias de la agrupación de suministros en el marco de una negociación hipotética entre una empresa distribuidora y un usuario regulado para la migración de este último al mercado libre¹⁷.
 4. Por Oficio 2604-2021-OS-DSE recibido el 19 de noviembre de 2021, el Osinergmin atendió la solicitud detallada precedentemente, indicando que, si la demanda de un punto de suministro ha superado los 2,500 kW, este adquiere la condición de usuario libre, mientras que, si el punto de suministro tiene una demanda anual máxima comprendida entre 200 y 2,500 kW, puede optar por la condición de usuario libre, cumpliendo con lo establecido en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres.

¹⁶ En el Anexo 1-O del escrito de denuncia, Esmeralda adjuntó la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias 07-2021-OS/TSC-98 del 26 de abril de 2021, respecto del cambio de condición de usuario regulado a libre y la exigencia del requisito de preaviso cuando el consumo del usuario se encuentra en la franja de elección.

¹⁷ Mediante Oficio 046-2021/DLC-INDECOPI del 10 de noviembre de 2021, la Dirección formuló la misma solicitud de información al Ministerio de Energía y Minas. Sin embargo, dicha entidad no atendió el requerimiento de información.



5. Mediante Resolución 032-2021/DLC-INDECOPI del 16 de diciembre de 2021, la Dirección decidió ampliar el plazo para la calificación de la denuncia presentada por Esmeralda, por un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles adicionales, conforme a lo previsto en el artículo 20 del TUO de la LRCA¹⁸.
6. Por Resolución 006-2022/DLC-INDECOPI del 22 de febrero de 2022, la Dirección declaró improcedente la denuncia interpuesta por Esmeralda contra Luz del Sur. En consecuencia, la Dirección decidió no iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de esta última empresa, al no haberse constatado la existencia de indicios razonables sobre las infracciones denunciadas. En sustento de su pronunciamiento, la Dirección señaló lo siguiente:
- (i) El **mercado relevante** se encuentra constituido por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2,500 kW en el área de concesión de Luz del Sur. Considerando que dicha empresa ostenta el 100% de participación en dicho mercado, se concluye que, al momento de los hechos denunciados (entre 2015 y 2021), Luz del Sur ha ostentado posición de dominio en el mercado relevante.
 - (ii) La conducta analizada implicaría un presunto aprovechamiento de Luz del Sur de la condición de exclusividad que ostenta en el mercado relevante, para mantener, de forma presuntamente indebida, clientes que adoptan la condición de usuarios libres. En ese sentido, si bien la conducta denunciada se realizaría en el mercado relevante, tendría efectos sobre la competencia entre las empresas de generación y Luz del Sur por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que cambian de condición a usuarios libres dentro del área de concesión de Luz del Sur. En conclusión, el **mercado afectado** sería el suministro de energía eléctrica a los usuarios libres dentro del área de concesión de Luz del Sur.
 - (iii) En relación con la supuesta **negativa injustificada** de incremento de potencia solicitado por Esmeralda a Luz del Sur, en aplicación del principio de supletoriedad¹⁹, no corresponde emitir un pronunciamiento al

¹⁸ **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 20.- Actuaciones previas a la admisión a trámite por denuncia de parte

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

¹⁹ En este punto, la Dirección precisó que la aplicación del TUO de la LRCA queda subordinada a la existencia de una norma específicamente diseñada para permitir, regular o prohibir una conducta determinada, en particular, cuando



respecto, toda vez que la regulación específicamente diseñada para el sector eléctrico ha establecido que el Osinergmin sea la autoridad competente para resolver este tipo controversias, que involucran posibles vulneraciones a la normativa a la que están sujetas las empresas reguladas como Luz del Sur. Más aún, el Osinergmin atendió la solicitud de Esmeralda mediante la Resolución 254-2016-OS/CD y, en consecuencia, Luz del Sur cumplió con efectuar el incremento de potencia solicitado.

- (iv) En relación con la supuesta **aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes**, la alegada negativa de Luz del Sur de respetar la condición de “usuario libre único” sobre el conjunto de puntos de suministro de Esmeralda no podría atribuirse a un tratamiento discriminatorio e injustificado, pues de acuerdo con lo expresamente resuelto por el Tribunal del Osinergmin mediante la Resolución 007-2021-OS/TSC-98 del 26 de abril de 2021, cada punto de suministro debe recibir el tratamiento de un usuario independiente y su condición dependerá de las demandas de dichos puntos, individualmente considerados (conforme al artículo 8 de la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento). De esta manera, el cumplimiento del marco normativo aplicable no podría ser atribuido a una conducta discriminatoria, pues Luz del Sur no estaba en capacidad de actuar de manera distinta.
- (v) La configuración de un abuso de posición de dominio exige que los elementos de análisis se presenten de manera concurrente. En ese sentido, al no detectarse indicios razonables de una negativa injustificada o de la aplicación de condiciones discriminatorias injustificadas por parte de Luz del Sur en contra de Esmeralda, no corresponde continuar con el análisis en ninguno de estos extremos denunciados.
- (vi) No se verifican indicios razonables de que Luz del Sur hubiese incurrido en un abuso de posición de dominio a través de: (a) una negativa injustificada del incremento de potencia para un punto de suministro de Esmeralda; ni de (b) una aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, consistentes en la alegada inclusión de diversos puntos de suministro en la oferta de migración para que los usuarios regulados pasen a tener la condición de clientes libres, dependiendo de si estos decidieran continuar contratando con la empresa denunciada o con un competidor.

existe una autoridad con competencias expresas para supervisar su cumplimiento o sancionar su vulneración (como es el caso de los organismos reguladores de los servicios públicos). En estos casos - alega la Dirección- las disposiciones sobre libre competencia tendrá un carácter supletorio, esto es, aplicable a situaciones no previstas en tal normativa especial.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0139-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2021/CLC

7. El 17 de marzo de 2022, Esmeralda interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 006-2022/DLC-INDECOPI, señalando lo siguiente:
- (i) La Comisión ha incurrido en omisión de funciones, pues le corresponde velar por el cumplimiento del TUO de la LRCA. El hecho de que el procedimiento sancionador se inicie por una denuncia, no “privatiza” su condición²⁰. Lo que corresponde a la autoridad es verificar si Luz del Sur realiza o no los tipos infractores que la ley de la materia ha considerado como nocivos para el mercado.
 - (ii) Los hechos denunciados ponen en evidencia que Luz del Sur desarrolló conductas vinculadas a capturar a un cliente (Esmeralda), que por su nivel de consumo tenía el derecho a acumular todo su consumo en un único suministro y, consecuentemente, tener la oportunidad de acceder libremente a la competencia en precios en el ofrecimiento de dicho suministro eléctrico por otras empresas (como Engie).
 - (iii) La calificación de las conductas abusivas de Luz del Sur -que tienen un efecto directo en sus potenciales competidores, con efecto excluyente en perjuicio de estos últimos- corresponde a la autoridad, con independencia que se haya iniciado el procedimiento por denuncia de parte. Incluso, se deben suplir las deficiencias y errores que pudieran existir en la denuncia.
 - (iv) El mercado afectado es la distribución de energía eléctrica. Es un único mercado donde la forma de acceso al servicio depende del consumo del cliente (hasta 200 kW, es regulado; por encima de 2,500 kW, es libre). La autoridad se equivoca cuando señala que el mercado relevante es la prestación del servicio de electricidad a los usuarios regulados.
 - (v) La existencia de una regulación sectorial y un regulador puede ser válidamente una razón para que la autoridad de competencia no intervenga, pero únicamente cuando dicho regulador tenga incidencia en la sanción o represión de la conducta anticompetitiva denunciada. En el presente caso, la conducta denunciada es una maniobra para afectar la competencia, evitando que un cliente “capturado” obtenga otro proveedor de suministro eléctrico y que tiene un efecto excluyente respecto de los oferentes de electricidad a usuarios libres. Esta acción no tiene que ver con la regulación sectorial de la distribución de electricidad.
 - (vi) Si el argumento de la Dirección fuera válido, significaría que en este mercado regulado no existe la posibilidad de aplicación del TUO de la LRCA. Debe tener en cuenta que el Osinergmin no es competente en

²⁰ La apelante hace referencia a que, independientemente de que se presente una denuncia de parte, el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio.



esta materia, según lo expresado en la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias 07-2021-OS/TSC-98 del 26 de abril de 2021²¹.

- (vii) Se debe privilegiar la “primacía de la realidad” que obliga a la autoridad a perseguir los hechos infractores, independientemente del ropaje formal que pudieran utilizar para lograr sus objetivos.
- (viii) En cuanto a la modalidad de condiciones desiguales (discriminación) denunciada, Luz del Sur ofreció a Esmeralda ser usuario libre para sus tres puntos de suministro, pero luego retiró su calificación inicial, al intentar contratar a un competidor de Luz del Sur. Si bien el Osinergmin ya declaró que dos (2) de los tres (3) puntos de conexión (344089 y 1518819) corresponden al mercado de usuarios regulados; existe un trato diferente a Esmeralda frente a otros clientes regulados, que pasaron a ser usuarios libres al contratar el suministro de energía con Luz del Sur.
- (ix) El trato diferente de Luz del Sur se resume en lo siguiente: *“si contratas conmigo, eres usuario libre; si no lo haces, entonces te aplico la ley, no te exoneró del plazo de preaviso para cambiar de condición de usuario regulado a libre, y de tus tres puntos, solo uno cumple la condición de libre, los otros dos son regulados”,* mientras tanto *“te dificulto el acceso a la potencia y te cobro por un consumo que, aunque has manifestado no querer seguir recibiendo de Luz del Sur, al haber resuelto los contratos, me niego a ampliar la potencia en el punto de conexión 1454791 incuestionablemente de usuario libre y te obligo a recibirlo de mí”*.
- (x) En cuanto a la modalidad de negativa injustificada de trato, consistente en no brindar la ampliación de la potencia para el punto de conexión 1454791 (usuario libre), el Osinergmin ya se pronunció sobre tal conducta declarándola ilícita. Adicionalmente, ello es parte de una estrategia exclusoria para evitar que Esmeralda contratara con un competidor de Luz del Sur (Engie).
- (xi) La autoridad no se ha pronunciado acerca de que, como consecuencia de toda esta situación, Luz del Sur continuó emitiendo recibos por un servicio ficto en dos puntos de conexión (344089 y 1518819) que la propia Esmeralda solicitó sean suspendidos en octubre de 2015.

²¹ Resolución emitida en el marco del procedimiento tramitado en el Expediente 98-2015-TSC-OSINERGMIN (SIGED 201500138947). En dicho procedimiento, Esmeralda planteó como pretensión principal que se le reconozca el carácter de usuario libre y que, debido a ello, no se le requiera el preaviso de cambio de condición (aplicable exclusivamente a los usuarios cuyo consumo se encuentre en la franja de elección).

El Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin desestimó la solicitud de Esmeralda y, adicionalmente, dispuso que se ponga en conocimiento del Indecopi lo desarrollado en tal procedimiento a fin de que evalúe lo actuado y determine si se ha incurrido en una infracción a las normas que regulan la libre competencia.



- (xii) Se afecta el principio de predictibilidad o confianza legítima respecto del criterio adoptado en la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI, a través de la cual, la Comisión sancionó a otra empresa prestadora de servicios eléctricos por una conducta similar a la expuesta en este caso.
- (xiii) Solicitó que se le conceda el uso de la palabra en una audiencia de informe oral ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala).
8. El 22 de agosto de 2022, Esmeralda solicitó a la Sala que tenga en consideración lo resuelto en la Resolución 094-2022/SDC-INDECOPI del 30 de junio de 2022 que sancionó a Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (en adelante Seal) por abuso de posición de dominio en la modalidad de la aplicación injustificada de trato diferenciado para prestaciones equivalentes. Al respecto, sostiene que los hechos del caso en mención serían idénticos a los del presente procedimiento, por lo que debe aplicarse el criterio contenido en la referida resolución. Asimismo, reiteró su pedido de uso de la palabra en una audiencia de informe oral ante la Sala.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

9. En atención a los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala determinar lo siguiente:
- (i) si corresponde otorgar a Esmeralda el uso de la palabra en una audiencia de informe oral; y,
 - (ii) si corresponde confirmar o no la Resolución 006-2022/DLC-INDECOPI que declaró la improcedencia liminar de la denuncia interpuesta por Esmeralda contra Luz del Sur.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Sobre la solicitud de informe oral

10. En su escrito de apelación, reiterado mediante escrito del 22 de agosto de 2022, Esmeralda solicitó que se le conceda el uso de la palabra en una audiencia de informe oral ante la Sala.
11. Al respecto, el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi (en adelante Decreto Legislativo 1033) señala que la Sala podrá denegar la solicitud de audiencia de informe oral mediante una



decisión fundamentada²², por lo que la citación a informe oral constituye una potestad y no una obligación a cargo de la autoridad administrativa.

12. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorio del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación”*²³.
13. En el presente caso, la Sala cuenta con los elementos de juicio necesarios para resolver la cuestión en discusión: (i) la denuncia y escritos complementarios presentados por Esmeralda; (ii) los argumentos de apelación planteados por esta empresa contra la Resolución 006-2022/DLC-INDECOPI; y, (iii) el marco jurídico pertinente para abordar el asunto vinculado con la procedencia la denuncia de Esmeralda frente a Luz del Sur.
14. Complementariamente a lo antes señalado, es importante resaltar que la controversia en este caso consiste en determinar la procedencia o no de la denuncia, por ende, la evaluación se circunscribe a constatar si lo presentado por Esmeralda tiene mérito suficiente para cumplir los requisitos legales que permitan admitir a trámite su denuncia por conductas anticompetitivas (incluyendo, para tales efectos, los elementos recabados por la Dirección en sus actuaciones previas). En consecuencia, este Colegiado considera que no es necesario convocar a una audiencia de informe oral en el presente caso, por lo que se deniega la solicitud formulada por Esmeralda.

22

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

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

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

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

23

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA SOBRE EL EXPEDIENTE 01147-2012-PA/TC

“(…)”

Sobre el particular es importante precisar que el recurrente cuestiona el hecho de que se le haya privado o impedido ejercer su derecho de defensa por medio del informe oral; sin embargo, ello no constituye una vulneración de este derecho constitucional toda vez que no significó un impedimento para el ejercicio del derecho de defensa del recurrente, ya que este Colegiado en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado a este respecto manifestando que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación. En consecuencia, no se ha producido vulneración alguna del derecho constitucional de defensa del recurrente. Por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado en aplicación, a contrario sensu, del artículo 2º del Código Procesal Constitucional.

(…)”



III.2. Delimitación de la controvertida en apelación

15. En la denuncia presentada por Esmeralda contra Luz del Sur por presunto abuso de posición de dominio, se cuestionaron las siguientes conductas:
 - (i) Luz del Sur se habría negado injustificadamente a incrementar la potencia para un punto de suministro, conforme lo había solicitado por Esmeralda. Dicha presunta infracción estaría tipificada en el literal a) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.
 - (ii) Luz del Sur habría aplicado condiciones desiguales para prestaciones equivalentes²⁴, lo cual estaría tipificado en el literal b) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.
16. Mediante Resolución 006-2022/DLC-INDECOPI, la Dirección decidió no admitir a trámite la denuncia antes reseñada, debido a que consideró que Esmeralda no habría presentado indicios suficientes de las conductas alegadas.
17. Al revisar el recurso de apelación, se aprecia que la recurrente, entre otros aspectos²⁵, ha cuestionado fundamentalmente que -a su criterio- el órgano instructor no habría evaluado correctamente su denuncia respecto a las conductas detalladas en los puntos (i) y (ii) del numeral 15 del presente pronunciamiento.
18. En consecuencia, a continuación, la Sala evaluará los argumentos de hecho y de derecho presentados por Esmeralda respecto a las presuntas infracciones mencionadas en el numeral anterior, pues el agravio presuntamente generado por el acto administrativo apelado está relacionado con la declaración de improcedencia de la denuncia presentada sobre tales extremos.

III.2 Sobre la presentación de indicios razonables de la infracción para admitir a trámite una denuncia en el marco del TUO de la LRCA

19. De conformidad con lo previsto en el artículo 18.1 del TUO de la LRCA²⁶, el

²⁴ En particular, de acuerdo con la denuncia, Luz del Sur habría aplicado un tratamiento discriminatorio a los usuarios regulados que migraban al mercado de usuarios libres y que contrataron el suministro de energía eléctrica con la denunciada, a diferencia del tratamiento que aplicaba a los usuarios que efectuaban la referida migración y contrataban con otro suministrador (como sería el caso de Esmeralda).

²⁵ Como las precisiones relacionadas con el mercado afectado. Para mayor detalle revisar el punto (iv) del numeral 7 del presente pronunciamiento.

²⁶ **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento



procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Secretaría Técnica (actualmente, la Dirección)²⁷ o por denuncia de parte.

20. Por su parte, el artículo 19 del TUO de la LRCA²⁸ establece que la denuncia de parte por la presunta comisión de conductas anticompetitivas deberá contener:
- (i) Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes correspondientes, de ser el caso.
 - (ii) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.
 - (iii) Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible.
 - (iv) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador.
21. Asimismo, antes de la admisión a trámite de una denuncia de parte, el artículo 21 del TUO de la LRCA²⁹ dispone que la Dirección deberá verificar la existencia

18.1. El procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Secretaría Técnica o por denuncia de parte.
(...)

²⁷ Cabe precisar que, actualmente, las funciones de la Secretaría Técnica de la Comisión se encuentran a cargo de la Dirección, conforme se aprecia seguidamente:

RESOLUCION 000063-2021-PRE-INDECOPI. TEXTO INTEGRADO DEL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Artículo 96.- Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

La Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia es el órgano de línea con autonomía técnica a cargo del inicio e instrucción del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas regulado por el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, así como de las acciones de ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas a los procedimientos previstos por la Ley N° 31112, Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial. Depende de la Gerencia General.

²⁸ **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte.-

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

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

²⁹ **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

21.1. La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOPI, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.



de indicios razonables de infracción al TUO de la LRCA, además de corroborar la competencia de la Comisión y el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA del Indecopi.

22. Lo antes señalado implica que la autoridad tiene que constatar la existencia o no de una tesis sustentada -a nivel indiciario- y verosímil sobre la presunta configuración de aquellas prácticas anticompetitivas denunciadas. Por ende, para la emisión de una resolución de inicio en un procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas, es necesaria la concurrencia de indicios razonables de la infracción denunciada, los cuales pueden ser recabados a través de los medios probatorios presentados en la denuncia o en el marco de actuaciones preliminares realizadas por la Dirección, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 del TUO de la LRCA³⁰.
23. En tal sentido, la ausencia de indicios razonables de la práctica anticompetitiva denunciada conlleva a establecer que la denuncia presentada carezca de un requisito de fondo y, por ende, sea declarada improcedente.
24. Conforme se ha indicado en anteriores pronunciamientos³¹, la necesidad de presentar indicios razonables sobre la comisión de una infracción al TUO de la LRCA se encuentra orientada a garantizar el derecho de los denunciados a no ver afectada su situación jurídica como consecuencia del desarrollo de un procedimiento sancionador en su contra sin contar con los elementos de prueba necesarios que ameriten el inicio de una investigación.
25. Siendo así, el órgano instructor deberá ser cauteloso y contar con elementos probatorios suficientes antes de impulsar el inicio de un procedimiento sancionador por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas.

(...).

³⁰ **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 20.- Actuaciones previas a la admisión a trámite por denuncia de parte. -

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

³¹ A manera de ejemplo, ver la Resolución 038-2019/SDC-INDECOPI del 26 de febrero de 2019. En el referido pronunciamiento, la Sala confirmó la Resolución 033-2018/ST-CLC-INDECOPI del 10 de agosto de 2019 que declaró improcedente la denuncia de The Acrylic Center INC S.A.C. contra Intermodal Tank Transport ITT y Lucite International INC por la presunta realización de una práctica anticompetitiva consistente en un abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación, supuesto tipificado en el literal b) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.



III.3 Sobre la actuación de la Dirección durante la tramitación del procedimiento

26. En apelación, la recurrente alegó que la Dirección habría incurrido en omisión de funciones pues le corresponde velar por el cumplimiento del TUO de la LRCA, lo que conlleva a la persecución y sanción de aquellos actos que se encuentren tipificados y resulten sancionables. A consideración de Esmeralda, el hecho de que el procedimiento sancionador se inicie con motivo de una denuncia, no “privatiza” su condición. Según la recurrente, lo que correspondería a la autoridad es verificar si Luz del Sur realiza o no los tipos infractores que la ley de la materia ha considerado como nocivos para el mercado, siendo que la calificación de las conductas infractoras atañe precisamente a la autoridad y esta última debe suplir las deficiencias y errores que pudiera tener la denuncia.
27. Al respecto, como se ha indicado en el acápite anterior (III.2), uno de los requisitos para la procedencia de la denuncia de parte es que contenga indicios razonables sobre la existencia de la presunta conducta anticompetitiva denunciada, por lo que corresponde al denunciante aportar los elementos de prueba que brinden a la autoridad indicios razonables de la existencia de la conducta denunciada, a fin de que se pronuncie sobre la admisión a trámite de la denuncia formulada.
28. Si bien el denunciante tiene la condición de “colaborador” del procedimiento de investigación³², el artículo 19 del TUO de la LRCA³³ le ha atribuido la carga de presentar indicios razonables de la presunta existencia de las conductas anticompetitivas que denuncie, pues en caso de que no presentara tales elementos de prueba, la denuncia será declarada improcedente.
29. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 20 del TUO de la LRCA³⁴ contempla que la Dirección tiene la facultad de realizar actuaciones de investigación previas con el fin de reunir mayores indicios sobre la presunta conducta anticompetitiva denunciada.
30. Cabe señalar que el ejercicio de esta facultad por parte de la Dirección no enerva que sea el denunciante quien debe presentar los elementos que

³² **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento

(...)

18.2. En el procedimiento sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento de investigación, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio.

(...)

³³ Ver nota al pie 28.

³⁴ Ver nota al pie 30.



sustenten preliminarmente las presuntas conductas anticompetitivas reportadas, conforme lo establece el artículo 19 del TUO de la LRCA. En ese sentido, la Dirección tiene la atribución de admitir a trámite la denuncia de parte o declarar su improcedencia, en caso no cumpla con alguno de los requisitos de fondo, como es el caso de la presentación de indicios razonables de la conducta denunciada.

31. En el presente caso, la Dirección -en ejercicio de sus atribuciones- constató que la denuncia presentada por Esmeralda no cumplía con uno de los requisitos previstos en el artículo 19 del TUO de la LRCA, al no contener indicios suficientes sobre las conductas denunciadas (la presunta aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y la presunta negativa injustificada de acceder al pedido de ampliación de potencia).
32. No obstante, contrariamente a lo alegado por la denunciante, se aprecia que el órgano instructor sí efectuó actuaciones previas a la calificación de la denuncia formulada por Esmeralda, al haber cursado los siguientes requerimientos de información:
 - (i) la Carta 303-2021/DLC-INDECOPI del 1 de octubre de 2021 a Esmeralda, requiriéndole determinada información vinculada a los hechos denunciados; y,
 - (ii) los Oficios 045-2021/DLC-INDECOPI y 046-2021/DLC-INDECOPI, ambos del 10 de noviembre de 2021, al Osinergmin y al Ministerio de Energía y Minas, respectivamente, formulándoles ciertas consultas vinculadas al cambio de condición de los usuarios regulados a usuarios libres.
33. De esta manera, no obstante que le corresponde al denunciante presentar indicios razonables de la presunta existencia de la conducta denunciada, lo cierto es que -en el presente caso- la Dirección sí llevó a cabo actuaciones previas a fin de contar con mayores elementos de juicio sobre los hechos denunciados por Esmeralda, antes de evaluar si existía mérito para admitir a trámite la denuncia presentada e iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Luz del Sur.
34. En consecuencia, no se advierte que la Dirección haya omitido sus funciones asignadas legalmente al evaluar la denuncia presentada por Esmeralda frente a Luz del Sur.
35. En efecto, el órgano instructor evaluó la denuncia de la recurrente conforme a



lo previsto en el TUO de la LRCA, determinando su improcedencia³⁵ al no constatar la existencia de indicios razonables respecto a las conductas denunciadas (abuso de posición de dominio a través de una presunta negativa injustificada del incremento de potencia para un punto de suministro de Esmeralda y de una presunta aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes).

36. Cabe señalar que, si bien la autoridad tiene la potestad de calificar las conductas denunciadas y encausar los pedidos de los administrados en caso de deficiencias o errores, ello no implica que la autoridad se subrogue en los deberes de los administrados que, en este caso, están referidos a la presentación de indicios razonables y suficientes sobre las conductas denunciadas.
37. En tal sentido, si bien la Dirección decidió efectuar actuaciones previas de investigación, el impulso de oficio de la autoridad no habilita a admitir a trámite una denuncia que no cumpla con los requisitos legales establecidos, entre los cuales, como se ha indicado en el acápite anterior (III.2), figura el hecho de que se constaten indicios razonables de las presuntas conductas anticompetitivas denunciadas.
38. Por lo expuesto, corresponde a continuación que esta Sala examine los indicios aportados por la denunciante y los recabados por la autoridad respecto de las conductas denunciadas, para determinar si correspondía que la Dirección admita o no a trámite la denuncia formulada por Esmeralda contra Luz del Sur.

III.4 Sobre las conductas denunciadas

III.4.1 Marco normativo referido al cambio de condición de los usuarios regulados a libres

39. Mediante la Ley 28832³⁶ se buscó, entre otros aspectos, reducir la intervención

³⁵ **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 15.- La Secretaría Técnica

(...)

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

(...)

c) Tratándose de una denuncia de parte, decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, pudiendo declarar inadmisibles o improcedentes la denuncia, según corresponda;

(...).

³⁶ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA**

Artículo 2.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto perfeccionar las reglas establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas con la finalidad de:



administrativa para la determinación de los precios de generación eléctrica, a través de la adopción de soluciones de mercado, así como propiciar la efectiva competencia en el mercado de generación.

40. La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832 otorga a los usuarios la posibilidad de elegir la condición de libres o regulados cuando su demanda máxima anual se encuentre comprendida dentro de un rango fijado reglamentariamente³⁷. Asimismo, este cambio de condición requerirá un preaviso no menor a un (1) año, según los términos que establezca el respectivo reglamento.
41. A fin de desarrollar la disposición antedicha, el 16 de abril de 2009 se publicó el Reglamento de Usuarios Libres, el cual dispone que los usuarios que tengan como límite inferior una potencia de 200 kW y como límite superior una potencia de 2,500 kW, pueden elegir la condición de usuario regulado o libre³⁸, para lo cual deben cumplir los requisitos y condiciones establecidos en el referido reglamento. Es pertinente acotar que, conforme a la parte considerativa de la norma comentada³⁹, el rango antes señalado incluye a un

a) Asegurar la suficiencia de generación eficiente que reduzca la exposición del sistema eléctrico peruano a la volatilidad de precios y a los riesgos de racionamiento prolongado por falta de energía; asegurando al consumidor final una tarifa eléctrica más competitiva;

b) Reducir la intervención administrativa para la determinación de los precios de generación mediante soluciones de mercado;

c) Adoptar las medidas necesarias para propiciar la efectiva competencia en el mercado de generación; y,
(...)

Es de interés público y responsabilidad del Estado asegurar el abastecimiento oportuno y eficiente del suministro eléctrico para el Servicio Público de Electricidad.

³⁷ **LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA
Primera Disposición Complementaria Final.- Nueva opción para Usuarios Libres**

Los Usuarios con una máxima demanda anual comprendida dentro del rango que se establezca en el Reglamento podrán acogerse, a su elección, a la condición de Usuario Libre o Usuario Regulado. El cambio de condición requerirá un preaviso con anticipación no menor a un (1) año, según los términos que establezca el Reglamento. En caso de que el Usuario cambie de condición deberá mantener esta nueva condición por un plazo no menor de tres (3) años.

³⁸ **DECRETO SUPREMO 022-2009-EM. REGLAMENTO DE USUARIOS LIBRES DE ELECTRICIDAD
Artículo 3.- Rango de Máxima Demanda (Artículo modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo 018-2016-EM)**

(...)
3.2 Los Usuarios cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro sea mayor de 200 kW, hasta 2500 kW, tienen derecho a elegir entre la condición de Usuario Regulado o de Usuario Libre, cumpliendo los requisitos y condiciones establecidos en el Reglamento. Los Usuarios Regulados cuya máxima demanda mensual supere los 2500 kW, mantendrán dicha condición por el plazo de un (1) año, contado a partir del mes en que superó dicho tope, salvo acuerdo entre partes.

(...)

Asimismo, cabe señalar que artículo 2 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado por Decreto Supremo 009-92-EM, modificado por el Reglamento de Usuarios Libres, señala lo siguiente:

“Artículo 2.- El límite de potencia para los suministros sujetos al régimen de regulación de precios es fijado en 200 kW. Aquellos usuarios cuya demanda se ubique dentro del rango de potencia establecido en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, tienen derecho a optar entre la condición de Usuario Regulado o Usuario Libre, conforme a lo establecido en la Ley N° 28832 y en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad. En los Sistemas Aislados, todos los suministros están sujetos a regulación de precios.”

³⁹ **DECRETO SUPREMO 022-2009-EM. REGLAMENTO DE USUARIOS LIBRES DE ELECTRICIDAD**



número suficientemente representativo de actividades económicas y productivas del país, cuya migración de una condición a otra, contribuirá a crear mejores condiciones de competencia en el mercado eléctrico y beneficiará al sistema en su conjunto.

42. Con relación a los requisitos y condiciones para la migración de los usuarios regulados cuya demanda de energía se encuentra dentro del rango de 200 kW a 2,500 kW, el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres⁴⁰ establece que el referido cambio de condición solo podrá ser efectuado a solicitud expresa del usuario manifestada por escrito. En tal sentido, el usuario comunicará por escrito a su suministrador actual (con copia a su suministrador futuro, de ser el caso) su voluntad de cambiar de condición, con una anticipación no menor a un (1) año a la fecha que se señale para que se haga efectivo dicho cambio⁴¹, sin perjuicio de cumplir con los demás requisitos y condiciones previstos en la referida disposición reglamentaria.
43. Asimismo, de acuerdo con el artículo 3.3 del Reglamento de Usuarios Libres⁴²,

CONSIDERANDO:

(...)

Que, los estudios efectuados por la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, permiten concluir que el rango dentro del cual los Usuarios puedan optar entre la condición de Usuario Regulado o la condición de Usuarios Libre, debe tener como límite inferior una potencia de 200 kW y como límite superior una potencia de 2 500 kW, dado que los Usuarios con potencia superior de 2500 kW pueden ser atendidos en condiciones de competencia bajo un régimen de libertad de precios, y aquellos comprendidos dentro del indicado rango constituyen un número suficientemente representativo de las actividades económicas y productivas del país, cuya migración de una condición a otra, ya sea en forma individual o asociativa, contribuirá a crear mejores condiciones de competencia en el mercado eléctrico beneficiando así al Sistema en su conjunto, por lo cual resulta necesario modificar el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas para adecuarlo a la Ley N° 28832;

(...).

⁴⁰ **DECRETO SUPREMO 022-2009-EM. REGLAMENTO DE USUARIOS LIBRES DE ELECTRICIDAD**

Artículo 4.- Requisitos y condiciones (Artículo modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo 018-2016-EM)

El cambio de condición sólo puede ser efectuado a solicitud expresa del Usuario manifestada por escrito. El cambio de condición se hará efectivo en la fecha señalada por el Usuario una vez cumplidos los siguientes requisitos:

4.1 El Usuario comunicará por escrito a su Suministrador actual, con copia a su Suministrador futuro, de ser el caso, su voluntad de cambiar de condición, con una anticipación no menor a un (01) año a la fecha que señale para que se haga efectivo el cambio de condición.

4.2 El cambio de condición no se hará efectivo mientras el Usuario tenga deudas vencidas con su actual Suministrador.

4.3 El Usuario deberá contar con los equipos de medición, protección y limitación de potencia adecuados para que el cambio de condición se produzca efectivamente.

4.4 El Usuario tiene la obligación de permanecer en la nueva condición durante un plazo mínimo de tres (03) años.

⁴¹ Cabe precisar que en pronunciamientos previos (ver Resolución 035-2022/SDC-INDECOPI del 3 de marzo de 2002 y Resolución 094-2022/SDC-INDECOPI del 30 de junio de 2022) se aprecian casos, en los cuales, los distribuidores exceptuaron del plazo de un año de preaviso a usuarios (esto, sin perjuicio de la evaluación efectuada con relación a la forma en que dichas empresas distribuidoras ejercieron esta facultad).

⁴² **DECRETO SUPREMO 022-2009-EM. REGLAMENTO DE USUARIOS LIBRES DE ELECTRICIDAD**

Artículo 3.- Rango de Máxima Demanda (Artículo modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo 018-2016-EM)

3.1 En concordancia con el artículo 2 del RLGE, los Usuarios cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro sea igual o menor a 200 kW, tienen la condición de Usuario Regulado.

3.2 Los Usuarios cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro sea mayor de 200 kW, hasta 2500 kW, tienen derecho a elegir entre la condición de Usuario Regulado o de Usuario Libre, cumpliendo los requisitos y condiciones establecidos en el Reglamento. Los Usuarios Regulados cuya máxima demanda mensual supere los 2500



los usuarios regulados cuya máxima demanda anual por cada punto de suministro sea mayor a 2,500 kW tendrán la condición de usuarios libres, sin que el referido reglamento contemple requisitos o condiciones para hacer efectivo dicho cambio de condición.

III.4.2 Sobre los indicios de las conductas denunciadas

a) Sobre la presunta negativa injustificada de trato

44. La Dirección señaló en la Resolución 006-2022/DLC-INDECOPI que, con relación a la supuesta negativa injustificada del incremento de potencia solicitado por Esmeralda a Luz del Sur, en aplicación del principio de supletoriedad, no correspondía emitir un pronunciamiento, toda vez que la regulación específicamente diseñada para el sector eléctrico ha establecido que el Osinergmin sea la autoridad competente para resolver este tipo controversias que involucran posibles vulneraciones a la normativa a la que están sujetas las empresas reguladas, como Luz del Sur. La primera instancia agregó que el Osinergmin había atendido la solicitud de Esmeralda mediante la Resolución 254-2016-OS/CD y, en consecuencia, Luz del Sur cumplió con efectuar el incremento solicitado.

45. En su recurso de apelación, Esmeralda alegó lo siguiente:

- (i) La existencia de una regulación sectorial y un regulador puede justificar que la autoridad de competencia no intervenga únicamente cuando dicho regulador tenga competencia sobre la sanción o represión de la conducta anticompetitiva denunciada. En este caso, la conducta denunciada constituiría una maniobra para afectar la competencia, al evitar que un cliente “capturado” recurra a otro proveedor para el suministro de energía eléctrica, generando un efecto exclusorio sobre tales oferentes de electricidad a usuarios libres. Por ende, la conducta denunciada no tendría relación con la regulación sectorial de la distribución de electricidad.
- (ii) El argumento de la Dirección implicaría que en este mercado regulado no existe la posibilidad de aplicar el TUO de la LRCA. Debe tenerse en cuenta que el Osinergmin no es competente para aplicar las normas de competencia en este sector, según lo expresado en la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias 07-2021-OS/TSC-98 del 26 de

kW, mantendrán dicha condición por el plazo de un (1) año, contado a partir del mes en que superó dicho tope, salvo acuerdo entre partes.

3.3 Los Usuarios cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro sea mayor a 2500 kW, tienen la condición de Usuarios Libres, a excepción de lo señalado en el numeral anterior.



abril de 2021⁴³.

- (iii) En cuanto a la modalidad de negativa injustificada de trato, consistente en no brindar la ampliación de la potencia para el punto de suministro 1454791 (el cual tiene la condición de usuario libre), el Osinergmin ya se pronunció declarándola ilícita (mediante la Resolución 254-2016-OS/CD). Esta conducta es parte de una estrategia exclusoria para evitar que Esmeralda contrate con un competidor de Luz del Sur (Engie).
46. Sobre el particular, resulta pertinente detallar a continuación la sucesión de hechos vinculados a la presunta conducta anticompetitiva referida en el presente acápite, según la información y documentación proporcionada por Esmeralda en esta etapa inicial:
- (i) El 21 de octubre de 2015, Esmeralda remitió una carta a Luz del Sur solicitándole la ampliación de potencia conectada a uno de sus suministros (1454791) de 2,500 kW a 5,000 kW. Asimismo, Esmeralda requirió a dicha empresa distribuidora que, una vez aprobada la ampliación de potencia solicitada y se efectúe la conexión correspondiente, proceda a dar de baja los otros dos (2) suministros con los que contaba (1518819 y 344089).
- (ii) El 12 de octubre de 2016, Esmeralda solicitó al Osinergmin que emita un mandato de conexión con la finalidad que Luz del Sur efectúe el incremento de potencia solicitado en el suministro 145791 a 5 MK en tensión de 22,9 k.
- (iii) Mediante Resolución de Consejo Directivo 254-2016-OS/CD del 10 de noviembre de 2016, el Osinergmin emitió un mandato de conexión a favor de Esmeralda, a fin de que Luz del Sur efectúe el incremento de potencia solicitado. Asimismo, el Osinergmin señaló que el incumplimiento de dicha resolución constituiría una infracción sancionable de acuerdo con la Escala de Multas y Sanciones del Osinergmin.
- (iv) Por Carta SGNCE-16-1863 del 22 de noviembre de 2016, Luz del Sur informó a Esmeralda que, desde esa fecha, el suministro eléctrico 1454791 se encuentra en condiciones de tomar 5,000 kW de potencia⁴⁴.

⁴³ En dicho pronunciamiento, el Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin, en el marco del procedimiento tramitado en el Expediente 98-2015-TSC-OSINERGMIN (SIGED 201500138947), determinó poner en conocimiento del Indecopi lo actuado en tal procedimiento a fin de que evalúe si se habría incurrido en una infracción a las normas que regulan la libre competencia.

⁴⁴ Este hecho fue confirmado por la propia Esmeralda mediante escrito del 5 de octubre de 2021, al indicar frente a la pregunta de la Dirección (si después del mandato de conexión Luz del Sur cumplió con aumentar su potencia en el punto de suministro 1454791) lo siguiente: "*LDS [Luz del Sur] si cumplió con incrementar, después de expedido el Mandato de Conexión, la potencia en el Punto de Suministro No. 1454791*".



47. Según se aprecia de lo expuesto, los indicios presentados por Esmeralda sobre la existencia de una presunta práctica anticompetitiva en la modalidad de negativa injustificada de trato por parte de Luz del Sur, se encuentran relacionados **a la solicitud particular que Esmeralda formuló ante el distribuidor de energía eléctrica (Luz del Sur) para la ampliación de potencia en su punto de suministro 1454791** de 2,500 kW a 5,000 kW , en tanto este último no habría atendido inicialmente la referida solicitud de incremento de potencia formulada por Esmeralda.
48. Cabe indicar que, si bien Esmeralda alega que la conducta tuvo un efecto restrictivo en la competencia y en la captación de clientes por parte de otras empresas que suministran energía eléctrica, lo cierto es que todas las evidencias presentadas con relación a este extremo de su denuncia están relacionadas al supuesto específico de la falta de aumento de carga en un punto de suministro (1454791).
49. En tal sentido, los elementos presentados por la denunciante (de forma indiciaria) se limitan a mostrar que: (i) el presunto efecto exclusorio alegado por Esmeralda respecto a la "captura" de clientes, estaría enfocado a uno solo (la denunciante); y, (ii) la alegada imposibilidad de acumular potencia y contratar con otro suministrador por toda dicha potencia, se encontraría circunscrita a un punto de suministro en específico (1454791), respecto del cual Esmeralda había contratado con un tercero (Engie).
50. Considerando lo antes expuesto, la Sala observa que el marco regulatorio del sector energía contempla reglas específicas para atender el pedido particular que formulen terceros para el acceso y uso de las redes de transmisión y distribución eléctrica, a fin de asegurar que se lleven a cabo en condiciones de libre mercado.
51. En efecto, el artículo 33 y el inciso d) del artículo 34 del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante Decreto Ley 25844) establecen el libre uso por parte de terceros de las redes eléctricas de las empresas de transmisión y distribución, respectivamente, consagrando el principio de "libre acceso a las redes", como se muestra a continuación:

LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS

Artículo 33.- *Los concesionarios de transmisión están obligados a permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros, quienes deberán asumir los costos de ampliación a realizarse en caso necesario, y las compensaciones por el uso, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley.*

Artículo 34.- *Los concesionarios de distribución están obligados a:*

(...)

d) Permitir la utilización de todos sus sistemas y redes por parte de terceros para el



transporte de electricidad, excepto cuando tenga por objeto el suministro de electricidad a Usuarios Regulados dentro o fuera de su zona de concesión, en las condiciones establecidas en la presente Ley y en el Reglamento.

52. Mediante la Resolución de Consejo Directivo 091-2003-OS/CD, el Osinergmin aprobó el “Procedimiento para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los Sistemas de Transmisión y/o Distribución Eléctrica” para garantizar que el acceso a estas redes eléctricas se produzca en condiciones de libre mercado. Así, la Exposición de Motivos de dicha resolución indica que esta obligación buscaba evitar los efectos perjudiciales que pudiera tener en el mercado eléctrico el carácter monopólico bajo el cual se encuentran estas instalaciones, mitigando la eventual realización de prácticas restrictivas a la competencia, como la inclusión de condiciones discriminatorias de acceso y uso de las redes, entre otras⁴⁵.
53. Por su parte, el artículo 62 del Decreto Ley 25844⁴⁶ establece la competencia del Osinergmin (antes Osinerg⁴⁷) para resolver las discrepancias que dificulten o limiten el acceso a las redes, por lo que el regulador es el encargado de garantizar el cumplimiento de esta obligación, haciendo uso de su facultad de

⁴⁵ **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO 091-2003-OS/CD**

Es en ese sentido, que el concepto de libre acceso a las redes, contenido en el artículo 33° y el artículo 34° inciso d) de la Ley de Concesiones Eléctricas, fue establecido como una obligación para las empresas de Transmisión y de Distribución, respectivamente; a fin de permitir el uso de sus instalaciones con las correspondientes compensaciones. Con esto, lo que se busca no es sólo fomentar la interconexión del sistema eléctrico nacional sino también el evitar los efectos perjudiciales que pudiera tener en el mercado eléctrico, el carácter monopólico bajo el cual se encuentran estas instalaciones. No cabe duda que estas normas reconocen que el Libre Acceso a las redes eléctricas está íntimamente ligado al concepto mismo de competencia, en un mercado como el del sector eléctrico.

Asimismo, el OSINERG ha tomado conocimiento sobre diversos problemas suscitados entre los operadores de redes y los suministradores de energía, relacionado entre otros a la inclusión de condiciones discriminatorias de acceso y uso de las redes. Esta situación se agrava aún más si consideramos que no existen reglas y procedimientos específicos que normen de manera clara y transparente las condiciones de uso de las redes de transmisión y/o distribución, en lo relativo a responsabilidades por la operación y mantenimiento, expansión y reforzamiento de instalaciones, y aspectos comerciales entre otros.

Es en este escenario en que se hace necesario asegurar que el acceso a las redes se de en condiciones de libre mercado, como acertadamente promueve la Ley de Concesiones Eléctricas, considerando además que con ello, el OSINERG fiscaliza el cumplimiento de las obligaciones que garantizan este acceso libre según establece la Ley. Por tanto, resulta conveniente, a fin de fortalecer el libre acceso, que OSINERG, dentro de su competencia y basándose en su función normativa, establezca los procedimientos que permitan regular las condiciones de uso y acceso libre a las redes eléctricas, las cuales además se orientarán a garantizar la libre competencia en el sector eléctrico, reforzando con esto el adecuado funcionamiento de este mercado.

⁴⁶ **DECRETO LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELECTICAS**

Artículo 62.- Las compensaciones y peajes por las redes del Sistema Secundario de Transmisión, o del Sistema de Distribución serán reguladas por OSINERG.

Las discrepancias que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto del Sistema Secundario de Transmisión como del Sistema de Distribución serán resueltas por OSINERG.
(Subrayado añadido)

- ⁴⁷ Mediante la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg (publicada el 24 de enero de 2007 en el diario oficial “El Peruano”), se creó el Osinergmin. El artículo 18 de la indicada ley señala que, a partir de la entrada en vigor de esta, toda mención que se haga al Osinerg en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al Osinergmin.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0139-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2021/CLC

regulación, supervisión, y sanción⁴⁸.

54. En esa línea, el Osinergmin implementó un procedimiento para que, en caso las partes no lleguen a un acuerdo sobre el acceso a las redes, el regulador⁴⁹ emita un “mandato de conexión” que establezca las condiciones de acceso correspondientes para cada situación en concreto (de acuerdo con el procedimiento regulado en la Resolución de Consejo Directivo 091-2003-OS/CD)⁵⁰.
55. Como se puede apreciar, la legislación y el regulador respectivos (en el caso analizado, el Osinergmin) no solo han previsto la obligación del libre acceso a las redes de transmisión y/o distribución eléctrica, sino que también han contemplado la solución regulatoria pertinente para que esta obligación sea cumplida cuando surjan discrepancias particulares que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes de transmisión o distribución eléctrica.
56. Así, esta Sala aprecia que existe en el ordenamiento jurídico un esquema regulatorio que -de manera *ex ante*- busca dar solución a una eventual restricción que se pudiera generar producto del incumplimiento específico de la mencionada obligación.
57. En efecto, como se ha explicado en los numerales previos, la regulación diseñada para el sector eléctrico ha establecido que el Osinergmin sea la autoridad competente para resolver -precisamente- las controversias que impliquen posibles vulneraciones a los deberes que las normas imponen las empresas distribuidoras, como es el caso del principio de libre acceso a las redes. De este modo, el marco normativo aplicable contiene reglas específicas para resolver la alegada negativa por parte de Luz del Sur de ampliar la potencia en uno de los puntos de suministro de la recurrente, considerando los hechos y elementos aportados por Esmeralda en su denuncia.

⁴⁸ De acuerdo con el numeral 1.19 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones aprobada por Resolución 028-2003-OS/CD, se ha establecido como infracción el “no permitir la utilización de los sistemas de transmisión y de distribución por parte de terceros”, conducta que puede ameritar una sanción de hasta mil cuatrocientas (1,400) Unidades Impositivas Tributarias. La base legal que sustenta tal infracción es el artículo 33 y el inciso d) del artículo 34 del Decreto Ley 25844.

⁴⁹ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO 091-2003-OS/CD. PROCEDIMIENTO PARA FIJAR LAS CONDICIONES DE USO Y ACCESO LIBRE A LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN Y DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA**
Artículo 9.- Mandato de Conexión
9.1 Si las partes no hubiesen convenido los términos y condiciones del acceso a las redes, cualquiera de las partes podrá solicitar que OSINERG emita un mandato de conexión. En este sentido, el OSINERG comunicará a la otra parte involucrada sobre la solicitud recibida, otorgándole un plazo máximo de diez (10) días calendario para emitir su opinión al respecto.
(Subrayado añadido)

⁵⁰ Además, el incumplimiento de lo dispuesto en la resolución que dicta tales mandatos constituye una infracción sancionable conforme a la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones aprobada por Resolución 028-2003-OS/CD. Así, el numeral 9 de dicha tipificación, dispone que incumplir los mandatos de carácter particular dispuestos por el Osinergmin constituye una infracción pasible de una multa de hasta mil (1,000) UIT.



58. Cabe resaltar que, ante una solicitud formulada por Esmeralda el 12 de octubre de 2016, el Osinergmin, mediante la Resolución 254-2016-OS/CD, emitió un mandato de conexión a fin de que Luz del Sur efectúe el incremento de potencia solicitado por la denunciante⁵¹, siendo acatado tal mandato por aquella empresa⁵².
59. Conforme a lo antedicho, este Colegiado coincide con la Dirección en que resulta de aplicación al extremo de la denuncia materia de análisis (la presunta negativa injustificada de incremento de potencia) el denominado “principio de supletoriedad”.
60. Este principio -desarrollado jurisprudencialmente por la Sala en anteriores casos⁵³- se encuentra referido al desplazamiento de las políticas de competencia frente a la regulación económica, considerando que las respuestas normativas y canales preestablecidos por esta clase de regulación son aquellas que deben ser aplicadas a fin de corregir las restricciones monopólicas en un mercado determinado. En otras palabras, la existencia de las normas de competencia, dada su naturaleza general, tendrán una aplicación residual frente a la regulación económica sectorial que haya previsto un mecanismo específico para resolver un problema en concreto⁵⁴.
61. En este orden de ideas, el artículo 12 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo 054-2001-PCM, recoge expresamente el principio de supletoriedad, precisando que las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones regulatorias y/o normativas que dicte el Osinergmin en el ámbito de su competencia. Más aun, el indicado reglamento precisa que en caso de conflicto primarán las normas del regulador⁵⁵.

⁵¹ Adicionalmente, en dicho mandato se estableció que su incumplimiento acarrearía una sanción a Luz del Sur. Siendo así, el artículo 4 de la Resolución 254-2016-OS/CD señala lo siguiente:

RESOLUCIÓN 254-2016-OS/CD DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2016
SE RESUELVE:

(...)

Artículo 4. El incumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución constituirá infracción sancionable de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del Osinergmin.

(...)

⁵² Ver nota al pie 44.

⁵³ Ver, por ejemplo, la Resolución 004-2008/TDC-INDECOPI del 3 de enero de 2008.

⁵⁴ En concordancia con el principio de especialidad, que reconoce la prevalencia de la norma especial frente a la norma general.

⁵⁵ **DECRETO SUPREMO 054-2001-PCM. REGLAMENTO GENERAL DE OSINERMING**
Artículo 12.- Principio de Supletoriedad

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones regulatorias y/o normativas que dicte OSINERG en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las normas de OSINERG.
(Subrayado agregado)



62. Lo mencionado en los párrafos previos no implica, como lo alega el recurrente en su recurso de apelación, que en el mercado regulado donde se habría configurado la conducta anticompetitiva no existiría la posibilidad de aplicar el TUO de la LRCA. En efecto, en los mercados regulados, no cualquier disposición puede desplazar la aplicación del TUO de la LRCA, sino aquellas que correspondan a un esquema regulatorio específico (*ex ante*), a cargo de una autoridad (distinta a la agencia de competencia) con facultades para aplicar los remedios pertinentes.
63. En consecuencia, para la aplicación del principio de supletoriedad debe efectuarse un análisis por cada caso, considerando los distintos escenarios que podrían presentarse entre las normas de competencia y la regulación sectorial.
64. En el caso analizado, la presunta negativa injustificada de incremento de potencia alegada por Esmeralda -en función a los elementos presentados en este caso, referidos a una afectación específica de la denunciante, según lo explicado en los párrafos 46 a 49 del presente pronunciamiento- tiene una solución propia en el marco de la regulación sectorial referida en los numerales anteriores, a cargo del Osinergmin. Incluso, dicho organismo regulador tomó conocimiento de la controversia alegada por Esmeralda y emitió un mandato de conexión a fin de que Luz del Sur efectúe precisamente el incremento de potencia solicitado por la recurrente.
65. Asimismo, Esmeralda no ha presentado mayores indicios de que esta conducta denunciada haya trascendido el caso de dicho punto de suministro de la mencionada empresa (1454791) o que se trate de una conducta generalizada, de manera que pueda conllevar a la insuficiencia de las normas de regulación económica y denotar la existencia de una presunta conducta exclusoria para otros competidores en el mercado de suministro de energía eléctrica, que sea evaluable por el TUO de la LRCA y eventualmente tipificada en dicha norma.
66. A mayor abundamiento, no consta en el expediente evidencia de que Luz del Sur tenga una relación de competencia con Esmeralda, ya sea real o potencial, directa o indirecta, en tanto la primera es una empresa distribuidora de energía eléctrica, mientras que la recurrente es una empresa que opera en la industria alimentaria. Lo antes señalado, tampoco brinda indicios de que la conducta denunciada haya tenido efectos exclusorios sobre la competencia, el cual constituye un requisito esencial para la configuración de un abuso de posición de dominio.
67. Por lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución 006-2022/DLC-INDECOPI que declaró improcedente la denuncia formulada por Esmeralda



frente a Luz del Sur por la conducta analizada en el presente acápite.

b) Sobre la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes

68. La Dirección señaló en la Resolución 006-2022/DLC-INDECOPI que, con relación a la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, la supuesta negativa de Luz del Sur de respetar la condición de “usuario libre único” por el conjunto de puntos de suministro de Esmeralda no podría atribuirse a un tratamiento discriminatorio e injustificado, pues de acuerdo con lo expresamente resuelto por el Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin⁵⁶, cada punto de suministro debe recibir el tratamiento de un usuario independiente y su condición dependerá de las demandas de dichos puntos, individualmente considerados (conforme al artículo 8 de la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento). De esta manera, según la Dirección, el cumplimiento del marco normativo aplicable no podría ser considerado como una conducta discriminatoria, pues Luz del Sur no estaba en capacidad de actuar de manera distinta.
69. En su recurso de apelación, Esmeralda ha señalado que, en cuanto a la modalidad de condiciones desiguales (discriminación) denunciada, Luz del Sur le ofreció ser usuario libre para sus tres (3) puntos de suministro, pero luego retiró su calificación inicial, al conocer que Esmeralda intentaba contratar el suministro de energía con un competidor (Engie). Si bien Osinergmin ya declaró que a dos (2) de los tres (3) puntos de conexión (344089 y 1518819) les corresponde el tratamiento de usuario regulado, la recurrente refiere que existe un trato diferente frente a otros clientes regulados, que pasaron al mercado de usuarios libres contratando el suministro de energía con Luz del Sur⁵⁷.
70. Al revisar el expediente se aprecia que Esmeralda presentó la siguiente documentación que sustentaría la existencia de una presunta práctica anticompetitiva en la modalidad de aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes:
- (i) Carta del 18 de agosto de 2015, mediante la cual Luz del Sur habría planteado a Esmeralda firmar un contrato de usuario libre para sus tres (3) puntos de suministro.

⁵⁶ Mediante la Resolución 007-2021-OS/TSC-98 del 26 de abril de 2021.

⁵⁷ Esmeralda refirió en su apelación que el presunto trato discriminatorio de Luz del Sur se resumiría en lo siguiente: “*si contratas conmigo, eres usuario libre; si no lo haces, entonces te aplico la ley, no te exoneró del plazo de preaviso para cambiar de condición de usuario regulado a libre, y de tus tres puntos, solo uno cumple la condición de libre, los otros dos son regulados*”, mientras tanto “*te dificulto el acceso a la potencia y te cobro por un consumo que, aunque has manifestado no querer seguir recibiendo de Luz del Sur, al haber resuelto los contratos, me niego a ampliar la potencia en el punto de conexión 1454791 incuestionablemente de usuario libre y te obligo a recibirlo de mí*”.



- (ii) Carta del 18 de septiembre de 2015, mediante la cual Luz del Sur informó a Esmeralda que dos (2) suministros (344089 y 1518819) se encontraban sujetos al plazo de preaviso de un (1) año previsto en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres y que no era procedente el cambio de condición de tales suministros al mercado de usuarios libres, al no haberse formalizado dicho preaviso.
- (iii) Carta del 13 de junio de 2016⁵⁸ mediante la cual Esmeralda solicitó a Luz del Sur las comunicaciones de preaviso de diversas empresas que habrían cambiado de condición de usuarios regulados a libres, celebrando contratos de suministro con Luz del Sur y cuyos puntos de suministro no llegarían a consumir 2,500 kW, por lo que, para cambiar de condición se encontraban sujetas al plazo de preaviso de un (1) año⁵⁹.
- (iv) Correos electrónicos remitidos por Esmeralda a Luz del Sur y a Osinergmin sobre un corte del suministro eléctrico el 13 de noviembre de 2016.
71. Con relación a las cartas detalladas en los puntos (i), (ii) y (iii) del numeral 70 del presente pronunciamiento, corresponde señalar que, de acuerdo con este extremo de la denuncia formulada por Esmeralda, Luz del Sur le habría ofrecido cambiar de condición de usuario regulado a usuario libre en sus tres (3) puntos de suministro, pero luego habría retirado dicho ofrecimiento inicial, al tomar conocimiento que Esmeralda pretendía efectuar el referido cambio de condición y contratar el suministro de energía con un competidor de Luz del Sur (Engie).
72. De acuerdo con la denunciante, estos documentos evidenciarían que Luz del Sur brindó un trato discriminatorio a los usuarios regulados que migraban al

⁵⁸ Notificada a Luz del Sur el 14 de junio de 2016.

⁵⁹ Según se aprecia en el Anexo 1-P de su denuncia, Esmeralda solicita a Luz del Sur las comunicaciones de preaviso de las siguientes empresas:

- A.W. Faber Castell Peruana S.A.
- Industrias Nettelco S.A.
- IBM del Perú S.A.C.
- Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C.
- Industria Gráfica Cimagraf S.A.C.
- Laive S.A.
- Confecciones Lancaster S.A.
- Tejidos Jorgito S.A.C.
- Ideas Textiles S.A.C.
- Industrial Hilandera S.A.C.
- Algodonera Peruana S.A.C.
- Corporación Turística Peruana S.A.C.
- Inmobideas S.A.C.
- Trastiendas Integradas S.A.C.



mercado de usuarios libres y contrataban el suministro de energía con Luz del Sur, respecto de aquellos usuarios regulados que efectuaban la referida migración y contrataban con otro suministrador (como sería el caso de Esmeralda); pues a los primeros les brindaría un tratamiento como “usuario único”, tomando en cuenta todos sus puntos de suministro, mientras que a los segundos les brindaría un trato como “usuario individual”, sujetándolos a la evaluación de la demanda de cada punto de suministro por separado. Adicionalmente, Esmeralda refirió que Luz del Sur exoneraría a sus clientes del plazo de preaviso de un (1) año, mientras que exigiría cumplir con el referido plazo de preaviso a los usuarios que contrataban con otro suministrador.

73. Sobre el particular, de acuerdo con la información presentada por Esmeralda, la controversia sobre el cambio de condición de usuario regulado a libre de dicha empresa en sus tres (3) puntos de suministro, así como la exigencia del plazo de preaviso en dos (2) suministros cuya demanda se encontraba en el rango para optar entre ambas condiciones (los suministros 344089 y 1518819), fue materia de pronunciamiento por parte de Osinergmin a través de la Resolución 07-2021-OS/TSC-98, emitida por el Tribunal de Solución de Controversias de dicho organismo el 26 de abril de 2021. En dicho pronunciamiento, el Osinergmin determinó lo siguiente:

- (i) Desde la vigencia del Decreto Ley 25844, el punto de suministro en el que se registran los consumos es lo que determina si un cliente es un usuario libre o regulado, por ende, el cambio de condición de usuario regulado a usuario libre del suministro 1454791 por haber superado el consumo de 2,500 kW no puede “arrastrar” a los otros dos (2) suministros de Esmeralda⁶⁰.

⁶⁰ **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS 07-2021-OS/TSC-98 DEL 26 DE ABRIL DE 2021**

(...) de acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento, la calificación de un usuario libre o regulado vienen dada por los consumos de cada punto de suministro. Por ello, el motivo por el que el cambio de condición de usuario regulado a usuario libre del suministro N° 1454791, al haber superado los 2,500 kW no puede “arrastrar” en su condición a los otros dos (2) suministros, no radica en que se trate de contratos individuales y no vinculados contractual o técnicamente, como sostiene el Cuerpo Colegiado, sino se debe a que los suministros N° 344089 y 1518819 tienen consumos que no superan los 2,500 kW, pues se encontraban en la franja en que el usuario puede elegir entre ser usuario libre o regulado y, por lo tanto, tenían que regirse por lo establecido en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres sobre la comunicación al suministrador actual de su voluntad de cambiar de condición. De acuerdo a lo señalado, este Tribunal concluye lo siguiente:

Respecto del suministro 1454791, al ser su máxima demanda anual mayor a 2,500 kW, ESMERALDA tiene la condición de Usuario Libre.

Respecto de los suministros 344089 y 1518819, al encontrarse sus máximas demandas anuales entre 200 kW y 2,500 kW, ESMERALDA tiene derecho a elegir entre la condición de usuario regulado o de usuario libre, por lo que el cambio de condición debe sujetarse a las condiciones precedentes previstas por el Reglamento de Usuarios Libres”.

En un sentido similar se ha pronunciado el Osinergmin mediante el Oficio 2604-2021-OS-DSE al indicar que: “el punto de suministro cuya demanda ha superado los 2500 kW, adquiere la condición de Usuario Libre, mientras que el punto de suministro con máxima demanda anual comprendida entre 200 a 2,500 kW, puede optar por la condición de usuario regulado, cumpliendo necesariamente lo estipulado en el artículo 5 del Reglamento de Usuarios Libres”.



- (ii) En lo que respecta a la calificación de usuario libre de Esmeralda, mediante la comunicación del 18 de agosto de 2015, Luz del Sur no exoneró a Esmeralda del plazo de preaviso de un (1) año para los puntos de suministros 344089 y 158819⁶¹.
74. Al respecto, se observa que el marco normativo aplicable establece que para determinar si un usuario tiene la condición de usuario libre (de manera que la energía o potencia no se encuentre sujeta a regulación de precios), debe evaluarse su demanda por cada punto de suministro, conforme al artículo 8 de la Ley de Concesiones Eléctricas y al artículo 2 de su Reglamento⁶².
75. De lo expuesto, esta Sala no advierte indicios razonables de que el supuesto trato diferenciado de Luz del Sur (consistente en no reconocer la condición de “usuario único” al conjunto de puntos de suministro de Esmeralda) se derive de discriminatorio o injustificado, pues de acuerdo con lo indicado por el Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin, cada punto de suministro debe recibir el tratamiento de un usuario independiente y su condición dependerá de las demandas de dichos puntos individualmente considerados, lo que además es consistente con el artículo 8 de la Ley de Concesiones Eléctricas y el artículo 2 de su Reglamento.
76. Asimismo, la sola comunicación del 18 de septiembre de 2015 no contiene algún elemento que conlleve a afirmar que la selección de otro suministrador

⁶¹ **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS 07-2021-OS/TSC-98 DEL 26 DE ABRIL DE 2021**

*(...) mediante la señalada comunicación, LUZ DEL SUR no exonera a ESMERALDA de la obligación del preaviso de un (1) año para los puntos de suministro N° 344089 y 158819 (sic), a que se refiere el numeral 4.1. del Reglamento de Usuarios Libres. Por el contrario, en dicha comunicación se puede entender que para LUZ DEL SUR la empresa ESMERALDA tiene la condición de usuario libre en sus tres (3) suministros.
(...)*

⁶² **DECRETO LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS**

Artículo 8.- La Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la presente Ley. Los contratos de venta de energía y de potencia de los suministros que se efectúan en el régimen de Libertad de Precios deberán considerar obligatoriamente la separación de los precios de generación acordados a nivel de la barra de referencia de generación y las tarifas de transmisión y distribución, de forma tal de permitir la comparación a que se refiere el Artículo 53 de la ley.

(...). (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley 27239.

(Subrayado añadido)

DECRETO SUPREMO 009-93-EM. REGLAMENTO DE LA LEY DE CONCENTRACIONES ELÉCTRICAS

Artículo 2.- El límite de potencia para los suministros sujetos al régimen de regulación de precios es fijado en 200 kW. Aquellos usuarios cuya demanda se ubique dentro del rango de potencia establecido en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, tienen derecho a optar entre la condición de Usuario Regulado o Usuario Libre, conforme a lo establecido en la Ley N° 28832 y en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.

En los Sistemas Aislados, todos los suministros están sujetos a regulación de precios. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Supremo 022-2009-EM.

(Subrayado añadido)



de energía eléctrica (Engie) habría determinado que Luz del Sur anuncie que dos (2) de los 3 (tres) puntos de suministro de Esmeralda estaban sujetos al plazo de preaviso, debido a su consumo de energía. Para tales efectos, es importante recordar que, como se ha explicado precedentemente, dicha indicación de Luz del Sur se encontraba acorde con las disposiciones sectoriales aplicables (cada punto de suministro debe recibir el tratamiento de un usuario independiente).

77. A mayor abundamiento, tampoco Esmeralda ha presentado indicios -más allá de su caso concreto antes referido- que permitan vislumbrar la existencia de un presunto trato injustificado o discriminatorio por parte de Luz del Sur respecto a la calificación de usuario libre “único” (considerando en conjunto todos sus puntos de suministro) o por cada punto de suministro, en función a si o no migra con otra empresa suministradora de energía.
78. En cuanto a la presunta exoneración del plazo del preaviso que Luz del Sur habría otorgado a otras empresas, mas no a Esmeralda, corresponde reiterar que el Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin ha indicado, a través de la carta del 18 de agosto de 2015, que *“Luz del Sur no exonera a Esmeralda de la obligación del preaviso de un (1) año para los puntos de suministros 344089 y 158819 (sic)”*.
79. Esmeralda también presentó una carta del 13 de junio de 2016 remitida a Luz del Sur, a fin de solicitarle las comunicaciones de preaviso de diversas empresas que habrían cambiado de condición de usuarios regulados a libres y habrían celebrado contratos de suministro con Luz del Sur. De acuerdo con la recurrente, este requerimiento tuvo por finalidad demostrar que Luz del Sur exoneraba del plazo de preaviso a usuarios que permanecían con dicha empresa y cuya demanda en sus puntos de suministros no llegaba a 2,500 kW.
80. Si bien Luz del Sur no atendió la solicitud formulada por Esmeralda, es preciso señalar que la recurrente no ha presentado alguna otra documentación que permita a la autoridad verificar -a nivel indiciario- la existencia de elementos razonables de la presunta conducta denunciada.
81. Cabe indicar que esta carta únicamente contiene una comunicación cursada por Esmeralda a Luz del Sur, pero no brinda indicios de que esta última empresa habría desplegado un presunto trato discriminatorio en la aplicación del plazo de preaviso para la migración del mercado de usuarios regulados al mercado de usuarios libres. Por tanto, esta carta remitida por Esmeralda a Luz del Sur no brinda evidencia razonable de la existencia de la conducta denunciada.
82. De otro lado, Esmeralda sostuvo que el presunto trato discriminatorio por parte



de Luz del Sur también consistiría en que: (i) dicha empresa continuó facturándole por el suministro de energía en sus puntos de suministro 344089 y 1518819; y, (ii) en una ocasión, Luz del Sur habría cortado el suministro eléctrico en uno de los puntos de suministro de Esmeralda (el suministro 1454791), pese a que ciertos inmuebles ubicados en las inmediaciones del establecimiento de Esmeralda sí habrían contado con el suministro de electricidad.

83. Sin embargo, lo alegado precedentemente no refleja un presunto abuso de posición de dominio por parte de Luz del Sur, que haya restringido la competencia en el mercado al perjudicar a competidores, reales o potenciales, directos o indirectos de dicha empresa. Por el contrario, los hechos descritos en el párrafo anterior se encontrarían relacionados a controversias sobre la facturación por el servicio de suministro de energía eléctrica y al reclamo de Esmeralda por el corte de dicho suministro, las cuales están vinculadas específicamente a la relación contractual entre Esmeralda y Luz del Sur, por lo que su dilucidación debe canalizarse a través de los mecanismos regulatorios establecidos para los usuarios del sector eléctrico⁶³.
84. La facturación efectuada por Luz del Sur a Esmeralda sería básicamente una consecuencia directa de la subsistencia de los otros dos (2) puntos de suministro (344089 y 1518819) de la denunciante, cuya controversia -como ha sido indicado- debe resolverse a través de los mecanismos sectoriales correspondientes. De otra parte, en cuanto al corte de energía eléctrica que habría afectado a Esmeralda, es pertinente indicar que no se han presentado evidencias de que dicha interrupción del suministro eléctrico responda a una medida de diferenciación, más aún cuando solo es referida como un suceso concreto y específico en un día (13 de noviembre de 2016).
85. Finalmente, Esmeralda sostuvo que la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias de Osinergmin 07-2021-OS/TSC-98 dispuso la remisión de los actuados en el Expediente 98-2015-TSC-OSINERGMIN (SIGED 201500138947) al Indecopi⁶⁴.

⁶³ Sobre este punto, cabe indicar que Esmeralda presentó un correo electrónico del jefe de la Oficina Regional Lima Sur de la División de Supervisión Regional del Osinergmin, donde indicaba a la denunciante que, sobre el corte del suministro eléctrico del 13 de noviembre de 2016, se habían efectuado las investigaciones del caso y le informarían los resultados al respecto.

⁶⁴ **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS 07-2021-OS/TSC-98 DEL 26 DE ABRIL DE 2021**
SE RESUELVE
(...)
Artículo 3.- Poner la presente resolución en conocimiento del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, para que en ejercicio de sus atribuciones, evalúe los actuados en el presente procedimiento, conforme a las razones expresadas en el numeral 4.6 de la parte considerativa de la presente resolución.
(...)



86. Al respecto, corresponde indicar que la Resolución 006-2022/DLC-INDECOPI materia de revisión en este pronunciamiento, fue emitida en virtud de la denuncia presentada por Esmeralda y no en mérito de la remisión dispuesta en la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias de Osinergmin 07-2021-OS/TSC-98. Sin perjuicio de ello, conforme se indica en la referida resolución, le corresponde al Indecopi -en ejercicio de sus atribuciones- evaluar los hechos que se pongan en su conocimiento y, en tal sentido, correspondía a la Dirección examinar la admisibilidad de esta denuncia, lo cual implica verificar si contiene o no indicios razonables sobre la presunta conducta anticompetitiva alegada.
87. Conforme a lo antes señalado, se verifica que Esmeralda no ha presentado indicios razonables que permitan determinar la existencia de una presunta conducta anticompetitiva consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes por parte de Luz del Sur. En efecto, la información y documentación aportada por la denunciante no evidencia indiciariamente que Luz del Sur haya incurrido en un trato discriminatorio e injustificado en el presente caso.
88. A mayor abundamiento, como se ha explicado en el numeral 66 del presente pronunciamiento, no consta que Luz del Sur tenga una relación de competencia con Esmeralda, ya sea real o potencial, directa o indirecta, por lo que tampoco hay evidencia de que la conducta denunciada en este extremo referida específicamente a Esmeralda -en caso de haberse constatado- hubiera tenido efectos exclusorios.
89. Por lo expuesto corresponde confirmar la Resolución 006-2022/DLC-INDECOPI que declaró improcedente la denuncia formulada por Esmeralda frente a Luz del Sur por la conducta analizada en el presente acápite.

III.4.3 Otros argumentos de apelación

90. En su recurso de apelación y escrito complementario, Esmeralda ha señalado que la Dirección habría vulnerado el principio de predictibilidad o confianza legítima, pues a través de la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI, la Comisión sancionó a otra empresa prestadora del suministro de energía eléctrica por una conducta similar a la expuesta en este caso. Agregó que también debía tenerse en cuenta lo resuelto en la Resolución 094-2022/SDC-INDECOPI del 30 de junio de 2022, a través de la cual, la Sala sancionó a una empresa distribuidora por abuso de posición de dominio en la modalidad de la aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0139-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2021/CLC

91. Sobre el particular, resulta pertinente indicar que a través de la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI del 9 de julio de 2021 (correspondiente al Expediente 003-2019/CLC) la Comisión halló responsable a la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. (en adelante Ensa) por la realización de un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, por exonerar del plazo de preaviso de un año a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; y, por el contrario, exigir el cumplimiento de este requisito a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores, entre los años 2016 y 2019, conducta tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA⁶⁵.
92. De otra parte, mediante la Resolución 052-2021/CLC-INDECOPI del 15 de octubre de 2021, emitida en el marco de la tramitación del Expediente 002-2020/CLC, la Comisión halló responsable a Seal por la realización de un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, debido a que exoneró de manera discriminatoria del plazo de preaviso de un año y no exigió la instalación previa de los equipos de medición, protección y limitación de potencia previstos en los artículos 4.1 y 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; y, por el contrario, exigió el cumplimiento de estos requisitos a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores, conducta tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA⁶⁶.
93. Como parte de su denuncia, Esmeralda ha cuestionado un presunto tratamiento discriminatorio e injustificado por parte de Luz del Sur, consistente en que le requirió el plazo de preaviso de un año para migrar a usuario libre, debido a que decidió contratar con otra empresa suministradora; a diferencia de aquellos usuarios regulados que cambiaron de condición a usuarios libres y optaban por mantener el suministro de energía con la denunciada.
94. Sin embargo, es indispensable resaltar que en los casos descritos en los numerales 91 y 92 de esta resolución, se constató la existencia de elementos probatorios relativos a un criterio de diferenciación por parte de los agentes económicos sancionados, orientado -efectivamente- a exonerar o no del plazo

⁶⁵ Dicho pronunciamiento fue confirmado por la Resolución 035-2022/SDC-INDECOPI del 3 de marzo de 2022.

⁶⁶ Dicho pronunciamiento fue confirmado por la Resolución 094-2022/SDC-INDECOPI del 30 de junio de 2022.



de preaviso en función a si el cliente libre contrataría o no con otras empresas competidoras. Por el contrario, en este procedimiento, la denuncia presentada por Esmeralda no contiene indicios razonables de la presunta existencia de las conductas alegadas, pues no se han ofrecido elementos probatorios respecto a que la exigencia del plazo de preaviso a la denunciante haya obedecido específicamente al hecho de que no contrataría con Luz del Sur ni constan indicios de que se diera un tratamiento diferente a otros usuarios libres debido a que hayan permanecido con la denunciada⁶⁷.

95. Lo antes señalado implica que la denuncia presentada carece de uno de los requisitos de fondo para admitirla a trámite e iniciar un procedimiento sancionador contra Luz del Sur.
96. En consecuencia, contrariamente a lo alegado por Esmeralda en su recurso de apelación y escrito complementario, no se advierte que la Dirección haya vulnerado el principio de predictibilidad o confianza legítima contenido en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁶⁸.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: denegar la solicitud de audiencia de informe oral presentada por Esmeralda Corp S.A.C.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 006-2022/DLC-INDECOPI del 22 de febrero de 2022, mediante la cual la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia declaró improcedente la denuncia interpuesta por Esmeralda Corp S.A.C. contra Luz del Sur S.A.A. por un presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de acceder al pedido de ampliación de potencia y de aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes,

⁶⁷ Con relación a la presunta exoneración del plazo de preaviso, cabe recordar que Esmeralda sostuvo que el presunto trato discriminatorio en la aplicación de este requisito para la migración del mercado regulado al mercado libre se evidenciaría en la carta de Luz del Sur del 18 de agosto de 2015; sin embargo, Osinermin ha indicado que ese documento no contiene el ofrecimiento de una exoneración del plazo de preaviso.

⁶⁸ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV. Principio del procedimiento administrativo

(...)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.



supuestos de infracción previstos, respectivamente, en los literales a) y b) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo 030-2019-PCM.

Con la intervención de los señores vocales Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, José Francisco Martín Perla Anaya, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Sylvia Teresa Bazán Leigh



Firmado digitalmente por
MARTINELLI MONTOYA Ana Rosa
Cristina FAU 20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11.10.2022 09:46:15 -05:00

**ANA ROSA CRISTINA MARTINELLI MONTOYA
Vocal**



Firmado digitalmente por
PERLA ANAYA Jose Francisco Martin
FAL 20133840533 soft
Fecha: 12/10/2022 10:10:08 C500

**JOSÉ FRANCISCO MARTÍN PERLA ANAYA
Vocal**



Firmado digitalmente por
BARRANTES CACERES Roxana
María Irma FAU 20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 12.10.2022 16:13:19 -05:00

**ROXANA MARÍA IRMA BARRANTES CÁCERES
Vocal**



Firmado digitalmente por BAZAN
LEIGH Sylvia Teresa FAU
20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11.10.2022 13:39:37 -05:00

**SYLVIA TERESA BAZÁN LEIGH
Vocal**