



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 0022-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 002-2022/CLC

PROCEDENCIA : DIRECCIÓN NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA
DENUNCIANTE : ATRIA ENERGÍA S.A.C.
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO
PROCEDENCIA
ACTIVIDAD : GENERACIÓN, TRANSMISIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 061-2022/DLC-INDECOPI del 18 de julio de 2022, mediante la cual, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia declaró improcedente la denuncia interpuesta por Atria Energía S.A.C. contra Electro Puno S.A.A. por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de conceder el incremento de potencia solicitado por Cori Puno S.A.C., lo cual habría impedido a Atria Energía S.A.C. prestar el servicio de suministro eléctrico. Esta conducta, según la denunciante, estaría tipificada en los literales a) y h del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo 030-2019-PCM.

El fundamento es que la evaluación y atención de dichas controversias se encuentran previstas 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.

En consecuencia, corresponde declarar improcedente la denuncia en aplicación del principio de supletoriedad de las disposiciones en materia de libre competencia ante la regulación económica en materia de servicios públicos; siendo que esta última -en el presente caso- se encuentra específicamente diseñada para establecer las condiciones de acceso a las redes de transmisión y distribución eléctrica, así como solucionar las controversias que surjan al respecto entre los agentes que participan en tales mercados.

Lima, 2 de marzo de 2023

I. ANTECEDENTES

1. El 4 de marzo de 2022, Atria Energía S.A.C. (en adelante Atria) interpuso una denuncia contra Electro Puno S.A.A. (en adelante Electro Puno) por un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de conceder el incremento de potencia solicitado por Cori Puno

S.A.C. (en adelante Cori Puno), impidiendo a Atria prestar el servicio de suministro eléctrico. De acuerdo con la denunciante, dicha conducta se encontraría tipificada en los literales a) y h) del artículo 10.2 de 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)¹.

2. Al respecto, la denunciante señaló lo siguiente:

a. Sobre las actividades en el sector eléctrico

- (i) En el Perú, una empresa de generación eléctrica –como Atria– puede producir energía eléctrica y comercializarla a las empresas de distribución eléctrica, a otras empresas de generación eléctrica, así como suministrar electricidad a usuarios libres² a través de contratos bilaterales negociados entre las partes.
- (ii) Una empresa de distribución –como Electro Puno– tiene a su cargo el transporte de energía a todos los usuarios finales, regulados³ o libres, que se encuentran ubicados en su zona exclusiva de concesión y físicamente conectados a ella. Como único titular de la infraestructura, una empresa de distribución tiene el monopolio sobre el acceso, gestión, operación y mantenimiento de las redes de transporte en su área de concesión.
- (iii) La empresa de distribución eléctrica también se encarga de brindar, en exclusividad, el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados dentro de su área de concesión y, al igual que las empresas generadoras, puede suministrar energía eléctrica a los usuarios libres a través de contratos bilaterales negociados entre ambas partes. Esto quiere decir que el distribuidor de energía eléctrica presta el servicio de distribución o transporte de electricidad y el servicio de suministro de energía eléctrica, participando tanto en el mercado de usuarios regulados -como titular

¹ **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 excluyente tales como:

a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

(...)

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

² De acuerdo con los artículos 1 y 3 del Decreto Supremo 022-2009-EM, Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, los usuarios libres son usuarios conectados al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) no sujetos a regulación de precios por la energía o potencia que consumen. Así, son usuarios libres los usuarios cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro sea mayor a 2500 kW y aquellos usuarios regulados, cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro sea mayor a 200 kW hasta 2500 kW, que elijan ser usuarios libres.

³ Conforme a los artículos 1 y 3 del Decreto Supremo 022-2009-EM, Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, los usuarios regulados son los usuarios sujetos a regulación de precios por la energía o potencia que consumen. De este modo, tienen la condición de usuarios regulados, los usuarios cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro sea igual o menor a 200 kW.

exclusivo del servicio- como en el mercado de usuarios libres, en donde compite con otros suministradores, como Atria y otras empresas generadoras.

b. Sobre los hechos denunciados

- (i) Electro Puno es el operador monopólico de la red de distribución de electricidad en el departamento de Puno. Por ello, está obligado a brindar a todos los usuarios ubicados en su zona de concesión el acceso a su red y por el uso de esa red cobra el correspondiente valor agregado de distribución (VAD)⁴.
- (ii) Cori Puno es una empresa minera dedicada a la extracción y beneficio de mineral aurífero que opera en la Unidad Minera Untuca en el departamento de Puno. Para recibir el suministro eléctrico, cuenta con una línea primaria de doble terna en 22.9 kV que va desde la Unidad Minera Untuca hasta la Subestación Ananea, de titularidad de Electro Puno. Como usuario libre, desde el año 2016 mantuvo un contrato de suministro con Electro Puno con una potencia de 3,200 kW, contrato que estuvo vigente hasta el 1 de abril de 2021.
- (iii) A partir de 2019, Cori Puno decidió incrementar su capacidad de extracción del oro y, en consecuencia, ampliar su consumo de electricidad de 3,200 kW a 7,500 kW. Por ello, Cori Puno inicialmente contrató con Atria los 4,300 kW adicionales que requería y, a partir del 1 de abril de 2021, culminada la vigencia del contrato de suministro con Electro Puno, decidió contratar con Atria la totalidad de la potencia que requería (es decir, los 7,500 kW).
- (iv) El 1 de septiembre de 2019, Cori Puno y Atria suscribieron un contrato de suministro en el que se dejó constancia que la conexión eléctrica existente a dicha fecha no soportaba una potencia activa superior a los 4,300 kW. Por ello, Atria gestionaría con Electro Puno la ampliación de la capacidad en su punto de suministro.
- (v) Entre septiembre de 2019 y enero de 2020, se llevaron a cabo una serie de reuniones de trabajo entre Atria, Cori Puno y Electro Puno para llevar a cabo la ampliación solicitada por Cori Puno. Para ello, Atria y Cori Puno se comprometieron a realizar las inversiones necesarias bajo la figura de contribuciones reembolsables a fin de financiar los costos de ampliación

⁴ **DECRETO LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS**

Artículo 63.- Las tarifas máximas a los Usuarios Regulados, comprenden:

- a) Los Precios a Nivel Generación;
- b) Los peajes unitarios de los sistemas de transmisión correspondientes; y,
- c) El Valor Agregado de Distribución.

de las redes para incrementar el servicio de transporte solicitado⁵. Sin embargo, pese a que Cori Puno intentó comunicarse en reiteradas oportunidades con Electro Puno para concretar la firma del convenio de inversión correspondiente, esta última no accedió a ello.

- (vi) El 10 de febrero de 2020, Cori Puno solicitó al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante Osinergmin) que dicte un mandato de conexión a su favor con el fin de que Electro Puno brinde el acceso al incremento de potencia solicitado⁶.
- (vii) Esta solicitud fue atendida por el regulador mediante Resolución de Consejo Directivo 054-2020-OS/CD del 30 de mayo de 2020 (en adelante el Mandato de Conexión), el cual ordenó que Electro Puno permita a Cori Puno el incremento de potencia solicitado y requirió a Electro Puno que inicie la implementación del banco de capacitores⁷ necesarios para garantizar las condiciones del servicio.
- (viii) El 12 de agosto de 2020, Cori Puno y Electro Puno suscribieron un convenio de conexión para la instalación del banco de capacitores señalados en el Mandato de Conexión que permitiría viabilizar el incremento de la potencia solicitada a partir del 31 de mayo de 2021. Sin embargo, pese a que el banco de capacitores se encontraría operativo, Electro Puno no habría permitido que Cori Puno acceda a la potencia correspondiente para el año 2021, según el plan aprobado en el Mandato de Conexión.
- (ix) En julio y agosto de 2021, Cori Puno y Electro Puno se reunieron en distintas ocasiones para una evaluación conjunta de la situación y

⁵ De acuerdo con Atria, la figura de contribuciones reembolsables implicaba la obligación de Cori Puno de financiar, a solicitud de Electro Puno, los costos de ampliación de las redes para incrementar el servicio de transporte solicitado y, por parte de Electro Puno, la obligación de reembolsar las inversiones realizadas por Cori Puno.

⁶ **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.

(Cabe mencionar que 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).

⁷ Los bancos capacitores son utilizados para mejorar la potencia de una o más cargas, cuya potencia es constante. Está conformado por dos elementos, por los cuales se conduce energía para alimentar un circuito eléctrico. Además de ayudar a regular la potencia de la energía, tienen otras ventajas, como, por ejemplo, regular y disminuir la tensión o contribuir a la liberación de capacidad en el sistema. Información obtenida de <https://www.electroindustrialolide.com.mx/que-son-y-para-que-sirven-los-bancos-capacitores-.html> (fecha de última revisión, 2 de marzo de 2023).

encontrar soluciones inmediatas a efectos de que Electro Puno pudiese cumplir con el Mandato de Conexión⁸. No obstante, en la última reunión, Electro Puno manifestó que no daría cumplimiento al referido mandato debido a que, a decir de dicha empresa, no contaría con capacidad para atender la solicitud de Cori Puno, en la medida de que tendría clientes regulados que vendrían retirando energía de la zona⁹.

- (x) En el presente caso, la conducta denunciada consiste en que Electro Puno, utilizando indebidamente el poder monopólico que se deriva de su condición de operador de la red de distribución, ha negado injustificadamente el acceso de Cori Puno a sus redes, al no permitir la ampliación de la capacidad solicitada en el punto de suministro. De esta forma, ha impedido a Atria prestar el servicio de suministro eléctrico, incumpliendo el marco normativo vigente y el Mandato de Conexión dictado por el Osinergmin.
- (xi) La negativa injustificada de acceso por parte de Electro Puno se manifiesta en el hecho de que Cori Puno tuvo que recurrir a un procedimiento de mandato de conexión para obtener una orden del regulador a fin de que se atienda su solicitud. Sin embargo, al incumplir con el Mandato de Conexión, Electro Puno continúa negando el acceso de Cori Puno al incremento de energía contratado con Atria.
- (xii) Al haber negado injustificadamente a Cori Puno el acceso a su red de distribución para la ampliación de la potencia contratada, Electro Puno impidió la entrada de Atria al mercado libre para la prestación del servicio de suministro, aprovechando que es el único proveedor del servicio de distribución eléctrica en su área de concesión.
- (xiii) Esta conducta afecta la competencia entre Electro Puno y las empresas de generación en el mercado de suministro a usuarios libres dentro del área de concesión de Electro Puno. Así pues, las empresas que compiten con la denunciada en dicho mercado se perjudican por el retraso en el inicio de la vigencia de sus contratos de suministro y la prestación de dicho servicio a sus clientes.

⁸ En este punto, Atria señaló que en el transcurso de julio de 2021, Electro Puno requirió a Cori Puno que reduzca su carga en 2,000 kW durante horarios específicos, bajo amenaza de desconexión. En virtud de ello, el 21 de julio de 2021, Atria envió a Electro Puno la Carta ATR-LGL-2021-000090, mediante la cual le requirió abstenerse de adoptar cualquier medida que contravenga lo dispuesto en el Mandato de Conexión.

⁹ En atención a ello, el 1 de septiembre de 2021, Cori Puno interpuso ante el Osinergmin una denuncia contra Electro Puno, solicitando que se disponga la ejecución forzosa del Mandato de Conexión e inicie un procedimiento sancionador a fin de imponer las sanciones correspondientes a dicha distribuidora. Del mismo modo, el 7 de febrero de 2022, Atria presentó una denuncia ante el Osinergmin en la que solicitó que se sancione a Electro Puno por incumplir el Mandato de Conexión, así como las disposiciones legales que regulan el servicio eléctrico y proporcionar a los organismos reguladores datos e información inexacta.

3. Mediante Oficio 037-2022/DLC-INDECOPI del 24 de marzo de 2022, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante la Dirección) solicitó al Osinergmin remitir información sobre el estado actual y/o acciones derivadas del Mandato de Conexión, así como el estado de los expedientes generados a partir de las denuncias interpuestas por Cori Puno y Atria contra Electro Puno¹⁰.
4. Mediante Resolución 033-2022/DLC-INDECOPI del 10 de mayo de 2022, la Dirección decidió ampliar el plazo para la calificación de la denuncia presentada por Atria, por un plazo de 45 (cuarenta y cinco) días hábiles adicionales, conforme a lo previsto en el artículo 20 del TUO de la LRCA¹¹.
5. Por Resolución 061-2022/DLC-INDECOPI del 18 de julio de 2022, la Dirección declaró improcedente la denuncia interpuesta por Atria contra Electro Puno. 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. Al respecto, la Dirección señaló lo siguiente:
 - (i) En virtud del principio de supletoriedad, la aplicación del TUO de la LRCA queda subordinada a la existencia de una norma específicamente diseñada para regular o prohibir una conducta determinada, en particular, cuando 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).
 - (ii) El artículo 33 y el literal d) del artículo 34 de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada mediante Decreto Ley 25844¹² (en adelante Ley de

¹⁰ Mediante Oficio 047-2022/DLC-INDECOPI del 26 de abril de 2022, la Dirección reiteró al Osinergmin la solicitud de información formulada mediante Oficio 037-2022/DLC-INDECOPI. Sin embargo, dicha entidad no atendió el requerimiento de información.

¹¹ **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.

¹² **DECRETO 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 Distribuidores 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.

Concesiones Eléctricas), así como el Procedimiento para el Acceso Libre a las redes de Transmisión y/o Distribución (aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 091-2003-OS/CD), buscaron –*ex ante*– proteger la dinámica competitiva en el mercado eléctrico garantizando el libre acceso a las redes de distribución y/o transmisión. Ello, con el objetivo de que las empresas que tengan la capacidad para participar del suministro de energía eléctrica a los clientes libres (por ejemplo, las empresas de generación) puedan ofrecer sus servicios y competir con las empresas de distribución, sin importar la propiedad de las redes de transmisión y/o distribución que llegan hasta el punto de suministro del cliente final.

- (iii) El artículo 62 de la Ley de Concesiones Eléctricas establece la competencia expresa del Osinergmin para resolver las discrepancias que dificulten o limiten el acceso del usuario a las mencionadas redes, es decir, es competencia del Osinergmin asegurar el cumplimiento del principio de libre acceso a las redes¹³. Asimismo, mediante el Procedimiento para el Acceso Libre a las redes de Transmisión y/o Distribución se implementó un procedimiento para que, en caso las partes no lleguen a un acuerdo, Osinergmin¹⁴ emita un mandato de conexión que establezca las condiciones de acceso a las redes.
- (iv) La legislación y el regulador no se han limitado a establecer la obligación del libre acceso a las redes de transmisión y/o distribución, sino que también han previsto los remedios pertinentes para garantizar que esta obligación sea cumplida, disponiendo la tipificación y sanción por el incumplimiento de esta. Así pues, existe un esquema regulatorio específico que busca prevenir o dar una solución a una eventual restricción de las condiciones de competencia en el mercado eléctrico que se pudiera producir por el incumplimiento de dicha obligación.
- (v) En el presente caso, no corresponde emitir un pronunciamiento, toda vez que la regulación específicamente diseñada para el sector eléctrico ha establecido que el Osinergmin es la autoridad competente para resolver este tipo controversias, que involucran posibles vulneraciones a la

13

DECRETO LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS**Artículo 62.-** (...) 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.

14

PROCEDIMIENTO PARA FIJAR LAS CONDICIONES DE USO Y ACCESO LIBRE A LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN Y DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, APROBADO MEDIANTE RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO 091-2003-OS/CD**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.

(...)

normativa a la que están sujetas las empresas reguladas como Electro Puno. Más aún, el Osinergmin atendió la solicitud de Cori Puno al dictar un Mandato de Conexión a través de la Resolución 054-2020-OS/CD. Finalmente, se observa que tanto Atria como Cori Puno han interpuesto sendas denuncias ante Osinergmin para asegurar el cumplimiento del Mandato de Conexión dictado por el regulador.

6. El 10 de agosto de 2022, Atria interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 061-2022/DLC-INDECOPI, en el cual, además de reiterar sus argumentos, solicitó el uso de la palabra¹⁵ y la nulidad de la referida resolución en el extremo que declaró improcedente su denuncia y, reformándola, se ordene a la Dirección admitirla a trámite e imputar cargos en contra de Electro Puno por incurrir en las conductas anticompetitivas denunciadas. Al respecto, Atria sostuvo lo siguiente:

- (i) Electro Puno ha incurrido sistemáticamente en una serie de conductas anticompetitivas, muchas de las cuales exceden los alcances de las obligaciones establecidas en el Mandato de Conexión y en el Procedimiento para el Acceso Libre a las redes de Transmisión y/o Distribución. Se trata de conductas que no han sido previstas en una norma regulatoria, por lo que no es de aplicación al presente caso el principio de supletoriedad. Tales conductas son las siguientes:
 - a) Tras meses de negociación con Cori Puno y Atria, la denunciada continuó dilatando el acceso de Cori Puno a la Subestación Ananea con la potencia solicitada, lo que llevó a dicha empresa a solicitar el Mandato de Conexión. Incluso, Electro Puno remitió información imprecisa al Osinergmin para el dictado del referido mandato¹⁶.
 - b) Electro Puno tampoco ha permitido que Cori Puno retire la potencia total solicitada y, por ende, que Atria suministre la potencia contratada por dicha empresa. En tal sentido, Electro Puno exigió a Cori Puno que redujera su carga, bajo amenaza de corte de suministro.

¹⁵ Dicha solicitud ha sido reiterada mediante escritos del 23 de noviembre de 2022 y 16 de enero de 2023.

¹⁶ Al respecto, Atria señaló que el 20 de agosto del 2021, se llevó a cabo una reunión entre dicha empresa, Cori Puno y Electro Puno, en la que la denunciada indicó que no daría cumplimiento al Mandato de Conexión debido a que *"clientes vienen retirando energía de la zona, y no va a restringir dichos consumos para no causar un conflicto social en la zona"*.

Además, a decir de Atria, Electro Puno consideraría que el regulador habría cometido un error al emitir el Mandato de Conexión sin una correcta proyección de la demanda en la Subestación Ananea. No obstante, Atria señaló que dicha justificación no sería suficiente, debido a que: (i) el Osinergmin evaluó y determinó que existía capacidad de conexión suficiente en la Subestación Ananea para atender la ampliación de potencia solicitada por Cori Puno; (ii) Electro Puno nunca impugnó el Mandato de Conexión, pues había sido dictado teniendo en cuenta la ocupación real presente de sus instalaciones y la proyección de demanda que la propia denunciada había formulado y presentado; y, (iii) Electro Puno incluso había suscrito un convenio con Cori Puno para permitir la conexión y retiro de la capacidad adicional necesaria.

- c) Electro Puno cedió a terceros la capacidad de la Subestación Ananea que le correspondía a Cori Puno¹⁷.
 - d) Electro Puno se ha negado a limitar el consumo en exceso de tales terceros, quienes vienen retirando indebidamente la energía, a costa de la inversión, tiempo y derechos de Cori Puno y de Atria.
 - e) Electro Puno también se niega a invertir, conforme a lo recomendado por Osinergmin¹⁸, para permitir que Atria suministre la potencia total a Cori Puno.
- (ii) Las conductas realizadas por Electro Puno han generado un efecto exclusorio que perjudica a Atria la cual, hasta la fecha, no puede cumplir con las obligaciones de suministro pactadas con su cliente libre, Cori Puno, quién solicitó la ampliación de su potencia contratada y suscribió un contrato de suministro de energía con Atria por un total de 7,500 kW.
 - (iii) Electro Puno ha incrementado su participación en el mercado de suministro a clientes libres a expensas de Atria, pues se ha aprovechado de las obras de ampliación ejecutadas por esta para permitir que sus propios clientes conectados a la Subestación Ananea utilicen la capacidad de suministro que le correspondería a Cori Puno.
 - (iv) Mientras tanto, Atria no puede suministrar la potencia contratada por Cori Puno, a quién le financió las inversiones para hacer efectiva la ampliación de potencia. Esta situación afecta el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y perjudica a los consumidores.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 7. En atención a los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) determinar lo siguiente:
 - (i) si corresponde otorgar a Atria el uso de la palabra en una audiencia de informe oral; y,
 - (ii) si corresponde confirmar o no la Resolución 061-2022/DLC-INDECOPI que declaró la improcedencia liminar de la denuncia interpuesta por Atria contra Electro Puno.

¹⁷ Ello, a pesar de que, a decir de Atria, Cori Puno ya había financiado las obras de ampliación en la Subestación Ananea y puso en operación el banco de capacitores.

¹⁸ Recomendación efectuada mediante Informe de Fiscalización DSE-STE-662-2021 del 8 de diciembre del 2021, en el marco de la denuncia presentada por Cori Puno contra Electro Puno por el incumplimiento del Mandato de Conexión.



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 0022-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 002-2022/CLC

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Sobre la solicitud de informe oral

8. En su escrito de apelación y en los escritos del 23 de noviembre de 2022 y 16 de enero de 2023, Atria solicitó que se le conceda el uso de la palabra en una audiencia de informe oral ante la Sala.
9. 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 fundamentada¹⁹, por lo que la citación a informe oral constituye una potestad y no una obligación a cargo de la autoridad administrativa.
10. 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 vulneratorios (sic) 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*”²⁰.
11. En el presente caso, la Sala cuenta con los elementos de juicio necesarios para resolver la impugnación formulada por Atria, tales como: (i) el escrito de denuncia presentado por Atria; (ii) los argumentos de apelación planteados por esta empresa contra la Resolución 061-2022/DLC-INDECOPI; y, (iii) el marco jurídico pertinente para abordar el asunto vinculado con la procedencia la denuncia de Atria frente a Electro Puno.
12. Complementariamente a lo antes señalado, es importante resaltar que la controversia en este caso consiste en determinar la procedencia o no de la

19

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.

20

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 (sic) 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.

(...)”

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

10/20

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

denuncia, por ende, la evaluación se circunscribe a constatar si la conducta sostenida por Atria (conforme a los alegatos y elementos presentados por dicha empresa denunciante) es pasible de ser cuestionada mediante un procedimiento por presuntas conductas anticompetitivas. 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 Atria.

III.2. Delimitación de las conductas denunciadas

13. En su apelación, Atria sostiene que Electro Puno habría incurrido sistemáticamente en una serie de conductas anticompetitivas que excederían los alcances de las obligaciones establecidas en el Mandato de Conexión y en el Procedimiento para el Acceso Libre a las Redes de Transmisión y/o Distribución; las cuales no se encontrarían previstas en la normativa sectorial correspondiente y deberían ser evaluadas por la autoridad de competencia en virtud del TUO de la LRCA. Estas presuntas conductas infractoras referidas por Atria en su recurso de apelación, son las siguientes:

- (i) Luego de negociar con Cori Puno y Atria, la denunciada continuó dilatando el acceso a la Subestación Ananea con la potencia solicitada, lo que llevó a que Cori Puno requiera un Mandato de Conexión. Además, Electro Puno remitió información imprecisa al Osinergmin para el dictado del referido mandato.
- (ii) Electro Puno no ha permitido que Cori Puno retire la potencia total de energía solicitada y, por ende, que Atria suministre la potencia contratada por dicho usuario libre. Incluso, Electro Puno exigió a Cori Puno que redujera su carga, bajo amenaza de corte de suministro.
- (iii) Electro Puno cedió a terceros la potencia de la Subestación Ananea, que le correspondía a Cori Puno.
- (iv) Electro Puno se ha negado a limitar el consumo en exceso de tales terceros, los cuales vienen retirando indebidamente la energía, a costa de la inversión, tiempo y derechos de Cori Puno y de Atria.
- (v) Electro Puno se niega a efectuar las inversiones, conforme a lo recomendado por Osinergmin, para permitir que Atria suministre la potencia total contratada por Cori Puno.

14. Ahora bien, de la revisión del escrito de denuncia presentado, se aprecia que Atria denunció que Electro Puno habría incurrido en actos de abuso de posición de dominio, consistentes en la presunta negativa injustificada de conceder el incremento de potencia solicitado por Cori Puno, lo cual impediría a Atria

prestar el servicio de suministro eléctrico. Ello, según la denunciante, estaría tipificado en los literales a) y h) del artículo 10.2 TUO de la LRCA²¹.

ESCRITO DE DENUNCIA PRESENTADO POR ATRIA EL 4 DE MARZO DE 2022

(...)

35. *En el presente caso, ATRIA denuncia a ELPU por abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa de trato injustificada y conducta que impide o dificulta el acceso o permanencia de competidores en el mercado, de acuerdo con los literales a) y h) del artículo 10.2° de la Ley de Competencia (...)*

(...)

42. *Como detallaremos más adelante, la negativa de trato injustificada de ELPU se da en la prestación del servicio de distribución o transporte de electricidad, en el que –pese a contar con una obligación especial como agente que ostenta una posición de dominio que le viene dada por la ley– se negó a brindar el acceso al usuario libre de ATRIA para la ampliación de su potencia contratada de suministro.*

(...)

57. *Y es que, ELPU al participar en mercados conexos tiene una obligación especial de competir correcta y lealmente, sin abusar de la posición de dominio que tiene en el mercado de servicio de distribución de electricidad y, por ende, el control sobre las redes de transporte en su zona de concesión.*

58. *En el presente caso, esa es justamente la obligación que ha incumplido ELPU, pues habría negado injustificadamente al usuario libre de ATRIA el acceso a su red de distribución para la ampliación de su potencia contratada y por ende, impedido la entrada de ATRIA al mercado libre para la prestación del servicio de suministro, aprovechándose de su condición de único proveedor en el mercado de distribución de electricidad en su área de concesión con el objetivo de perjudicar la competencia en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres.*

(...)

98. *El 31 de mayo del 2021, estando plenamente vigente el contrato de suministro con ATRIA con una potencia contratada de 7,500 kW, entró en operación el banco de capacitores de 6 MVAR, lo que debía permitir el incremento de potencia de ELPU y consecuente retiro progresivo de los 4,500 kW adicionales. Sin embargo, ELPU no permitió y, hasta la fecha, NO PERMITE que ATRIA suministre los 6,000 kW contratados por Cori Puno, conforme a lo establecido en su plan de ampliaciones.*

(...)

110. *Esta situación es de la que se vale ELPU para negar injustificadamente el acceso a ATRIA y a su cliente libre, conducta que ha mantenido desde el inicio, pues Cori Puno tuvo que recurrir a un procedimiento de mandato de conexión para obtener una orden del regulador de brindar acceso y ELPU, incumpliendo dicho Mandato, así como todas sus obligaciones legales de acceso universal y cumplimiento de normas técnicas, continúa negándole el acceso que le permite retirar la energía que ha contratado con ATRIA.*

(...)"

(Subrayado añadido)

15. Mediante la Resolución 061-2022/DLC-INDECOPI la Dirección evaluó la procedencia de la denuncia formulada, para lo cual tomó en cuenta la presunta conducta infractora reseñada en dicho escrito y determinó que no correspondía admitir a trámite la denuncia en virtud del principio de supletoriedad. Por ende, el análisis a ser realizado por la Sala está circunscrito a la procedencia o no de

²¹

Ver nota al pie 1.

la denuncia, con relación al presunto abuso de posición de dominio alegado por Atria, mencionado previamente en el numeral 14.

16. Sin perjuicio de que la apelación interpuesta por Atria detalló más conductas presuntamente cometidas por Electro Puno (ver numeral 13 del presente pronunciamiento), lo cierto es que todas ellas se refieren a una misma alegada infracción: la negativa injustificada de Electro Puno de conceder el incremento de potencia solicitado por Cori Puno, impidiéndole a Atria prestar el servicio de suministro eléctrico²².
17. Por consiguiente, al margen de estos hechos traídos a colación por la empresa denunciante en segunda instancia, el objeto del presente pronunciamiento estará enfocado en determinar si la alegada negativa injustificada de conceder el incremento de potencia, es o no una controversia que corresponde ser analizada en esta vía.
18. En atención a ello, a continuación, esta Sala evaluará los argumentos presentados por Atria en apelación, a fin de determinar si corresponde o no iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de Electro Puno.

III.3 Sobre el presunto abuso de posición de dominio denunciado por Atria

19. La Dirección señaló en la Resolución 061-2022/DLC-INDECOPI que, en aplicación del principio de supletoriedad, no correspondía emitir un pronunciamiento sobre la denuncia planteada por Atria, toda vez que la regulación específicamente diseñada para el sector eléctrico ha establecido que el Osinergmin es la autoridad competente para resolver las controversias referidas al acceso a las redes de transmisión y distribución eléctrica, así como las posibles vulneraciones a la normativa aplicable a las empresas reguladas, como Electro Puno. La primera instancia agregó que, incluso, tanto Atria como Cori Puno habían interpuesto denuncias ante el Osinergmin para asegurar el cumplimiento del Mandato de Conexión dictado por el regulador.
20. En su recurso de apelación, Atria alegó que no resulta aplicable al presente

²² En efecto, lo mencionado en el literal (i) del numeral 13 se encuentra referido a que la presunta negativa de Electro Puno a otorgar el incremento de potencia solicitado por Cori Puno, se evidenciaría mediante la dilación en atender la ampliación de la capacidad solicitada por dicha empresa en su punto de suministro.

Por su parte, los hechos mencionados en el literal (ii) del numeral 13 se refieren a que, como evidencia de la presunta negativa injustificada a otorgar el incremento de potencia solicitado, Electro Puno se habría negado a que Cori Puno retire el total de la potencia solicitada, impidiendo que Atria suministre energía a dicho agente. Incluso, tales hechos además fueron referidos por Atria en su escrito de denuncia (conforme se aprecia en el párrafo 98 del escrito de denuncia, citado en el numeral 14 del presente pronunciamiento).

Asimismo, los hechos mencionados en los literales (iii), (iv) y (v) del numeral 13 también se encuentran referidos a la presunta negativa para atender la ampliación de potencia formulada por Cori Puno, pues pretenden dar cuenta de que Electro Puno no habría realizado las inversiones sugeridas por Osinergmin para dicho fin e, incluso, habría comprometido la potencia de la subestación Ananea con terceros en lugar de satisfacer el requerimiento de Cori Puno.

caso el principio de supletoriedad, pues las conductas denunciadas deberían de ser evaluadas conforme al TUO de la LRCA, al no encontrarse previstas en una norma regulatoria. Al respecto, señaló lo siguiente:

- (i) Las conductas realizadas por Electro Puno han generado un efecto exclusorio que afecta a Atria pues, hasta la fecha, no puede cumplir con las obligaciones de suministro pactadas con su cliente libre, Cori Puno, quien solicitó la ampliación de su potencia contratada y suscribió un contrato con Atria por un total de 7,500 kW.
 - (ii) Electro Puno aumentó su participación en el mercado de suministro a clientes libres a expensas de Atria, pues se ha aprovechado de las obras de ampliación ejecutadas por esta para permitir que sus propios clientes conectados a la Subestación Ananea utilicen la capacidad de suministro que le correspondería a Cori Puno.
 - (iii) Mientras tanto, Atria no puede suministrar la potencia contratada por su cliente Cori Puno, a quién le financió las inversiones para hacer efectiva la ampliación de potencia, lo cual afecta el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y perjudica a los consumidores.
21. A fin de evaluar la procedencia de la denuncia formulada por Atria, resulta pertinente reseñar la sucesión de hechos vinculados a las presuntas conductas anticompetitivas denunciadas por Atria, según la información proporcionada por dicha persona jurídica en esta etapa inicial:
- (i) A partir del año 2019, Cori Puno decidió ampliar su capacidad de extracción del oro y, en consecuencia, incrementar su consumo de electricidad de 3,200 kW a 7,500 kW. Por ello, Cori Puno decidió contratar con Atria los 4,300 kW adicionales que requería.
 - (ii) El 1 de septiembre de 2019, Cori Puno y Atria suscribieron un contrato de suministro, dejando constancia que la conexión eléctrica existente a dicha fecha no soportaba una potencia activa superior a los 4,300 kW. Por ello, Atria gestionaría con Electro Puno la ampliación de la potencia en el punto de suministro de Cori Puno.
 - (iii) Entre septiembre de 2019 y enero de 2020, se llevaron a cabo una serie de reuniones de trabajo entre Atria, Cori Puno y Electro Puno para llevar a cabo la ampliación solicitada por Cori Puno. No obstante, pese a que Cori Puno habría intentado comunicarse con Electro Puno para concretar la firma del convenio de inversión correspondiente, no habría conseguido que Electro Puno accediera a firmar dicho convenio.

- (iv) El 10 de febrero de 2020, Cori Puno solicitó al Osinergmin que dicte un mandato de conexión a su favor, a fin de que Electro Puno brinde el acceso al incremento de potencia solicitado.
 - (v) Mediante Resolución de Consejo Directivo 054-2020-OS/CD del 30 de mayo de 2020, el Osinergmin emitió el Mandato de Conexión a favor de Cori Puno, a fin de que Electro Puno permita el incremento de potencia a 7,500 kW, requiriendo que se inicie la instalación del banco de capacitores necesarios para garantizar las condiciones del servicio.
 - (vi) El 12 de agosto de 2020, Cori Puno y Electro Puno suscribieron un convenio de conexión para la instalación del banco de capacitores señalado en el Mandato de Conexión, el cual permitiría viabilizar el incremento de la potencia solicitada a partir del 31 de mayo de 2021. Sin embargo, pese a que el banco de capacitores se encontraría operativo, Electro Puno no habría permitido que Cori Puno accediera a la energía correspondiente²³.
22. Según se aprecia de lo expuesto, lo sostenido por Atria en su denuncia sobre la existencia de presuntas prácticas anticompetitivas por parte de Electro Puno, está directamente relacionado **a la solicitud particular que Cori Puno formuló ante el distribuidor de energía eléctrica (Electro Puno) para la ampliación de potencia en un punto de suministro** de 3,200 kW a 7,500 kW, en tanto este último se habría negado injustificadamente a atender la referida solicitud de incremento de potencia, impidiendo que Atria brinde el suministro de energía eléctrica al referido cliente.
23. Considerando lo antes expuesto, la Sala observa que el marco regulatorio del sector energía contempla reglas específicas orientadas a atender y materializar los pedidos particulares 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.
24. En efecto, el artículo 33 y el inciso d) del artículo 34 de la Ley de Concesiones Eléctricas reconocen el 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 continuación²⁴:

²³ En atención a ello, el 1 de septiembre de 2021, Cori Puno interpuso ante el Osinergmin una denuncia contra Electro Puno, solicitando que se disponga la ejecución forzosa del Mandato de Conexión y se inicie un procedimiento sancionador a fin de imponer las sanciones correspondientes a dicha distribuidora. Del mismo modo, el 7 de febrero de 2022, Atria presentó una denuncia ante el Osinergmin en la que solicitó que se sancione a Electro Puno por: (i) incumplir el Mandato de Conexión, así como las disposiciones legales que regulan el servicio eléctrico; y, (ii) proporcionar a los organismos reguladores datos e información inexacta.

²⁴ Cabe precisar que en lo concerniente al “uso” por parte de terceros de las redes eléctricas de las empresas de transmisión y distribución, también se alude a la ampliación de potencia, conforme se advierte en los artículos 62 y 65 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo 009-93-EM:

DECRETO 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.

25. 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 a fin de 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 el concepto de libre acceso a las redes (obligación para las empresas de transmisión y de distribución, orientada a permitir el uso de sus instalaciones con las correspondientes compensaciones) busca evitar los efectos perjudiciales que pudiera tener en el mercado eléctrico el carácter monopólico bajo el cual se encuentran tales 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 otras²⁵.

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

Artículo 62.- Las discrepancias entre los usuarios y los concesionarios de transmisión por el uso de los sistemas de estos últimos, a que se refiere el Artículo 33 de la Ley, en lo relativo a capacidad de transmisión o las ampliaciones requeridas, serán resueltas por OSINERG, siguiendo el procedimiento de dirimencia establecido en el siguiente párrafo.

(...)

(Subrayado agregado)

Artículo 65.- Las discrepancias entre los usuarios y los concesionarios de distribución por el uso de los sistemas de estos últimos, a que se refiere el inciso d) del Artículo 34 de la Ley, en lo relativo a capacidad de transmisión o las ampliaciones requeridas, serán resueltas por OSINERG, siguiendo el procedimiento establecido en el segundo párrafo del Artículo 62 del Reglamento.

(...)

(Subrayado agregado)

25

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

26. Por su parte, el artículo 62 de la Ley de Concesiones Eléctricas²⁶ establece la competencia del Osinergmin para resolver las discrepancias que dificulten o limiten el acceso a las redes, por lo que dicha entidad es la encargada de garantizar el cumplimiento de esta obligación, haciendo uso de su facultad de regulación, supervisión, y sanción²⁷.
27. 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 regulador²⁸ emita un “mandato de conexión” que establezca las condiciones de acceso correspondientes para cada situación en concreto (de acuerdo con establecido en la Resolución de Consejo Directivo 091-2003-OS/CD)²⁹.
28. 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.

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.

²⁶ **DECRETO LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS**

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)

- ²⁷ 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.

²⁸ **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)

- ²⁹ 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.

29. 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.
30. 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 a las empresas distribuidoras, como es el caso del principio de libre acceso a las redes.
31. De este modo, el marco normativo aplicable contiene reglas específicas para resolver la alegada negativa por parte de Electro Puno de ampliar la potencia en el punto de suministro de Cori Puno³⁰ y que, de este modo, Atria pueda brindar el servicio de suministro eléctrico a dicho cliente, tomando en cuenta los hechos y elementos aportados por Atria en su denuncia.
32. Conforme a lo antedicho, este Colegiado coincide con la Dirección en que resulta de aplicación a la denuncia materia de análisis el denominado “principio de supletoriedad”.
33. En anteriores casos³¹, se ha indicado que dicho principio se encuentra referido al desplazamiento de las políticas de competencia frente a la regulación económica, pues las respuestas normativas y remedios preestablecidos por esta clase de regulación son aquellos que deben ser aplicados 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 concreto.
34. Esto responde al principio de especialidad, que reconoce la prevalencia de la norma especial frente a la norma general.
35. Asimismo, el artículo 12 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo 054-2001-PCM, precisa 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 determina que en caso de conflicto primarán las normas del

³⁰ De acuerdo con lo indicado en la nota al pie 26, dentro de las discrepancias respecto del “uso” por parte de terceros de las redes eléctricas de las empresas de transmisión y distribución, se encuentran las referidas a la ampliación de potencia.

³¹ Ver, por ejemplo, las Resoluciones 004-2008/TDC-INDECOPI del 3 de enero de 2008 y 139-2022/SDC-INDECOPI del 26 de setiembre de 2022.

regulador³².

36. Lo mencionado en los párrafos previos no implica 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 sujetos a regulación económica, 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.
37. En consecuencia, se debe efectuar un análisis por cada caso, considerando los distintos escenarios que podrían presentarse entre las normas de competencia y la regulación sectorial.
38. En el caso analizado, la presunta negativa injustificada de atender el incremento de potencia solicitado por un determinado cliente (Cori Puno), lo que impediría a Atria prestar el servicio de suministro eléctrico a dicha empresa en específico³³, tienen una solución propia en el marco de la regulación sectorial referida en los numerales anteriores, a cargo del Osinergmin. A mayor abundamiento, dicho organismo regulador efectivamente tomó conocimiento de la controversia alegada por Atria y emitió el Mandato de Conexión a fin de que Electro Puno efectúe el incremento de potencia solicitado por Cori Puno³⁴, para que dicho cliente pueda recibir el suministro de energía conforme a lo acordado con Atria.
39. Del mismo modo, el alegado incumplimiento del Mandato de Conexión emitido por Osinergmin tampoco es una controversia que pueda ser evaluada conforme al marco normativo previsto en el TUO de la LRCA. Ciertamente, la evaluación del acatamiento o no del Mandato de Conexión y la imposición de una eventual sanción (en caso de incumplimiento) forman parte de las competencias del Osinergmin, conforme a lo previsto en el numeral 9 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones aprobada por Resolución 028-2003-OS/CD³⁵.
40. Finalmente, si bien Atria sostuvo en su denuncia que la presunta conducta de

³² **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)

³³ En función a los elementos presentados en este caso, las mencionadas conductas denunciadas están referidas a una presunta afectación específica a un cliente de la denunciante, según lo explicado en los numerales 21 y 22 del presente pronunciamiento.

³⁴ Ver nota al pie 25.

³⁵ Incluso, en el presente caso, Atria ha indicado que esta última y Cori Puno, respectivamente, pusieron en conocimiento de Osinergmin el presunto incumplimiento del Mandato de Conexión por parte de Electro Puno.



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 0022-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 002-2022/CLC

Electro Puno habría incrementado su participación en el mercado de suministro a usuarios libres, la Sala observa que la documentación que sustenta la referida denuncia, se limita al caso concreto de la solicitud de incremento de potencia formulada por Cori Puno. En tal sentido, Atria no ha presentado mayores indicios de que su denuncia esté referida a alguna conducta generalizada que pueda conllevar a la insuficiencia de las normas de regulación económica y -de ser el caso- denotar la existencia de presuntas prácticas exclusorias para otros competidores en el mercado de suministro de energía eléctrica en el área de concesión de Electro Puno, que sean evaluables por el TUO de la LRCA.

41. Por lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución 061-2022/DLC-INDECOPI que declaró improcedente la denuncia formulada por Atria frente a Cori Puno por un supuesto abuso de posición de dominio.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: denegar la solicitud de audiencia de informe oral presentada por Atria Energía S.A.C.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 061-2022/DLC-INDECOPI del 18 de julio de 2022, mediante la cual la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia declaró improcedente la denuncia interpuesta por Atria Energía S.A.C. contra Electro Puno S.A.A. por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de conceder el incremento de potencia solicitado por Cori Puno S.A.C., impidiendo a Atria Energía S.A.C. prestar el servicio de suministro eléctrico; lo cual -según la denunciante- estaría tipificado en los literales a) y h) 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 César Augusto Llona Silva, Carlos Hugo Mendiburu Díaz, José Abraham Tavera Colugna y Julio Baltazar Durand Carrión.



Firmado digitalmente por LLONA
SILVA Cesar Augusto FAU
20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 17.03.2023 22:07:43 -05:00

CÉSAR AUGUSTO LLONA SILVA
Presidente