



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0031-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 008-2018/CLC

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
DENUNCIANTE : ATRIA ENERGÍA S.A.C.
DENUNCIADO : ELECTRO DUNAS S.A.A.
MATERIAS : LIBRE COMPETENCIA
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO
PROCEDENCIA
ACTIVIDAD : GENERACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA
ELÉCTRICA

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI del 13 de marzo de 2020 en el extremo que declaró **IMPROCEDENTE** la denuncia por actos de abuso de posición de dominio, con relación a la presunta aplicación de condiciones desiguales consistentes en supuestos descuentos y rebajas de precios, lo cual estaría tipificado en el literal b) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas aprobado por Decreto Supremo 030-2019-PCM (TUO de la LRCA).

Al respecto, los precios ofrecidos por Electro Dunas S.A.A. no evidencian de forma indiciaria que dicha empresa haya aplicado descuentos o rebajas estratégicas a los clientes que tenían una relación con Atria Energía S.A.C., con el objeto o efecto de excluir a tal competidora del mercado de usuarios regulados que pretenden migrar a clientes libres. Por el contrario, los elementos recabados muestran que los precios aplicados por Electro Dunas S.A.A. serían similares -en promedio- a los ofrecidos a todos los clientes en la misma condición.

*Asimismo, se **REVOCA** la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI del 13 de marzo de 2020 en el extremo que declaró **IMPROCEDENTE** la denuncia por actos de abuso de posición de dominio, con relación a la presunta aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes consistentes en la exoneración del plazo de preaviso para que los usuarios regulados pasen a tener la condición de clientes libres, dependiendo de si estos deciden continuar contratando con la empresa denunciada. Este supuesto estaría tipificado en el literal b) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA. Por consiguiente, se ordena que la autoridad competente admita a trámite este extremo de la denuncia.*

Esta Sala considera indiciariamente que la exoneración del plazo de preaviso a favor de los clientes que permanezcan con la denunciada y no para aquellos clientes que opten por alguna otra empresa competidora (como Atria Energía S.A.C.), podría tener una incidencia sobre tales clientes al momento de seleccionar a la empresa proveedora de energía eléctrica. Esto, en la medida de que dicha presunta diferenciación implicaría que quienes contraten con la denunciada accederían inmediatamente a los precios competitivos existentes en el mercado de clientes libres y los demás tendrían que esperar un año.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0031-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 008-2018/CLC

Asimismo, es importante anotar que la exoneración cuestionada obedecería a una decisión unilateral de la empresa denunciada, valiéndose de su posición dominante en otro mercado conexo. Por tanto, se considera -a nivel indiciario- que esta presunta conducta podría restringir la competencia en el mercado de usuarios regulados que migran a ser clientes libres, afectando a los competidores de Electro Dunas S.A.A. (como Atria Energía S.A.C.) y, por ende, generar un efecto exclusorio.

Finalmente, se CONFIRMA la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI del 13 de marzo de 2020 en el extremo que declaró IMPROCEDENTE la denuncia contra Electro Dunas S.A.A. por una supuesta negativa de proporcionar información a Atria Energía S.A.C. para que pueda emitir la facturación a sus clientes, supuesto que estaría tipificado en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

Los medios probatorios recabados únicamente muestran que Electro Dunas S.A.A. no habría brindado información respecto de Mercurio E.I.R.L., la cual suscribió un contrato de suministro con Atria Energía S.A.C. y posteriormente decidió firmar por el mismo servicio con Electro Dunas S.A.A. Lo antes señalado evidenciaría que esta negativa estaría referida a una controversia contractual vinculada con un cliente en particular. Por lo tanto, no existen indicios de que la negativa cuestionada por parte de Atria Energía S.A.C. sea parte de una estrategia desplegada por Electro Dunas S.A.A. con la finalidad de impedir o dificultar el acceso de competidores actuales o potenciales.

Lima, 18 de febrero de 2021

I. ANTECEDENTES

1. El 3 de agosto de 2018¹, Atria Energía S.A.C. (en adelante Atria), antes denominada Eléctrica Santa Rosa S.A.C.², denunció a Electro Dunas S.A.A. ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante la Comisión) por la presunta realización de una conducta anticompetitiva consistente en un abuso de posición de dominio debido a la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, la incitación a terceros para dejar de contratar con su empresa en el mercado de energía eléctrica a usuarios libres en la zona de concesión de Electro Dunas, así como la contravención a la cláusula general, supuestos previstos en los literales b), g) y h) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de

¹ Complementado a través del escrito del 15 de marzo de 2019.

² El 22 de mayo de 2019, Eléctrica Santa Rosa S.A.C. modificó su denominación social a Atria Energía S.A.C., como consta en la Partida Electrónica 11269325 de la Oficina Registral de Lima.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0031-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 008-2018/CLC

Represión de Conductas Anticompetitivas aprobado por Decreto Supremo 030-2019-PCM (en adelante TUO de la LRCA).

2. Al respecto, la denunciante señaló lo siguiente:

- (i) Electro Dunas es la concesionaria del servicio público de distribución de electricidad en las regiones de Huancavelica, Ayacucho y, principalmente, Ica.
- (ii) Los usuarios cuya demanda anual de cada punto de suministro sea mayor de 200 kW y hasta 2500 kW tienen el derecho de elegir si desean ser usuarios regulados o clientes libres (bajo el régimen de libertad de precios).
- (iii) De acuerdo con la primera disposición complementaria final de la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica y el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad aprobado por Decreto Supremo 022-2009-EM (en adelante, el Reglamento de Usuarios Libres), para que un usuario regulado pueda cambiar de condición a cliente libre debe comunicar dicha intención a su suministrador actual con una anticipación no menor a un (1) año.
- (iv) A través del Oficio 086-2018/CCD-INDECOPI del 11 de septiembre de 2018, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal³ consultó al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante Osinergmin) si era necesario que se cumpla con el plazo previsto en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres en caso el suministrador actual sea el mismo que el suministrador futuro, es decir, no cambiará de suministrador.
- (v) Mediante Oficio 3086-2018-OS-DSE del 11 de octubre de 2018, Osinergmin indicó que, con base en el texto normativo consultado, sería facultad del distribuidor dispensar o no del plazo de permanencia de un año a aquellos usuarios regulados que deciden migrar al mercado libre. Siendo así, la aplicación del plazo de un año constituye una decisión adoptada libre y voluntariamente por el distribuidor, por lo que la determinación de su carácter anticompetitivo debe ser evaluado bajo las reglas generales que rigen la actividad competitiva en el mercado.
- (vi) En particular, cuando los usuarios regulados Mercurio E.I.R.L. (en adelante Mercurio), Cables Eléctricos Brande S.A.C., (en lo sucesivo Brande) y Procesadora Alonso S.A.C. (en adelante Procesadora Alonso)

³ Requerimiento efectuado en el marco del procedimiento de competencia desleal tramitado bajo el Expediente 044-2018/CCD.

le comunicaron a Electro Dunas su intención de cambiar de condición a usuarios libres para contratar el suministro de energía con Atria, Electro Dunas les ofreció sus servicios a cambio de migrarlos al mercado libre de forma inmediata y a un menor costo mediante un descuento selectivo.

- (vii) Este ofrecimiento habría generado que Mercurio incumpla el contrato de suministro suscrito con Atria y que Procesadora Alonso tuviera la intención de resolver el contrato con Atria por mutuo acuerdo. De esta manera, la denunciante y Electro Dunas no se encuentran compitiendo en igualdad de condiciones.
- (viii) Conforme señala el Ingeniero Luis Espinoza Quiñones en su informe, adjuntado como medio probatorio, el plazo de espera de un año cuando un usuario migra del mercado regulado para ser un cliente libre se sustenta en el hecho de que podrían existir costos de compra de potencia que deben ser atenuados y, para ello, se necesita un plazo adecuado. Sin embargo, si el distribuidor (Electro Dunas) exime a algunos clientes del plazo, entonces significa que no existen costos fijos asociados a la compra de potencia, por lo que, en aras de la igualdad de condiciones, tampoco debería aplicarse tal plazo para los usuarios que deciden ser clientes libres con Atria.
- (ix) Por otro lado, a pesar de que el contrato suscrito con Mercurio se encontraba vigente, Electro Dunas se negó a proporcionar a Atria las lecturas de los consumos, lo cual impide -en la práctica- ejecutar el contrato.
- (x) Electro Dunas ofrece en sus contratos de suministro una cláusula de nación más favorecida, la cual constituye una promesa de trato diferenciado respecto de los usuarios que contraten con terceros competidores.

3. Mediante Carta 1756-2019/ST-CLC-INDECOPI del 22 de octubre de 2019, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a Atria lo siguiente:

- (i) Indicar si Mercurio solicitó a dicha empresa la resolución del contrato de suministro de energía, una vez que contrató con Electro Dunas. De ser el caso, precisar si iniciaron acciones legales contra Mercurio. Asimismo, señalar si finalmente Mercurio mantuvo la relación contractual con Atria o inició una relación con Electro Dunas.
- (ii) Precisar si Brande y Procesadora Alonso tuvieron la relación contractual con Electro Dunas como usuarios libres.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0031-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 008-2018/CLC

- (iii) Finalmente, señalar la fecha en que comunicaron al Osinergmin los contratos suscritos con estos tres clientes.
4. El 28 de octubre de 2019, Atria absolvió el requerimiento, indicando, entre otros aspectos, lo siguiente:
- (i) Mercurio comunicó a Electro Dunas su decisión de cambiar de condición a cliente libre con Atria el 30 de junio de 2017. De esta manera, el 3 de julio de 2017, Atria informó a Osinergmin sobre el contrato suscrito con Mercurio.
 - (ii) De manera posterior al contrato suscrito entre su empresa y Mercurio, esta última celebró un contrato con Electro Dunas el 26 de febrero de 2018 y el 7 de marzo de 2018 Mercurio solicitó a Atria suscribir un acuerdo de mutuo disenso. Debido a ello, Atria a través de la Carta Notarial ESR 575-2018 del 27 de junio de 2018, comunicó a Mercurio que no se encontraba conforme con la resolución por mutuo disenso. La empresa denunciante no ha iniciado alguna acción legal contra Mercurio.
 - (iii) Brande y Procesadora Alonso mantienen una relación comercial con Atria y no iniciaron ningún vínculo contractual con Electro Dunas. No obstante, si hubieran suscrito algún contrato con la empresa denunciada, esta última no hubiera compartido la información de medición, como sucedió respecto del cliente Mercurio. Cabe señalar que Atria informó a Osinergmin de los contratos suscritos el 1 y 2 de noviembre de 2017 (correspondientes a Brande y Procesadora Alonso, respectivamente).
5. El 30 de octubre de 2019, la Secretaría Técnica de la Comisión realizó una entrevista con la participación de los representantes de Electro Dunas⁴.
6. A través de la Carta 1872-2019/ST-CLC-INDECOPI del 12 de diciembre de 2019, la Secretaría Técnica de la Comisión citó a Mercurio para una entrevista el 23 de diciembre de 2019.
7. Mediante Carta 1929-2019/ST-CLC-INDECOPI del 6 de enero de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión citó a Mercurio a una segunda entrevista vía telefónica el 10 de enero de 2020.
8. El 10 de enero de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión realizó una entrevista al representante de Cuantica Mining S.A.C. (en adelante Cuantica Mining), la cual arrendaría una planta a Mercurio.

⁴ Esta entrevista se realizó en mérito de la citación efectuada a Electro Dunas mediante la Carta 1753-2019/ST-CLC-INDECOPI del 22 de octubre de 2019.

9. A través de la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI del 13 de marzo de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión decidió no admitir a trámite la denuncia de Atria. La primera instancia sustentó su pronunciamiento en los siguientes fundamentos:

- (i) Los mercados producto y geográfico relevantes a nivel indiciario son: (a) el servicio de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados en el área de concesión de Electro Dunas, y (b) el servicio de distribución de energía eléctrica en el área de concesión de Electro Dunas. Asimismo, el mercado afectado sería el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuarios libres dentro del área de concesión de Electro Dunas.
- (ii) De acuerdo con el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, tanto en el mercado de distribución de energía eléctrica a usuarios regulados en el área de concesión de la red de distribución de Electro Dunas como en el mercado de suministro de energía eléctrica a tales usuarios no podría operar otra empresa diferente a esta. Por tanto, a nivel indiciario, Electro Dunas habría ostentado una posición de dominio en los mercados de distribución y suministro de energía a los usuarios regulados en su área de concesión.

Sobre la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes

- (iii) En los diversos contratos de suministro de energía vigentes entre Electro Dunas y sus clientes, la fecha de inicio del suministro coincide con la fecha de firma o es posterior solo con unos días de diferencias; incluso, en determinados casos, la fecha de inicio de suministro es anterior a la fecha de firma del contrato. Por tanto, a nivel indiciario existe evidencia de que la denunciada aplicaría la exoneración del plazo de preaviso.
- (iv) De acuerdo con Osinergmin, los clientes de las empresas distribuidoras (como Electro Dunas) que optaban por migrar de ser usuarios regulados a libres, podían permanecer en la condición de regulados por el plazo de un (1) año, salvo que, en el marco de sus relaciones comerciales, las empresas distribuidoras les permitieran liberarse de este plazo.
- (v) De otro lado, con relación a los supuestos descuentos selectivos alegados por Atria, se observa que -en promedio- los precios de suministro de energía ofrecidos por Electro Dunas a los usuarios libres que antes eran usuarios regulados fueron inferiores a los precios cobrados por las empresas generadoras durante el año 2018.

- (vi) Electro Dunas habría obtenido una participación importante (43%) en el mercado de suministro de energía de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados, pero no necesariamente como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso, pues la denunciada ofrecía precios competitivos que eran los más bajos del mercado en comparación con los ofrecidos por algunas generadoras.
- (vii) Si bien es cierto que Electro Dunas tenía precios menores en el mercado, no se ha podido corroborar la aplicación de descuentos estratégicos de precios a los clientes que habían firmado un contrato con Atria, con la única finalidad de igualar o mejorar el precio y excluirlo del mercado.
- (viii) Las condiciones comerciales ofrecidas por Electro Dunas no habrían sido diferentes a las que esta empresa brinda normalmente a los usuarios libres que antes eran regulados. De una revisión de los contratos que Electro Dunas suscribió entre los años 2017 y 2018, se observa que -en su mayoría- realizaba una oferta de precios escalonados. Asimismo, los precios base de la potencia, así como el precio de la energía en hora punta y fuera de hora punta son similares a lo ofrecido por la empresa denunciada a Mercurio, Brade y Procesadora Alonso.
- (ix) No se puede afirmar que la exoneración del año de preaviso hubiese constituido una ventaja comercial determinante para Electro Dunas, pues contaba con precios de suministro de energía que eran más competitivos en comparación con las generadoras (por ejemplo, Atria). De esta manera, no corresponde admitir a trámite la denuncia de abuso de posición de dominio en el extremo referido a una presunta infracción a lo establecido en el literal c) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

Incitación a los usuarios libres para no aceptar el suministro de Atria

- (x) El hecho de que Mercurio haya contratado el suministro de energía con Electro Dunas constituye una decisión adoptada por el cliente, quien es responsable de sus decisiones y de las consecuencias legales que podría generar el incumplimiento de otro contrato celebrado anteriormente con Atria.
- (xi) Asimismo, las condiciones ofrecidas por Electro Dunas supuestamente para instigar a determinados usuarios a no aceptar el suministro de Atria, corresponden a los mismos hechos analizados respecto a la primera presunta infracción (desarrollada anteriormente). En consecuencia, tampoco corresponde admitir a trámite la denuncia formulada por Atria contra Electro Dunas en el extremo referido al literal g) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

Indicios de una presunta infracción a la cláusula general de abuso de posición de dominio

- *Sobre la negativa de Electro Dunas a proporcionar información relevante para que Atria emitiera la facturación a sus clientes libres*
 - (xii) De la cadena de correos presentada por Atria, se aprecia que esta empresa solicitó información de 20 clientes a Electro Dunas y no obtuvo información respecto de solo un cliente (Mercurio). Cabe señalar que el suministro de energía por parte de Atria hacia Mercurio se encontraba limitado o restringido, pues esta última empresa -a pesar de que tenía un contrato de suministro de energía con la denunciante- también celebró un contrato con Electro Dunas.
 - (xiii) La situación antes descrita habría generado un conflicto privado entre Mercurio y Atria, lo cual podría explicar la negativa de entregar información por parte de la denunciada.
 - (xiv) Por tanto, no existen indicios razonables de que Electro Dunas haya infringido la cláusula general de abuso de posición de dominio, en los términos del literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.
 - *Sobre la promesa de trato diferenciado en la calidad del suministro respecto a los que contraten con terceros competidores*
 - (xv) En la cláusula de la nación más favorecida alegada por Atria, no se detalla expresamente qué condiciones ofrecería Electro Dunas sobre la calidad del suministro a sus clientes libres. Por tanto, no es posible determinar -a nivel indiciario- que Electro Dunas ofreciera condiciones indebidas en la calidad del suministro a sus clientes, aprovechándose de su rol como distribuidor.
 - (xvi) En consecuencia, no existen indicios razonables de que Electro Dunas haya infringido la cláusula general de abuso de posición de dominio, en los términos del literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.
10. El 14 de julio de 2020, Atria interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI, alegando lo siguiente:
- (i) La Secretaría Técnica de la Comisión no ha cumplido con realizar adecuadamente los actos que resultaban convenientes para esclarecer los hechos investigados, infringiendo el principio de impulso de oficio. En particular, señaló los siguientes hechos respecto a la actuación del órgano instructor de la primera instancia:

- a) No habría contrastado la veracidad de las afirmaciones de Electro Dunas con Atria ni con Osinergmin.
- b) Habría citado a una entrevista a la empresa Cuantica Mining, la cual no tendría conocimiento sobre los hechos denunciados.
- (ii) La Secretaría Técnica de la Comisión no habría considerado el informe del Ingeniero Luis Espinoza Quiñones en la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI, dando por ciertas las declaraciones de Electro Dunas a pesar de que incurrieron en contradicciones durante la entrevista y manifestaron prácticas ilegales⁵.
- (iii) Electro Dunas, en su calidad de administrador monopólico de la red de distribución, tiene el deber de actuar sin hacer distinción entre los clientes propios y los de sus competidores.
- (iv) Conforme al informe del Ingeniero Luis Espinoza Quiñones, la práctica desarrollada por la empresa denunciada no tiene sustento debido a que el plazo de espera de un año estuvo orientado para aquellos usuarios de gran demanda (superior a 10 Mw).
- (v) Si bien el plazo antes mencionado podría ser explicado por el hecho de tener que ajustar la compra de potencia a los generadores, al verificarse que el distribuidor exime del plazo de espera a los clientes libres que deciden permanecer con él como suministrador de electricidad, se evidencia de que no existe un problema de reducción de potencia. Por tanto, se debe aplicar la misma regla para todos los clientes.
- (vi) De otro lado, la comparación de precios efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión es deficiente y no considera dos aspectos importantes: (a) hay un desfase entre los precios ofrecidos por Electro Dunas y los ofrecidos por sus competidores debido a que la denunciada

⁵ En particular, la denunciante refirió las siguientes afirmaciones:

- (i) Electro Dunas habría indicado en la entrevista con la Secretaría Técnica de la Comisión que los contratos suscritos por Atria con los usuarios regulados no serían contratos sino simples propuestas de precios a futuro o “pre contratos”.
- (ii) La denunciada habría manifestado que realiza una distinción entre clientes propios y ajenos. De esta manera, cuando los usuarios que optan por convertirse en clientes libres deciden permanecer con dicha empresa como suministrador de electricidad, no sería necesario que exista un reajuste de energía, por lo que migran automáticamente al mercado libre; de otro lado, cuando tales usuarios deciden contratar con otro suministrador, se les exige que permanezcan como usuarios regulados durante el plazo de un año, antes de obtener la condición de clientes libres.
- (iii) Ello, pese a que en el supuesto antes referido también podría ocurrir un descalce, toda vez que el distribuidor se quedaría con un excedente de potencia para el mercado regulado. Incluso, la afirmación de Electro Dunas se contradice con otra realizada en la entrevista, en la que sostiene que en el año 2017 no ofrecía contratos para el mercado libre porque no tenía electricidad contratada para el mercado libre, evidenciando que sí existe un descalce.

otorga exoneraciones del plazo de espera de un año a sus clientes; y, (b) los precios medios publicados por Osinergmin se refieren a la facturación total en soles y el consumo de energía de los usuarios durante la ejecución contractual, por lo que dependen del factor de carga de cada cliente, lo cual es variable, incluso si los precios a nivel contractual son nominalmente más bajos.

- (vii) La Secretaría Técnica solo comparó los precios de tres clientes de Atria y no la totalidad de estos, ni los precios de todos los generadores con usuarios libres ubicados dentro del área de concesión de Electro Dunas.
- (viii) La negativa de Electro Dunas a proporcionar información relevante para que Atria emitiera la facturación a sus clientes libres constituye una contravención al artículo 7 del Reglamento de Usuarios Libres.
- (ix) A diferencia de lo señalado por Electro Dunas en las entrevistas, si bien existió un corte del suministro a Mercurio, esto se produjo cuando aún era cliente de la denunciada y no cliente suyo. Además, este hecho coincide con la fecha en que se celebró el contrato entre Mercurio y la denunciante, por lo que podría haber sido un acto de presión por parte de Electro Dunas.
- (x) Finalmente, se solicita el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.

- 11. El 9 de febrero de 2021, se realizó la audiencia de informe oral con la participación de los representantes de Atria.
- 12. El 16 de febrero de 2021, Atria presentó sus alegatos finales, reiterando sus argumentos.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 13. De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes, corresponde a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) determinar lo siguiente:
 - (i) Si existe un vicio de nulidad en la evaluación de la denuncia por parte de la Secretaría Técnica de la Comisión; y,
 - (ii) Si corresponde admitir a trámite la denuncia presentada por Atria contra Electro Dunas por abuso de posición de dominio.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0031-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 008-2018/CLC

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Delimitación de la controvertida en apelación

14. En la denuncia presentada por Atria contra Electro Dunas por presunto abuso de posición de dominio, se cuestionaron las siguientes conductas:
- (i) Electro Dunas estaría aplicando condiciones desiguales para prestaciones equivalentes⁶, tipo infractor tipificado en el literal b) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.
 - (ii) Electro Dunas estaría incitando a los usuarios libres a no aceptar el suministro de Atria, tipo infractor tipificado en el literal g) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.
 - (iii) Infracciones tipificadas en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, consistentes en las siguientes acciones:
 - a) Negativa de Electro Dunas a proporcionar información relevante para que Atria emitiera la facturación de sus clientes libres.
 - b) La promesa de trato diferenciado en la calidad de suministro respecto a quienes contraten con terceros competidores.
15. Mediante Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Comisión decidió no admitir a trámite la denuncia antes reseñada, debido a que consideró que Atria no habría presentado indicios suficientes de las conductas alegadas.
16. Al revisar el recurso de apelación, se aprecia que la recurrente no ha cuestionado las definiciones preliminares de los mercados de producto y geográfico relevantes y el mercado afectado, así como la determinación indiciaria sobre la existencia de una posición de dominio por parte de Electro Dunas, efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión mediante la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI.
17. En tal sentido, no se encuentra en discusión ante esta instancia que los mercados producto y geográfico relevantes -preliminarmente- serían: (a) el servicio de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados en el área de concesión de Electro Dunas, y (b) el servicio de distribución de energía eléctrica en el área de concesión de Electro Dunas. De la misma manera, tampoco es materia controvertida que el mercado afectado sería el suministro

⁶ En particular, con el objeto de retener a sus usuarios regulados como clientes libres, la empresa denunciada ofrecería: (a) precios y/o descuentos selectivos; y, (b) la exoneración del plazo de un año para que un usuario regulado pase a tener la condición de cliente libre, previsto en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres.

de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuarios libres dentro del área de concesión de Electro Dunas.

18. Finalmente, la empresa apelante no ha rebatido que Electro Dunas indiciariamente habría ostentado una posición de dominio en los mercados de distribución y suministro de energía a los usuarios regulados dentro de su área de concesión.
19. Por otra parte, se observa que los argumentos presentados por Atria en apelación, están orientados a demostrar que - a su criterio - el órgano instructor no habría evaluado correctamente su denuncia respecto a las conductas detalladas en el punto (i) y en el literal (a) del punto (iii) del numeral 14 del presente pronunciamiento.
20. En consecuencia, la cuestión controvertida en esta instancia se encontrará delimitada a la evaluación de los argumentos de hecho y derecho presentados por Atria respecto a las presuntas infracciones mencionadas en el numeral anterior, pues tales extremos contienen el agravio que presuntamente generaría el acto administrativo apelado por la empresa denunciante.

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

21. El artículo 19 del TUO de la LRCA⁷ 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.

⁷

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.

22. Asimismo, antes de la admisión a trámite de una denuncia de parte, el artículo 21 del TUO de la LRCA⁸ dispone que la Secretaría Técnica de la Comisión deberá verificar la existencia de indicios razonables de infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, además de corroborar la competencia de la Comisión y el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA de Indecopi.
23. Lo antes señalado implica que la autoridad deberá determinar la existencia o no de una tesis plausible 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 necesario constatar 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 Secretaría Técnica de la Comisión, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 del TUO de la LRCA⁹.
24. 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.
25. Conforme se ha indicado en anteriores pronunciamientos¹⁰, 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

⁸ **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. (...).

⁹ **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.

¹⁰ 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.

procedimiento sancionador en su contra sin contar con los elementos de prueba necesarios que ameriten el inicio de una investigación.

III.3. Sobre la actuación de la Secretaría Técnica de la Comisión durante la tramitación del procedimiento

III.3.1 Alegaciones relativas a supuestos vicios en la actuación del órgano de instrucción de la primera instancia

26. En apelación, Atria indicó que la Secretaría Técnica de la Comisión no habría realizado los actos que resultaban necesarios para esclarecer los hechos investigados, infringiendo el principio de impulso de oficio previsto en el numeral 1.3 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley, 27444 (en adelante, TUO de la Ley 27444)¹¹.
27. En particular, la empresa denunciante señaló lo siguiente respecto a la actuación del órgano instructor de la primera instancia: (i) no habría contrastado la veracidad de las afirmaciones de Electro Dunas con Atria ni con Osinergmin, y (ii) habría citado a una entrevista a Cuantica Mining, la cual no tendría conocimiento sobre los hechos denunciados.
28. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano encargado de realizar la labor de instrucción del procedimiento, conforme al artículo 15.1 del TUO de la LRCA¹². Para tales efectos, dicha autoridad se encuentra facultada para realizar una serie de acciones, tales como exigir la exhibición de documentos, citar e interrogar, y realizar inspecciones con o sin previa notificación, conforme al artículo 15.3 del TUO de la LRCA¹³.

¹¹ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. DECRETO SUPREMO QUE APRUEBA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Título Preliminar

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

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

(...).

¹² **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 15.- La Secretaría Técnica

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.

(...).

¹³ **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 15.- La Secretaría Técnica

(...)

29. Asimismo, el artículo 15.2 del TUO de la LRCA¹⁴ precisa que tratándose de una denuncia de parte, es atribución de la Secretaría Técnica de la Comisión decidir la admisión a trámite del procedimiento respectivo, pudiendo declarar inadmisibles o improcedentes la denuncia. Cabe mencionar que el denunciante ostenta la calidad de colaborador en el procedimiento de investigación, conservando el órgano de instrucción mencionado la titularidad de la acción de oficio, de acuerdo al artículo 18.2 del TUO de la LRCA¹⁵.
30. Sin perjuicio de que uno de los requisitos legalmente exigidos a las denuncias de parte es la presentación de indicios razonables que sustenten lo indicado, el artículo 20 del TUO de la LRCA dispone que la autoridad se encuentra habilitada a realizar actuaciones previas con el objeto de recabar mayores indicios sobre la presunta conducta anticompetitiva reportada.
31. Estas actuaciones previas por parte de la Secretaría Técnica de la Comisión se pueden llevar a cabo en ejercicio de sus facultades de instrucción, sin que las normas aplicables contengan un parámetro reglado para el desarrollo de dicha

15.3. Para el desarrollo de sus investigaciones, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para:

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos o electrónicos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas, en video, disco compacto o cualquier otro tipo de instrumento electrónico.

c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos, magnéticos o electrónicos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública.

(...).

- 14 **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;

(...).

- 15 **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.

(...).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0031-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 008-2018/CLC

actividad. Por consiguiente, es potestad de la autoridad delimitar las diligencias a realizar y conducir la investigación.

32. En el presente caso, se advierte que la Secretaría Técnica de la Comisión recibió una denuncia por parte de Atria y procedió a llevar a cabo actuaciones previas, a efectos de contar con mayores elementos de juicio.
33. En efecto, durante la tramitación del procedimiento, se aprecia que el órgano instructor citó a Electro Dunas el 30 de octubre de 2019 a una entrevista y convocó a Mercurio en dos ocasiones a entrevistas (23 de diciembre de 2019 y 10 de enero de 2020) para obtener información de los hechos denunciados, así como requirió información adicional a Atria.
34. Asimismo, de la revisión de la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI se aprecia que la Secretaría Técnica de la Comisión incorporó documentación adicional consistente en los contratos de suministro suscritos por Electro Dunas e información sobre los usuarios libres de Osinergmin¹⁶.
35. De esta manera, se advierte que la Secretaría Técnica de la Comisión decidió ejercer su facultad investigadora y llevó a cabo diversas actuaciones con la finalidad de contar con mayores elementos de juicios, sobre los cuales evaluar si existía mérito para admitir a trámite la denuncia presentada, lo que implica el inicio o no de un procedimiento administrativo sancionador contra Electro Dunas por las presuntas infracciones cuestionadas por la empresa recurrente.
36. En este escenario, la recurrente alegó que lo declarado por Electro Dunas debió ser contrastado con Atria o con Osinergmin. No obstante, como se ha expuesto, únicamente corresponde a la autoridad valorar los medios probatorios presentados en la denuncia y -de ser el caso- recabar data adicional para establecer la existencia o no de indicios sobre las presuntas conductas infractoras. Por tanto, a diferencia de lo sugerido por Atria, esta fase preliminar no se trata de una etapa de contradictorio, pues esto último -eventualmente- se producirá con el inicio del procedimiento administrativo sancionador respectivo,

¹⁶

A manera de ejemplo, pueden citarse los siguientes extractos de la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI del 13 de marzo de 2020.

RESOLUCIÓN 006-2020/ST-CLC-INDECOPI DEL 13 DE MARZO DE 2020

"99. (...) Adicionalmente, se ha verificado que en los diversos contratos de suministro de energía vigentes entre Electro Dunas y sus clientes, la fecha de inicio del suministro coincide con la fecha de firma o es posterior solo con unos días de diferencia; o incluso, en determinados casos, la fecha de inicio de suministro es anterior a la fecha de firma del contrato.

(...)

102. De una revisión preliminar, se ha observado que durante el 2018, la empresa habría captado la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Electro Dunas con 18 usuarios, que representó el 43% del total de usuarios de dicho año. Estos usuarios consumieron 3 846 MWh en total, que representó el 40% del total de energía consumida por estos usuarios; le siguió Atria Energía con 13 usuarios (31% del total) con un consumo total de 1 691 MWh (18% del total) y Engie Energía Perú S.A. con 3 usuarios (7% del total) con un consumo total de 1 303 MWh (14% del total)."

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

16/43

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

dentro del cual se correrá traslado a las partes de los escritos y medios probatorios existentes a efectos de que manifiesten su posición y, en el caso del agente económico imputado, pueda ejercer su derecho de defensa.

37. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que en este caso la autoridad contó con la opinión del Osinergmin, la cual se encuentra plasmada en el Oficio 3086-2018-OS-DSE del 11 de octubre de 2018¹⁷; así como la posición de Atria sobre las supuestas infracciones cometidas por Electro Dunas, contenida en su denuncia y en un escrito complementario presentado el 15 de marzo de 2019.
38. En atención a lo anterior, se desprende que la Secretaría Técnica de la Comisión no solo tomó en cuenta la declaración de Electro Dunas, sino que cotejó información procedente del organismo regulador pertinente, la empresa denunciante y otros documentos obtenidos de fuentes públicas (como los contratos de suministro entre Electro Dunas y sus clientes), por lo que su análisis implicó una lectura conjunta de las declaraciones y elementos existentes al momento de emitir la resolución apelada.
39. De otro lado, como se ha mencionado, la empresa denunciante cuestiona en su recurso de apelación que la Secretaría Técnica de la Comisión haya entrevistado a una empresa arrendataria de Mercurio y no a esta última.
40. Sobre el particular, se aprecia que el órgano de instrucción requirió en dos oportunidades a Mercurio una entrevista. No obstante, la empresa que se apersonó ante dicha citación fue Cuantica Mining, la cual sería arrendataria de la planta del referido cliente. De esta manera, los actos de investigación de la autoridad, efectivamente, se dirigieron a obtener la declaración de Mercurio, pero los representantes de la mencionada empresa no concurrieron.
41. Esta situación no enerva que la autoridad, al estar frente al representante de Cuantica Mining, decidiera igualmente entrevistarle para tratar de obtener -por dicha fuente- alguna información relevante. En efecto, del audio de la entrevista se aprecia que la Secretaría Técnica de la Comisión pretendió recabar información sobre la relación contractual con Atria y Electro Dunas, pero Cuantica Mining no pudo brindarla de manera completa debido a que esta empresa no participó de la suscripción de los contratos con los suministradores. Por ende, lo señalado en dicha declaración finalmente no fue empleado como sustento de la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI.

¹⁷**RESOLUCIÓN 006-2020/ST-CLC-INDECOPI DEL 13 DE MARZO DE 2020**

“100. Ahora bien, de acuerdo con lo señalado por Osinergmin, los clientes de las empresas distribuidoras que optaban por migrar de usuario regulado a libre podían permanecer en la condición de regulado por el plazo de un (1) año, salvo que, en el marco de sus relaciones comerciales, las empresas distribuidoras les permitieran liberarse de este plazo. Es decir, Electro Dunas podía exigirles a los usuarios regulados el cumplimiento del año de preaviso para migrar a usuarios libres; o decidir exonerar (o reducir) este plazo a sus clientes, siempre que dicha estrategia se produzca por razones vinculadas a una mayor eficiencia económica.”

42. En conclusión, a diferencia de lo señalado por Atria, se aprecia que además de corroborar si la empresa denunciante había cumplido con presentar indicios razonables, la Secretaría Técnica de la Comisión desarrolló actuaciones de investigación a efectos de esclarecer los hechos denunciados y determinar si existía una hipótesis anticompetitiva razonable que amerite iniciar un procedimiento sancionador. Por tanto, no se ha contravenido el principio de impulso de oficio previsto en el numeral 1.3 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444.

III.3.2 Alegaciones relativas a un supuesto vicio en motivación

43. Por otra parte, Atria cuestionó en su recurso de apelación que la Secretaría Técnica de la Comisión no haya empleado el informe del Ingeniero Luis Espinoza Quiñones en la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI, dando por ciertas las declaraciones de Electro Dunas a pesar de las contradicciones que tuvo su representante durante la entrevista y que manifestó prácticas ilegales.
44. El artículo 3 del TUO de la Ley 27444¹⁸ contempla los requisitos de validez de los actos administrativos, siendo uno de ellos, la motivación del acto. De acuerdo con el numeral 4 del referido artículo, el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción a su contenido y conforme al ordenamiento jurídico. Adicionalmente, el artículo 6 del mencionado cuerpo normativo, establece que la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, e incluir una exposición de las razones jurídicas y normativas que justifican la decisión adoptada¹⁹.
45. Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 1230-2002-HC/TC, el contenido esencial de la motivación no se ve infringido siempre que: (a) exista fundamentación jurídica, (b) se constate la congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y (c) se exprese una suficiente

¹⁸ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...).

¹⁹ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

(...).

justificación de la decisión adoptada, aún si esta resulta breve o concisa²⁰. En tal sentido, el derecho a la debida motivación no implica que las autoridades se pronuncien de manera expresa y detallada sobre todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso.

46. Una revisión de la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI de la Secretaría Técnica de la Comisión, permite apreciar que se encuentra debidamente fundamentada, en tanto: (i) evaluó la materia controvertida planteada en la denuncia, (ii) analizó el marco legal aplicable, y (iii) empleó diversos medios probatorios presentados por Atria y actuados de oficio a fin de determinar si existían indicios razonables sobre las conductas denunciadas. A manera de ejemplo, se puede mencionar los siguientes extractos del pronunciamiento apelado:

RESOLUCIÓN 006-2020/ST-CLC-INDECOPI DEL 13 DE MARZO DE 2020

(...)

5.1. Indicios de la existencia de la posición de dominio de Electro Dunas

5.2.1 Indicios razonables sobre la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes

(...)

107. Estas condiciones comerciales ofrecidas por Electro Dunas no habrían sido diferentes a las que esta empresa ofrecía normalmente a los usuarios libres que antes eran usuarios regulados. En efecto, de una revisión de los contratos que Electro Dunas suscribió entre el 2017 y 2018 con los 18 usuarios libres que eran usuarios regulados, se observa que en 16 de ellos Electro Dunas realiza una oferta de precios base escalonados de hasta cuatro actualizaciones.

Asimismo, se puede observar que el precio base de la potencia fluctuaba entre S/ 20,06 y S/ 21,06 por KW-mes, monto similar al ofrecido a los tres usuarios señalados por Atria Energía. De igual forma, el precio básico de la energía en hora punta y fuera de punta, para el primer tramo del contrato, fluctuaba entre S/ 7,53 céntimos y S/ 9,75 por Kwh, monto similar al ofrecido a los mismos tres usuarios.

108. Por ello, de la información que obra en el Expediente, no se puede afirmar que la exoneración del año de preaviso hubiese constituido una ventaja comercial determinante para Electro Dunas pues contaba con precios de suministro de energía que eran más competitivos en comparación con las generadoras (por ejemplo, Atria Energía), por lo que la posibilidad de que los usuarios decidieran permanecer en su cartera podía ser consecuencia de su eficiencia, más aun si se considera que esta condición comercial (precios) podía ser ofrecida también por sus competidores pues, a diferencia de las empresas generadoras que producen energía, Electro Dunas debía

20

SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 1230-2002-HC/TC

11. (...)

La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver. (Subrayado agregado)

adquirir la energía de otras empresas para a su vez suministrarla a los clientes que decidían contratar con ella.

109. En tal sentido, en la medida que no se podría afirmar que Electro Dunas al exonerar el plazo del preaviso de un año que se establece en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad a aquellos usuarios regulados (cuya demanda anual de energía eléctrica oscila entre los 200 y 2500 kW) habría generado un efecto excluyente en el mercado analizado, no se cumpliría con uno de los requisitos exigidos para admitir a trámite una denuncia de abuso de posición de dominio y, en consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que no corresponde admitir a trámite la denuncia formulada por Atria Energía contra Electro Dunas en este extremo referido a una presunta infracción de lo establecido en el literal c) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

(...)

5.2.3 Indicios de una infracción a la cláusula general de abuso de posición de dominio

Sobre la negativa de Electro Dunas a proporcionar información relevante para que Atria Energía emitiera la facturación a sus clientes libres

(...)

116. Al respecto, de la revisión de las comunicaciones, esta Secretaría Técnica ha podido observar que la información solicitada por Atria Energía era sobre sus 20 clientes libres que se encontraban en la zona de concesión de Electro Dunas, clientes cuyos inicios de sus suministros habían sido entre enero de 2016 y julio de 2018.

117. (...)

De hecho, incluso en las comunicaciones se puede observar que Electro Dunas también habría facilitado la información requerida sobre los últimos 5 clientes cuyos suministros de energía habían iniciado en julio de 2018 (un mes antes la comunicación materia de análisis), desvirtuando algún tipo de estrategia por parte de Electro Dunas que por sí misma podría constituir un mecanismo idóneo para restringir la competencia o que evidenciaría un abuso de su posición de dominio como titular exclusivo de la red de distribución en su zona de concesión. Por el contrario, habría facilitado la información relevante que, a criterio de la propia Atria Energía, era necesaria para el desarrollo de sus actividades como suministrador de energía a usuarios libres.

118. Únicamente Electro Dunas no habría brindado información sobre Mercurio debido a que el suministro de energía por parte de Atria Energía en esa fecha se encontraba limitado o restringido pues este cliente a pesar de que tenía contrato de suministro de energía con Atria Energía también habría celebrado un contrato con Electro Dunas. Dicha situación habría generado un conflicto privado entre Mercurio y Atria Energía, (...)."

47. Por otra parte, una de las cuestiones abordadas en el Informe del Ingeniero Luis Espinoza Quiñones fue la razonabilidad de la disposición contenida en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres, siendo que la aplicación y contenido de la referida norma fue evaluada por la Secretaría Técnica de la Comisión sobre la base de otro medio probatorio presentado por la denunciante²¹: el Oficio 3086-2018-OS-DSE del 11 de octubre de 2018, emitido

²¹ Ver nota al pie 17.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0031-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 008-2018/CLC

por el Osinergmin en respuesta a una consulta específica sobre la indicada disposición²².

48. Conforme se aprecia, aun cuando no haya sido citado el informe señalado por la denunciante, lo cierto es que la Secretaría Técnica de la Comisión analizó la materia controvertida respectiva. Para tales efectos, la autoridad evaluó si -a su criterio- la exoneración del plazo de preaviso establecido en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres generó una ventaja comercial significativa a favor de la empresa denunciada y un efecto exclusorio para sus competidores, sustentando la incidencia de tal examen respecto a su decisión de no admitir a trámite la denuncia presentada.
49. En tal sentido, la resolución impugnada cumplió con estar motivada, no siendo un vicio de nulidad el hecho de que la primera instancia no haya recogido las conclusiones efectuadas en el informe presentado por la denunciante.
50. Por otro lado, a fin de sustentar que existieron contradicciones en las declaraciones de Electro Dunas durante la entrevista y que el representante de la denunciada habría manifestado supuestas prácticas ilegales, Atria resaltó lo siguiente:
 - (i) Electro Dunas habría indicado que los contratos suscritos por Atria con los usuarios regulados no serían contratos sino simples propuestas de precios a futuro o “pre contratos”.
 - (ii) En la entrevista con la Secretaría Técnica de la Comisión, la empresa denunciada habría afirmado que realiza una distinción entre clientes propios y ajenos, pues cuando los usuarios que migran al mercado libre deciden permanecer con la distribuidora como suministrador de electricidad no sería necesario que exista un reajuste de energía, por lo que pasarían automáticamente al mercado libre.
51. Como se ha señalado en el acápite anterior, la Secretaría Técnica de la Comisión -a través de actuaciones de oficio- recogió diversos elementos para establecer si existían indicios razonables sobre las presuntas infracciones denunciadas. Por consiguiente, la autoridad procedió a entrevistar a un representante de Electro Dunas para entender su operación, decisiones comerciales, así como la relación contractual entre esta empresa y Mercurio.

²² A través del Oficio 086-2018/CCD-INDECOPI del 11 de septiembre de 2018, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal consultó si era necesario que se cumpla con el plazo previsto en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres cuando el suministrador actual al que se refiere dicho numeral es el mismo que el suministrador futuro, es decir, no cambiará de suministrador.

52. A diferencia de lo señalado por Atria, la Secretaría Técnica de la Comisión no consideró -a partir de la mencionada entrevista- que los documentos suscritos por Atria con sus clientes no sean contratos. Por el contrario, de la resolución apelada se aprecia que la autoridad reconoció indiciariamente el carácter contractual de tales acuerdos²³.
53. Asimismo, respecto a la presunta diferenciación entre los clientes propios y ajenos que habría sido declarada por el representante de Electro Dunas, la autoridad no desconoció tal afirmación ni desestimó dicho extremo de la denuncia en función a lo señalado por la empresa denunciada en la respectiva entrevista. Ello es así, pues la decisión de la Secretaría Técnica de la Comisión de no admitir a trámite la denuncia presentada por dicha presunta infracción, se basó en que los precios competitivos que ofrecía Electro Dunas -a criterio de la autoridad instructora- no permitirían afirmar que la exoneración diferenciada respecto al año de preaviso a favor de quienes decidieran contratar como clientes libres con Electro Dunas, hubiese constituido una ventaja comercial determinante para la empresa denunciada²⁴.
54. Por ende, sin perjuicio del análisis respectivo que se desarrollará más adelante, no se constata que la decisión de la Secretaría Técnica de la Comisión esté sustentada en declaraciones contradictorias o haya dado por ciertas las declaraciones de Electro Dunas para desestimar la existencia de indicios sobre la presunta manifestación de prácticas ilegales.
55. En atención a lo expuesto, esta Sala concluye que la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI de la Secretaría Técnica de la Comisión se encuentra debidamente fundamentada y no ha incurrido en algún vicio que amerite su nulidad.

23

RESOLUCIÓN 006-2020/ST-CLC-INDECOPI DEL 13 DE MARZO DE 2020

"105. Si bien es cierto que Electro Dunas ofrecía precios menores en el mercado, no se ha podido corroborar que hubiese aplicado descuentos de precios estratégicos a los clientes que tenían un contrato firmado con Atria Energía con la única finalidad de igualar o mejorar el precio ofrecido y excluirlo del mercado pues de la información que obra en el Expediente, se ha acreditado que los clientes indicados por Atria Energía, que son Mercurio, Procesadora Alonso y Brande habrían recibido una propuesta económica similar a las que Electro Dunas ofrecía a otras empresas que demandaban la misma potencia requerida por tales empresas."

(Subrayado agregado)

24

RESOLUCIÓN 006-2020/ST-CLC-INDECOPI DEL 13 DE MARZO DE 2020

"108. Por ello, de la información que obra en el Expediente, no se puede afirmar que la exoneración del año de preaviso hubiese constituido una ventaja comercial determinante para Electro Dunas pues contaba con precios de suministro de energía que eran más competitivos en comparación con las generadoras (por ejemplo, Atria Energía), por lo que la posibilidad de que los usuarios decidieran permanecer en su cartera podía ser consecuencia de su eficiencia, más aun si se considera que esta condición comercial (precios) podía ser ofrecida también por sus competidores pues, a diferencia de las empresas generadoras que producen la energía, Electro Dunas debía adquirir la energía de otras empresas para a su vez suministrarla a los clientes que decidían contratar con ella."

III.4. Sobre las conductas denunciadas

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

56. Mediante la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica (en adelante, Ley 28832)²⁵ se pretendió, entre otros aspectos, reducir la intervención administrativa para la determinación de los precios de generación a través de la adopción de soluciones de mercado, así como propiciar la efectiva competencia en el mercado de generación.
57. La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832 otorga a los usuarios la posibilidad de elegir la condición de usuario libre o regulado cuando su demanda máxima anual se encuentre comprendida dentro de un rango fijado reglamentariamente²⁶. Asimismo, este cambio de condición requerirá un preaviso no menor a un año, según los términos que establezca el respectivo reglamento.
58. En desarrollo de esta disposición, 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 2500 kW, pueden elegir la condición de usuario regulado o libre²⁷. Es

25

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:

- 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.

26

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.

27

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

Artículo 3.- Rango de Máxima Demanda

(...)

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.

(...).

pertinente acotar que, conforme a la parte considerativa de la norma comentada²⁸, el rango antes señalado incluye a un 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.

59. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres²⁹ el cambio de condición solo puede 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) su voluntad de cambiar de condición, con una anticipación no menor a un año a la fecha para que se haga efectivo dicho cambio.
60. Finalmente, la Primera Disposición Complementaria del Reglamento de Usuarios Libres señala que es de aplicación el TUO de la LRCA para las relaciones comerciales en el mercado libre de electricidad³⁰.

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."

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

(...).

29 **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.

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.

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

Primera Disposición Complementaria.- Para las relaciones comerciales en el mercado libre de electricidad, es de aplicación el Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o el que lo sustituya.

III.4.2 Sobre los indicios de las conductas denunciadas

(i) Sobre la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes

61. Atria en su denuncia señaló que Electro Dunas habría aplicado condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, las cuales se materializarían en ofrecimientos de descuentos selectivos y la exoneración del año de preaviso para que los usuarios regulados puedan migrar a ser clientes libres, en caso decidan continuar contratando con la denunciada y no con las otras empresas competidoras en el suministro como Atria. A manera de ejemplo, la denunciante detalló los casos de los clientes Mercurio, Brade y Procesadora Alonso, de los cuales, el primero habría llegado a suscribir un nuevo contrato de suministro con Electro Dunas, incumpliendo el acuerdo previamente firmado con Atria.
62. Mediante Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI del 13 de marzo de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión decidió no admitir a trámite la denuncia de Atria por la presunta aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, supuesto tipificado en el literal b) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA³¹.
63. El órgano instructor señaló que, si bien Electro Dunas ofrecía precios menores en el mercado, no existían elementos que evidenciaran una presunta aplicación de descuentos estratégicos a los clientes que tenían un contrato firmado con Atria con la finalidad de igualar o mejorar el precio acordado y excluir a la denunciante del mercado. Asimismo, de acuerdo con la Secretaría Técnica de la Comisión, las condiciones comerciales ofrecidas por Electro Dunas a Mercurio, Brade y Procesadora Alonso no habrían sido diferentes a las que dicha empresa usualmente brindaba a los usuarios libres que antes eran regulados.
64. De otro lado, respecto a la exoneración del plazo de un año para cambiar de condición a usuario libre, la autoridad de primera instancia concluyó que no era posible afirmar que dicha exoneración haya constituido una ventaja comercial determinante para Electro Dunas. Lo anterior se sustentaba en el hecho de que

³¹**DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. 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:

(...)

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;

(...).

la empresa denunciada contaba con precios de suministro de energía que eran más competitivos en comparación con las generadoras (en particular, Atria).

65. En apelación, la recurrente alegó que la comparación de precios efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión al evaluar este extremo de la denuncia presentada fue deficiente, pues no se consideró que: (a) los precios medios publicados por Osinergmin se refieren a la facturación total en soles y el consumo de energía de los usuarios durante la ejecución contractual, por lo que dependen del factor de carga de cada cliente, lo cual es variable incluso si los precios a nivel contractual son nominalmente más bajos; y, (b) existe un desfase entre los precios ofrecidos por Electro Dunas y por sus competidores, debido a que la empresa denunciada otorga exoneraciones del plazo de espera de un año a sus clientes.
66. Sobre el particular, la comparación efectuada por el órgano instructor tuvo como objeto determinar el nivel competitivo de los precios cobrados por dichas empresas (Atria y Electro Dunas) en el año 2018. De esta manera, la Secretaría Técnica de la Comisión evaluó la información de los precios pagados por los usuarios que antes eran regulados y que luego pasaron a ser clientes libres de la denunciante y Electro Dunas, en el área de concesión de esta última. Para dicho efecto, se empleó la información de precios medios publicada por Osinergmin correspondientes a los trece y dieciocho clientes libres de Atria y Electro Dunas, respectivamente. Cabe mencionar que tales clientes hicieron su cambio de usuarios regulados a libres durante el año 2018.
67. Conforme a lo antes indicado, la información empleada se obtuvo de una fuente pública, específicamente de los precios medios de clientes libres calculados por Osinergmin. En detalle, estos precios son el resultado de la división del monto facturado por energía y potencia (en soles) entre la venta de energía total (en KWh) que se realizó a cada cliente libre de las empresas antes señaladas.
68. La Sala considera que la utilización de tales valores permite cotejar los precios cobrados por las empresas eléctricas antes señaladas (sin perjuicio de sus diversos métodos de facturación) a los clientes regulados que cambiaron su condición a clientes libres y, a su vez, refleja los precios efectivamente pactados en los contratos entre dichos clientes y los suministradores de energía eléctrica.
69. De acuerdo con lo antes señalado y las características del indicador³², es posible afirmar -a nivel indiciario- que resulta adecuado el empleo de los precios

³² Debe considerarse en el análisis de las estadísticas de precios que, si el consumo de energía es mínimo o nulo (por ejemplo, debido a mantenimiento de maquinarias, suspensión de labores o estacionalidad de las actividades), dicho precio se eleva considerablemente, puesto existirá una facturación por potencia contratada o por máxima demanda. Siendo así, tales situaciones pueden generar valores atípicos que distorsionen la serie histórica.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0031-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 008-2018/CLC

medios publicados por el Osinergmin, a fin de evaluar la existencia de indicios razonables con relación a la presunta infracción denunciada en este extremo.

70. Con respecto a la supuesta existencia de un desfase en la comparación de los precios ofrecidos por Electro Dunas y sus competidores, se debe mencionar que dicha comparación efectuada por la primera instancia estuvo orientada a cotejar, de manera indiciaria, los precios medios ofrecidos por las respectivas empresas eléctricas a los clientes libres. Al respecto, la Sala aprecia que la evaluación efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión resultaba pertinente para analizar la información existente, pues permitió ponderar los precios ofrecidos por Electro Dunas y Atria: (i) en un mismo período; y, (ii) en base a valores efectivamente cobrados.
71. Dichos precios medios correspondientes a clientes libres que antes eran regulados (estimados por Osinergmin) se encuentran registrados desde el momento de su ejecución, sin perjuicio de la exoneración o no del plazo de un año para el cambio de condición de usuario regulado a cliente libre. Por ende, el desfase alegado no invalida la evaluación de precios medios y su ponderación para examinar de forma indiciaria lo denunciado.
72. Lo antes señalado no enerva el análisis que se realizará más adelante a fin de determinar si concurren indicios respecto a la exoneración del plazo antes señalado (lo cual permite que aquellos clientes que decidan contratar con la denunciada pasen inmediatamente a ser clientes libres), y que tal presunta conducta podría denotar la aplicación de condiciones desiguales que restrinjan la competencia en el mercado respectivo.
73. Asimismo, la empresa denunciante alegó que la Secretaría Técnica de la Comisión solo comparó los precios de tres clientes de Atria y no la totalidad de estos, ni los precios de todos los generadores con usuarios libres ubicados dentro del área de concesión de Electro Dunas.
74. Sobre el particular, es pertinente precisar que el órgano instructor de primera instancia empleó la información de los precios cobrados a todos aquellos usuarios que antes eran regulados y que en el año 2018 pasaron a ser clientes libres de Atria, los cuales eran trece clientes (y no solo tres, como alega la denunciante).
75. Por otra parte, en mérito del argumento planteado por la recurrente y con el objeto de evaluar indiciariamente lo denunciado en base a la información disponible, este Colegiado considera pertinente ampliar el análisis respectivo, a fin de observar el comportamiento del precio medio de Electro Dunas en relación con Atria y los otros competidores que prestan servicios en el área de concesión del Electro Dunas.

76. De la información publicada por Osinergmin, se aprecia que durante el año 2018 los precios medios de Electro Dunas eran inferiores a los ofrecidos por diversas empresas que competían en el mercado de suministro de energía eléctrica dirigido a usuarios que cambiaron de condición a clientes libres. En efecto, en la Tabla 1 se muestra que los precios ofrecidos por Electro Dunas a los referidos clientes libres fueron menores a los de Atria, Enel Generación Perú y Fénix Power.

Tabla 1
Precios³³ ofrecidos a clientes libres en el área de concesión de Electro Dunas

Empresa eléctrica	Tipo	Precio* (ctm S/ /kWh)	
		2017	2018
Electro Dunas S.A.A.	Distribuidora	18.36	13.26
Atria Energía S.A.C.	Generadora	14.17	15.46
Enel Generación Perú S.A.A.	Generadora	-	15.87
Engie Energía Perú S.A.	Generadora	12.30	12.33
Fénix Power Perú S.A.	Generadora	15.35	-
Termochilca S.A.	Generadora	-	13.23

Nota: *El precio medio corresponde al año en la que se realizó la facturación para un cliente libre en particular.

Fuente: Osinergmin

Elaboración: ST- SDC

77. También se observa que -en promedio- los precios de suministro de energía ofrecidos por Electro Dunas a los clientes libres que antes fueron usuarios regulados, resultaron ser mayores a los precios medios ofrecidos por Engie y Termochilca. En ese sentido, a pesar de que la mencionada empresa disminuyó el precio ofrecido entre los años 2017 y 2018 (al pasar de S/ 18.36 a S/ 13.26 por kWh) y se ubicó por debajo del precio ofrecido por la denunciante (Atria), esto no significó que tales precios fueran los más bajos en el mercado durante el año 2018.
78. Por otro lado, esta Sala también procedió a revisar los contratos que Electro Dunas suscribió entre los años 2017 y 2018 con 18 usuarios libres que antes eran usuarios regulados³⁴. Al respecto, se aprecia que en la mayoría de los contratos Electro Dunas ofreció precios escalonados de hasta cuatro

³³ Para calcular el precio representativo cobrado por parte de la empresa a sus clientes libres que antes fueron regulados, se empleó la mediana de los precios medios cobrados a cada cliente libre en el correspondiente año. Esto, con el objetivo de evitar que los valores extremos afecten al cálculo del precio representativo del año.

³⁴ Cabe mencionar que los precios fijados en los contratos se encuentran en dólares americanos, por lo que se procedió a convertir a moneda nacional empleando el tipo de cambio interbancario que estuvo vigente durante el mes en que se realizó el ofrecimiento. Asimismo, la totalidad de los mencionados contratos son de acceso público y se encuentran en la página web: <https://www.osinergmin.gob.pe/empresas/electricidad/generacion/contratos-de-usuarios-libres>.

actualizaciones, en donde los precios base de potencia fluctuaron entre S/ 20.06 y S/ 21.06 por KW-mes, mientras que el precio básico de energía oscilaba entre S/ 7.53 y S/ 9.75 por KWh.

79. La recurrente adjuntó a su escrito de denuncia, las comunicaciones enviadas por Electro Dunas a dos usuarios regulados (Brande y Procesadora Alonso) con los cuales la denunciante ya habría suscrito un contrato de suministro bajo la condición de clientes libres. Complementariamente, Atria presentó el contrato celebrado entre Electro Dunas y Mercurio, pese a que esta última empresa había suscrito un contrato de suministro previo con la denunciante³⁵.
80. No obstante, en los documentos antes mencionados se aprecia que los precios ofrecidos a Brade y Procesadora Alonso, así como los que figuran en el contrato de Mercurio con Electro Dunas, son similares a los que dicha empresa ofreció a los usuarios regulados que pasaron a ser clientes libres³⁶ (conforme a lo detallado en el numeral 78 del presente pronunciamiento).
81. A partir de lo anteriormente señalado, la Sala coincide con la Secretaría Técnica de la Comisión en que la información existente no denota -de forma indiciaria- que la empresa denunciada haya aplicado descuentos o rebajas orientadas a los clientes que tenían una relación con Atria con el objeto o efecto de restringir la participación de dicho competidor en el mercado de usuarios regulados que pasan a ser clientes libres.
82. A mayor abundamiento, tampoco existe evidencia que permita vislumbrar de manera preliminar, que los bajos precios fijados por Electro Dunas en el mercado hayan sido establecidos con un objeto disímil a la regular pugna competitiva entre los agentes económicos (lo que involucra el ofrecimiento de mejores precios a los potenciales clientes) o que sean resultado de conductas contrarias a la eficiencia económica. Esto último, incluso se ve reforzado por el

³⁵ Conforme a lo señalado por Atria el 28 de octubre de 2019 (en respuesta a la Carta 1756-2019/ST-CLC-INDECOPI), Brande y Procesadora Alonso mantuvieron una relación comercial con la denunciante y no iniciaron ningún vínculo contractual con Electro Dunas. No obstante, Mercurio sí suscribió un nuevo contrato la empresa denunciada, a pesar de haber firmado un contrato de suministro con Atria.

³⁶ Al respecto, se presentan los precios convertidos a moneda nacional ofrecidos por Electro Dunas a Procesadora Alonso y Brande, así como el contratado por Mercurio:

Empresa	Fecha del contrato u ofrecimiento	Vigencia	Potencia S/ KW-Mes	Precio Base Energía Hora Punta Ctm S/ KWh	Energía Hora Fuera de Punta Ctm S/ KWh
Mercurio E.I.R.L.	26/02/2016	01/03/2018 - 28/02/2021	20.17	9.26	9.09
Procesadora Alonso S.A.C.	20/06/2018	01/07/2018 - 30/04/2019	20.12	8.83	8.83
		01/05/2019 - 30/04/2020	20.12	9.16	9.16
		01/05/2020 - 30/06/2021	20.12	9.49	9.49
Cables Eléctrico Brande S.A.C.	20/06/2018	01/07/2018 - 30/04/2019	20.12	7.52	7.52
		01/05/2019 - 30/04/2020	20.12	8.50	8.50
		01/05/2020 - 30/04/2021	20.12	9.49	9.49

hecho de que existen generadoras que han logrado establecer precios más atractivos que Electro Dunas dentro del mercado afectado, precisamente en el marco de una pugna competitiva.

83. En consecuencia, se desvirtúa la existencia de elementos indiciarios respecto a un presunto abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones desiguales en este extremo, pues se aprecia que -en términos generales- los precios que la denunciada ofreció a aquellas empresas que habían suscrito un contrato con Atria, serían similares a los cobrados a todos aquellos clientes en la misma condición (usuarios regulados que pasaron a ser clientes libres). Por tanto, esta Sala concuerda con la Secretaría Técnica de la Comisión en que no corresponde iniciar un procedimiento de investigación por falta de indicios razonables en este extremo.
84. De otro lado, la denunciante alega que la exoneración del año de preaviso (previsto en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres³⁷) por parte de Electro Dunas para que los usuarios regulados puedan migrar a ser clientes libres, en caso decidan continuar contratando con la empresa denunciada y no con empresas competidoras (como Atria), constituye un presunto abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.
85. Al respecto, en el Oficio 3086-2019-OS-DSE del 11 de octubre de 2019, Osinergmin³⁸ señaló que la exigencia del preaviso por parte del suministrador actual al usuario regulado constituye un derecho del primero para mantener a dicho cliente por un año, sea que el cliente haya decidido tener otro proveedor o continuar con el actual. Lo anterior permitiría al distribuidor adecuar su energía y demanda a la nueva situación, a través de modificaciones en sus contratos (por ejemplo, trasladando potencia entre mercados).
86. En el referido documento, el organismo regulador también indicó que si bien el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres está orientado al supuesto en el que un usuario regulado pretende cambiar de proveedor, en concordancia con el principio de razonabilidad y teniendo en cuenta que las normas que

³⁷ Ver nota al pie 29.

³⁸ **OFICIO 3086-2019-OS-DSE DEL 11 DE OCTUBRE DE 2019**

"(...)

Esta anticipación representaría un derecho del Suministrador 1 para mantener al cliente por un año, dándole la posibilidad para adecuar su generación y demanda a la nueva situación; a través, por ejemplo, de modificaciones a sus contratos (traslados de potencia entre mercados).

En tal sentido, el Suministrador 1 tiene la facultad, incluso si el Usuario Regulado será posteriormente su propio Usuario Libre (o viceversa), de exigirle la permanencia de un año en su primera condición.

No obstante, en concordancia con el Principio de Razonabilidad, y teniendo en cuenta que las normas que establecen obligaciones o restringen derechos deben interpretarse de la forma menos lesiva posible, se considera que, tratándose de un régimen de libertad y competencia (del nuevo Usuario Libre), el Suministrador 1 y el nuevo Usuario Libre podrán acordar liberarse del plazo establecido por norma."

establecen restricciones deben interpretarse de la manera menos lesiva, el suministrador actual y el usuario regulado podrían acordar liberarse del plazo establecido por la norma.

87. En tal sentido, esta Sala advierte a nivel indiciario que la decisión de aplicar o exonerar el plazo de preaviso de un año a aquellos usuarios regulados (en el rango de 200 kW y 2500 kW) que deseen pasar a ser usuarios libres con la misma empresa u otro proveedor:
- (i) Constituye una decisión de la empresa distribuidora que puede depender de diversos factores, tales como aspectos técnicos, negociaciones entre los usuarios regulados y el suministrador, entre otros.
 - (ii) No es una aplicación de lo dispuesto de forma estricta o literal en una norma legal, por lo que el otorgamiento diferenciado de tales exoneraciones puede ser evaluado conforme al TUO de la LRCA^{39 40}, en caso pudiese tener por objeto o efecto afectar o restringir la competencia.
88. De la entrevista efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión al representante de Electro Dunas se aprecia preliminarmente que dicha empresa aplica de forma diferenciada esta “exoneración del plazo de preaviso”⁴¹. Esto

³⁹ **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.

(...).

(Subrayado agregado)

⁴⁰ Respecto a esta disposición, la Sala a través de la Resolución 0479-2014/SDC-INDECOPI emitió un precedente de observancia obligatoria en el que se precisa que toda limitación a la aplicación del TUO de la LRCA únicamente puede derivar de una aplicación estricta o literal de una norma legal, conforme puede observarse a continuación:

RESOLUCIÓN 0479-2014/SDC-INDECOPI DEL 16 DE ABRIL DE 2014

“IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

(...)

SEGUNDO: de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 807, declarar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación de los siguientes criterios:

1. La referencia a los actos que son “consecuencia de una norma legal” incluida en el artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas debe entenderse como la necesidad de contar con autorización legal o incluso una obligación de realizar la conducta bajo análisis.

2. Asimismo, a efectos de la aplicación del artículo 3 referido, deberá entenderse que la interpretación de la “norma legal” en la que se basa la exención debe ser restrictiva o literal, es decir, la norma debe autorizar claramente la conducta bajo análisis y no debe aplicarse extensivamente a otras conductas.

(...).”

⁴¹ **ENTREVISTA DE LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN A ELECTRO DUNAS**

Gustavo Javier Michelena (Gerente Comercial de Electro Dunas): “El año se le da a la distribuidora para que pueda adecuar su demanda. (...) Si el cliente se queda con la distribuidora no es necesario el plazo del año porque la demanda sigue estando en la distribuidora y no hay ninguna demanda que acomodar; si el cliente se va de tu distribuidora vos tenés que acomodar tu demanda porque con la gran migración de clientes libres que se han ido genera que la

constituye un indicio de que la denunciada eximiría a los usuarios regulados del plazo de preaviso antes referido en caso de que decidan permanecer con esta empresa (ahora como clientes libres), mientras que no brindaría dicha exoneración a aquellos clientes que opten por contratar con otro suministrador (como Atria)⁴².

89. Durante la investigación preliminar, la Secretaría Técnica de la Comisión también accedió a los contratos de suministro de energía vigentes entre Electro Dunas y sus clientes⁴³, indicando que reflejarían indiciariamente que esta empresa no exigiría la permanencia de un año a aquellos usuarios que deciden continuar contratándola como suministradora en el mercado de clientes libres. Esto sería así, de acuerdo al referido órgano de instrucción, pues la fecha de suministro coincide con la firma de estos contratos o es posterior por unos días.
90. Conforme a lo señalado en el numeral 88 de esta resolución, existen indicios de que la empresa denunciada estaría aplicando condiciones desiguales para prestaciones equivalentes (suministro de energía a usuarios regulados, que han manifestado su voluntad de pasar a ser clientes libres). Asimismo, cabe mencionar que la presunta realización de dicha conducta no derivaría de la dinámica competitiva del mercado de clientes libres ni de la eficiencia económica atribuible a la denunciante sino de una facultad que exclusivamente tendría Electro Dunas debido a su posición de dominio como único distribuidor de los clientes regulados dentro de su ámbito de concesión.
91. En este punto, cabe indicar que la Secretaría Técnica de la Comisión consideró que Electro Dunas tendría uno de los precios más bajo en el mercado de clientes libres, siendo este aspecto uno de los más importantes para los usuarios que cambian a la condición de clientes libres, a fin de seleccionar la empresa suministradora. A criterio de la primera instancia, lo anterior implica que la exoneración del plazo no sería determinante en la toma de decisión de los clientes antes mencionados.
92. Al respecto, cabe mencionar que los precios en el mercado de clientes libres y regulados son diferentes, siendo los primeros más competitivos⁴⁴. Esta

distribuidora que tiene contratos con generadoras queda descalzada en su potencia (...). Cuando el cliente libre se queda con la distribuidora el plazo del año no es necesario."

⁴² A mayor abundamiento, en diversos contratos de suministro de Atria, se advierte que existe un año de diferencia entre la fecha de suscripción y el inicio del servicio, lo cual resulta indiciariamente concordante con el año de preaviso exigido por Electro Dunas. Sin perjuicio de ello, lo antes indicado no excluye el hecho de que el preaviso efectuado por el usuario regulado que pretenda convertirse en cliente libre pueda efectuarse antes de la suscripción del contrato respectivo con el proveedor seleccionado, por lo que en tales casos, la exigencia del plazo de preaviso por parte de Electro Dunas no se verá reflejada en las fechas consignadas en los respectivos contratos.

⁴³ Ver fundamento 99 de la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI.

⁴⁴ Es importante indicar que los precios del mercado libre se forman a partir de procesos de negociación que llevan a cabo los generadores y los distribuidores por un lado, y los grandes usuarios que tienen demandas superiores a 200

característica constituye un importante incentivo para que aquellos usuarios con cargas entre 200 kW y 2500 kW decidan migrar de usuarios regulados a clientes libres.

93. No obstante, esta Sala considera de forma preliminar, que tal circunstancia no enerva la existencia de otros elementos -además del precio- que puedan incidir de forma relevante en la elección de un suministrador en el mercado de clientes libres. De esta manera, indiciariamente resulta razonable que, en la selección del proveedor por parte de los clientes libres, se pondere también el hecho de que el traspaso a un determinado suministrador permita el cambio de condición a cliente libre de forma inmediata, a diferencia de las demás opciones que impliquen un tiempo de espera de un año.
94. A manera de ejemplo, en el caso de Mercurio⁴⁵, se aprecia que consumió energía eléctrica por la cantidad de 691.09 MWh entre marzo de 2018 (inicio del contrato) y febrero de 2019 en su condición de cliente libre, lo cual significó una facturación aproximada de S/ 106,828. Además, durante el año 2018, el precio medio de electricidad para los clientes regulados se ubicó en 15.7% por encima del precio medio de electricidad para clientes libres⁴⁶, lo cual significa que en el supuesto de que Electro Dunas no hubiera exonerado a Mercurio del plazo de preaviso (permaneciendo como cliente regulado por el plazo adicional de un año⁴⁷), esta última empresa hubiera pagado aproximadamente S/ 16,747 más por el consumo de la misma cantidad de energía.
95. Por otra parte, de la información publicada por Osinergmin se aprecia que, dentro del área de concesión de Electro Dunas, compiten diversas generadoras (entre ellas Atria) y la empresa de distribución Electro Dunas. En el Gráfico 1, se muestra la distribución de los nuevos usuarios libres por suministrador entre el año 2017 y 2018.

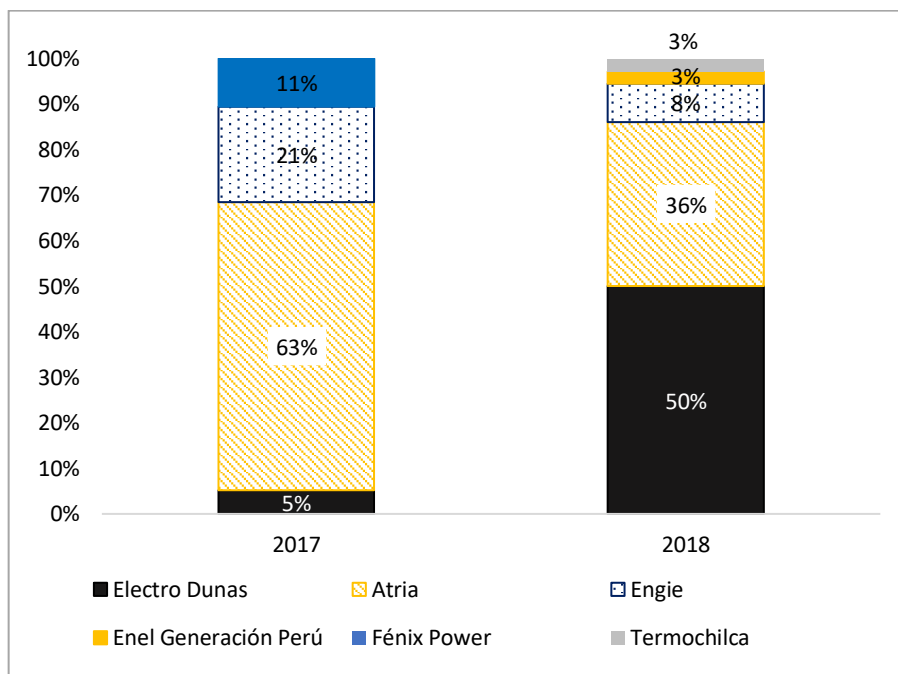
kW al año, por otro lado. En este sentido, los precios de dicho mercado reflejarían los *shocks* que afectan la demanda y oferta, así como las perspectivas del mercado. Así, se aprecia que actualmente los precios del mercado libre se encuentran por debajo del precio del mercado regulado debido al aumento de la capacidad instalada de generación. Al respecto ver: Tamayo, Jesús; Salvador, Julio; Vásquez, Arturo y Carlo Vilches (Editores) (2016). “*La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*”. Osinergmin. Lima, Perú.

⁴⁵ Al respecto, para el presente cálculo se recurrió a la información comercial disponible y publicada por Osinergmin, por lo que se tomó la información comercial de Mercurio desde el momento que facturó como cliente libre (marzo de 2018). De esta manera, para dicho cálculo se estimó los montos facturados, tanto en volumen y monto monetario, que de manera agregada sumen un año. En tal sentido, se empleó el reporte anual de 2018 (en donde, Mercurio inició contrato a partir del 1 de marzo de 2018) y los reportes mensuales de enero y febrero de 2019.

⁴⁶ Se empleó como referencia el precio medio de consumo en Media Tensión, tanto para clientes libres y regulados que fueron cobrados por Electro Dunas en el 2018.

⁴⁷ Se emplea el supuesto de que los términos del contrato pactado se mantengan entre las partes.

Gráfico 1
Nuevos usuarios libres que antes eran regulados,
por empresa suministradora, años 2017 - 2018



Fuente: Osinergmin
Elaboración: ST- SDC

96. Como se puede observar, en el año 2017, Atria fue la empresa que captó la mayor cantidad de usuarios libres que antes fueron usuarios regulados (12 clientes, lo que representó el 63% del total en dicho año). Estos usuarios consumieron 8,461 MWh en total, representando el 40% del total de energía consumida en dicho año por los nuevos usuarios libres que antes fueron regulados. La empresa que le siguió fue Engie con 4 nuevos usuarios (21%), los cuales tuvieron un consumo de 8,198 MWh en total, que representó el 39% del total de energía consumida por los nuevos clientes libres.
97. En el caso de Electro Dunas, durante el año 2017 captó únicamente un (1) usuario libre (5% del total) con un consumo de 2,451 MWh, lo que representó el 12% del total de energía consumida por nuevos usuarios libres que antes eran regulados.
98. Sin embargo, en el año 2018, la empresa que habría captado la mayor cantidad de clientes fue Electro Dunas con 18 usuarios, lo cual representó el 50% del total en dicho año. Estos usuarios consumieron 24,225 MWh en total, representando el 28% del total de energía consumida por los nuevos usuarios libres. Siendo así, Atria pasó al segundo lugar, con 13 nuevos usuarios (36%

del total) quienes tuvieron un consumo de 10,215 MWh en total, que representó el 12% del total de energía consumida por los nuevos clientes libres.

99. Esta Sala advierte indiciariamente que Electro Dunas entre los años 2017 y 2018, incrementó su participación de manera significativa. De esta manera, la empresa denunciada pasó de tener una participación del 5% de los nuevos usuarios libres en 2017, a captar el 50% de participación de los nuevos usuarios libres que antes eran regulados en 2018.
100. En el numeral 76 de la presente resolución, se expuso que los precios promedio de Electro Dunas fueron -en términos generales- más competitivos que los precios promedio de Atria durante 2018⁴⁸. Sin embargo, es importante resaltar que dada las características particulares que inciden sobre los precios medios cobrados a los nuevos clientes libres⁴⁹, se empleó la mediana de los precios de usuarios libres como indicador representativo de los precios cobrados por las empresas eléctricas en el año, las cuales fueron mostradas en la Tabla 1.
101. En ese sentido, en la Tabla 2 se consigna la distribución según rangos numéricos, de cada precio medio correspondiente a un nuevo usuario libre que contrató con Electro Dunas y Atria, respectivamente.

Tabla 2
Cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran regulados,
según el precio medio cobrado (2018)

Empresa eléctrica	Precio (ctm S/ /kW.h)		
	menores a 13.26	Entre 13.26 - 15.46	mayores a 15.46
Electro dunas	7	9	2
Atria	1	7	6
Total	8	16	8

Nota: Para el rango se toma como referencia los precios representativos (mediana de precios) de dichas empresas en 2018.

Fuente: Osinergmin

Elaboración: ST- SDC

⁴⁸ No obstante, tal como se mencionó anteriormente, el precio medio cobrado por Electro Dunas no fue el más competitivo del mercado.

⁴⁹ Al analizar las estadísticas del precio medio calculado por Osinergmin, se aprecia que en aquellos casos en los cuales el consumo de energía es ostensiblemente bajo, dicho precio por cada KWh se incrementa considerablemente, generando de esta manera cifras atípicas. Esto se debe a que el cliente siempre pagará un monto de facturación por potencia contratada o por máxima demanda, independientemente si ha consumido energía o no durante el periodo de facturación.

Por su parte, en un escenario en donde el cliente consume una importante cantidad energía, este precio podría terminar haciéndose ligeramente menor por cada KWh, pues el monto de facturación por potencia contratada o máxima potencia se diluye a medida que el consumo de energía es mayor.



102. De esta manera, se observa que: (i) de los 18 nuevos usuarios libres captados por Electro Dunas, 9 de ellos están en un rango de precios medios de S/ 13.26 y S/ 15.46 por KWh; y, (ii) de los 13 nuevos usuarios libres captados por Atria, 7 se encuentran dentro de dicho rango. Es preciso indicar que se ha considerado dicho rango medio para evitar que los valores extremos afecten el análisis, los cuales son significativamente disímiles y pueden obedecer a características especiales propias del consumo de tales clientes en específico.
103. Lo anterior muestra que, en el intervalo entre los años 2017 a 2018, se habría producido un cambio significativo en la captación de nuevos usuarios libres que antes fueron regulados, por parte de Electro Dunas. Al respecto, mientras que en 2017 Electro Dunas obtuvo solo un cliente dentro de todos los nuevos usuarios libres⁵⁰; en el año 2018, la denunciada captó 9 usuarios libres frente a los 7 usuarios que contrataron con Atria (empresa que en el año anterior había atraído a la mayor cantidad de nuevos usuarios libres del mercado evaluado) dentro del mismo rango de precios medios de ambas empresas.
104. En tal sentido, pese a que ambas empresas cobraron precios similares a los mencionados usuarios (ubicados en el rango más significativo, conforme se aprecia en la Tabla 2), se produjo un gran cambio de preferencias que indiciariamente no podría atribuirse a una brecha en la competitividad de los precios.
105. Asimismo, se observa que Electro Dunas habría exonerado del plazo de preaviso a aquellos usuarios que se quedaran con dicho proveedor, condición que solo podía ofrecer la denunciada y no algún otro competidor como Atria. Complementariamente, cabe agregar que los casos de exoneración presentados en la denuncia de parte de Atria (un contrato⁵¹ y dos cartas de propuesta⁵²) datan precisamente del año 2018.
106. Considerando esta variación en el mercado durante el año 2018 y las ventajas que apareja el cambio inmediato a la condición de cliente libre (ver numerales 93 y 94 de esta resolución), la Sala considera que existen indicios de que eximir del año de preaviso a los clientes que permanecieran con Electro Dunas, podría haber sido una condición relevante para la decisión de los usuarios, al permitirles acceder -sin necesidad de esperar el plazo de preaviso- a los precios de energía de usuarios libres, los cuales eran menores a los precios de usuarios regulados.

⁵⁰ Cabe señalar que, en la entrevista realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión a Electro Dunas, esta empresa precisó que a finales del año 2017 contrató energía adicional para ofrecerla en el mercado de usuarios libres.

⁵¹ Contrato de suministro de Electro Dunas a Mercurio. Ver foja 32.

⁵² Cartas de propuesta de Electro Dunas a Brade y Procesadora Alonso. Ver fojas 25 al 28.

107. A mayor abundamiento, es importante resaltar que la duración de estos contratos con los clientes libres sería en su mayoría de tres años⁵³, lo cual refuerza que -a nivel indiciario- la exoneración o no de un período de espera de un año sería potencialmente significativa y podría generar un efecto en el mercado presuntamente afectado.
108. Ahora bien, los actos pasibles de ser calificados como presuntos abusos de posición de dominio están sujetos a una evaluación de prohibición relativa⁵⁴, por lo que se debe determinar si la conducta tiene o podría tener efectos en la competencia y en el bienestar de los consumidores.
109. En tal sentido, esta Sala considera indiciariamente que, aun cuando los precios de la empresa denunciada habrían sido competitivos, lo cierto es que la condición desigual denunciada (exoneración diferenciada del plazo de un año para variar de condición de los clientes regulados a libres) podría constituir una limitación susceptible de restringir la competencia en el mercado de clientes libres en el ámbito de la concesión de Electro Dunas.
110. Lo anterior principalmente debido a que si bien las demás empresas –entre estas, Atria- podrían eventualmente lograr una mayor eficiencia en su condición de generadoras para ofrecer mejores precios o servicios adicionales, se encontrarían en desequilibrio ante la denunciada como consecuencia de una conducta que solo habría sido posible debido a la posición de dominio que tendría Electro Dunas como único distribuidor de los usuarios regulados en su área de concesión.
111. De esta manera, existen elementos para afirmar preliminarmente que la exoneración cuestionada habría sido un aspecto pasible de incidir en la elección del cliente libre a favor de la oferta comercial de la denunciada y que obedecería a una decisión unilateral de dicha empresa, valiéndose de su posición dominante en otro mercado conexo. Por tanto, esta Sala considera -a nivel

⁵³ De acuerdo con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, en caso de que el usuario regulado cambie de condición, deberá mantener esta nueva condición por un plazo no menor de tres (3) años (Ver pies de página 26 y 29). Asimismo, en los contratos que suscribió Electro Dunas durante los años 2017 y 2018 con 18 usuarios libres que antes eran usuarios regulados, se advierte que la mayoría de estos tuvieron como plazo tres (3) años.

⁵⁴ **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 9.- Prohibición relativa

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

(...)

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

(...)

indiciario- que dicha conducta podría restringir la competencia en el mercado de usuarios regulados que migran a ser clientes libres, afectando a los competidores de Electro Dunas (como Atria) y, por ende, generando un efecto exclusorio.

112. En apelación, Atria ha cuestionado la razonabilidad de la distinción por parte de Electro Dunas entre sus clientes libres y aquellos que pretenden tener otro suministrador, sustentándose en el informe del ingeniero Luis Espinoza Quiñones. En dicho documento se sostiene que, si Electro Dunas exonera del plazo de un año a los usuarios regulados que deciden permanecer con esta empresa como su suministradora (en la condición de clientes libres), entonces debería aplicar este beneficio a todos los usuarios en su zona de concesión. Lo anterior, debido a que la exoneración del referido plazo a favor de un grupo de clientes pondría en evidencia que -en realidad- no existe un desfase o necesidad de reajuste de la demanda de electricidad por parte de la empresa denunciada que amerite exigir el plazo de permanencia de un año.
113. Por su parte, el representante de Electro Dunas indicó que en el caso de aquellos usuarios regulados que migran a ser clientes libres, pero mantienen a la denunciada como proveedora, no sería necesario realizar ningún reajuste en la contratación de la energía a ser suministrada, por lo que no requeriría exigir el año de preaviso⁵⁵. A consideración de dicha persona, esto explicaría la diferenciación respecto a la exoneración del plazo de un año para que los usuarios regulados pasen a ser clientes libres.
114. Conforme se aprecia, lo antes desarrollado tiene que ver con la existencia o no de justificaciones sobre la presunta aplicación de condiciones desiguales. Sin embargo, en esta etapa del procedimiento, no corresponde determinar si la conducta de la denunciada era o no justificada, pues para ello es necesario que -una vez iniciado el procedimiento respectivo- la autoridad pondere los argumentos y elementos que aporten las partes involucradas.
115. En la presente etapa, se aprecia que la empresa denunciante presentó un indicio respecto a la presunta falta de justificación de la diferenciación en la exoneración del plazo antes señalado (el informe del ingeniero Luis Espinoza Quiñones), lo cual deberá ser analizado en el marco del procedimiento sancionador correspondiente y eventualmente valorado en un pronunciamiento de fondo. Lo anterior, considerando que el sustento o razonabilidad de la conducta evaluada podrá ser sustentada por Electro Dunas, quien habría realizado los hechos denunciados.
116. Por ende, a nivel indiciario se aprecia que Electro Dunas tendría posición de dominio en el mercado de clientes regulados en su zona de concesión y

⁵⁵ Ver nota al pie 41.

aplicaría condiciones desiguales a los usuarios que deseen pasar a ser clientes libres, eximiéndolos del plazo de un año de espera en caso de que continúen contratando con dicha empresa. Asimismo, de forma preliminar, la Sala considera que esta conducta podría restringir la competencia en el mercado de usuarios regulados que pasan a ser clientes libres, produciendo eventualmente un efecto exclusorio.

117. De acuerdo a lo expuesto, corresponde:

- (i) Confirmar la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI en el extremo que declaró improcedente la denuncia por abuso de posición de dominio contra Electro Dunas por la aplicación de condiciones desiguales consistentes en supuestos descuentos y rebajas de precios, lo cual que estaría tipificado en el literal b) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.
 - (ii) Revocar la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI en el extremo que declaró improcedente la denuncia por abuso de posición de dominio contra Electro Dunas por la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, consistentes en la exoneración del plazo de preaviso para que los usuarios regulados pasen a tener la condición de clientes libres, dependiendo de si estos deciden continuar contratando con la empresa denunciada. Este supuesto estaría tipificado en el literal b) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.
 - (iii) Ordenar que la autoridad competente admita a trámite la denuncia de Atria, en el extremo antes indicado.
- (ii) *Sobre la negativa de Electro Dunas a proporcionar información relevante para que Atria emitiera la facturación a sus clientes libres*

118. Mediante Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Comisión decidió no admitir a trámite la denuncia de Atria por la presunta negativa de Electro Dunas a proporcionar información relevante para que la denunciante emitiera la facturación a sus clientes libres, supuesto que estaría tipificado en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA⁵⁶.

119. La primera instancia señaló que no existían indicios razonables de que Electro Dunas haya incurrido en la modalidad de abuso de posición de dominio antes

⁵⁶ DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. 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:

(...)

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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0031-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 008-2018/CLC

indicada. A diferencia de lo planteado por Atria en su denuncia, la Secretaría Técnica de la Comisión consideró que respecto de veinte clientes sobre los cuales dicha empresa requirió información a la denunciada, esta última únicamente no habría brindado data de las mediciones correspondientes a Mercurio. Sobre este punto, se habría verificado que dicho cliente además de suscribir un contrato de suministro de energía con Atria, posteriormente habría celebrado un contrato con Electro Dunas, habilitando a esta empresa a ser la suministradora.

120. Al respecto, de la revisión de la denuncia interpuesta por Atria, consta que a fin de sustentar la supuesta negativa de Electro Dunas a proporcionar información relevante para que la denunciante emitiera la facturación a sus clientes, se presentó una cadena de correos electrónicos.
121. En dicha cadena de correos entre la denunciante y la denunciada, se observa que de los veinte clientes respecto de los cuales Atria solicitó información a Electro Dunas, la denunciada solamente no habría brindado información sobre Mercurio. De esta manera, la presunta negativa de información únicamente estaría vinculada a un cliente en particular, pues Electro Dunas entregó la información requerida sobre los clientes restantes para la correspondiente facturación por parte la denunciante.
122. Asimismo, con relación al único cliente controvertido (Mercurio), los documentos recabados a la fecha evidenciarían lo siguiente⁵⁷:
- Mercurio comunicó a Electro Dunas su decisión de cambiar de condición a cliente libre con Atria el 30 de junio de 2017⁵⁸. Posteriormente, el 3 de julio de 2017, la denunciante informó a Osinergmin sobre el contrato suscrito con Mercurio⁵⁹.
 - No obstante, el 26 de febrero de 2018, Mercurio celebró un contrato de suministro con Electro Dunas⁶⁰.
 - El 7 de marzo de 2018, Mercurio solicitó a Atria suscribir un acuerdo de mutuo disenso⁶¹. Ante ello, a través de la Carta Notarial ESR 575-2018

⁵⁷ Estos hechos fueron expuestos por Atria en su escrito del 28 de octubre de 2019, atendiendo la Carta 1756-2019/ST-CLC-INDECOPI del 22 de octubre de 2019.

⁵⁸ Ver foja 411 del expediente.

⁵⁹ Ver foja 413 del expediente.

⁶⁰ Ver foja 32 del expediente.

⁶¹ Ver foja 396 del expediente.

del 27 de junio de 2018, la denunciada comunicó a Mercurio que no se encontraba conforme a la resolución por mutuo disenso⁶².

- Cabe indicar que, ante este conflicto contractual, Electro Dunas continuó siendo la suministradora de energía de Mercurio.

123. Si bien Mercurio suscribió un contrato de suministro con Atria, posteriormente habría decidido firmar por el mismo servicio con Electro Dunas, asumiendo las consecuencias contractuales que ello podría conllevar. Por tanto, indiciariamente, la negativa se trataría de una controversia vinculada a un aspecto contractual sobre un cliente en particular.
124. En tal sentido, esta Sala considera que no existirían indicios de que la negativa cuestionada por parte de Atria sea parte de una estrategia de Electro Dunas orientada a impedir o dificultar la concurrencia de competidores en el mercado de clientes libres de electricidad (que previamente habrían sido usuarios regulados).
125. En apelación, Atria alegó que, a diferencia de lo señalado por Electro Dunas en la entrevista efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión, el corte que por un momento tuvo el suministro de energía eléctrica a Mercurio coincide con la fecha en la cual dicho cliente contrató con la denunciante, por lo que podría haber sido un acto de presión de la denunciada.
126. Sobre el particular, es necesario indicar que esta supuesta acción por parte de la empresa denunciada no se encuentra en evaluación en este extremo de la denuncia, el cual está vinculado a una supuesta negativa en brindar información sobre las mediciones como una estrategia de abuso de posición de dominio. En consecuencia, el hecho de que haya existido un corte en el servicio brindado a Mercurio y las razones de dicha interrupción del suministro eléctrico (sobre lo cual tampoco existen indicios tangibles), no inciden en el análisis realizado respecto a la presunta infracción denunciada que es materia de análisis en este acápite.
127. Finalmente, en apelación, la recurrente alegó que la negativa de Electro Dunas a proporcionar información relevante para que Atria emitiera la facturación a sus clientes libres constituye una contravención al artículo 7 del Reglamento de Usuarios Libres⁶³. Al respecto, no corresponde a esta Sala determinar si la

⁶² Ver foja 398 del expediente.

⁶³ **DECRETO SUPREMO 022-2009-EM. REGLAMENTO DE USUARIOS LIBRES DE ELECTRICIDAD**

Artículo 7.- Red de Transmisión y/o Distribución

Las tarifas y compensaciones por el uso de las instalaciones de transmisión y/o distribución, son reguladas por el OSINERGMIN de acuerdo a lo señalado en la LCE y normas reglamentarias, y no están sujetos a la libre negociación de las partes.

actuación por parte de Electro Dunas constituye una infracción o incumplimiento al Reglamento de Usuarios Libres, particularmente por la situación de conflicto contractual que se produjo entre las empresas involucradas respecto de Mercurio.

128. De acuerdo a lo expuesto, no existen indicios razonables de que Electro Dunas se haya negado a brindar información relevante para que Atria emitiera la facturación a sus clientes libres, como una estrategia de abuso de posición de dominio. Por tanto, corresponde confirmar la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI que decidió no admitir a trámite este extremo de la denuncia presentada por una presunta infracción tipificada en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI del 13 de marzo de 2020 en el extremo que declaró improcedente la denuncia por abuso de posición de dominio contra Electro Dunas S.A.A. por la aplicación de condiciones desiguales consistentes en supuestos descuentos y rebajas de precios, lo cual estaría tipificado en el literal b) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas aprobado por Decreto Supremo 030-2019-PCM.

SEGUNDO: revocar la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI del 13 de marzo de 2020 en el extremo que declaró improcedente la denuncia por abuso de posición de dominio contra Electro Dunas S.A.A. por la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, consistentes en la exoneración del plazo de preaviso para que los usuarios regulados pasen a tener la condición de clientes libres, dependiendo de si estos deciden continuar contratando con la empresa denunciada. Dicho supuesto estaría tipificado en el literal b) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas aprobado por Decreto Supremo 030-2019-PCM.

TERCERO: ordenar a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia que admita a trámite la denuncia presentada por Atria Energía S.A.C., en el extremo indicado en el punto resolutivo precedente.

CUARTO: confirmar la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI del 13 de marzo de 2020 en el extremo que declaró improcedente la denuncia contra Electro Dunas S.A.A. por una supuesta negativa de proporcionar información a Atria Energía S.A.C. para que pueda emitir la facturación a sus clientes, supuesto que estaría tipificado en

Los titulares de las instalaciones de transmisión y distribución no están facultados a facturar directamente al Usuario Libre por el uso de sus instalaciones. Los correspondientes cargos serán facturados al Suministrador, con excepción en los casos que existan contratos previos o de los contratos previstos en el literal c) del numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley 28832.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0031-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 008-2018/CLC

el literal 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 Silvia Lorena Hooker Ortega, José Francisco Martín Perla Anaya, Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya y José Enrique Palma Navea.



Firmado digitalmente por HOOKER
ORTEGA Silvia Lorena FAU
20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.03.2021 12:06:41 -05:00

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidenta