



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

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

SUMILLA: *Se CONFIRMA la Resolución 055-2023/CLC-INDECOPI del 16 de mayo de 2023, en el extremo que declaró responsable a Electro Dunas S.A.A. por incurrir en un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres que provienen del mercado regulado en el área de concesión de Electro Dunas S.A.A. En específico, esta conducta anticompetitiva consistió en exonerar, de manera selectiva, injustificada y discriminatoria, del plazo de preaviso de 1 (un) año a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar dicho suministro de energía con la empresa denunciada; y, por el contrario, exigir el cumplimiento de este requisito a aquellos usuarios que contrataron con empresas competidoras, entre los años 2017 a 2020. Cabe señalar que dicha conducta está tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.*

Al respecto, se ha verificado que el tratamiento diferenciado realizado por la empresa denunciada no se encuentra justificado en alguna diferencia objetiva prevista en la normativa aplicable respecto al cambio de condición de usuarios regulados a usuarios libres (en particular, en la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, ni en el Decreto Supremo 022-2009-EM, Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad).

Esta conducta ha generado un efecto exclusorio en el mercado, pues la exoneración del plazo de preaviso permitió a Electro Dunas S.A.A. posicionarse como la opción más favorable para los usuarios regulados que migraron al segmento de usuarios libres durante los años 2017, 2018 y 2020. Cabe señalar que las empresas competidoras no podían equiparar la exoneración del plazo de preaviso que la denunciada (en función a su posición de dominio en el respectivo mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados) ofrecía para atraer a los usuarios.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Finalmente, se ha corroborado que las justificaciones propuestas por Electro Dunas S.A.A. no resultan suficientes para sustentar que la actuación cuestionada responde a criterios de eficiencia y que genera beneficios a los consumidores. Siendo así, en aplicación de la regla de la razón (prohibición relativa), la conducta denunciada resulta restrictiva de la competencia, configurándose la infracción imputada.

Asimismo, se MODIFICA la Resolución 055-2023/CLC-INDECOPI del 16 de mayo de 2023 en el extremo relativo a la sanción impuesta a Electro Dunas S.A.A., la cual queda establecida en una multa de ciento cincuenta y uno y 12/100 Unidades Impositivas Tributarias

MULTA: 151.12 (CIENTO CINCUENTA Y UNO Y 12/100) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS

Lima, 15 de marzo de 2024

I. ANTECEDENTES

1. El 3 de agosto de 2018¹, Atria Energía S.A.C. (en adelante Atria Energía), antes denominada Eléctrica Santa Rosa S.A.C.², denunció a Electro Dunas S.A.A. (en adelante Electro Dunas) ante la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante la Dirección)³, 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 Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo 030-2019-PCM (en adelante TUO de la LRCA)⁴.

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.

³ Antes denominada Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

⁴ **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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

2. Al respecto, la denunciante señaló lo siguiente:
- (i) Electro Dunas es la concesionaria del servicio de distribución de electricidad en las regiones de Huancavelica, Ayacucho e Ica.
 - (ii) Los usuarios regulados cuya demanda anual de cada punto de suministro sea mayor de 200 kW y hasta 2,500 kW tienen el derecho a elegir si desean migrar al segmento de usuarios 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 Eléctrica⁵ 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 de Electricidad)⁶, 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) 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) comunicaron a Electro Dunas su intención de cambiar de condición a usuarios libres para contratar el suministro de energía eléctrica con Atria Energía, Electro Dunas les ofreció migrarlos al mercado libre de forma inmediata a cambio de que permanezcan con su empresa. Esto implicó

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;

(...)

g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,

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.

⁵ **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.

⁶ **DECRETO SUPREMO 022-2009-EM. REGLAMENTO DE USUARIOS LIBRES DE ELECTRICIDAD (Artículo modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo 018-2016-EM)
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.

(...)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

3/128

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

además un descuento selectivo, pues tales empresas reducirían sus costos de suministro eléctrico en el mercado libre.

- (v) El referido ofrecimiento habría generado que Mercurio incumpla el contrato de suministro suscrito con Atria Energía en 2017 y que Procesadora Alonso tuviera la intención de resolver el contrato con Atria Energía por mutuo acuerdo. De esta manera, la denunciante y Electro Dunas no se encuentran compitiendo en igualdad de condiciones.
 - (vi) El plazo de espera de un año cuando un usuario decide migrar del mercado regulado al mercado 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) exonera a algunos clientes del referido plazo, ello 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 Energía.
3. El 28 de octubre de 2019, Atria Energía presentó un escrito en respuesta a un requerimiento de información realizado por la Dirección⁷, en el que señaló lo siguiente:
- (i) Mercurio comunicó a Electro Dunas su decisión de cambiar de condición a cliente libre con Atria Energía el 30 de junio de 2017. De esta manera, el 3 de julio de 2017, Atria Energía informó al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante Osinergmin) sobre el contrato suscrito con Mercurio.
 - (ii) De manera posterior al contrato suscrito entre Atria Energía 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 Energía suscribir un acuerdo de mutuo disenso. Debido a ello, Atria Energía a través de la Carta Notarial ESR 575-2018 del 27 de junio de 2018, comunicó a Mercurio que

⁷ Mediante Carta 1756-2019/ST-CLC-INDECOPI del 22 de octubre de 2019, la Dirección requirió a Atria Energía lo siguiente:

- (i) Indicar si Mercurio solicitó a su empresa la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica una vez que contrató con Electro Dunas. De ser el caso, precisar si iniciaron acciones legales contra Mercurio. Asimismo, señalar si Mercurio mantuvo la relación contractual con Atria Energía o inició una nueva con Electro Dunas.
- (ii) Precisar si las empresas Brande y Procesadora Alonso celebraron contratos como usuarios libres con Electro Dunas.
- (iii) Señalar la fecha en que comunicaron a Osinergmin la suscripción de los contratos celebrados con Mercurio, Brande y Procesadora Alonso.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

no se encontraba conforme con la resolución por mutuo disenso. Agregó que no ha iniciado alguna acción legal contra Mercurio.

- (iii) Brande y Procesadora Alonso mantienen una relación comercial con Atria Energía y no iniciaron vínculo contractual alguno 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 con Mercurio. Atria Energía informó a Osinergmin de los contratos suscritos el 1 y 2 de noviembre de 2017 (correspondientes a Brande y Procesadora Alonso, respectivamente).
4. A través de la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI del 13 de marzo de 2020, la Dirección decidió no admitir a trámite la denuncia de Atria Energía contra Electro Dunas por exonerar del plazo de preaviso de 1 (un) año - establecido por el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad- a aquellos usuarios regulados que optaban por migrar al segmento de usuarios libres y contratar con Electro Dunas, lo cual no ocurría con aquellos usuarios que luego del cambio contrataban con otra empresa suministradora de energía. La Dirección consideró que no había indicios suficientes de que Electro Dunas habría generado un efecto exclusorio en el mercado de suministro de energía eléctrica de usuarios libres provenientes del mercado de usuarios regulados.
5. En dicha resolución, la Dirección señaló que, a su criterio, la importante participación de Electro Dunas en el mercado de suministro de energía eléctrica de usuarios regulados que migran al segmento de usuarios libres, no se debería precisamente a la supuesta exoneración del plazo de preaviso, sino a los precios competitivos ofrecidos por dicha empresa, los cuales eran más bajos que los ofrecidos por otras empresas generadoras. En consecuencia, Electro Dunas no habría incurrido en la conducta anticompetitiva de abuso de posición de dominio tipificada en los literales b), g) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, denunciada por Atria Energía.
6. El 14 de julio de 2020, Atria Energía interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI reiterando los argumentos señalados en su escrito de denuncia.
7. Por Resolución 031-2021/SDC-INDECOPI del 18 de febrero de 2021, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) revocó en parte la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta por Atria Energía por abuso de posición de dominio contra Electro Dunas, por la aplicación de condiciones desiguales



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

para prestaciones equivalentes, consistente en la exoneración del plazo de preaviso a aquellos usuarios regulados que optaban por migrar al segmento de usuarios libres, en tanto permanecieran con dicha empresa. En consecuencia, la Sala ordenó a la Dirección admitir a trámite la denuncia presentada por Atria Energía en el extremo previamente indicado.

8. Mediante Resolución 041-2021/DLC-INDECOPI del 28 de diciembre de 2021 (en adelante la Resolución de Inicio), la Dirección admitió a trámite la denuncia interpuesta por Atria Energía contra Electro Dunas, por la presunta realización de la conducta anticompetitiva de abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, mediante la exoneración del plazo de preaviso para que los usuarios regulados pasen a tener la condición de libres, dependiendo de si estos decidían continuar contratando con la empresa denunciada o con su competidor, conducta tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.
9. El 7 de marzo de 2022, Electro Dunas presentó sus descargos señalando lo siguiente:
 - (i) El mercado relevante está conformado por el suministro de energía eléctrica a usuarios cuya demanda máxima anual se encuentra entre los 200kW y 2,500kW, comprendiendo tanto a los usuarios libres como los regulados, cuyo alcance geográfico debería trascender el área de concesión de su empresa.
 - (ii) Su empresa no goza de posición de dominio debido a que su participación en el mercado relevante antes descrito es baja, considerando que en dicho mercado operan otras empresas generadoras que suministran de electricidad a los usuarios optativos⁸ y que la regulación restringe el poder de negociación de su empresa sobre los usuarios regulados que pueden migrar al mercado libre. De acuerdo con el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante Ley de Concesiones Eléctricas), Electro Dunas tiene la obligación de firmar compromisos con generadoras para abastecer a los usuarios regulados por lo menos durante 2 (dos) años.
 - (iii) Los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW, deben dar preaviso de al menos 1 (un) año en caso opten por cambiar de suministrador para migrar al segmento de usuarios libres, lo cual compensa los costos generados por dicha migración, tales

⁸ Con el término "usuarios optativos", Electro Dunas hace referencia a los usuarios regulados y libres con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

como: el costo por el exceso de potencia contratada y el costo en gestión de contratos de suministro con empresas generadoras. Por tanto, la exoneración del referido plazo realizada por su empresa a aquellos usuarios regulados que la eligen como suministradora al realizar el cambio de condición a usuarios libres, es comercialmente razonable.

- (iv) No existe nexo causal entre la conducta imputada y los efectos generados en el mercado de suministro de electricidad a usuarios libres, debido a que no hay evidencia de que la exoneración del plazo de preaviso haya provocado que los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200kW y hasta 2,500kW hayan permanecido con su empresa en lugar de contratar con otros suministradores al migrar al mercado libre, sino que ello se debió a sus bajos precios.
10. Mediante Carta 296-2022/DLC-INDECOPI del 18 de marzo de 2022, la Dirección requirió a Electro Dunas la presentación de información relacionada a sus acuerdos con empresas generadoras de energía eléctrica para el suministro de energía a usuarios regulados y libres, así como los contratos con los usuarios regulados que migraron al segmento libre, entre otros documentos. Dicho requerimiento fue absuelto por Electro Dunas el 8 de abril y 24 de mayo de 2022.
11. El 10 de abril de 2022, Atria Energía presentó un escrito señalando lo siguiente:
- (i) Electro Dunas habría aplicado el plazo de preaviso de 1 (un) año de manera desleal, discriminatoria y anticompetitiva, debido a que solo ha exigido dicho plazo a los usuarios regulados que migraron al segmento libre y optaron por contratar con otras empresas suministradoras. Si bien Electro Dunas citó el Oficio 3086-2018-OS-DSE (emitido por el Osinergmin), dicho documento no señala que empresas como Electro Dunas puedan, de manera excepcional, dar un trato diferente a los usuarios regulados que migran al sector libre en tanto mantengan contrato con dicha empresa.
 - (ii) La conducta anticompetitiva de Electro Dunas se produce de manera previa a la migración de los usuarios regulados al mercado libre, a quienes exonera del plazo en caso continúen contratando con dicha empresa, por lo que la conducta se ejecuta en el mercado de usuarios regulados y afecta el mercado de usuarios libres.
 - (iii) El comportamiento de los usuarios regulados que migraron al segmento libre varió debido al inicio de la política de exoneración del plazo de preaviso realizada por Electro Dunas. Por tanto, dicha condición fue



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

decisiva para que algunas empresas no migraran con otros suministradores.

- (iv) Un ejemplo de la exoneración del plazo de preaviso realizada por Electro Dunas es el contrato de suministro de energía eléctrica con El Pedregal S.A. del 28 de febrero de 2022, cuyo suministro de energía inició el 1 de febrero de 2022.
12. Mediante Carta 1036-2022/DLC-INDECOPI el 26 de agosto de 2022, la Dirección convocó a Electro Dunas a una entrevista, la cual se llevó a cabo el 6 de setiembre de 2022⁹.
13. El 28 de setiembre de 2022, Electro Dunas amplió sus argumentos señalando lo siguiente:
- (i) La exoneración del plazo de preaviso de 1 (un) año a algunos de sus clientes no puede ser considerada como una conducta anticompetitiva en tanto emana del marco normativo regulatorio previsto para el supuesto de terminación contractual unilateral de un usuario regulado, previsto en la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.
- (ii) El Ministerio de Energía y Minas (en adelante el Minem) ha señalado en la Resolución Ministerial 227-2022-MINEM/DM que desde 2016 se produjo una migración masiva de clientes regulados al segmento libre, lo que generó una reducción de la demanda de potencia contratada y que, a su vez, conllevó a que las distribuidoras mantengan obligaciones de pago por potencia contratada en exceso.
- (iii) El Osinergmin, a través del Oficio 3086-2018-OS-DSE, ha señalado que el plazo de preaviso de 1 (un) año establecido en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad *“representaría un derecho del suministrador (...) para mantener el 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”*. De esta forma, la propia autoridad competente ha indicado que las empresas distribuidoras pueden ejercer su derecho de liberar del plazo de preaviso a sus clientes, dentro de los límites establecidos en las normas sectoriales.

⁹ Entre el 21 y 29 de setiembre de 2022, la Dirección, mediante diversas cartas, requirió información a algunas empresas que mantuvieron contratos de suministro eléctrico con Electro Dunas u otras empresas, a fin de que sustenten sus procesos de migración de usuarios regulados a usuarios libres. Dichos requerimientos fueron atendidos entre el 28 de setiembre y el 5 de octubre de 2022.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

- (iv) El plazo de preaviso solo puede ser exigido a aquellos clientes regulados que deciden resolver sus contratos de manera unilateral para migrar como usuarios libres con otra empresa suministradora, lo cual difiere de la resolución contractual convencional (migración del usuario con el distribuidor de su zona de concesión), pues los efectos en uno u otro caso no son equivalentes en la esfera jurídica de la empresa de distribución.
 - (v) Los resultados comerciales que Electro Dunas habría obtenido son el resultado de estrategias comerciales, las cuales incluyen bajos precios, revisión de estructuras de costos y diversificación de actividades, mas no la exoneración del plazo de preaviso denunciada por Atria Energía.
 - (vi) El informe económico denominado “Asesoría económica en la investigación del Indecopi por un presunto caso de abuso de posición de dominio en el mercado eléctrico” elaborado por Apoyo Consultoría (en adelante Primer Informe Económico de Electro Dunas), contiene argumentos respecto a la definición del mercado relevante, la posición de dominio (en particular la participación de mercado de Electro Dunas), el análisis de la conducta imputada y su supuesto efecto exclusorio, así como el análisis de razonabilidad económica de la conducta denunciada por Atria.
14. Mediante Informe 052-2022-DLC/INDECOPI (en adelante el Informe Técnico) del 24 de noviembre de 2022, la Dirección emitió su opinión con relación al procedimiento seguido por Atria Energía contra Electro Dunas, señalando lo siguiente:
- (i) Se recomienda declarar fundada la denuncia formulada contra Electro Dunas por abuso de posición de dominio, consistente en la aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda de potencia entre 200 kW y 2,500 kW, con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres, conducta tipificada en los incisos b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA; y, sancionarla con una multa ascendente a 133.30 (ciento treinta y tres con 30/100) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UIT).
 - (ii) La infracción se acredita, en específico, por exonerar de manera selectiva, injustificada y discriminatoria del plazo de preaviso de un año previsto por el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

decidieron contratar el suministro de energía con su empresa y, por el contrario, exigir el cumplimiento de este requisito a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores.

15. El 12 y 16 de enero de 2023, Atria Energía y Electro Dunas presentaron sus alegatos respecto al Informe Técnico y solicitaron el uso de la palabra en una audiencia de informe oral, respectivamente.
16. El 1 de febrero de 2023 se llevó a cabo la audiencia de informe oral en la cual las partes reiteraron sus alegatos expuestos a lo largo del procedimiento¹⁰.
17. Mediante Resolución 055-2023/CLC-INDECOPI del 16 de mayo de 2023 (en adelante la Resolución Final), la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante la Comisión) resolvió lo siguiente:
 - (i) Declarar la responsabilidad de Electro Dunas por incurrir en un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres que provienen del mercado regulado en el área de concesión de la empresa imputada; en específico, por exonerar de manera selectiva, injustificada y discriminatoria del plazo de preaviso de un año previsto en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa y, por el contrario, exigir el cumplimiento del referido plazo a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores.
 - (ii) Sancionar a Electro Dunas con una multa de doscientos punto ochenta y nueve (200.89) UIT.
18. La Comisión sustentó su decisión en los siguientes fundamentos:
 - (i) El mercado relevante está conformado por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200kW y 2,500kW en el área de concesión de Electro Dunas (departamentos de Ayacucho, Huancavelica e Ica). En la medida que Electro Dunas tiene el 100% de participación en el mercado relevante, dicha empresa habría ostentado posición de dominio durante el período analizado (2017-2020).

¹⁰ El 15 de febrero de 2023, Atria Energía y Electro Dunas presentaron sus alegatos finales, en los cuales reiteraron sus argumentos.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

- (ii) El mercado afectado sería el de suministro de energía a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de Electro Dunas, con una demanda de energía entre 200 kW y 2,500 kW. Tales usuarios serían principalmente pequeños comercios e industrias.
- (iii) Electro Dunas se habría aprovechado de la condición de exclusividad que ostenta en el mercado relevante para captar, de forma indebida, a los usuarios que optan por migrar al segmento libre. Si bien la conducta se realiza en el mercado relevante, ello podría afectar la competencia entre Electro Dunas y las empresas de generación (como es el caso de Atria Energía) en el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuario libre dentro del área de concesión de Electro Dunas.
- (iv) El trato diferenciado de Electro Dunas, relacionado con la exoneración del plazo de preaviso a favor de los usuarios que permanecían como usuarios suyos, habría alcanzado, por lo menos, a 58 (cincuenta y ocho) usuarios. Por su parte, dicho trato favorable habría sido negado por Electro Dunas en -por lo menos- 110 (ciento diez) ocasiones, de las cuales, cincuenta y seis (56) corresponden a usuarios que suscribieron contratos con Atria Energía.
- (v) Electro Dunas ha reconocido haber exonerado del plazo de preaviso de un (1) año a aquellos clientes regulados que optaban por migrar al segmento libre con la condición de mantener el suministro de energía con su empresa.
- (vi) La resolución contractual convencional aludida por Electro Dunas se vincula con el incumplimiento de un contrato con prestaciones recíprocas, no necesariamente sujeto a regulación, en el cual las partes han pactado una cláusula resolutoria expresa. Sin embargo, el supuesto de hecho materia de análisis está referido a la pretensión de cambio de condición de usuario regulado a usuario libre en el marco de un contrato de suministro de energía eléctrica, conforme a lo establecido en la Ley 28832 y el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, la cual faculta al suministrador a exigir al usuario el cumplimiento de un plazo de preaviso no menor de un (1) año.
- (vii) La denunciada habría capturado usuarios del mercado libre como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso, el cual configura un requisito previo para que se haga efectivo el cambio de condición de



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

usuario regulado a libre. Este ofrecimiento no podría haber sido replicado por ningún otro competidor de Electro Dunas.

- (viii) El plazo de preaviso cobró especial importancia a partir del año 2016, período en el cual se registró un considerable incremento de usuarios libres como resultado de la reducción de precios de energía eléctrica en este mercado a nivel nacional.
- (ix) Los resultados favorables de Electro Dunas observados en el mercado afectado habrían sido el resultado de la exoneración del plazo de preaviso, realizado por la denunciada a favor de sus usuarios en el mercado regulado que aceptaban continuar siendo clientes suyos al migrar al segmento de usuarios libres, entre los años 2017 y 2020.
- (x) A partir del análisis de precios realizado por la Dirección en el Informe Técnico, se efectuó un análisis de traslape de precios¹¹ que permita identificar intervalos de precios similares en los cuales la exoneración del plazo de preaviso habría tenido un rol relevante en las decisiones de los usuarios regulados que migraron al segmento libre.
- (xi) En el año 2017, el precio ofrecido por Electro Dunas se encontró por encima de cualquiera de los precios ofrecidos por otros suministradores. En este año, Electro Dunas captó a un (1) usuario, al cual exoneró del plazo preaviso y respecto del cual se habría generado el efecto exclusorio.
- (xii) En el año 2018, se verificó la existencia de un traslape entre los precios ofrecidos por Electro Dunas y el resto de los suministradores dentro del área de concesión de aquella, pues existieron veintinueve (29) usuarios que se encontraron dentro del rango intermedio de precios, once (11) de los cuales contrataron con Electro Dunas. En dicho rango, el precio promedio ofrecido por Electro Dunas es ligeramente superior al ofrecido por otros suministradores (12.58 cts. S/¹² /kWh frente a 12.27 cts. S/ /kWh).
- (xiii) En el año 2019, no es posible afirmar que la exoneración del plazo de preaviso permitió captar significativamente más usuarios a Electro Dunas, debido a que la empresa pudo ofrecer menores precios en el rango

¹¹ La Comisión dividió a los usuarios en tres rangos e identificó a los usuarios en el rango de traslape de precios (rango intermedio), lo cual implicaba intervalos donde los precios de Electro Dunas y el resto de los suministradores eran similares, a fin de evaluar el nexo causal entre el desempeño de Electro Dunas y el tratamiento diferenciado objeto de imputación.

¹² Centavos de sol.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

intermedio –en promedio– a los nuevos usuarios libres que antes eran regulados.

- (xiv) En el año 2020, se identificaron doce (12) nuevos usuarios dentro del rango de traslape de precios medios ofrecidos por Electro Dunas y otros suministradores dentro del área de concesión de la denunciada, verificándose que nueve (9) de ellos contrataron con Electro Dunas. El precio promedio ofrecido por dicha empresa en el rango intermedio fue ligeramente superior al ofrecido por el resto de los suministradores (13.38 cts. S/ /kWh frente a 13.08 cts. S/ /kWh).
- (xv) Considerando el análisis de precios durante el período 2017-2020, se identificaron veintiún (21) nuevos suministros de usuarios libres provenientes del mercado regulado respecto de los cuales se habría generado un efecto exclusorio, ya sea porque el precio ofrecido por Electro Dunas se encontró por encima del ofrecido por otros suministradores (como en 2017) o porque las empresas que contrataron con Electro Dunas se encontraron en el área de traslape de precios (11 usuarios en 2018 y 9 usuarios en 2020).
- (xvi) Tomando en cuenta la información de los usuarios libres –que antes eran regulados– que culminaron sus contratos con Electro Dunas a diciembre de 2022, de los cuarenta y un (41) usuarios que culminaron su primer contrato con Electro Dunas entre enero de 2020 y diciembre de 2022, catorce (14) se encontraron en el rango de precios en el cual se habría generado el efecto exclusorio. De estos últimos, tres (3) usuarios¹³ no renovaron contrato con Electro Dunas y se mantuvieron como usuarios libres contratando con otras empresas suministradoras.
- (xvii) Los tres usuarios antes mencionados representan el 21.43% de usuarios identificados en el rango de precios en el que se habría generado el efecto exclusorio, los cuales se mantuvieron en el mercado libre y decidieron no renovar su contrato con Electro Dunas. Por tanto, la razón efectiva por la que dicho porcentaje de usuarios habría decidido originalmente contratar con Electro Dunas sería la exoneración del plazo de preaviso que dicha empresa les ofreció, por lo que representaría el efecto anticompetitivo neto de la conducta imputada.
- (xviii) Respecto a los usuarios libres –identificados por la Dirección– que decidieron no renovar con Electro Dunas, conviene precisar que Inversiones Prisco S.A.C. (en adelante Prisco) tiene dos (2) suministros

¹³ Dichas empresas son: Inversiones Prisco S.A.C., Itálica Societa Mineira del Perú S.A.C. y Mercurio E.I.R.L.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

que son atendidos por una misma empresa suministradora de energía eléctrica, y los precios que paga por ello son inferiores a los que pagaba con Electro Dunas.

- (xix) Respecto a Itálica Societa Mineira del Perú S.A.C. (en adelante Itálica), Electro Dunas habría señalado que dicha empresa presentaba problemas con sus pagos y que, debido a ello, había sufrido cortes en su suministro en varias ocasiones. Sin embargo, se ha verificado que, a pesar de la morosidad de Itálica siendo usuario regulado, previo a su migración como usuario libre, Electro Dunas le ofreció exonerarlo del plazo de preaviso para que continúe siendo su cliente como usuario libre.
- (xx) Para la determinación de la multa, el beneficio ilícito está representado por las ganancias que Electro Dunas esperaba obtener al realizar la práctica anticompetitiva. Así, se tomó en consideración un factor de exoneración (el cual solo incluye a las empresas que no renovaron contrato con Electro Dunas) multiplicado por la suma del valor de las ventas reportadas a cada cliente dentro del rango de precios en el cual se habría generado el efecto exclusorio, desde el inicio de su contrato hasta el término de este o hasta diciembre de 2022. Por tanto, el beneficio ilícito de dicha conducta asciende a S/ 20,419.92 (veinte mil cuatrocientos diecinueve con 92/100 soles).
- (xxi) El factor de exoneración representa el porcentaje de usuarios que Electro Dunas obtuvo como consecuencia de aplicar la exoneración del plazo de preaviso. Teniendo en cuenta que tres (3) de los catorce (14) usuarios que migraron inicialmente con Electro Dunas decidieron no renovar contrato con dicha empresa, dicho factor correspondería a 21.43%.
- (xxii) En cuanto al margen de utilidad operativa de Electro Dunas durante el período 2017 – 2022, este ascendió a 17.31%. Finalmente, para actualizar el valor de la multa se utilizó un factor de 1.181 que refleja la diferencia entre el índice de precios al consumidor de diciembre de 2020 y abril de 2023.
- (xxiii) Corresponde calificar la conducta como grave y sancionar a Electro Dunas con una multa de doscientos punto ochenta y nueve (200.89) UIT.

19. El 9 de junio de 2023, Electro Dunas interpuso recurso de apelación contra la Resolución Final, solicitando que se le conceda el uso de la palabra. Asimismo, formuló los siguientes argumentos:



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Sobre la solicitud de nulidad de la Resolución Final:

- (i) Se ha vulnerado su derecho de defensa, pues en el análisis de nexo causal –al evaluar los efectos de la conducta denunciada– la Comisión tomó en cuenta un período de vencimiento de los contratos entre Electro Dunas y sus usuarios libres más amplio que el empleado por la Dirección, al pasar su término de junio a diciembre de 2022, lo cual provocó que la Comisión incluyera un (1) contrato adicional que no fue analizado por la Dirección en su Informe Técnico y que no pudo ser refutado por su empresa en su oportunidad, tal como lo hizo en el caso de las empresas Prisco e Itálica, que decidieron no renovar contrato con Electro Dunas.
- (ii) La Resolución Final no se encuentra debidamente motivada, debido a que no se tomaron en cuenta algunos argumentos y medios probatorios presentados durante la tramitación del presente procedimiento¹⁴.

Sobre la posición de dominio y mercado relevante:

- (iii) La Comisión incurrió en error al reducir el mercado de producto relevante en función, única y exclusivamente, de los sujetos sobre los cuales recaería la presunta conducta imputada, sin realizar un análisis de sustituibilidad, pues omitió ponderar la sustitución que naturalmente se presenta entre el segmento regulado y el segmento libre. Una correcta delimitación del mercado relevante incluiría a los usuarios regulados y libres con una demanda máxima anual mayor a 200kW y hasta 2,500kW

¹⁴ Dichos argumentos y pruebas que, según Electro Dunas, no habrían sido evaluados por la Comisión serían los siguientes:

- En el escrito del 28 de setiembre de 2022 presentaron el Informe Económico denominado: “Asesoría económica en la investigación del Indecopi por un presunto abuso de posición de dominio en el mercado eléctrico” (en adelante Primer Informe Económico de Electro Dunas).
- En los escritos del 28 de setiembre de 2022 y 15 de febrero de 2023, Electro Dunas señaló los siguientes argumentos que, según la apelante, no habrían sido valorados por la Comisión:
 - o El alegato referido a que, para sustentar un trato desigual, se debe establecer que los sujetos materia del presunto trato discriminatorio son pares o equivalentes. Así, señaló por qué sería errado equiparar al usuario regulado con una demanda máxima anual mayor a 200kW y hasta 2,500kW que migra al segmento libre del mercado con otro suministrador con el usuario que migra con su empresa distribuidora (en adelante el Argumento 1).
 - o Por otro lado, señaló cuáles serían las bondades de su oferta comercial, las cuales explican por qué su empresa captó paulatinamente la preferencia de los usuarios regulados y libres con una demanda máxima anual mayor a 200kW y hasta 2,500kW de su zona de concesión, y evidencian que la exoneración del plazo de preaviso no fue el factor determinante para la migración de usuarios regulados a libres con su empresa (en adelante el Argumento 2).



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

puesto que, al emplearse la prueba SSNIP¹⁵, se podrá verificar que un segmento libre ejerce presión competitiva sobre el segmento regulado del mercado.

- (iv) Al incrementarse el mercado de producto, el mercado geográfico tendría un mayor alcance pues sería a nivel nacional, debido a que cualquier distribuidor o generador puede atender a los usuarios con una demanda máxima anual mayor a 200kW y hasta 2,500kW en tanto se encuentran conectados al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante el SEIN), tal es así que Atria Energía podría atender usuarios dentro del área de concesión de Electro Dunas y viceversa. En ese sentido, no ostenta posición de dominio en el mercado relevante antes detallado¹⁶.
- (v) Los usuarios con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW de la zona de concesión de Electro Dunas tienen la alternativa de sustituir la electricidad por gas natural gracias al despliegue de la red de distribución de gas natural en la región Ica (donde opera Contugas). De hecho, en los últimos años muchas empresas han cambiado su estructura energética para suministrarse de gas natural en la región Ica¹⁷.

Sobre las justificaciones a la conducta anticompetitiva denunciada por Atria Energía:

- (vi) El Reglamento de Usuario Libres de Electricidad ha previsto un plazo mínimo de preaviso de un (1) año para proteger a la contraparte frente a la terminación unilateral de un contrato de suministro de un usuario regulado que migra al segmento libre con otra empresa. Dicho plazo tiene por objeto mitigar los efectos de este tipo de resolución contractual.
- (vii) La resolución contractual unilateral ocurre cuando el usuario regulado decide migrar al mercado libre contratando con otro suministrador, por lo que los efectos jurídicos y económicos de dicha resolución contractual son asumidos por Electro Dunas; mientras que, en la resolución contractual convencional, el usuario regulado migra al segmento libre manteniéndose

¹⁵ Las siglas SSNIP corresponden al test "Small but Significant Non-Transitory Increase in Price" (Test del Monopolista Hipotético).

¹⁶ Adicionalmente, manifiesta que se deberán tomar en consideración los argumentos sobre posición de dominio y mercado afectado alegados en el Primer Informe Económico de Electro Dunas.

¹⁷ Además, de acuerdo con anteriores pronunciamientos de la Comisión y la Sala (Resoluciones 0142-2021/SDC-INDECOPI, 007-2014/CLC-INDECOPI y 058-2009/CLC-INDECOPI), el mercado de usuarios libres tiene un alcance nacional.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

con la misma empresa distribuidora, por lo que los efectos jurídicos y económicos de dicha resolución son asumidos por ambas partes.

- (viii) Resulta erróneo sostener que el plazo de preaviso deba ser igualmente exigido o dispensado ante un supuesto de cambio de condición bajo una resolución contractual unilateral (migración del usuario con otra empresa) o un cambio de condición bajo una resolución contractual convencional (migración del usuario con el distribuidor en su zona de concesión). Por tanto, los efectos que dichas resoluciones generan no son equivalentes.
- (ix) La Comisión ha confundido los remedios contractuales con la figura jurídica de la resolución contractual previstos en el Código Civil y desvirtuó de manera errada la justificación señalada.
- (x) No se ha acreditado que la exoneración del plazo de preaviso haya sido denegada por Electro Dunas a aquellas empresas que decidieron migrar al segmento de usuarios libres con otro suministrador, pues ninguna de tales empresas solicitó dicha exoneración.

Sobre el efecto exclusorio:

- (xi) Si la metodología de la Comisión consiste en centrarse únicamente en el rango de traslape de precios, ello conllevará a omitir que los precios de la empresa imputada son los más bajos del mercado, puesto que la mayoría de sus contratos suscritos se encuentran en el rango de precios menores, mientras que la mayoría de los contratos suscritos con la competencia están en el rango más alto. Es evidente que, con esta metodología, la Comisión concluiría que los precios promedio de Electro Dunas son más altos y que los de sus competidores son más bajos.
- (xii) La metodología de la Comisión presenta sesgos en la muestra seleccionada, debido a que las transacciones materia de evaluación involucran entre treinta y tres (33) a cincuenta (50) operaciones, por lo que no existe razón para llevar a cabo un muestreo, más aún si la propia Comisión contaba con toda la información para analizar los precios del universo de los usuarios libres con una demanda máxima anual mayor a 200kW y hasta 2,500kW¹⁸.

¹⁸ El sesgo en la muestra se evidencia también en el análisis realizado por la Comisión en el año 2019, pues, sin razón alguna, se excluyen del análisis al 50% de las transacciones que corresponden a las ofertas más caras de los otros suministradores.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

- (xiii) De manera arbitraria, la Comisión no consideró los precios más bajos de Electro Dunas (que coinciden con los contratos con menores precios del mercado) y todos los precios de los competidores que sean más altos que el precio máximo de Electro Dunas. Esto genera que no se incluya dentro del análisis al 42% del total de transacciones del año 2018. Dentro de dicho universo, el 33.33% de contratos excluidos corresponden a los suscritos con Electro Dunas y que registraron los menores precios del mercado y el 66.67% (el doble de transacciones) corresponden a los contratos suscritos por otros suministradores, los cuales registraron los precios más altos del mercado.
- (xiv) La selección de data llevada a cabo por la Comisión no tiene sustento técnico alguno, ni corresponde a algún criterio de muestreo estadístico conocido, por lo que se trata de una simple selección arbitraria. Como resultado de ello, según la Comisión, Electro Dunas pasó de tener un precio de 1.24 cts. S/ /kWh por debajo de la competencia durante todo el período, a tener un precio mayor que la competencia en 0.31 cts. S/ /kWh durante todo el período, considerando el tramo de precios tomado por la primera instancia.
- (xv) Lo mismo sucedió en el año 2020, pues la Comisión eliminó diez (10) transacciones de Electro Dunas con los precios más bajos del mercado y once transacciones de Atria Energía con los precios más altos del mercado. Como consecuencia de esta selección, se excluyó el 63.63% del total de transacciones. De este conjunto, el 47.62% correspondían a contratos suscritos con Electro Dunas que registraron los menores precios del mercado y el 52.38% corresponden a Atria Energía, cuyos precios son los más altos en un aproximado de 4 cts. S/ /kWh por encima de los de Electro Dunas.
- (xvi) La Comisión solo comparó los precios promedio de las doce (12) operaciones restantes, elevando artificialmente los precios promedio de la empresa, la cual pasa de tener un precio de 2.02 cts. S/ /kWh por debajo de Atria Energía, a tener un precio mayor en 0.33 cts. S/ /kWh.
- (xvii) En 2017, Electro Dunas suscribió un contrato con Perú Metal Trading S.A. (en adelante Perú Metal Trading) y, a manera de prueba piloto, le ofreció un descuento sobre la tarifa regulada para ser más competitivos. No obstante, en el año 2018 suscribieron una adenda a dicho contrato, modificando los precios acordados. Por tanto, el contrato suscrito con dicho cliente no debe ser tomado en consideración para sustentar la existencia de una conducta anticompetitiva en 2017, al constituir un hecho



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

aislado y evidencia de que su empresa se encontraba analizando estrategias comerciales con la variación en los precios (los cuales, inclusive, fueron los más bajos y competitivos en el mercado en comparación con los de otros suministradores).

- (xviii) Electro Dunas no ha captado clientes libres en 2017. Por tanto, la exoneración del plazo de preaviso no constituyó una de las variables determinantes para mejorar el desempeño de su empresa en el segmento del mercado de usuarios libres. De haber sido así, los usuarios regulados habrían migrado masivamente al mercado libre en los años 2016 y 2017, lo cual no ocurrió.
- (xix) La Comisión omitió evaluar que las bondades de su oferta comercial y no la presunta exoneración del plazo de preaviso, explicarían el desempeño positivo de su empresa en el mercado. De haber considerado dicha evaluación, habría concluido que su comportamiento no solo resulta razonable ante un cambio estructural en el mercado, sino que tuvo como efecto dinamizar la competencia.
- (xx) La primera instancia no tomó en consideración los resultados comerciales de Electro Dunas en los años posteriores a 2020, con excepción de tres relaciones contractuales seleccionadas arbitrariamente, justificando la ampliación del período imputado por seis (6) meses adicionales, debido a que el comportamiento de los nuevos usuarios libres –de manera posterior al contrato original– permitiría calcular el efecto exclusorio.
- (xxi) La Comisión desconoce los criterios determinados por la Sala en casos anteriores, en los que se estableció que la no renovación de los contratos originales con los distribuidores no es un factor que permita dimensionar el presunto efecto exclusorio de la conducta imputada. Ello debido a que las renovaciones o no renovaciones de los contratos pueden explicarse en función a distintas circunstancias en cada caso en particular.
- (xxii) En 2017, la empresa Mercurio habría suscrito un contrato de suministro de energía con Atria Energía a un precio de US\$ 34.00 (treinta y cuatro con 00/100 dólares americanos) por Mwh. Sin embargo, dicho contrato no fue ejecutado debido a que la referida empresa también suscribió un contrato de suministro con su empresa a un precio de US\$ 28.00 (veintiocho con 00/100 dólares americanos) por Mwh, el cual inició el 1 de marzo de 2018.
- (xxiii) La migración de Mercurio al segmento de usuarios libres con Electro Dunas como su suministradora fue a petición de aquella empresa, tal como



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

consta en la carta de preaviso que obra en el presente expediente. La razón por la que Mercurio se mantuvo con su empresa fue debido a sus bajos precios y no a la supuesta exoneración del plazo de preaviso.

(xxiv) Mercurio intentó resolver tanto el contrato suscrito con Atria Energía el 6 de marzo de 2018, como el contrato suscrito con Electro Dunas el 29 de noviembre de 2018; sin embargo, ambas empresas no accedieron a lo solicitado por Mercurio y, en el caso de Electro Dunas, continuó brindando el servicio de suministro de energía eléctrica hasta el 30 de marzo de 2021. A partir de dicha fecha, Mercurio pasó a ser cliente de Atria Energía, a pesar de que dicha empresa le ofrecía precios más altos.

(xxv) La razón de que las empresas Prisco, Itálica y Mercurio no renovaron contratos de suministro con Electro Dunas, obedece a causas distintas a la presunta política de exoneración del plazo de preaviso.

(xxvi) En los años posteriores a 2020, su empresa contrató con treinta y un (31) usuarios que anteriormente habían migrado con un competidor al segmento libre, en cuyo caso no se puede alegar la existencia de una exoneración del plazo de preaviso.

20. El 29 de agosto de 2023, Atria Energía absolvió el recurso de apelación formulado por Electro Dunas reiterando los argumentos expuestos en el presente procedimiento ante la primera instancia.

21. El 20 de diciembre de 2023, Electro Dunas presentó el Informe Económico denominado "*Análisis de la decisión de la CLC en la Resolución 055-2023/CLC-INDECOPI sobre un presunto caso de abuso de posición de dominio*" elaborado por Apoyo Consultoría (en adelante Segundo Informe Económico de Electro Dunas)¹⁹. Asimismo, reiteró su solicitud de informe oral y agregó lo siguiente:

(i) A diferencia de lo determinado por la Sala mediante Resoluciones 0035-2022/SDC-INDECOPI²⁰ y 0094-2022/SDC-INDECOPI²¹, la ganancia en la participación de Electro Dunas entre los años 2018 y 2020 se debió básicamente a los precios competitivos que ofreció en comparación con

¹⁹ Mediante Resolución 031-2024/SDC-INDECOPI del 1 de febrero de 2024, la Sala denegó la reserva y confidencialidad del Segundo Informe Económico solicitada por Electro Dunas.

²⁰ Correspondiente a la denuncia formulada por Atria contra la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. (en adelante Ensa) por la conducta anticompetitiva de abuso de posición de dominio tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

²¹ Dicho procedimiento corresponde a la denuncia formulada por Atria contra Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (en adelante Seal) por la conducta anticompetitiva de abuso de posición de dominio tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

otros competidores, siendo inclusive uno de los servicios más bajos del mercado.

- (ii) Uno de los criterios empleados por la Sala, en aquellos pronunciamientos anteriores, para determinar si existía un nexo causal entre el desempeño de Ensa y Seal y la aplicación del plazo de preaviso, fue el desplazamiento de la participación de las principales generadoras dentro de su zona de concesión. En específico, la Sala señaló que un efecto exclusorio de la conducta anticompetitiva desplegada por estas distribuidoras se reflejaría en el desplazamiento de Enel, Engie, Kallpa, Egasa, Statkraft y otras, pese a que éstas ofrecían menores precios que las distribuidoras.
- (iii) No obstante, en el presente caso, la caída de la participación de las principales generadoras respondió a una causa distinta a la conducta cuestionada, por lo que no se puede atribuir responsabilidad de dicho desempeño a Electro Dunas. La misma naturaleza operativa de las generadoras determina que los usuarios regulados que pueden cambiar de condición a libre y poseen una menor demanda de potencia, no sean parte de su clientela objetivo²².
- (iv) La clientela de las grandes generadoras (por ejemplo, empresas con múltiples suministros) tenderá a ser menor en contraste a los clientes objetivo sobre los cuales Electro Dunas enfocó inicialmente su actividad comercial. Por tanto, el universo de clientes atractivos para las generadoras se irá reduciendo en el tiempo debido a que el crecimiento de la demanda en el mercado de usuarios libres es limitado.
- (v) A diferencia de los casos de Ensa y Seal, se advierte que no existe evidencia de que la aplicación del plazo de preaviso haya generado un supuesto efecto exclusorio en el mercado. Ello, debido a que los bajos precios de Electro Dunas explicarían el incremento de su participación en el mercado y que el desplazamiento de las principales generadoras respondería a la naturaleza de sus clientes objetivo, situación que no puede ser atribuible a Electro Dunas.
- (vi) Con relación a la multa, en el caso de Fondo San Fernando S.A.C. (en adelante Fondo San Fernando), en el contrato original se estableció como fecha de inicio del suministro el 1 de julio de 2018 hasta el 30 de junio de 2021 y, si bien dicha empresa no cuenta con una adenda en el contrato

²²

En el Segundo Informe Económico de Electro Dunas se indica que en su zona de concesión, los usuarios que contrataron con las generadoras Fénix, Termochilca, Enel y Engie suelen ser principalmente usuarios libres que demandan altos niveles de potencia, pero divididos en suministros de medianos consumos. En cambio, los nuevos clientes libres que migraron con Electro Dunas entre 2019 y 2020 fueron únicamente clientes medianos con un único suministro.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

21/128

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

original, de la revisión de los boletines del Osinergmin se puede apreciar que continúan brindándole el servicio de suministro. Por tanto, el período posterior a junio de 2021 debe ser excluido del cálculo de la multa, más aún si el contrato original contiene una cláusula de renovación automática.

- (vii) Respecto a Sierra Antapite S.A.C. (en adelante Sierra Antapite), en el contrato original se estableció como fecha de inicio de suministro el 1 de setiembre de 2018 hasta el 31 de agosto de 2020. Posteriormente, se suscribieron dos (2) adendas al contrato original en las que se amplió el período de vigencia. Por tanto, el período posterior a agosto de 2020 debe ser excluido del cálculo de la multa.
- (viii) Al incluir un período adicional en los contratos suscritos con Sierra Antapite y Fundo San Fernando, se generó que las ventas por el suministro de energía aumenten en 27%, aproximadamente. Así, el monto total correspondiente a las ventas a los dos (2) usuarios previamente indicados, de manera posterior al término de sus contratos originales, asciende a S/ 4,278,860.36. En consecuencia, el valor final del factor “ventas” del beneficio ilícito extraordinario debería reducirse a S/ 16,141,057.06 (dieciséis millones ciento cuarenta y un mil cincuenta y siete con 06/100 soles) y no los S/ 20,419,917.42 (veinte millones cuatrocientos diecinueve mil novecientos diecisiete con 42/100 soles) estimado por la Comisión.
- (ix) La Comisión omitió considerar a Sierra Antapite dentro del grupo de usuarios con contratos culminados antes de diciembre de 2022 y que sí había renovado contrato con Electro Dunas. Por tanto, de haber incluido a dicha empresa, el factor de exoneración sería de 20% y no de 21.43% estimado por la primera instancia.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 22. En atención de los antecedentes expuestos, concierne a la Sala determinar lo siguiente:
 - (i) si corresponde otorgar el uso de la palabra formulado por Electro Dunas;
 - (ii) si la Resolución Final contiene algún vicio que determine su nulidad;
 - (iii) de ser el caso, si Electro Dunas incurrió en un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; y,



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

- (iv) de ser el caso, si corresponde confirmar la sanción impuesta a Electro Dunas por la primera instancia.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Cuestiones previas

A. Sobre el pedido de informe oral

23. En su recurso de apelación²³, Electro Dunas ha solicitado que se le conceda el uso de la palabra para exponer sus argumentos en una audiencia de informe oral.
24. Al respecto, el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi (en adelante el Decreto Legislativo 1033) señala que la Sala podrá denegar la solicitud de audiencia de informe oral mediante una decisión debidamente fundamentada²⁴, por lo que la citación a informe oral es una potestad y no una obligación de la autoridad.
25. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que «*en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios (sic) del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación*»²⁵.
26. En el presente caso, es pertinente precisar que el análisis de las cuestiones controvertidas –en esta instancia– se encuentra delimitado a establecer:

²³ Reiterado mediante escrito del 20 de diciembre de 2023.

²⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**

Artículo 16.- Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal

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

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

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

²⁵ **SENTENCIA EMITIDA EL 16 DE ENERO DE 2013 EN EL MARCO DEL EXPEDIENTE 01147-2012-PA/TC**

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

- (i) Si la Resolución Final contiene algún vicio en su motivación que acarree su nulidad, debido a que –tal como alega la apelante– la Comisión no habría evaluado determinados argumentos o elementos de prueba presentados durante el trámite del procedimiento.
 - (ii) Si Electro Dunas ha incurrido en la presunta conducta anticompetitiva denunciada por Atria Energía, consistente en la exoneración, de manera selectiva, injustificada y discriminatoria, del plazo de preaviso de un año previsto en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con Electro Dunas; y por el contrario, exigir el cumplimiento de este requisito a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores, lo cual configuraría un acto de abuso de posición de dominio, tipificado en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.
27. De acuerdo con lo antes indicado y considerando que las partes han expresado ampliamente los alegatos que sustentan sus posiciones y han presentado los elementos de prueba que estimaron pertinentes con relación a la materia controvertida (tanto en primera como en segunda instancia), la Sala aprecia que cuenta con los elementos de juicio necesarios para resolver el caso.
28. Con relación al punto (i) del numeral 26 de la presente resolución, se trata de una discusión de derecho cuyo análisis está circunscrito a constatar lo evaluado por la primera instancia a fin de establecer si, en efecto, existe un vicio en la motivación de la resolución impugnada. Para dicha evaluación se cuenta con la propia Resolución Final, así como el detalle de los argumentos o elementos de prueba que –según Electro Dunas– no habrían sido evaluados por la Comisión y que cuya omisión sustentaría su pedido de nulidad.
29. De igual forma, para el análisis del punto (ii) del numeral 26 del presente pronunciamiento, la Sala cuenta con la Resolución de Inicio, la Resolución Final, los distintos elementos de prueba presentados por las partes, la data económica correspondiente a los mercados examinados, el recurso de apelación y los argumentos desarrollados ante las dos instancias, que permiten conocer extensamente las posiciones jurídico-fácticas sostenidas por las partes que intervienen en el presente procedimiento.
30. En dicho contexto, este Colegiado considera que tales elementos permiten dilucidar con claridad lo cuestionado en este segundo punto, esto es, si Electro Dunas incurrió o no en una conducta de abuso de posición de dominio consistente en la exoneración, de manera selectiva, injustificada y



discriminatoria, del plazo de preaviso de un año previsto en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con Electro Dunas y, por el contrario, exigir el cumplimiento de estos requisitos a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores, tipificado en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

31. Por tanto, la Sala considera que, dado que cuenta con los elementos suficientes para emitir un pronunciamiento debidamente motivado sobre los hechos materia de cuestionamiento, no resulta necesario convocar a una audiencia de informe oral. En consecuencia, se deniega la solicitud de uso de la palabra formulada por Electro Dunas.

B. Sobre el pedido de nulidad de la Resolución Final formulado por Electro Dunas

32. El artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante el TUO de la LPAG) establece las causales que acarrearán la nulidad de un acto administrativo, dentro las que se encuentra la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, así como el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez²⁶.

33. El numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG²⁷ contempla el principio del debido procedimiento, el cual establece que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, el cual comprende el derecho a exponer sus

²⁶ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. DECRETO SUPREMO QUE APRUEBA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.
- (...)

²⁷ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

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:

(...)

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

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

(...)



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

argumentos, a ofrecer y producir pruebas, así como a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

34. Ciertamente, el artículo 3 del TUO de la LPAG²⁸ 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 adoptada²⁹.
35. A nivel jurisprudencial, en la sentencia recaída en el Expediente 00728-2008-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el derecho a la debida motivación es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de las autoridades a cargo de resolver la controversia³⁰:

SENTENCIA EMITIDA EN EL EXPEDIENTE 00728-2008-PHC/TC

“El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

(...)

7. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan de caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales”.

²⁸ **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.

(...)

²⁹ **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.

(...)

³⁰ Cabe mencionar que las Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los Expedientes 1230-2002-HC/TC, 0896-2009-PHC/TC, 07025-2013-PA/TC y 2772-2021-PA/TC mantienen dicho criterio.



36. Además, el Tribunal Constitucional ha indicado en reiterada jurisprudencia³¹ que el derecho a obtener una decisión motivada no supone que se dé respuesta a cada uno de los argumentos de las partes, sino que la resolución contenga una justificación adecuada respecto de la decisión contenida en ella, conforme a la naturaleza de la cuestión que se esté discutiendo:

SENTENCIA EMITIDA 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)

37. En su recurso de apelación, Electro Dunas solicitó que se declare la nulidad de la Resolución Final, por las causales establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 10 del TUO de la LPAG³², bajo los siguientes argumentos:
- (i) A criterio de la recurrente, la Comisión habría vulnerado su derecho de defensa, debido a que amplió el período de vencimiento de los contratos que los usuarios libres mantenían con Electro Dunas, de junio a diciembre de 2022, lo cual provocó que la primera instancia incluyera un (1) contrato adicional que no fue analizado por la Dirección en su Informe Técnico y que no pudo ser refutado por su empresa en su oportunidad.
 - (ii) La Resolución Final no se encuentra debidamente motivada debido a que la Comisión no tuvo en consideración el Primer Informe Económico de Electro Dunas.
 - (iii) Asimismo, la Comisión no tuvo en consideración los siguientes argumentos: (a) no se ha acreditado que los usuarios regulados que migran al mercado libre con Electro Dunas y aquellos que lo hacen con otro suministrador se encuentren en una situación equivalente; (b) su

³¹ A modo de ejemplo, ver también los numerales 7 y 8 de la Sentencia emitida en el Expediente 07025-2013-PA/TC.

³² Ver nota al pie 26 de la presente resolución.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

oferta comercial fue la razón por la que captaron la preferencia de los usuarios regulados que deseaban migrar al segmento libre y no la exoneración del plazo de preaviso.

38. Con relación al cuestionamiento reseñado en el literal (i) del párrafo precedente, en la Resolución de Inicio, la Dirección señaló que Electro Dunas a partir del año 2017 y, por lo menos, hasta el año 2020 habría ofrecido y aplicado a los usuarios regulados (cuya máxima demanda anual de potencia oscila entre 200 kW y 2,500 kW) que decidían migrar a la condición de usuarios libres y permanecer en su cartera de clientes, la exoneración del plazo de preaviso de un año establecido en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, oferta que no estaba disponible para aquellos usuarios que migraban al segmento de usuarios libres contratando con alguno de sus competidores.
39. En tal sentido, en el Informe Técnico (emitido el 24 de noviembre de 2022) la Dirección evaluó los contratos suscritos entre Electro Dunas y los usuarios regulados que decidieron migrar a la condición de usuarios libres durante el período investigado (2017 a 2020), así como la conducta que tales usuarios tuvieron frente al vencimiento de los contratos que mantenían con Electro Dunas³³. Para esto último, la Dirección tomó en cuenta los contratos suscritos durante el período investigado que vencieron entre enero de 2020 y junio de 2022, al ser la información con la disponía a la fecha de emisión del Informe Técnico.
40. Posteriormente, en la Resolución Final (emitida el 16 de mayo de 2023), la Comisión también evaluó los contratos suscritos entre Electro Dunas y los usuarios regulados que decidieron migrar al segmento de usuarios libres durante el período analizado en el presente procedimiento (2017 a 2020). De forma similar al análisis efectuado por la Dirección en el Informe Técnico, la Comisión evaluó la conducta de tales usuarios al culminar los contratos que mantenían con Electro Dunas, para lo cual tomó en cuenta los contratos suscritos durante el período investigado que culminaron entre enero de 2020 y diciembre de 2022, al ser la información disponible a la fecha de emisión del referido pronunciamiento final³⁴.
41. Conforme a lo expuesto, el análisis efectuado en este punto de la Resolución Final no implicó una variación de la determinación inicial de los hechos materia de imputación (la presunta aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes al exonerar del plazo de preaviso de un año a

³³ Ver numerales 158 y 159 del Informe Técnico.

³⁴ Ver numeral 157 de la Resolución Final.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

aquellos usuarios regulados que decidían migrar a la condición de usuarios libres y mantenían a Electro Dunas como su suministradora y, por el contrario, exigirlo a quienes contrataban con otra empresa), el período investigado (2017 a 2020) ni su calificación jurídica (los literales b y h del artículo 10.2 del TUO de la LRCA).

42. La Comisión evaluó los contratos suscritos durante el período de análisis entre Electro Dunas y los usuarios regulados que decidieron migrar a la condición de usuarios libres y mantener –en su momento– contrato con dicha empresa. Luego de ello, la autoridad procedió a evaluar el comportamiento que tuvieron tales clientes una vez que los referidos contratos culminaron. Naturalmente, el transcurso del tiempo permitió a la autoridad obtener más información sobre nuevos vencimientos de los contratos celebrados en el mismo período de análisis, lo cual válidamente correspondía ser estimado por la Comisión a fin de ponderar adecuadamente los efectos de los hechos denunciados por Atria Energía en el mercado afectado. Esto último no conlleva una ampliación del período de la conducta cuestionada (y, eventualmente, sancionada).
43. Por tanto, el hecho de que la Comisión haya evaluado lo que ocurrió con tales usuarios al concluir sus contratos con Electro Dunas –tomando en cuenta la información recopilada al emitir su pronunciamiento final– no supone una variación de los hechos investigados ni, por ende, una vulneración al derecho de defensa de Electro Dunas.
44. Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con lo alegado por Electro Dunas, la vulneración de su derecho de defensa se materializaría en que la Comisión habría incorporado en su análisis a un nuevo usuario (Mercurio) que no habría sido evaluado en el Informe Técnico.
45. De la revisión del presente expediente, esta Sala observa que mediante Carta 1059-2022/DLC-INDECOPI del 6 de setiembre de 2022³⁵, la Dirección requirió a Electro Dunas, entre otros, que presente los contratos de suministro suscritos por dicha empresa con aquellos usuarios regulados que migraron a la condición de usuarios libres y mantuvieron sus contratos de suministro con la recurrente³⁶.
46. Además, luego de la emisión del Informe Técnico, mediante escrito del 15 de febrero de 2023, Electro Dunas informó a la Comisión sobre los usuarios que renovaron sus contratos de suministro de energía con su empresa, luego de

³⁵ Ver fojas 789 y 792 del presente expediente.

³⁶ Dicho requerimiento de información fue absuelto por Electro Dunas mediante escrito del 28 de setiembre de 2022. (Ver fojas 826 a 1023 del presente expediente).



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

migrar al segmento libre, verificándose que entre ellos no se encontraba Mercurio³⁷.

47. De este modo, el contrato de suministro originalmente suscrito entre Mercurio y Electro Dunas, así como el hecho de que este contrato no fue objeto de renovación, se trata de información que fue presentada por Electro Dunas durante el trámite del procedimiento y, sobre la cual, dicha imputada tuvo oportunidad de exponer ante la primera instancia los alegatos que estimara pertinentes.
48. Por los fundamentos expuestos, corresponde desestimar este extremo de la apelación de Electro Dunas.
49. Con relación a los literales (ii) y (iii) del numeral 37 de la presente resolución, la recurrente ha señalado que la Comisión no habría motivado debidamente la resolución impugnada, pues no tomó en consideración el Primer Informe Económico de Electro Dunas, ni los argumentos referidos a la supuesta falta de equivalencia entre los usuarios regulados que migran a la condición de usuarios libres y mantienen a Electro Dunas como su suministradora, respecto de los usuarios que optan por contratar con otro suministrador, así como el hecho de que habría sido la oferta comercial de Electro Dunas y no la exoneración del plazo de preaviso lo que captó la preferencia de sus clientes.
50. Con relación al Primer Informe Económico de Electro Dunas, presentado en su escrito del 28 de setiembre de 2022, se observa que este contiene argumentos referidos a la definición del mercado relevante, la posición de dominio de Electro Dunas, la determinación del mercado afectado, la conducta imputada y su alegado efecto exclusorio. De la revisión de la Resolución Final, se advierte que esta contiene las razones normativas y los hechos probados relevantes que sustentan la decisión adoptada por la primera instancia relacionadas a los aspectos antes mencionados, los cuales se encuentran sustentados a detalle en la resolución impugnada³⁸.

³⁷ Ver fojas 1632 a 1636 del presente expediente.

³⁸ En efecto, fueron objeto de evaluación por la Comisión en los fundamentos desarrollados en el Acápite IV de la Resolución Final, los siguientes aspectos:

- Numeral 4.1.1, literales (a) sobre el mercado de producto relevante, y (b) sobre el mercado geográfico relevante;
- Numeral 4.1.2 sobre la posición de dominio de Electro Dunas;
- Numeral 4.1.3 sobre el mercado afectado;
- Numeral 4.1.1 sobre los argumentos de Electro Dunas que cuestionan el mercado relevante, mercado afectado y la posición de dominio;
- Numeral 4.2 sobre la realización de la conducta;
- Numeral 4.3 sobre el efecto exclusorio, literales (a) sobre el desempeño de Electro Dunas en el mercado afectado entre 2017 y 2020, y (b) sobre el nexo causal; y
- Numeral 4.3.2 sobre el análisis de alegatos adicionales esbozados por Electro Dunas.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

51. En su escrito de apelación, Electro Dunas señaló que la Comisión habría replicado lo analizado por la Dirección en su Informe Técnico sin valorar adecuadamente sus argumentos. A modo de ejemplo, indicó que, en el análisis del mercado relevante realizado en la Resolución Final, la primera instancia se habría limitado a afirmar que no correspondería ampliar el mercado de producto relevante a los usuarios libres, pues al hacer ello, no se estaría tomando en consideración el mercado donde se realizó la presunta práctica de exoneración del plazo de preaviso. De acuerdo con Electro Dunas, la Comisión no habría brindado mayor sustento sobre la razón de por qué no existiría sustituibilidad entre el segmento regulado y libre del mercado.
52. Al respecto, de la revisión del Acápito IV, numeral 4.1.1 de la Resolución Final, se observa que la Comisión indicó que el mercado de producto relevante es el suministro de energía eléctrica a usuarios regulados y expuso los fundamentos que sustentaban tal determinación, así como las razones por las que no correspondía incluir en el mercado de producto el suministro de energía eléctrica a usuarios libres.

**“RESOLUCIÓN 055-2023/CLC-INDECOPI
IV. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA
4.1.1. Identificación del mercado relevante**

(...)

69. La conducta investigada involucra al servicio de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados debido a que la exoneración del plazo de preaviso, para que un usuario regulado cambie de condición a usuario libre, se realizaba mientras que el usuario era regulado y su suministrador de energía eléctrica era la empresa de distribución; siendo esta una etapa anterior al cambio de condición del usuario. En ese sentido, quien tendría la posibilidad de exonerar del plazo de preaviso, sería el suministrador del usuario regulado, es decir, la empresa de distribución.

80. Así, el servicio de suministro de energía eléctrica relevante excluye a los usuarios libres, en la medida que la denuncia versa sobre un posible trato diferenciado a usuarios regulados que manifiestan su intención de migrar al régimen de usuarios libres, y no un trato diferenciado entre usuarios libres. Además, cabe resaltar que los usuarios libres se encuentran normativamente sujetos a condiciones de suministro y demanda de energía distintas a la de los usuarios regulados. Finalmente (...) el segmento de usuarios libres dentro del área de concesión de Electro Dunas que antes mantenían la condición de usuarios regulados integraría el mercado afectado.

(Subrayado agregado)

53. Como se ha indicado previamente, la debida motivación de las resoluciones no está relacionada con una determinada extensión del pronunciamiento de la autoridad ni con la atención pormenorizada y expresa de cada uno de los argumentos de las partes intervinientes, sino que consiste en que la autoridad exprese las razones jurídicas y/o fácticas que sustentan la decisión adoptada. En el presente caso, la Comisión expuso las razones por las que -a su criterio-



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

no correspondía incluir en el mercado de producto relevante el servicio de suministro de energía eléctrica a usuarios libres.

54. Así, lo alegado por Electro Dunas no desvirtúa el hecho de que la Comisión expuso los fundamentos que sustentan su decisión sobre la delimitación del mercado de producto relevante, indicando que la conducta denunciada estaba referida a la exoneración del plazo de preaviso a los usuarios regulados para que cambien de condición a libres, por lo que la referida exoneración se llevaría a cabo en una etapa anterior al mencionado cambio de condición. Además, la Comisión señaló que los usuarios libres se encuentran sujetos a condiciones de suministro y demanda de energía distintas a las de los usuarios regulados.
55. Electro Dunas manifestó que la Comisión no se habría pronunciado sobre la supuesta falta de equivalencia entre los usuarios regulados que migran a la condición de usuarios libres y que mantienen a Electro Dunas como su suministradora, frente a los usuarios que optan por contratar con otro suministrador.
56. Al respecto, en el Acápito 4.2 de la Resolución Final -referido al análisis de la conducta anticompetitiva- la Comisión analizó los elementos de prueba presentados por las partes a efectos de evaluar la existencia de la conducta imputada. La primera instancia determinó que Electro Dunas habría llevado a cabo un trato diferenciado entre los usuarios regulados que migraron al segmento libre y permanecieron con su empresa, respecto de los que optaron por contratar con otro suministrador. Seguidamente, la Comisión alude al artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad y a la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, a fin de indicar los elementos generales que configurarían la exigibilidad del plazo de preaviso, lo cual -a decir de la primera instancia- sería un aspecto controvertido por parte de Electro Dunas.

RESOLUCIÓN 055-2023/CLC-INDECOPI

IV. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

4.2. Realización de una conducta dirigida a restringir la competencia

(...)

109. En el Informe Técnico, la Dirección sostuvo que se encontraba acreditado que Electro Dunas había establecido un trato diferenciado entre los usuarios que, al cambiar de condición de usuarios regulados a usuarios libres, optaron por un nuevo suministrador de energía frente a los que permanecieron como usuarios propios.

110. En línea con lo señalado por la Dirección, esta Comisión ha verificado que el trato diferenciado de Electro Dunas relacionado con la exoneración del plazo de preaviso a favor de los usuarios que permanecían como usuarios suyos habría alcanzado, por lo menos, a 58 (cincuenta y ocho) usuarios. En contraste, este trato favorable habría sido negado por Electro Dunas a los usuarios que decidían optar por otro suministrador en,



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

por lo menos, 110 (ciento diez ocasiones), de las cuales 56 (cincuenta y seis) corresponden a contratos suscritos por dichos usuarios con la denunciante, Atria Energía. (...)

119. Por otro lado, en relación con el supuesto de hecho materia de análisis en el presente caso, respecto del cual se discute la exigibilidad del plazo de preaviso, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832 y el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres establecen los elementos que lo configuran: (i) un contrato de suministro de energía eléctrica (sujeto a regulación por las normas antes señaladas); y (ii) la solicitud de un usuario de cambiar su condición, por ejemplo de usuario regulado a usuario libre.

120. De esta manera cuando se verifiquen ambos elementos, se producirán los efectos jurídicos previstos en la normativa, consistentes en el cambio de condición del usuario regulado al usuario libre, siendo que el suministrador podrá exigir a dicho usuario el cumplimiento de un plazo de preaviso no menor de un (1) año como requisito para que se concrete el referido cambio. Tal exigibilidad es, precisamente, controvertida por Electro Dunas en el presente caso -invocando los efectos de la resolución contractual convencional- respecto de sus usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa. (...)."

(se han omitido los pies de página)

57. Asimismo, en la Resolución Final, la Comisión hizo referencia al Oficio 395-2019-OS-DSE del 7 de febrero de 2019 emitido por el Osinergmin, en el cual se indica que el distribuidor tiene la facultad de exigir el plazo de permanencia de un (1) año, incluso si el usuario regulado será posteriormente su propio usuario libre o no³⁹.
58. En ese sentido, no se aprecia que la presunta falta de mención expresa y/o literal por parte de la primera instancia con relación a la equivalencia o no entre los usuarios regulados que migran a la condición de usuarios libres y que mantienen a Electro Dunas como su suministradora, constituya un defecto en la motivación de la Resolución Final. Esto es así, pues la Comisión cumplió con expresar el sustento de la condición transversal apreciada en los respectivos clientes libres y la diferencia de tratamiento hallada, en tanto: (a) determinó las normas que –a su criterio– eran aplicables a todos los usuarios que querían pasar a la condición de clientes libres, y (b) precisó la distinción observada con relación a la exigibilidad del plazo de preaviso entre aquellos usuarios que permanecían con Electro Dunas y aquellos que optaban por otro suministrador.
59. Finalmente, conforme a lo mencionado en el literal (iii) inciso (b) del numeral 37 de la presente resolución, la empresa impugnante alegó que la Comisión no habría evaluado que fue la oferta comercial de Electro Dunas y no la exoneración del plazo de preaviso, lo que captó la preferencia de sus clientes.

³⁹ Ver nota al pie 42 de la Resolución Final.



Al respecto, esta Sala observa que en el literal b. del Acápito 4.3.1. de la Resolución Final “*Nexo causal entre el desempeño de Electro Dunas y el tratamiento diferenciado en el mercado afectado*”, la Comisión precisamente analizó si los resultados favorables de Electro Dunas en el mercado afectado habrían sido producto de la conducta anticompetitiva atribuida a la recurrente, es decir, la exoneración del plazo de preaviso a favor de usuarios en el mercado regulado que aceptaban continuar siendo sus clientes al migrar al mercado libre.

60. Para ello, a partir del análisis de los precios, la Comisión identificó la existencia de traslapes en la distribución de precios medios de energía ofrecidos por los suministradores, donde el ofrecimiento de la exoneración del plazo de preaviso habría sido determinante para que los usuarios regulados que decidieron migrar a la condición de usuarios libres elijan a Electro Dunas como su suministrador⁴⁰.

RESOLUCIÓN 055-2023/CLC-INDECOPI

“IV. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

4.3.1. Efecto anticompetitivo identificado (efecto exclusorio)

(...)

b. Nexos causal entre el desempeño de Electro Dunas y el tratamiento diferenciado en el mercado afectado

149. *A criterio de la Comisión, los resultados favorables de Electro Dunas observados en el mercado afectado habrían sido resultado de la exoneración del plazo de preaviso, realizado por Electro Dunas a favor de sus usuarios en el mercado regulado que aceptaban continuar siendo clientes suyos al migrar al régimen de usuarios libres entre 2017 y 2020.*

150. *En ese sentido, al negar tales condiciones favorables a los usuarios que decidían contratar el suministro con otra empresa, Electro Dunas generaba un condicionamiento que, para un grupo de clientes, podría constituir un incentivo decisivo para contratar con ella a precios promedio superiores a los que ofrecían otras suministradoras en el mercado. Este condicionamiento, a su vez, no se sustentaría en la mayor eficiencia económica de la oferta de Electro Dunas (...)*

61. Además, en el Acápito 4.3.2 inciso b) de la Resolución Final, la Comisión analizó los alegatos formulados por Electro Dunas respecto a los factores distintos a la exoneración del plazo de preaviso que podrían haber tenido impacto en su desempeño comercial. Así, la primera instancia indicó que, si bien la recurrente estuvo en mejores condiciones para competir en virtud de los precios ofrecidos, ello no fue el único factor que explicaría el desempeño comercial de Electro Dunas, en particular a partir de 2018, sino la exoneración del plazo de preaviso.

RESOLUCIÓN 055-2023/CLC-INDECOPI

“IV. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

⁴⁰ Ver numerales 149 a 150 y 166 a 170 de la Resolución Final.



4.3.2. Análisis de alegatos adicionales esbozados por Electro Dunas

(...)

b. Sobre el desempeño comercial de Electro Dunas en periodos entre 2016 y 2017 y posteriores a 2020

(...)

173. Al respecto, cabe precisar que la Dirección ha identificado el inicio de la práctica en el año 2017 y, según indica el Informe Técnico, la captación de nuevos usuarios libres por parte de Electro Dunas se fortaleció a partir del año 2018. En efecto, en el Informe Técnico se señala que esta situación podría haber sido consecuencia tanto de la exoneración del plazo de preaviso, como de la competencia de precios.

En ese sentido, siguiendo el análisis de la Sala, la Dirección lleva a cabo un análisis detallado de los precios que le permite identificar rangos en los cuales estos habrían sido similares y la exoneración del preaviso habría jugado un rol relevante en la decisión de los nuevos usuarios libres en cuanto a contratar con Electro Dunas.

174. Cabe señalar que esta Comisión reconoce que, a partir de la información compartida por Electro Dunas en el presente procedimiento, dicha empresa estuvo en mejores condiciones para competir en el segmento de usuarios libres a partir de la firma de contratos de opción con generadoras. Sin embargo, coincide con la Sala y la Dirección en que este no habría sido el único factor que explica el desempeño comercial de Electro Dunas, en particular a partir del 2018. Así, la exoneración del plazo de preaviso habría jugado un rol importante para explicar parte del desempeño de Electro Dunas. En efecto, como se ha señalado, se identificó un (1) nuevo suministro que contrató con Electro Dunas con precios por encima de los ofrecidos por otros suministradores (en el 2017) y veinte (20) (11 en 2018 y 9 en 2020) nuevos suministros, que se encuentran en el rango intermedio de precios referido, lo cual representa, en opinión de esta Comisión, un cálculo conservador respecto al desempeño de Electro Dunas durante el periodo investigado.

(...)"

(subrayado agregado y se han omitido los pies de página)

62. Conforme a dicho razonamiento, resultaría razonable que, al momento de seleccionar a una empresa suministradora de energía eléctrica, los clientes ponderen –además del precio– la celeridad en gozar de tales precios con el cambio de condición de manera inmediata, lo cual no habría sucedido precisamente con aquellos usuarios que optaban por contratar con una empresa distinta a la recurrente debido al presunto trato diferenciado en la exoneración del plazo de preaviso.
63. Además, como se ha mencionado, para evaluar el nexo causal entre la referida exoneración del plazo de preaviso y el mejoramiento de la posición competitiva de Electro Dunas, la Comisión evaluó el rango de precios en que Electro Dunas y los demás suministradores tuvieron precios similares, a fin de determinar si la exoneración del plazo de preaviso tuvo un rol preponderante en la elección de Electro Dunas como suministrador de energía por parte de los usuarios regulados que migraban al mercado libre. Como resultado de este análisis, la autoridad estimó que dicha exoneración sí tuvo un rol relevante en el desempeño de Electro Dunas durante el período investigado.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

64. Como se observa, la Comisión sí habría evaluado el nexo causal entre el desempeño de Electro Dunas y el tratamiento diferenciado en el mercado afectado, por lo que no se aprecia un defecto de motivación en este punto. De esta manera, la Comisión tomó en consideración los argumentos y medios probatorios presentados por las partes, así como los actuados recabados por la Dirección, y concluyó que Electro Dunas habría incurrido en la conducta anticompetitiva de abuso de posición de dominio tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.
65. Cabe reiterar que el deber de motivación no implica un pronunciamiento pormenorizado y detallado de la autoridad sobre cada una de las alegaciones que las partes puedan formular durante el proceso⁴¹; sino que el acto administrativo en cuestión esté debidamente fundamentado en proporción a su contenido, los hechos relevantes invocados por las partes y el marco normativo aplicable al caso específico, bajo una evaluación integral de los elementos probatorios relevantes que constan en el expediente. Esto último se ha verificado en el presente caso.
66. Finalmente, el hecho de que Electro Dunas discrepe del análisis efectuado por la Comisión, con relación a la conducta imputada y los efectos que esta habría tenido en el mercado afectado, no implica que el pronunciamiento impugnado se encuentre incurso en un vicio de nulidad por defecto en su motivación.
67. En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos relativos a la presunta nulidad de la Resolución Final emitida por la primera instancia. Sin perjuicio de ello, esta Sala procederá a revisar los fundamentos de la Comisión plasmados en la resolución impugnada, en atención a los argumentos formulados por Electro Dunas ante esta instancia.

III.2. Marco normativo sobre el abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes

⁴¹ De conformidad con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 1230-2002-HC/TC: "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 (...)".



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

68. El artículo 10.1 del TUO de la LRCA⁴² establece que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico utiliza su posición dominante para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, lo que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición en el mercado relevante.
69. Los supuestos de abuso de posición de dominio únicamente podrán consistir en conductas de efecto exclusorio, las cuales afectan la dinámica de la competencia pues impiden el acceso de competidores directos o indirectos del agente dominante al mercado o dificultan su permanencia.
70. Ahora bien, el artículo 10.2 del TUO de la LRCA contiene un catálogo enunciativo de conductas de efecto exclusorio bajo las cuales pueden manifestarse los actos de abuso de posición de dominio, previendo en su literal b) la modalidad de discriminación. En este último supuesto, se sanciona la aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que colocan a un competidor en una situación desventajosa frente a otros.
71. El artículo 2.14 de la Constitución Política del Perú reconoce la libertad contractual, por medio de la cual los ciudadanos cuentan con autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la materia objeto de regulación contractual⁴³.
72. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional "*si bien la autonomía de la libertad es la base para el ejercicio del derecho fundamental a la libre contratación, esta no puede ser considerada como una libertad absoluta*"⁴⁴. Ciertamente, se está ante una manifestación de la voluntad particular que busca crear una norma jurídica privada⁴⁵, sin embargo "*en virtud de este ejercicio de la autonomía privada no puede justificarse la vulneración de otros derechos fundamentales ya que, como cualquier otro derecho, tiene*

⁴² **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

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

(...)

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005 recaída en el Expediente 4788-2005-PA/TC.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de julio de 2021 recaída en el Expediente 1796-2020-PA/TC, fundamento jurídico 11.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006 recaída en el Expediente 0047-2004-PI/TC, fundamento jurídico 44.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

*límites*⁴⁶. En tal sentido, la libertad contractual tiene como límite la afectación al contenido protegido de otros derechos fundamentales⁴⁷.

73. Asimismo, “*la libertad de empresa, junto con los derechos a [la] libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista*”⁴⁸ (subrayado, resaltado y corchetes agregados).
74. Precisamente por ello, se reconoce que “*el Estado debe remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia*”⁴⁹.
75. Por tanto, es posible afirmar que la libre competencia no es únicamente un bien jurídico protegido por la Constitución derivado de la libertad de empresa, sino que se trata de un derecho en sí mismo, el cual debe ser tutelado y promovido por el Estado.
76. Considerando ello, el derecho a la libertad de contratación no puede vulnerar, entre otros, el contenido esencial de los derechos a la libertad de empresa y libre competencia, siendo uno de sus pilares la autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica⁵⁰, esto es, que sean los

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de julio de 2021 recaída en el Expediente 1796-2020-PA/TC, fundamento jurídico 11.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de marzo de 2014 recaída en el Expediente 03682-2012-PA/TC, fundamentos jurídicos 4 a 7.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 10 de agosto de 2009 recaída en el Expediente 03116-2009-PA/TC, fundamento jurídico 7.

⁴⁹ *Ibid.* fundamento jurídico 8.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2004 recaída en el Expediente 0018-2003-PI/TC, en donde se menciona específicamente lo siguiente:

“La libre competencia se define como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos.

Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes:

a) *La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad 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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

propios agentes económicos quienes decidan iniciar o mantener una determinada actividad empresarial y que no se vean excluidos por conductas anticompetitivas realizadas por sus competidores reales o potenciales.

77. Por dichos motivos, en la celebración de contratos no es legítimo que un agente económico emplee su posición de dominio en un mercado para imponer condiciones desiguales pese a que las prestaciones sean equivalentes y afecte la libre competencia a través de esta diferenciación, dificultando o impidiendo que los competidores ingresen o se mantengan en un mercado donde el respectivo agente económico ostente posición de dominio o busque trasladar dicha condición.
78. Sobre este último supuesto corresponde indicar que la doctrina⁵¹ y jurisprudencia comparada⁵² en materia de libre competencia sostienen la posibilidad de que un agente con posición de dominio en un mercado realice conductas que produzcan efectos exclusorios en un mercado distinto, trasladando su poder a este último mercado.
79. Es importante precisar que la figura bajo análisis, recogida en el literal b) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, establece que la aplicación de las condiciones desiguales debe ser injustificada para constituir infracción. Ello implica que el agente económico con posición de dominio puede brindar un tratamiento distinto entre sus clientes o proveedores, siempre que ello se sustente en situaciones objetivas que justifiquen de forma suficiente y razonable dicha diferencia.
80. Por su parte, el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA establece que el abuso de posición de dominio podrá consistir, en general, en aquellas conductas del agente que ostenta posición de dominio que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
81. Finalmente, el artículo 10.4 del TUO de la LRCA reconoce que las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas, por lo que,

Dicho supuesto no se encuentra afectado por los alcances de la Ley N.º 27633.

b) La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.).

Dicho supuesto tampoco se ve quebrantado por los alcances de la Ley N.º 27633.

c) La igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación).

Dicho supuesto debe ser necesariamente concordado con el concepto de diferenciación e igualdad real de oportunidades anteriormente expuesto.”

⁵¹ WHISH, Richard y BAILEY, David. *Competition Law*. 9na Edición, Oxford, 2018, página 211.

⁵² Entre otros, ver el Asunto C-52/09 EU:C:2011:83, citado en WHISH, Richard y BAILEY, David. *Op. Cit.*, página 213.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

para verificar la existencia de la infracción, la autoridad deberá probar la existencia de la conducta y que esta tiene –o podría tener– efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores, de conformidad con el artículo 9 del TUO de la referida ley.

82. En atención a lo previamente desarrollado y a la jurisprudencia de la Sala sobre actos de abuso de posición de dominio⁵³, la metodología de análisis que se seguirá para la conducta imputada en el presente procedimiento es la siguiente:
- (i) Determinar el mercado relevante (y, de ser el caso, el mercado afectado) y si la empresa imputada contó con posición de dominio en el respectivo mercado relevante durante el período investigado.
 - (ii) Identificar las prácticas presuntamente discriminatorias y verificar si tales diferenciaciones se encuentran justificadas.
 - (iii) Analizar los efectos exclusorios generados por las prácticas materia de evaluación.
 - (iv) Analizar las eficiencias económicas planteadas por el agente imputado y ponderarlas con los efectos perjudiciales a la competencia que previamente se identifiquen (regla de la razón).

III.3. Análisis del presente caso

III.3.1 Determinación del mercado relevante y posición de dominio de Electro Dunas

A. Actividades que realizan las empresas involucradas en el procedimiento

83. Previo a la identificación del mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante en el presente caso, corresponde mencionar las actividades económicas que realizan las empresas involucradas en el procedimiento.
84. Atria Energía (la denunciante) es una empresa que se dedica a la generación y suministro de energía eléctrica, mientras que Electro Dunas (la denunciada) es una empresa que realiza actividades de distribución y suministro de energía eléctrica.

⁵³ Ver Resoluciones 0589-2015/SDC-INDECOPI, 0460-2016/SDC-INDECOPI, 0035-2022/SDC-INDECOPI y 0094-2022/SDC-INDECOPI.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

85. Entre las actividades que una empresa de generación eléctrica puede realizar, adicionales a la propia generación de energía, se encuentran: (i) el suministro de energía a otra empresa de generación a través de negociaciones en el mercado *spot*; (ii) el suministro de energía a usuarios libres⁵⁴ a través de contratos bilaterales negociados entre las partes; y (iii) el suministro de energía a empresas de distribución eléctrica para el suministro de sus usuarios a través de licitaciones o negociaciones bilaterales⁵⁵.
86. En cuanto a las empresas de distribución, estas brindan el servicio de distribución y suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados⁵⁶ y libres.
87. Dentro del mercado de usuarios regulados, las actividades de suministro y distribución de energía eléctrica se encuentran integradas y son realizadas exclusivamente por la empresa de distribución. Es decir, no existen proveedores alternativos para el suministro de energía eléctrica de estos usuarios (regulados). Por esta razón, conforme al marco normativo, las empresas de distribución están obligadas a suministrar electricidad a quien lo solicite en su área de concesión⁵⁷.
88. Respecto al mercado de usuarios libres, si bien es la distribuidora quien brinda el servicio de distribución, el suministro puede ser provisto principalmente por empresas generadoras a través de contratos bilaterales negociados entre las partes.
89. En otras palabras, si bien las generadoras pueden participar en el suministro de energía a usuarios libres ubicados en el área de influencia de una empresa

⁵⁴ De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas y en el artículo 3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, los usuarios libres son aquellos cuya demanda máxima anual es superior a 2,500 kW por punto de suministro. Adicionalmente, los usuarios que consumen entre 200 kW y 2,500 kW por punto de suministro tienen la opción de elegir la condición de usuario libre o regulado.

⁵⁵ Al respecto, ver artículos 2, 3, 4 y 11 de la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

⁵⁶ De acuerdo con lo establecido por el artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas y el artículo 3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, los usuarios regulados son aquellos que tienen una demanda máxima anual menor a 200 kW por punto de suministro y aquellos que, teniendo un consumo mayor a 200 kW y menor a 2,500 kW, decidan mantener dicha condición.

⁵⁷ **DECRETO LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS**

Artículo 30.- La actividad de distribución de Servicio Público de Electricidad en una zona determinada, solo puede ser desarrollada por un solo titular con carácter exclusivo. La concesión de distribución no puede ser reducida sin autorización del Ministerio de Energía y Minas.

Artículo 82.- Todo solicitante, ubicado dentro de una zona de concesión de distribución, tendrá derecho a que el respectivo concesionario le suministre energía eléctrica, previo cumplimiento de los requisitos y pagos que al efecto fije la presente Ley y el Reglamento, conforme a las condiciones técnicas que rijan en el área.
Los pagos efectuados constituyen derecho intransferible a favor del predio para el cual se solicitó.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

distribuidora, en todos los casos, dichas empresas generadoras deberán utilizar las redes de la empresa distribuidora⁵⁸.

B. Definición del mercado relevante

90. De acuerdo con el artículo 6 del TUO de la LRCA, para definir el mercado relevante es necesario identificar el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante⁵⁹.

Mercado de producto relevante

91. Conforme a lo señalado por la referida norma legal, el mercado de producto relevante está compuesto por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Así, la Comisión indicó que la determinación del producto relevante requiere identificar las necesidades que el bien o servicio busca satisfacer para reconocer, en función de dichas necesidades, qué productos o servicios podrían ser adquiridos de manera alternativa. En ese sentido, para el análisis de sustitución, la Comisión evaluó las preferencias de los clientes, así como las características, usos y precios de los posibles sustitutos.
92. De acuerdo con la primera instancia, el servicio involucrado en la conducta investigada sería el suministro de energía eléctrica a usuarios regulados. Posteriormente, la Comisión analizó si existían sustitutos adecuados a este servicio, en función a las necesidades que busca satisfacer, concluyendo que, por el lado de la demanda, no existiría un sustituto adecuado para la energía eléctrica que pueda cubrir las necesidades de los usuarios regulados.

⁵⁸ **DECRETO LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS**

Artículo 34.- Los Distribuidores están obligados a:

- a) Suministrar electricidad a quien lo solicite dentro de su zona de concesión o a aquellos que lleguen a dicha zona con sus propias líneas, en un plazo no mayor de un (1) año y que tengan carácter de Servicio Público de Electricidad;

(...)

⁵⁹ **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 6.- El mercado relevante

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

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

93. Los usuarios regulados son aquellos que tienen una demanda máxima anual igual o menor a 200 kW⁶⁰ por punto de suministro (que corresponde a los hogares). Asimismo, aquellos usuarios con una demanda máxima anual en cada punto de suministro mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW pueden decidir mantenerse dentro del segmento regulado (que corresponde a pequeños comercios e industrias). Estos últimos usuarios son los que tendrían la opción de cambiar de condición a usuarios libres⁶¹.
94. En consecuencia, la primera instancia determinó que el mercado de producto relevante era el de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW.
95. Al respecto, Electro Dunas alegó⁶² que el mercado de producto relevante corresponde al suministro de energía eléctrica a los usuarios con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW, sean estos regulados o libres. La empresa apelante formuló los siguientes argumentos sobre este punto:
- (i) La Comisión incurrió en un error al reducir el mercado de producto relevante en función a los sujetos sobre los cuales recaería la presunta conducta imputada.
 - (ii) La Comisión no realizó un debido análisis de sustituibilidad, en tanto una correcta delimitación del mercado relevante debe considerar a los usuarios

⁶⁰ El kW (kilovatio) es una unidad de medida de potencia que equivale a 1,000 vatios. Se utiliza para cuantificar la potencia de la energía eléctrica. Al respecto ver: <https://dle.rae.es/kilovatio>. Fecha de última visita 15 de marzo de 2024.

⁶¹ **DECRETO SUPREMO 009-93-EM. REGLAMENTO DE LA LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS**

Artículo 2.- Valor de límites de potencia

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.

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

Disposiciones Generales

(...)

Artículo 3.- Rango de Máxima Demanda

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

3.2 Los Usuarios cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro sea mayor de 200 kW, hasta 2,500 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.

3.3 Los Usuarios cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro sea mayor a 2,500 kW, tienen la condición de Usuarios Libres, a excepción de lo señalado en el numeral anterior.

(Subrayado agregado)

⁶² Cabe señalar que se toman en consideración los argumentos presentados por Electro Dunas en su escrito de apelación, así como aquellos incluidos en el Primer Informe Económico de Electro Dunas.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

regulados y libres con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW, pues al emplearse la prueba SSNIP⁶³, se podrá advertir que el segmento libre ejerce presión competitiva sobre el segmento regulado del mercado⁶⁴. La evidencia muestra que los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW sí cambian su condición de regulados a libres, a pesar de los costos que implica tal migración, por lo que el mercado de producto tendría que ampliarse.

- (iii) Los usuarios con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW de la zona de concesión de Electro Dunas tienen la alternativa de sustituir la electricidad por gas natural, gracias al despliegue de la red de distribución de gas natural en la región Ica (operada por Contugas). De hecho, en los últimos años muchas empresas han cambiado su estructura energética para suministrarse de gas natural en la región Ica.

96. Respecto al punto (i) del numeral anterior, esta Sala aprecia que el análisis del producto relevante excluyó de su análisis a los usuarios libres, pues la conducta imputada versa sobre un posible trato diferenciado entre usuarios regulados que manifiestan su intención de migrar a la condición de usuarios libres y no un trato diferenciado hacia los usuarios libres.
97. Es importante recordar que, conforme a lo previsto en el artículo 6.2 del TUO de la LRCA, la definición del mercado de producto relevante debe considerar dónde se realiza la presunta práctica anticompetitiva. En este caso, la presunta exoneración selectiva del plazo de preaviso tendría lugar cuando el usuario regulado manifiesta su intención de migrar a la condición de usuario libre. Adicionalmente, cabe precisar que los usuarios libres se encuentran normativamente sujetos a condiciones de suministro y demanda de energía distintas a las de los usuarios regulados.
98. La exoneración del plazo de preaviso para que un usuario regulado cambie de condición a usuario libre se lleva a cabo en una etapa previa a la referida variación, en la cual el usuario aún es regulado y su suministrador de energía es la empresa de distribución.

⁶³ Ver nota al pie 15.

⁶⁴ A criterio de Electro Dunas, bajo la lógica de la prueba SSNIP o test de monopolista hipotético, el mercado relevante debe abarcar a los usuarios libres y regulados con una demanda máxima anual mayor a 200kW y hasta 2,500kW, pues ante un incremento relativo del precio regulado, los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200kW y hasta 2,500kW sustituirán su condición a usuarios libres, esto a pesar de los costos asociados a dicha decisión.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

99. En efecto, la empresa de distribución eléctrica solo tendría la oportunidad de exigir o exonerar del plazo de preaviso a aquellos usuarios regulados que deseen cambiar a la condición de usuarios libres. Por el contrario, una vez que el cliente migra al mercado libre, la empresa distribuidora no puede ofrecer la exoneración del plazo de preaviso –en tanto este ya no resulta aplicable– y las condiciones establecidas dependerán de lo acordado contractualmente por las partes.
100. Por consiguiente, el mercado de producto está referido al suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW, siendo que el distribuidor solo puede ejercer poder sobre los clientes que migran del mercado regulado al libre (una vez que el cliente se encuentra en el mercado libre, ya no es posible que el distribuidor ejerza ese control).
101. Sobre el cuestionamiento al análisis de sustituibilidad realizado por la Comisión –puntos (ii) y (iii) del numeral 95– cabe señalar que el análisis del mercado de producto se debe enfocar en la sustitución del producto o servicio por aquellos alternativos en condiciones similares⁶⁵. En el presente caso, el servicio involucrado en la conducta investigada sería el de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados. Por tanto, corresponde evaluar qué otro tipo de energía podría sustituir al suministro de energía eléctrica a los referidos usuarios.
102. De la revisión de la Resolución Final, se aprecia que la Comisión realizó un análisis de sustitución entre las fuentes de energía que podrían emplear los pequeños comercios e industrias⁶⁶, encontrando que tales alternativas serían limitadas en el tipo de usuarios evaluados (pequeños comercios e industrias). Incluso, se analizaron fuentes de energía eléctrica distintas a la producida por las centrales de generación (como el autoabastecimiento de energía), encontrando que, al igual que otras fuentes de energía, estas no serían viables debido al alto nivel de inversiones requerido.
103. Como se señaló previamente, los usuarios regulados con una demanda máxima anual entre 200 kW y 2,500 kW son principalmente pequeños negocios e industrias que emplean la energía como insumo en sus procesos de producción. Por tanto, tal como indicó la Comisión, estos usuarios podrían buscar fuentes

⁶⁵ A modo referencial, ver “Lineamientos para la calificación y análisis de las operaciones de concentración”. Disponible en <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/3862900-lineamientos-para-la-calificacion-y-analisis-de-las-operaciones-de-concentracion-empresarial>. Fecha de última visita: 15 de marzo de 2024.

⁶⁶ La Comisión tomó en cuenta como fuentes de energía distinta a la eléctrica al gas natural, así como el autoabastecimiento con equipos de generación eléctrica.



de energía alternativas a la electricidad como, por ejemplo, el gas natural. Sin embargo, el cambio de una fuente de energía a otra involucra la realización de inversiones en conexiones y en artefactos compatibles para el uso de una fuente de energía distinta a la eléctrica, razón que limita significativamente la sustitución entre fuentes de energía para este tipo de usuarios en el corto plazo.

104. En ese sentido, del lado de la demanda, no existiría un sustituto adecuado para la energía eléctrica que pueda cubrir las necesidades de tales usuarios regulados (con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW).
105. Los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW tienen como único proveedor de electricidad a la empresa de distribución en su área de concesión, la cual –además– es la única que puede realizar la migración de estos usuarios a la condición de usuarios libres, ya que en el área de concesión de la red de distribución de Electro Dunas no opera ni podría operar otra empresa diferente de ella⁶⁷. En ese sentido, si bien los usuarios regulados antes mencionados podían solicitar su cambio de condición a usuarios libres, esta migración no podría ser realizada inmediatamente, debido a que se deben cumplir los requisitos establecidos en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad⁶⁸. Asimismo, debe tomarse en cuenta que, quien evalúa el cumplimiento de dichos requisitos es precisamente la empresa distribuidora.
106. Es pertinente resaltar que, para llevarse a cabo una sustituibilidad adecuada, debe considerarse la relativamente pronta viabilidad de la alternativa evaluada y el grado de libertad que tiene el usuario para realizar dicho cambio. En el presente caso, dichos supuestos no se cumplen en tanto el cambio de condición podría tomar al menos un año y, además, se requiere la constatación de elementos del servicio “sustituido” que deben ser verificados y validados precisamente por la empresa dominante.

⁶⁷ Ver nota al pie 57.

⁶⁸ **DECRETO SUPREMO 022-2009-EM. REGLAMENTO DE USUARIOS LIBRES DE ELECTRICIDAD**

Artículo 4.- Requisitos y condiciones

El cambio de condición solo 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.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

107. En consecuencia, no puede considerarse como un servicio sustituto el suministro de energía eléctrica a usuarios libres, principalmente por los costos de cambio asociados a los requisitos exigidos y al tiempo de espera para concretar el proceso de migración, así como por el control de la empresa dominante sobre dicho proceso.
108. Por otra parte, el Primer Informe Económico de Electro Dunas contiene información sobre una evolución creciente del número de empresas que emplean gas natural en la gran y pequeña industria de la región Ica, sin embargo, se observa que la expansión del referido servicio aún es limitada, por lo que no puede ser considerado como un sustituto adecuado⁶⁹. Ello se explicaría, como se ha indicado en párrafos previos, por el importante nivel de inversiones que tendrían que llevar a cabo los usuarios para realizar las conexiones necesarias para el uso de una fuente de energía distinta a la eléctrica, además de la compra de artefactos compatibles con la misma⁷⁰.
109. A mayor abundamiento, en el referido informe solo se consideró a la región Ica que, si bien representa una parte importante de los usuarios de Electro Dunas, no toma en cuenta a los usuarios en los departamentos de Ayacucho y Huancavelica (donde también opera Electro Dunas).
110. Finalmente, en el referido Informe Económico de Electro Dunas, el uso de gas natural como fuente de energía no fue considerado dentro del mercado de producto relevante propuesto, pues se indicó que podría evaluarse su incorporación solo si en el futuro se observa una importante expansión del servicio de gas en la región.
111. En consecuencia, la Sala coincide con el análisis de sustitución llevado a cabo por la primera instancia, pues no existe producto que razonablemente sustituya, en un plazo próximo, a la energía eléctrica y pueda ser utilizada por los usuarios regulados para el funcionamiento de sus negocios.

⁶⁹ En el departamento de Ica, existen aproximadamente 80,000 empresas (con rango de ventas hasta S/ 8'000,000.00) en el año 2022, mientras que, según la apelante, el número de empresas o comercios que han cambiado su estructura energética para suministrarse de gas natural al 31 de mayo de 2022 es solo de 180 empresas o comercios (Fuente INEI).

⁷⁰ Ello, considerando que se trata de pequeños comercios y empresas, de manera tal que las referidas inversiones implican un significativo costo hundido en relación con los ahorros generados, considerando la extensión de sus actividades y retornos generados.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

112. Por tanto, se define el mercado de producto relevante como el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW⁷¹.

Mercado geográfico relevante

113. En relación con la delimitación geográfica del mercado, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que se debe determinar en función de las fuentes de provisión alternativa, considerando las características del producto relevante y las condiciones de adquisición.

114. La primera instancia indicó que la Ley de Concesiones Eléctricas establece que la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica es desarrollada por una sola empresa de manera exclusiva en su área de concesión⁷² y que los únicos suministradores de energía para los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW son las empresas de distribución. Por tanto, cada empresa distribuidora es la única que podría ofrecer el suministro de energía eléctrica a dichos usuarios regulados en su respectiva área de concesión.

115. La Comisión concluyó que los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW ubicados en el área de concesión de una empresa de distribución no tendrían proveedores alternativos a dicha empresa para el suministro eléctrico⁷³. Por este motivo, la primera instancia delimitó al mercado geográfico relevante como el área de concesión de Electro Dunas (departamentos de Ayacucho, Huancavelica e Ica).

116. Sobre este punto, Electro Dunas alegó⁷⁴ que el mercado geográfico relevante tiene un alcance nacional. Ello basado en lo siguiente:

- (i) Dado que el mercado del producto es el suministro de electricidad a usuarios con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW, se debe considerar que los usuarios libres pueden contratar con

⁷¹ Es importante señalar que los usuarios regulados con una demanda menor a 200 kW no se incluyen debido a que no se encuentran en posibilidad de migrar a la categoría de usuarios libres. Asimismo, la inferior potencia que requieren dichos usuarios denota que su demanda de energía cuenta con características claramente diferenciables a las de aquellos que constituyen el mercado relevante en el presente caso.

⁷² Ver nota al pie 57 de la presente resolución.

⁷³ De manera similar, la Comisión Europea ha considerado que el mercado geográfico relevante se define como la red en sí misma, debido a que la distribución se realiza de manera exclusiva en áreas de concesión definidas. Al respecto, véase: COMP/M.3440 - EDP / ENI / GDP (2004) o COMP/ M.6984 - EPH/ STREDOSLOVENSKA ENERGETIKA (2013).

⁷⁴ Ver nota al pie 62 de la presente resolución.



cualquier empresa (distribuidora o generadora) mediante contratos bilaterales. Debido al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), las referidas empresas pueden abastecer a cualquier usuario libre, sin perjuicio de su ubicación, mientras se encuentren en el territorio nacional.

- (ii) Desde el lado de la oferta, Electro Dunas captó usuarios libres con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW fuera de su zona de concesión (contó con 4 usuarios que se encontraban fuera de su área de concesión durante 2020), mientras que el resto de los suministradores también tienen un área de influencia nacional. Los suministradores de usuarios con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW que se encuentran en la zona de concesión de Electro Dunas tienen usuarios en otras regiones, especialmente en Lima, donde está más del 50% de los referidos usuarios de Atria Energía, Engie y Termochilca.
- (iii) Por el lado de la demanda, los usuarios libres del área de concesión de Electro Dunas pueden ser abastecidos por empresas que se encuentran fuera de su área de concesión (pueden contratar con cualquier suministrador que opere a nivel nacional). Alrededor de dos de cada tres usuarios libres ubicados en la zona de concesión de Electro Dunas se abastecen de otros suministradores distintos a Electro Dunas que operan en esta zona.
- (iv) De acuerdo con anteriores pronunciamientos de la Comisión y la Sala (Resoluciones 0142-2021/SDC-INDECOPI, 007-2014/CLC-INDECOPI y 058-2009/CLC-INDECOPI), el mercado de usuarios libres tiene un alcance nacional.

117. Respecto a los puntos (i), (ii) y (iii) del numeral anterior, es importante recordar que el mercado de producto relevante es el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW. Si bien estos usuarios tienen la posibilidad de migrar a la condición de usuarios libres, hasta que no se haga efectivo dicho cambio mantienen la condición de usuarios regulados. En consecuencia, el único proveedor que puede brindarles el suministro de energía que requieren, mientras tengan la condición de usuarios regulados, es el distribuidor ubicado en su área de influencia.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

118. De acuerdo con el artículo 30 de la Ley de Concesiones Eléctricas⁷⁵ y tal como se ha indicado previamente⁷⁶, la prestación del servicio de distribución y suministro de energía eléctrica a usuarios regulados es desarrollada por la empresa distribuidora de manera exclusiva en su área de concesión.
119. Si bien existe la posibilidad de que estos usuarios puedan migrar al mercado de clientes libres, hay ciertos factores importantes a tener en cuenta: (i) el proceso de migración está en manos del distribuidor y deben cumplirse los requisitos establecidos del artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad⁷⁷, en ese sentido, quien evalúa el cumplimiento de dichos requisitos es precisamente el distribuidor; y, (ii) la migración no es automática, pues debe transcurrir al menos un año para que se haga efectivo el cambio de condición de usuario regulado a libre⁷⁸. Por lo tanto, la empresa encargada de llevar a cabo el proceso de migración es la distribuidora y tiene el monopolio en su área de concesión.
120. En tal sentido, se desestima lo alegado por la recurrente en este punto, pues los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW no tendrían una fuente alternativa de suministro de energía eléctrica hasta después de migrar a la condición de usuarios libres.
121. Finalmente, respecto a los anteriores pronunciamientos en los que según Electro Dunas se habría indicado que el mercado de usuarios libres tiene un alcance nacional –punto (iv) del numeral 116⁷⁹–, cabe reiterar que el mercado de producto relevante en este procedimiento se encuentra conformado por los usuarios regulados de Electro Dunas, por lo que el mercado geográfico está acotado al área de concesión de la referida empresa.
122. La Sala observa además que las resoluciones 007-2014/CLC-INDECOPI, 058-2009/CLC-INDECOPI y 0142-2021/SDC-INDECOPI tratan sobre solicitudes de autorización previa de operación de concentración empresarial en el sector eléctrico, donde se evalúan los posibles efectos de la operación sobre la

⁷⁵ Ver nota al pie 57 de la presente resolución.

⁷⁶ Ver numeral 87 de la presente resolución.

⁷⁷ Ver nota al pie 68 de la presente resolución.

⁷⁸ Si bien puede exonerarse del plazo de preaviso a cualquier usuario, este proceso se encuentra bajo control del distribuidor y, precisamente, en este caso, la conducta cuestionada es que solo se exoneraba a quienes permanecían con Electro Dunas, mientras que al resto se les exigía cumplir con el plazo de preaviso.

⁷⁹ Electro Dunas señala que, de acuerdo con anteriores pronunciamientos de la Comisión y la Sala (Resoluciones 0142-2021/SDC-INDECOPI, 007-2014/CLC-INDECOPI y 058-2009/CLC-INDECOPI), el mercado de usuarios libres tiene un alcance nacional.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

competencia en cada mercado relevante (incluido el mercado de usuarios libres). Por tanto, las citas presentadas por la apelante sobre estos casos corresponden a este último mercado y no se encuentran relacionadas con el mercado de producto relevante identificado en el presente caso (el suministro de energía eléctrica a usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW), por lo que no resultan pertinentes a fin de evaluar el mercado geográfico relevante en el presente caso.

123. Incluso, en pronunciamientos anteriores de la Sala⁸⁰ sobre actos de abuso de posición de dominio por conductas similares a la que es materia de imputación en el presente caso, se determinó que el mercado geográfico relevante estaba delimitado al área de concesión de las empresas imputadas. Por tanto, se desestima lo alegado por la recurrente sobre este punto.
124. En consecuencia, este Colegiado coincide con lo señalado por la Comisión respecto a que el mercado geográfico relevante se encuentra delimitado por el área de concesión de Electro Dunas⁸¹.
125. En conclusión, el mercado relevante se encuentra constituido por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW en el área de concesión de Electro Dunas.

C. Posición de dominio de Electro Dunas

126. Luego de la determinación del mercado relevante, corresponde evaluar si Electro Dunas ostentaba posición de dominio durante el período analizado en el presente procedimiento (2017 – 2020).
127. La Comisión indicó que, de acuerdo con la Ley de Concesiones Eléctricas, la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica a usuarios finales en un área determinada se desarrolla exclusivamente por la empresa titular de la concesión en dicha zona. Por ende, Electro Dunas no enfrentaría competencia actual ni potencial en el mercado relevante.
128. La primera instancia concluyó que Electro Dunas habría ostentado posición de dominio en el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados con una

⁸⁰ Ver Resoluciones 035-2022/SDC-INDECOPI y 094-2022/SDC-INDECOPI.

⁸¹ De acuerdo con la memoria anual de Electro Dunas del año 2021, dicha empresa opera en la región sur medio del Perú, específicamente en el departamento de Ica y parte de los departamentos de Huancavelica y Ayacucho. Al respecto ver: <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Memoria%20Anual%20Electro%20Dunas%20SAA%202021.pdf>
Fecha de última visita: 15 de marzo de 2024.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW en su área de concesión durante el período analizado.

129. Al respecto, Electro Dunas cuestiona⁸² que ostente posición de dominio en el mercado relevante por los siguientes argumentos:

- (i) La Comisión concluye que Electro Dunas ostenta posición de dominio en el mercado relevante basándose únicamente en el análisis de su participación significativa en el mercado relevante, por lo que su evaluación no descansa en una evaluación integral como lo contempla el TUE de la LRCA (es decir, que incluya el poder de negociación del resto de actores, las características de oferta y demanda, el acceso de competidores al mercado, barreras a la entrada, desarrollo tecnológico, entre otros). Incluso, la OCDE⁸³ también reconoce las limitaciones de la participación de mercado como único indicador de poder de mercado.
- (ii) El mercado relevante es el suministro de electricidad a usuarios regulados y libres con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW, a nivel nacional. Dada la información pública disponible, no se puede determinar de manera precisa la participación de Electro Dunas en el mercado relevante⁸⁴. Sin perjuicio de ello, tomando en cuenta a los usuarios libres y regulados de Electro Dunas, se estima que su participación de mercado fue de 6% para el período 2016 – 2020. Conforme a la Comisión Europea, una participación de mercado alta corresponde a una superior al 40%, por lo que no se evidencia que Electro Dunas tenga una alta participación de mercado.
- (iii) Del análisis de otros factores, la evidencia no apunta a que Electro Dunas ostente posición de dominio:
 - a. Las características del mercado de suministro de electricidad dificultan la presencia de una empresa con posición de dominio incluso entre los usuarios regulados, pues Electro Dunas no está en la capacidad de

⁸² Ver nota al pie 62 de la presente resolución.

⁸³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

⁸⁴ Según se indica en el Primer Informe Económico de Electro Dunas, si bien la información de usuarios libres con una demanda máxima anual mayor a 200kW y hasta 2,500kW por empresa suministradora es pública, la de usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200kW y hasta 2,500kW no lo es.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

afectar las principales condiciones del servicio de suministro de electricidad⁸⁵.

- b. Sobre el acceso al mercado, cualquier empresa de generación o distribución a nivel nacional tiene la capacidad de competir por los usuarios con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW. El SEIN permite que el suministro físico de energía lo coordine el Comité de Operación Económica del Sistema (COES) y lo entregue a las empresas transmisoras y distribuidoras. De este modo, el suministro de energía puede ser realizado por cualquier generador, de manera independiente a su propia producción de energía⁸⁶.

130. Respecto a estos argumentos, como se ha indicado al evaluar el mercado relevante, la Sala coincide con la primera instancia en que este se encuentra constituido por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW en el área de concesión de Electro Dunas.

131. De acuerdo con el marco normativo⁸⁷ vigente para los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW, el único proveedor de suministro de electricidad para dichos usuarios es la empresa de distribución que opera en la respectiva área de concesión. En el presente caso, la única empresa que puede abastecer de electricidad a los usuarios regulados en el área de concesión de Electro Dunas es dicha empresa distribuidora, por lo que no opera ni podría operar otra empresa diferente a ella.

132. Es importante mencionar que el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad representa una barrera legal para migrar del mercado de usuarios regulados al mercado de usuarios libres, pues se establecen requisitos para que este cambio de condición sea posible. Dichas exigencias representan costos de corte económico y en materia de tiempo para aquel cliente regulado que desee migrar a la condición de usuario libre.

⁸⁵ En el Primer Informe Económico de Electro Dunas se señala que, de acuerdo con el marco regulatorio y el contrato de concesión de Electro Dunas, la distribuidora: (i) debe suministrar electricidad a todos los usuarios regulados en su zona de concesión y cobrar los precios establecidos por el regulador, (ii) garantizar la demanda de sus usuarios regulados por los siguientes dos años como mínimo y (iii) garantizar la calidad del servicio que fije su contrato de concesión.

⁸⁶ Asimismo, Electro Dunas indica que estas empresas tienen la posibilidad de utilizar su red de distribución para acceder a sus usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200kW y hasta 2,500kW una vez cambien su condición a libres, pues el hecho de que Electro Dunas sea la distribuidora no implica que pueda restringir a otras empresas del acceso al mercado de suministro de electricidad a usuarios libres con una demanda máxima anual mayor a 200kW y hasta 2,500kW.

⁸⁷ Ver nota al pie 57 de la presente resolución.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

133. Del mismo modo, dado que el distribuidor es quien controla el proceso de migración, este podría establecer barreras estratégicas que limiten o dilaten dicho traspaso. En tal sentido, no existe plena libertad para los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW a fin de que puedan cambiar de suministrador de manera inmediata.
134. Por tanto, la posición de dominio de Electro Dunas en el mercado relevante no se ha determinado únicamente en la evaluación de su participación de mercado –como sostuvo la recurrente– sino que ello también se aprecia a partir de la presencia de barreras legales, pues el marco normativo establece que será el único proveedor de suministro de electricidad para los usuarios regulados en su área de concesión. Asimismo, el contexto regulatorio antes referido conlleva la posibilidad de que –desde su posición como empresa distribuidora– Electro Dunas establezca barreras estratégicas para la migración de los usuarios regulados al mercado de usuarios libres, en tanto este proceso es controlado por la propia empresa distribuidora.
135. De este modo, el hecho de que la actividad de suministro de electricidad a los usuarios regulados se encuentre sujeta a regulación tarifaria o de calidad en el servicio, no desvirtúa que Electro Dunas ostente posición de dominio en el mercado relevante.
136. En conclusión, al tener Electro Dunas el 100% de participación en relación con los usuarios regulados en su área de concesión, sin enfrentar competencia en este segmento y ante la presencia de barreras en el proceso de migración; se concluye que la empresa imputada ha ostentado posición de dominio en el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW en su área de concesión durante el período analizado (2017 – 2020).
137. A mayor abundamiento, es pertinente acotar que, en aplicación de lo señalado en el artículo 10.3 del TUE de la LRCA, aquellas conductas que califiquen como anticompetitivas son evaluables (y, de ser el caso, sancionables) incluso cuando la posición de dominio deriva de una ley, reglamento o contrato⁸⁸. Por tanto, sin perjuicio de las disposiciones regulatorias sectoriales que conllevan a que el mercado relevante examinado tenga como agente económico dominante a

88

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

(...)

10.3. La presente Ley se aplica inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo.

(...)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

54/128

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Electro Dunas, la actuación de esta última no puede restringir indebidamente la competencia.

D. Mercado afectado

138. La primera instancia señaló que una conducta de abuso de posición de dominio puede tener efectos en el mercado relevante o en un mercado relacionado. En ese sentido, sostuvo que el mercado relevante puede no coincidir con el mercado afectado.
139. La Comisión indicó que, en el presente caso, la hipótesis anticompetitiva sugiere que Electro Dunas habría aprovechado su condición como único proveedor en el mercado de distribución y de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en su área de concesión para afectar la competencia en el suministro de energía eléctrica a los usuarios libres que provenían del mercado regulado. En ese sentido, si bien la conducta habría tenido lugar en el mercado relevante, esta afectaría la competencia entre Electro Dunas y las empresas de generación (como es el caso de Atria Energía) en el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuario libre dentro del área de concesión de Electro Dunas.
140. Así, la Comisión concluyó que 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.
141. Sobre este punto, Electro Dunas alegó⁸⁹ que el mercado afectado debería definirse como el mercado de usuarios libres con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW a nivel nacional y que correspondería evaluar si la conducta generó efectos negativos para la competencia en este mercado. Ello basado en los siguientes argumentos:
- (i) No es adecuado acotar el alcance del mercado afectado únicamente al suministro de “nuevos” usuarios libres con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW, pues un usuario a quien se le aplicó la exoneración no es equivalente al mercado afectado. Si bien la exoneración fue concedida solo a los usuarios regulados de Electro Dunas que poco después pasaron a ser libres (nuevos usuarios libres), el potencial mercado afectado se tendría que definir como aquel en donde se podrían observar los efectos de tal exoneración. Esto es, el mercado de usuarios libres con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW.

⁸⁹ Los argumentos se han tomado del Primer Informe Económico de Electro Dunas.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

(ii) En el mercado de usuarios con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW, los suministradores compiten no solo por los usuarios regulados que podrían cambiar de condición a libres (“nuevos usuarios libres”), sino también por los usuarios libres con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW que cambiaron a tal condición meses o años atrás. Además, el mercado afectado abarcaría todo el territorio nacional.

142. Al respecto, es pertinente acotar que la doctrina reconoce la posibilidad de que un agente con posición de dominio traslade dicha posición hacia otro mercado en donde participa (mercado adyacente, relacionado o conexo), consiguiendo así restringir la competencia en este último mercado⁹⁰.

143. Dicha conducta, conocida en la doctrina y en la jurisprudencia comparada como *monopoly leveraging* (o “apalancamiento del monopolio”), consiste en que un agente monopolista o con posición de dominio realice una conducta que pueda afectar a otro mercado donde dicho agente también participe, con el propósito de generar una afectación a la competencia en el mercado relacionado.

144. El origen de esta figura a nivel comparado se remonta a la aplicación de la Sección Segunda del *Sherman Act* por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el asunto *United States v. Griffith*. Sin embargo, es recién en el asunto *Alaska Airlines v. United States* en el que una autoridad judicial fija los requisitos previstos para la aplicación de la teoría del *monopoly leveraging*: (i) la existencia de posición de dominio; (ii) emplear dicha posición con la finalidad de perjudicar a la competencia, ganar una ventaja competitiva o eliminar la competencia en un mercado distinto; y, (iii) que dicha conducta provoque un daño efectivo.

145. Como puede observarse, las exigencias fijadas en este último pronunciamiento resultan acordes con el análisis de una conducta de abuso de posición de dominio bajo la legislación peruana, en la cual no solo se verifica la existencia de una posición de dominio, sino también debe identificarse una conducta que genere un efecto exclusorio (afectación a la competencia) y que ello sea más perjudicial que las posibles justificaciones formuladas (daño efectivo).

146. Esta figura ha dado origen a conductas más específicas, como las ventas atadas, el abuso de posición de dominio en mercados complementarios e incluso el concepto de facilidad esencial. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que bajo la figura del “*monopoly leveraging*”, se pueden analizar aquellas conductas

⁹⁰ BUSTOS ROMERO, Federico. “*El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español*”. En: Revista CES Derecho. Volumen 6, número 1. Enero – Junio 2015. P. 117.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

en las que un agente con posición de dominio realiza una conducta que pueda afectar otro mercado en donde dicho agente también participa.

147. En cuanto a la identificación del mercado afectado y su nivel de relación con el mercado relevante, la jurisprudencia comparada no establece un estándar de prueba estricto, sino que contempla que la identificación del mercado en el que se produce la supuesta afectación a la competencia y su relación con el mercado relevante respectivo debe dilucidarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso en concreto⁹¹.
148. Según el análisis de la primera instancia, Electro Dunas habría utilizado su posición de dominio en el mercado relevante para afectar el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de la empresa imputada. Cabe señalar que dichos usuarios han sido identificados principalmente como pequeños comercios e industrias.
149. Si bien la conducta investigada se habría llevado a cabo en el mercado relevante, resultaría pasible de afectar la competencia entre Electro Dunas y las empresas de generación (como es el caso de Atria Energía) en el suministro de energía eléctrica a los usuarios libres que previamente eran regulados dentro de su área de concesión.
150. Como se ha indicado anteriormente, existe un grado de interrelación y dependencia entre los referidos usuarios libres procedentes del mercado regulado y el distribuidor en su área de concesión debido a que, de acuerdo con el artículo 30 de la Ley de Concesiones Eléctricas⁹², la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica es desarrollada por una sola empresa de

⁹¹ Al respecto, la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo lo siguiente:

“(…)

84. *A este respecto, procede subrayar que el artículo 102 TFUE no contiene ninguna indicación explícita sobre exigencias relativas a la localización del abuso en el mercado de los productos. De este modo, el ámbito de aplicación material de la especial responsabilidad que pesa sobre una empresa dominante debe apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, que demuestren que la competencia está debilitada (sentencia Tetra Pak/Comisión, antes citada, apartado 24).*

85. *Por consiguiente, pueden calificarse de abusivos determinados comportamientos en mercados distintos de los dominados y que producen efectos sobre éstos o en los propios mercados no dominados (véase, en este sentido, la sentencia Tetra Pak/Comisión, antes citada, apartado 25).*
(…)”

Sentencia emitida el 17 de febrero de 2011 en el marco del procedimiento entre la Autoridad de Competencia de Suecia y TeliaSonera Sverige AB y Tele2 Sverige AB.
Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=81796&doclang=ES> (fecha de consulta: 15 de marzo de 2024).

⁹² Ver nota al pie 57 de la presente resolución.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

manera exclusiva en su área de concesión (empresa distribuidora), la cual también se encarga de controlar el cumplimiento de los requisitos para el proceso de migración de los clientes regulados al segmento libre.

151. El mercado afectado propuesto por la apelante y el determinado por la Comisión incluyen a clientes libres con una demanda entre 200kW y 2,500kW, sin embargo, es importante tener en cuenta que solo una vez que tales clientes culminan su primer contrato de suministro, podrán de forma inmediata contratar con cualquier agente a nivel nacional que provea energía eléctrica, sin limitaciones o restricciones como el plazo de preaviso.
152. Por ende, puede diferenciarse a los nuevos usuarios libres como un mercado identificable, con características y dinámicas de competencia propias, en función a las limitaciones legales aplicables precisa y específicamente a este tipo de usuarios.
153. Asimismo, en tanto la actuación de los nuevos usuarios libres se encuentra precisamente relacionada con su cambio de condición (de regulados a libres), es importante considerar el ámbito geográfico de la concesión del mercado regulado de donde proceden y sobre el cual efectivamente tiene efectos la conducta investigada cometida por Electro Dunas. En el presente caso, dicha área de concesión corresponde al departamento de Ica y parte de los departamentos de Ayacucho y Huancavelica (y no todo el territorio nacional).
154. Dicho esto, la Sala concuerda con la primera instancia en que el mercado afectado no necesariamente coincide con el mercado relevante en que se habría desarrollado la conducta. En este caso en particular, se verifica que la conducta podría generar efectos sobre la competencia en el mercado de suministro de usuarios libres que anteriormente eran regulados en el área de concesión de Electro Dunas.
155. Lo anterior debido a que eventuales barreras para migrar a la condición de usuario libre (impuestas por el distribuidor desde su posición de dominio en el mercado de usuarios regulados en su zona de concesión), podrían afectar la captación de aquellos clientes libres que procedan del mercado regulado, por parte de potenciales suministradores distintos a la empresa distribuidora (Electro Dunas). En consecuencia, se desvirtúan los argumentos formulados por el apelante.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

III.3.2 Materialización de la conducta

156. La Comisión señaló que, de acuerdo con la evaluación realizada por la Dirección en el Informe Técnico, Electro Dunas habría aplicado la exoneración del plazo de preaviso de un (1) año a aquellos clientes regulados que optaban por migrar al segmento de usuarios libres, con la condición de mantener el suministro de energía con su empresa. Por tanto, a criterio de la primera instancia, Electro Dunas habría capturado usuarios libres provenientes del mercado de usuarios regulados, con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW, en mérito de la referida exoneración, la cual –además– constituye un requisito previo para que se haga efectivo el cambio de condición de usuario regulado a libre.
157. Por ende, la primera instancia estimó que el trato diferenciado de Electro Dunas, relacionado con la exoneración del plazo de preaviso a favor de los usuarios que permanecían como sus clientes luego de la migración al mercado libre, habría alcanzado –por lo menos– a 58 usuarios. Además, dicho trato favorable no habría sido aplicado por Electro Dunas en –por lo menos– ciento diez (110) ocasiones.
158. La Comisión consideró que el trato diferenciado realizado por Electro Dunas podría haber colocado en desventaja a los competidores de dicha empresa en el mercado de usuarios libres que provienen del mercado regulado, por razones distintas a la mayor eficiencia económica (lo cual fue analizado en el acápite de la Resolución Final correspondiente al efecto anticompetitivo identificado).
159. En apelación, Electro Dunas señaló que el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad ha previsto un plazo de preaviso de un (1) año forzoso, el cual solo es aplicable a la resolución contractual unilateral (migración del usuario libre con otro suministrador) y no a la resolución contractual convencional (migración del usuario libre con el distribuidor dentro de su zona de concesión). Esto sería así, pues el plazo de preaviso de un (1) año previsto en dicha disposición reglamentaria tendría por finalidad proteger a la empresa distribuidora frente a la terminación unilateral de un contrato de suministro por parte de un usuario regulado que migra a la condición de usuario libre con otra empresa, mitigando los efectos de este tipo de resolución contractual.
160. Al respecto, conviene precisar que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, así como el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad disponen lo siguiente:



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

**LEY 28832. LEY PARA ASEGURAR EL DESARROLLO EFICIENTE DE LA GENERACIÓN ELÉCTRICA
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES.**

Primera.- 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.

DECRETO SUPREMO 022-2009-EM. REGLAMENTO DE USUARIOS LIBRES DE ELECTRICIDAD (modificado por el Decreto Supremo 018-2016-EM⁹³)

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.

161. Como se puede apreciar, tanto la Ley 28832 como el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad contemplan que los usuarios regulados que pretendan cambiar su condición a usuarios libres deben realizar un preaviso en un plazo no menor a un (1) año antes de hacer efectiva dicha variación. Sin embargo, las referidas normas no realizan alguna distinción o precisión en la que se consigne que el respectivo preaviso sea exigible o aplicable solo para determinados usuarios (por ejemplo, únicamente para aquellos usuarios que decidan contratar con un proveedor distinto al distribuidor respectivo).
162. Incluso en un caso anterior, seguido bajo el Expediente 0003-2019/CLC⁹⁴, el Minem mediante Informe 171-2019-MEM/DGE del 14 de abril de 2019 señaló que el plazo de preaviso es exigible para todos los usuarios que soliciten el cambio de condición.

INFORME 171-2019-MEM/DGE DEL MINEM EMITIDO EL 10 DE ABRIL DE 2019

“La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica y el artículo 4 del Decreto Supremo 022-2009-EM que aprueba el Reglamento de Usuarios Libres no han previsto supuestos de

⁹³ Cabe señalar que la modificatoria realizada mediante Decreto Supremo 018-2016-EM no alteró la redacción del requisito previsto en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.

⁹⁴ Correspondiente a la denuncia formulada por Atria contra Ensa por la conducta anticompetitiva de abuso de posición de dominio tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, la cual fue resuelta por la Sala en segunda instancia mediante Resolución 0035-2022/SDC-INDECOPI.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

excepción, referidos al tiempo de anticipación de un (1) año para notificar el preaviso, cuando decida elegir el cambio de condición de usuario.

No se puede descartar que algún usuario efectúe el preaviso en un tiempo menor al de doce (12) meses y que el proveedor del servicio decida aceptar el cambio de condición bajo esa condición. Esto es especialmente sensible respecto a la migración a favor de empresas vinculadas a la distribuidora (migración de usuario regulado a libre)."
(Subrayado agregado).

163. Ciertamente, las disposiciones evaluadas por el Minem no distinguen entre la situación del usuario regulado que desea migrar al mercado libre y continuar contratando el suministro de energía eléctrica con la empresa distribuidora, de aquel que desea contratar el suministro de energía eléctrica con otro agente (generador). Asimismo, la referida regulación no establece que los distribuidores solo puedan liberar del plazo de preaviso sobre el cambio de condición a los primeros.
164. Por su parte, mediante el Oficio 3086-2018-OS-DSE del 9 de octubre de 2018, el Osinergmin tampoco indica que el plazo de preaviso de un (1) año se aplique únicamente al supuesto en que el usuario regulado decida migrar al segmento de usuarios libres con un suministrador distinto al distribuidor, como sostiene la recurrente. Si bien el Osinergmin señaló que, bajo el principio de razonabilidad, el suministrador actual podría aceptar un menor plazo de preaviso, el referido organismo regulador reconoció que no se trataba de una situación prevista en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.

OFICIO 3086-2018-OS-DSE DEL OSINERGMIN EMITIDO EL 9 DE OCTUBRE DE 2018.

"(...)

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 podrían acordar liberarse del plazo establecido por norma.

"(...)"

(subrayado agregado)

165. Además, en casos anteriores⁹⁵, la Sala determinó que, sin perjuicio de las opiniones expresadas por parte del Minem y del Osinergmin, lo cierto es que la normativa evaluada no establece una diferenciación (que es objeto de

⁹⁵ Ver notas al pie 20 y 21 de la presente resolución.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

imputación en este procedimiento) entre los clientes regulados que buscan cambiar de condición, pero manteniéndose con el distribuidor y aquellos que pretenden migrar con otro proveedor de suministro de energía en el mercado de usuarios libres.

166. El plazo de preaviso previsto en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, así como en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, es aplicable a todos los usuarios regulados que desean migrar al mercado libre. Por tanto, la normativa invocada por Electro Dunas como justificación de su conducta, no contiene la diferenciación alegada entre los clientes regulados que buscan cambiar de condición a usuarios libres manteniendo a la empresa distribuidora como suministrador de energía, respecto de aquellos que efectúan tal cambio de condición y contratan con otro suministrador. En consecuencia, corresponde desestimar dicho extremo de su apelación.
167. Por otro lado, la recurrente señaló en su apelación que la Comisión habría confundido los remedios contractuales con la figura jurídica de la resolución contractual prevista en el Código Civil. A decir de Electro Dunas, es erróneo sostener que el plazo de preaviso deba ser igualmente exigido o dispensado ante un supuesto de cambio de condición bajo una resolución contractual unilateral (migración del usuario con otra empresa) o un cambio de condición bajo una resolución contractual convencional (migración del usuario con el distribuidor en su zona de concesión). Bajo tales premisas, los efectos que dichas resoluciones generan no serían equivalentes.
168. Al respecto, de la revisión de la Resolución Final, se observa que la Comisión sostuvo que la resolución contractual convencional a la que alude Electro Dunas es distinta a la migración del usuario regulado al mercado libre con el distribuidor, pues la primera está sujeta a los requisitos previstos en los artículos 1428 y 1430 del Código Civil⁹⁶, mientras que la segunda está sujeta a la regulación prevista por el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad. A criterio de la primera instancia, son los supuestos previstos en el

96

CÓDIGO CIVIL

Artículo 1428.- Resolución por incumplimiento

En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

Artículo 1430.- Condición resolutoria

Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

62/128

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad los que permiten la exigibilidad del plazo de preaviso para el cambio de condición de un usuario regulado que desea migrar al segmento libre, y no la resolución contractual convencional alegada por Electro Dunas.

169. Al respecto, la Sala estima pertinente reiterar que el marco normativo previamente expuesto en los numerales 160 y 161 de la presente resolución, no hace distinción alguna entre la migración del usuario regulado a la condición de usuario libre con otro suministrador o con el distribuidor de su zona de concesión. En efecto, el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad no establece que el plazo de preaviso de un (1) año solo sea aplicable a aquellos usuarios regulados que migran al segmento libre con otro suministrador.
170. Aun cuando Electro Dunas haya señalado que el cambio de condición de los usuarios libres a regulados se puede materializar de forma diferenciada, como una resolución contractual “unilateral” o “convencional”, conviene precisar que –en realidad– el cambio de condición de un usuario regulado al segmento libre se basa en la decisión del cliente, es decir, no se trata de un consenso entre el usuario y la empresa distribuidora. Asimismo, dicha migración está regulada, por lo que únicamente se concretará una vez que se hayan cumplido con los requisitos establecidos tanto por el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad como la Ley 28832, los cuales deben ser revisados por las empresas distribuidoras de manera previa a la migración. Por ende, no se advierte una diferencia sustancial que implique la aplicación de reglas de salida distintas para una misma categoría jurídica.
171. Más aun, el cambio de condición de usuario regulado a libre implica siempre la resolución del contrato de suministro como usuario regulado y la celebración de una nueva relación jurídica, sea que migre con el mismo suministrador o con un tercero.
172. Si bien la recurrente alega que la denominada “resolución contractual unilateral” genera efectos jurídicos y económicos que su empresa tiene que asumir ante la partida de dicho cliente con otra empresa suministradora, no ha presentado medio probatorio alguno que denote los alcances de dicha afirmación y el impacto sustancialmente disímil que genera un usuario cuando igualmente deja el mercado regulado para ser cliente libre pero contrata este nuevo servicio con la empresa distribuidora (bajo esta diferente condición).
173. A mayor abundamiento, esta Sala observa que los efectos sobre la recurrente debido a la migración de los usuarios regulados al segmento libre, no sería



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

sustantivamente disímil, sea que estos últimos contraten con otro suministrador o se mantengan con Electro Dunas (bajo la condición de suministrador de usuarios libres). Esto debido a que la energía contratada para atender a los usuarios regulados resulta diferenciada e identificable frente a aquella utilizada para atender la demanda de los usuarios libres⁹⁷. Siendo así, la energía contratada para atender la demanda de usuarios regulados no puede redireccionarse unilateralmente hacia los usuarios libres⁹⁸; lo cual conlleva a inferir que siempre que un usuario regulado migre al mercado libre (con prescindencia de la empresa que suministre dicha energía), existirá un impacto en las asignaciones de la energía contratada o programada por parte de la empresa distribuidora de la respectiva zona de concesión.

174. A mayor abundamiento, la normativa vigente establece los requisitos necesarios que deben cumplirse para que un usuario regulado pueda cambiar de condición y migrar al segmento libre (es decir, terminar su contrato como usuario regulado) siendo la carta de preaviso de –al menos– un (1) año, un elemento que la normativa vigente exige para que pueda llevarse a cabo el cambio de condición.

⁹⁷ Para abastecer de energía a los usuarios regulados, el distribuidor tiene la obligación de firmar contratos para la provisión de energía demandada por tales usuarios, a través de licitaciones o negociaciones bilaterales. Lo anterior, según el artículo 3.2 de la Ley 28832.

Si bien el distribuidor puede incluir como parte de la demanda a ser licitada aquella correspondiente a sus usuarios libres, este deberá distinguir de forma precisa la porción de la demanda que corresponde a tales usuarios, conforme a lo previsto en el artículo 4.1 de la Ley 28832 y el artículo 9 del Decreto Supremo 052-2007-EM.

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

Artículo 3.- De los contratos

(...)

3.2 Las ventas de electricidad de Generador a Distribuidor, destinadas al Servicio Público de Electricidad, se efectúan mediante:

- a) Contratos sin Licitación, cuyos precios no podrán ser superiores a los Precios en Barra a que se refiere el artículo 47 de la Ley de Concesiones Eléctricas;
- b) Contratos resultantes de Licitaciones.

Artículo 4.- La Licitación como medida preventiva para el abastecimiento oportuno de energía eléctrica

4.1 El abastecimiento oportuno y eficiente de energía eléctrica para el mercado regulado se asegurará mediante Licitaciones que resulten en contratos de suministro de electricidad de largo plazo con Precios Firmes que serán trasladados a los Usuarios Regulados. El proceso de Licitación será llevado a cabo con la anticipación necesaria para facilitar y promover el desarrollo de nuevas inversiones en generación, aprovechar las economías de escala, promover la competencia por el mercado y asegurar el abastecimiento del mercado regulado.

4.2 Las Licitaciones convocadas por los Distribuidores podrán incluir como parte de la demanda a ser licitada aquella que corresponda a sus Usuarios Libres, según lo establece el Reglamento.

(...)

DECRETO SUPREMO 052-2007-EM. APRUEBAN REGLAMENTO DE LICITACIONES DEL SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD.

Artículo 9.- Prioridad a los Usuarios Regulados

En concordancia con el numeral 4.2 del artículo 4 de la Ley, los Distribuidores podrán incorporar a la demanda a licitar la demanda correspondiente a sus Usuarios Libres, para lo cual se deberá distinguir de forma precisa la porción que corresponde a sus Usuarios Libres.

(...)

⁹⁸ Ello también ha sido precisado por la Sala en anteriores pronunciamientos. Al respecto, ver el numeral 255 de la Resolución 035-2022/SDC-INDECOPI y el numeral 376 de la Resolución 094-2022/SDC-INDECOPI.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Al tratarse de un requisito general para el referido cambio, la posibilidad de la exoneración del plazo de preaviso también sería de corte transversal en el respectivo mercado, sin que –como ya ha sido apuntado en párrafos previos– se hayan creado regímenes diferenciados en función de la empresa con quien contrate el cliente regulado que migra al segmento libre del mercado.

175. En ese sentido, este Colegiado considera que la “resolución contractual convencional” alegada por Electro Dunas no justifica el trato diferenciado al aplicar el plazo de preaviso de un (1) año, exonerando del mismo a aquellos usuarios que optaron por migrar al segmento libre manteniendo como suministradora a Electro Dunas y exigiéndolo a aquellos usuarios regulados que al efectuar dicha migración contrataron con otro suministrador.
176. Por otro lado, la recurrente señaló que no se habría acreditado que denegó la exoneración del plazo de preaviso a aquellas empresas que decidieron migrar al segmento de usuarios libres con otro suministrador, pues no consta la recepción de solicitud de exoneración alguna por parte de dichas empresas.
177. Una revisión de la información proporcionada por Electro Dunas, así como la actuada por la primera instancia durante la tramitación del presente procedimiento (tales como cartas de preaviso, cartas de propuestas de cambio de condición de usuario regulado a libre, información de los contratos suscritos entre Electro Dunas y los usuarios regulados que migraron al segmento libre manteniendo como empresa suministradora a la recurrente, entre otros) permite advertir que Electro Dunas habría realizado un tratamiento desigual e injustificado entre los usuarios regulados que migraban al mercado de usuarios libres contratando el suministro de energía con otra empresa, frente a aquellos que mantenían a Electro Dunas como suministradora, exonerando a estos últimos del plazo de preaviso de un (1) año previsto por la normativa vigente.
178. De los actuados, consta que Electro Dunas habría enviado comunicaciones hasta en dos (2) oportunidades a algunos de sus clientes regulados con propuestas de migración al segmento de usuarios libres. Además, en los contratos de suministro de energía eléctrica celebrados por Electro Dunas y sus anteriores clientes regulados, se observa que entre la fecha de firma del contrato y el inicio del servicio del suministro (como clientes libres) existe un período que denota que tales clientes no tuvieron que esperar el año de preaviso establecido por el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.
179. Así, de los ciento setenta y siete (177) clientes que decidieron cambiar su condición de usuarios regulados a libres entre los años 2017 y 2020, sesenta y dos (62) mantuvieron a Electro Dunas como su suministrador durante dicho

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

65/128

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

período⁹⁹ y sesenta (60) de estos últimos recibieron la exoneración del plazo de preaviso¹⁰⁰. Sin embargo, este trato favorable no fue otorgado por Electro Dunas a, por lo menos, ciento diez (110) de los usuarios que migraron al mercado libre con otras empresas suministradoras¹⁰¹.

180. La evidencia analizada por este Colegiado muestra que Electro Dunas realizó un trato diferenciado entre los clientes regulados que optaban por migrar al mercado de clientes libres y contratar el suministro de energía con otra empresa, en contraste con los clientes que efectuaban dicha migración y mantenían a Electro Dunas como su suministrador.
181. En particular, a los primeros les exigió –como requisito previo al cambio de condición– el cumplimiento del plazo de preaviso de un (1) año previsto por el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad. Sin embargo, quienes mantuvieron su relación comercial con Electro Dunas no tuvieron que esperar dicho plazo para el cambio de condición a usuario libre, sino que pudieron hacer efectiva la migración de forma antelada.
182. Además, de la información recopilada en el expediente, no se aprecia que Electro Dunas haya exonerado del plazo a aquellos usuarios que optaron por cambiar de condición y contrataron con otro suministrador. Por el contrario, Electro Dunas solo habría exonerado del plazo de preaviso a aquellos usuarios que decidieron mantener contratos con la recurrente.
183. En ese sentido, no resulta indispensable contar con solicitudes de exoneración de plazo que hayan sido rechazadas por Electro Dunas a fin de acreditar la conducta denunciada. Ciertamente, el trato diferenciado por parte de Electro Dunas puede apreciarse claramente al haber exonerado del plazo de preaviso

⁹⁹ De la revisión de los contratos presentados por Electro Dunas y de los Boletines de Osinergmin, se observa que a las empresas Agroindustrias Macacona S.R.L. (en adelante Agroindustrias Macacona) y Nueva Ladrillera Huachipa 2007 S.A. (en adelante Nueva Ladrillera Huachipa) no se les habría exonerado del plazo de preaviso pues, en ambos casos, entre el envío de la carta de la primera propuesta de cambio de condición por parte de Electro Dunas y la fecha de suscripción del contrato de suministro como usuario libre, habría pasado más de 1 (un) año.

¹⁰⁰ De la revisión de los datos y medios de prueba que obran en el presente expediente, la Sala ha podido verificar que son 60 (sesenta) y no 58 (cincuenta y ocho) los clientes regulados que cambiaron su condición a libre manteniendo sus contratos de suministro de energía con Electro Dunas y fueron exonerados del plazo de preaviso. Ello debido a que:

- En el caso de la empresa Perú Metal Trading, esta solo cuenta con un (1) suministro y no dos (2) como señaló la primera instancia.
- Respecto a las empresas Don Fermín S.R.L., Floridablanca S.A.C. y Jehová es mi Pastor E.I.R.L., Electro Dunas sí las exoneró del plazo de preaviso prevista por el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, pues iniciaron su contrato de suministro de energía eléctrica con la recurrente antes del plazo de un (1) año establecido por dicho reglamento.

¹⁰¹ Con relación a los demás usuarios regulados que migraron al segmento libre y contrataron con otros suministradores durante el período investigado, no se cuenta con información que permita determinar si fueron objeto o no de este trato diferenciado.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

a sesenta (60) de los sesenta y dos (62) usuarios regulados que decidieron migrar al mercado libre contratando con dicha empresa y, por el contrario, haber exigido su cumplimiento a, cuanto menos, ciento diez (110) usuarios que efectuaron dicha migración y contrataron con otros suministradores.

184. Si bien Electro Dunas ha alegado que esta conducta estaría justificada en el hecho de que el plazo de preaviso sería aplicable básicamente a los usuarios regulados que migran al mercado libre con un suministrador distinto al distribuidor, dicho alegato ha sido desvirtuado por esta Sala en los párrafos previos. Además, el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad no establece la alegada distinción que justifique el trato diferenciado realizado por Electro Dunas.
185. En virtud de lo expuesto, esta Sala coincide con la primera instancia al concluir que Electro Dunas estableció un trato diferenciado para los usuarios regulados que optaban por variar su condición de regulado a libre y cambiar de suministrador, a quienes no les exoneró del plazo de preaviso de un (1) año previsto por la normativa vigente.
186. En consecuencia, este Colegiado continuará con el análisis de la conducta imputada, correspondiendo verificar la existencia o no de un efecto anticompetitivo.

III.3.3 Efecto anticompetitivo de la conducta

187. La Comisión concluyó que Electro Dunas, aprovechando su posición como única empresa suministradora de energía eléctrica a los usuarios regulados, estableció un trato diferenciado entre los usuarios que cambiaron de suministrador y aquellos que permanecían con dicha distribuidora al pasar del segmento regulado al libre. Por este motivo, la Comisión procedió a examinar si dicho trato diferenciado perjudicó injustificadamente a sus competidores.

A. Análisis del efecto anticompetitivo (efecto exclusorio) realizado por la Comisión

188. Luego de determinar la posición de dominio de Electro Dunas en el mercado relevante y de haber corroborado que dicho agente económico realizó una conducta discriminatoria no justificada, la Comisión verificó si esta práctica generó un efecto perjudicial en el mercado afectado, conforme a lo mencionado previamente.
189. La primera instancia indicó que la política de exoneración del plazo de preaviso a los usuarios libres, que antes fueron usuarios regulados en su área de



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

concesión, aplicada por Electro Dunas –aprovechando su posición de dominio en el mercado de suministro de energía a usuarios regulados– le permitió obtener beneficios en el mercado afectado antes delimitado, a costa de otros competidores.

190. Así, la posición de Electro Dunas como única empresa en el mercado relevante le permitió establecer las condiciones que aplicaría a aquellos usuarios regulados que decidieran migrar al segmento de usuarios libres y contratar el suministro de energía con una empresa generadora, en comparación con aquellos usuarios que decidieran permanecer con su empresa luego de la migración al mercado de usuarios libres. Estas condiciones fueron ofrecidas aprovechando su posición de dominio, dificultando la permanencia de sus competidores en el mercado afectado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
191. A continuación, esta Sala realizará una reseña de las conclusiones de la primera instancia con relación al efecto exclusorio detectado en la Resolución Final.

Respecto al desempeño de Electro Dunas durante el período investigado

192. Sobre este punto, la primera instancia señaló que el plazo de preaviso cobró especial importancia a partir del año 2016, debido a que en dicho año se registró un gran incremento de usuarios libres a consecuencia de la caída en los precios de energía en este mercado a nivel nacional. En dicho contexto, el plazo de preaviso sería un aspecto importante, en tanto determina el momento en el cual el usuario puede empezar a beneficiarse de la reducción de precios.
193. A partir de la información presentada por Electro Dunas, la Comisión observó que entre 2017 y 2020 se intensificó la migración al régimen de usuarios libres de clientes que provenían del mercado regulado en su área de concesión¹⁰².
194. Asimismo, la Comisión señaló que Electro Dunas registró incrementos progresivos y significativos entre 2017 y 2020, tanto en el número de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados, así como en el porcentaje de potencia que estos nuevos usuarios contrataron en dicho período:
- (i) En 2017, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Enel Generación Perú con

¹⁰² El número de nuevos usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en el área de concesión de Electro Dunas fue de 46 en 2017, 51 en 2018, 47 en 2019 y 33 en 2020. Por su parte, la potencia contratada promedio de los usuarios que ingresaron al mercado de usuarios libres tuvo una tendencia decreciente entre 2017 y 2019, mientras que en 2020 se incrementó la potencia contratada promedio de los nuevos usuarios libres, pero sin alcanzar los niveles observados en 2017 y 2018. Ver numerales 136 y 137 de la Resolución Final.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

veinticinco (25) usuarios, representando el 54% del total de nuevos usuarios en dicho año y estos usuarios contrataron una potencia de 31,475 kW en total, lo cual representó el 72% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A esta empresa le siguió Atria Energía, con trece (13) usuarios (28% del total) que representaron una potencia contratada total de 6,958 kW (16% del total).

- (ii) En 2018, la empresa que contrató con la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Electro Dunas, con diecinueve (19) usuarios, representando el 37% del total de nuevos usuarios en dicho año y estos usuarios contrataron 12,415 kW de potencia en total, lo cual representó el 46% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A esta empresa, le siguió Atria Energía con dieciséis (16) nuevos usuarios, que representaron una potencia contratada de 5,199 kW (19% del total) y Termochilca con once (11) usuarios que representaron una potencia contratada total de 5,543 kW (20% del total).
- (iii) En 2019, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Electro Dunas, con veinticuatro (24) usuarios que representaron el 51% del total y estos usuarios contrataron 10,928 kW de potencia (esto es, el 57% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres). A Electro Dunas le siguió Atria Energía, con diecisiete (17) usuarios (36% del total), que representaron una potencia contratada de 5,860 kW (30% del total de potencia contratada).
- (iv) Finalmente, en el año 2020, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Electro Dunas, con diecinueve (19) usuarios, que representaron el 58% del total de nuevos usuarios de dicho año. Estos usuarios contrataron 9,464 kW de potencia en total, lo cual significó el 62% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A Electro Dunas le siguió Atria Energía con catorce (14) usuarios (42% del total) y una potencia total de 5,740 kW (38% del total).

Nexo causal entre el desempeño de Electro Dunas y el tratamiento diferenciado en el mercado afectado



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

195. En el Informe Técnico¹⁰³ se precisa que, en la Resolución de Inicio, el análisis de precios ofrecidos a los nuevos usuarios libres mostraba que, para el año 2017, los precios de Electro Dunas se encontraban en promedio por encima de los ofrecidos por otros suministradores, mientras que los precios ofrecidos por Electro Dunas para los años 2018, 2019 y 2020 se encontraban en promedio por debajo de los precios ofrecidos por Atria Energía.
196. Adicionalmente, se identificó que durante el año 2018 se produjo un cambio significativo en la captación de nuevos usuarios libres que previamente fueron regulados, siendo que Electro Dunas habría obtenido una participación importante del mercado de suministro de energía de usuarios regulados que cambiaron su condición a usuarios libres.
197. Si bien el incremento de la referida participación de mercado de Electro Dunas podría deberse a la competencia de precios en el mercado, en un anterior pronunciamiento vinculado al presente caso¹⁰⁴ se destacó la importancia de considerar las características particulares que inciden sobre los precios medios cobrados a los nuevos usuarios libres, para lo cual resulta necesario el empleo de la mediana de los precios de usuarios libres como indicador de los precios cobrados por las empresas eléctricas. En tal sentido, correspondería establecer rangos en los cuales las empresas ofrecieron precios similares, donde la mayor captación de nuevos usuarios libres observada por parte de Electro Dunas no podría atribuirse a una competencia en precios.
198. Sin perjuicio de ello, en el Informe Técnico se precisa que corresponde evaluar toda la distribución de precios, identificando rangos en los cuales los precios ofrecidos por Electro Dunas y otros suministradores en el área de concesión de Electro Dunas se traslapan, lo que podría reflejar una mayor intensidad competitiva.
199. En ese sentido, de acuerdo con lo señalado en el Informe Técnico, la metodología para evaluar el efecto exclusorio empleada por la primera instancia, consistió en la evaluación de la distribución de los precios ofrecidos por Electro Dunas y el resto de los suministradores, para identificar las instancias donde exista un traslape de precios. Siendo así, se clasificó a los nuevos usuarios libres en el área de concesión de Electro Dunas en tres rangos:
- **Rango 1:** un suministro se encuentra en este rango cuando su precio medio es menor que el precio mínimo ofrecido por otros suministradores.

¹⁰³ En la Resolución Final, la Comisión señala que coincide con el análisis de precios y las conclusiones a los cuales se arribó en el Informe Técnico.

¹⁰⁴ Ver Resolución 0031-2021/SDC-INDECOPI.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

- **Rango 2:** en este rango están aquellos precios de Electro Dunas y de los otros suministradores, que se traslapan. El límite inferior de este intervalo es el precio mínimo ofrecido por otros suministradores, mientras que el límite superior es el precio máximo ofrecido por Electro Dunas. Se encuentran en este rango todos aquellos usuarios cuyos precios medios respondan a este intervalo.
- **Rango 3:** un suministro se encuentra en este rango cuando su precio medio es mayor que el precio máximo ofrecido por Electro Dunas.

200. El análisis de precios realizado por la Comisión¹⁰⁵ identificó la existencia de traslapes (rango de traslape de precios o Rango 2) en la distribución de precios medios de energía¹⁰⁶ ofrecidos por los suministradores, concluyendo lo siguiente:

- (i) Para el año 2017, Electro Dunas captó un solo cliente al cual exoneró del plazo de preaviso y cobró un precio mayor al ofrecido por el resto de los suministradores dentro de su área de concesión.
- (ii) Para el año 2018, se verificó la existencia de traslape de precios medios entre los precios ofrecidos por Electro Dunas y el resto de los suministradores dentro del área de concesión de Electro Dunas. Existieron veintinueve (29) nuevos usuarios que se encontraron dentro del rango de traslape de precios, de los cuales once (11) contrataron con Electro Dunas. En este rango, el precio promedio ofrecido por Electro Dunas fue ligeramente superior al ofrecido por otros suministradores (12.58 cts. S/ /kWh frente a 12.27 cts. S/ /kWh).
- (iii) Respecto al año 2019, la primera instancia indicó que no era posible afirmar que la exoneración del plazo de preaviso permitió captar significativamente más usuarios a Electro Dunas debido a que la empresa pudo ofrecer, en promedio, menores precios a los nuevos usuarios libres que previamente eran regulados.
- (iv) Finalmente, para el año 2020, la Comisión identificó a doce (12) nuevos usuarios dentro del rango de traslape de precios medios ofrecidos por

¹⁰⁵ El precio medio de la energía está formado por el precio para la potencia (PP), un precio de la energía en hora punta (PEHP) y un precio de la energía fuera de punta (PEFP), utilizando la siguiente fórmula:

$$\text{Precio ponderado} = PP / (7.2 * 0.8) + PEHP * (0.2) + PEFP * (0.8)$$

Esta fórmula es la misma que utiliza el Osinergmin para el cálculo del Precio en Barra Teórico y el Precio ponderado de las Licitaciones en la estimación del Precio en Barra.

¹⁰⁶ Cabe precisar que este análisis se realizó para los años 2018, 2019 y 2020, pues en el año 2017 Electro Dunas solo captó un nuevo usuario libre, por lo que no fue necesario efectuar el referido análisis en dicho 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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Electro Dunas y otros suministradores dentro de su área de concesión, nueve (9) de los cuales contrataron con Electro Dunas. Asimismo, el precio promedio ofrecido por Electro Dunas en este rango fue ligeramente superior al ofrecido por el resto de los suministradores (13.38 cts. S/ /kWh frente a 13.08 cts. S/ /kWh).

201. En consecuencia, la primera instancia concluyó que, durante el período de análisis, se habría generado un efecto exclusorio para veintiún (21) nuevos suministros de usuarios libres que previamente fueron regulados dentro del área de concesión de Electro Dunas.
202. Adicionalmente, la Comisión indicó que de los cuarenta y un (41) usuarios que culminaron su primer contrato con Electro Dunas entre enero de 2020 y diciembre de 2022, catorce (14) se encontraron en el rango de precios en el cual se habría generado un efecto exclusorio. De estos últimos, tres (3) no renovaron con Electro Dunas, manteniéndose como usuarios libres, pero contratando con otros suministradores.
203. La primera instancia concluyó que el 21.43%¹⁰⁷ del total de usuarios libres dentro del rango en el cual se habría generado un efecto exclusorio, cuyos contratos vencieron entre enero de 2020 y diciembre de 2022, representa el efecto neto anticompetitivo atribuible a la conducta anticompetitiva materializada por Electro Dunas durante el período investigado.
204. Por tanto, la Comisión señaló que los resultados favorables de Electro Dunas observados en el mercado afectado habrían sido influenciados por la exoneración del plazo de preaviso realizado por Electro Dunas a favor de los usuarios en el mercado regulado que aceptaban continuar siendo clientes suyos al migrar al mercado de usuarios libres, entre 2017 y 2020.
205. La primera instancia sostuvo que dicho condicionamiento realizado por Electro Dunas podría constituir un incentivo decisivo para contratar con ella a precios promedio superiores a los que ofrecían otros suministradores en el mercado. Cabe mencionar que este condicionamiento no se sustentaría en la mayor eficiencia económica en la oferta de la denunciada, sino más bien en su posición dominante y en la imposibilidad de otras empresas de ofrecer el mismo beneficio debido a que el marco regulatorio lo impedía.

¹⁰⁷ Este porcentaje se obtuvo de dividir el número de clientes que cambiaron de suministrador una vez vencido su contrato con Electro Dunas (3 clientes) entre el total de contratos de Electro Dunas que finalizaron entre enero de 2020 y diciembre de 2022 y se encontraban en el rango de traslape de precios (14 clientes).



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

B. Argumentos en apelación presentados por Electro Dunas¹⁰⁸

Respecto a la metodología empleada en los casos de Ensa y Seal

206. Electro Dunas señala que bajo una metodología similar a la empleada en los casos de Ensa y Seal, se evidenciaría que la aplicación del plazo de preaviso no ha generado un supuesto efecto exclusorio en el mercado. Agregó que, si bien hubo un incremento en la participación de Electro Dunas en el segmento de nuevos clientes libres en su zona de concesión durante el período de análisis, no es posible afirmar que ello se debió a la exoneración del plazo de preaviso. Por el contrario, resulta posible que la razón de tal incremento fuera el precio competitivo ofrecido por Electro Dunas (menor que la competencia), incluso siendo el más bajo en ciertos meses. Por lo tanto, no se evidenciaría un nexo causal entre los supuestos efectos y la conducta imputada.
207. Sobre el particular, la primera instancia señaló que, según la información presentada por Electro Dunas, entre 2017 y 2020 se intensificó la migración al régimen de usuarios libres de usuarios que provenían del mercado regulado en su área de concesión. Así, en 2017 migraron cuarenta y seis (46) usuarios libres que antes eran regulados, con una potencia contratada promedio de 948 kW; en 2018 ingresaron cincuenta y uno (51) nuevos usuarios, con una potencia contratada promedio de 542 kW; en 2019 ingresaron cuarenta y siete (47) usuarios con una potencia contratada promedio de 410 kW; y, finalmente, en 2020 fueron treinta y tres (33) los usuarios que pasaron de ser regulados a libres, con una potencia contratada promedio de 461 kW¹⁰⁹.
208. En efecto, de acuerdo con lo observado en el Gráfico 1, Electro Dunas registró incrementos significativos tanto en el número de nuevos usuarios libres que previamente fueron regulados, durante el período de análisis (2017 – 2020), como en el porcentaje de potencia que los nuevos usuarios libres contrataron en el referido período.

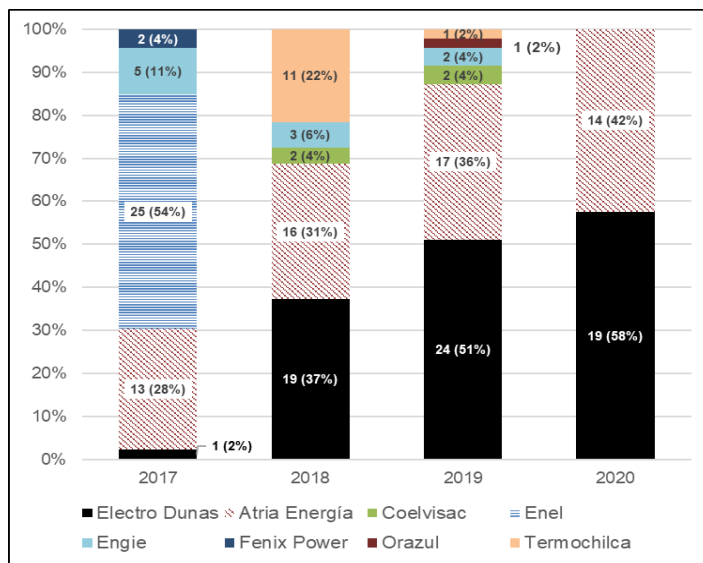
**Ver gráfico en la
siguiente página**

¹⁰⁸ Cabe señalar que se han tomado en consideración los argumentos presentados por Electro Dunas en su escrito de apelación, así como aquellos incluidos en el Segundo Informe Económico de Electro Dunas.

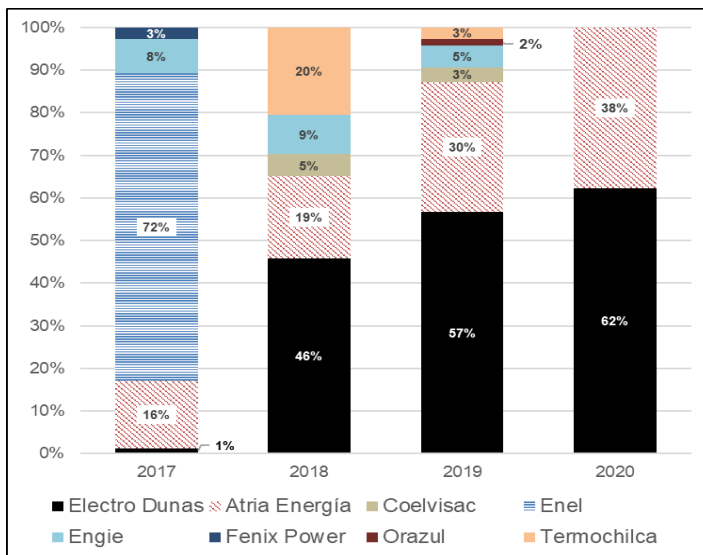
¹⁰⁹ Al respecto, ver Gráfico 4 del Informe Técnico.

Gráfico 1
Número de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados y su potencia contratada total en el área de concesión de Electro Dunas, por empresa suministradora (2017 – 2020)

(a) Número de nuevos usuarios



(b) Potencia contratada total



Fuente: Gráfico 3 de la Resolución Final.
Elaboración: Comisión.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

209. Asimismo, entre 2017 y 2020 se observa que Electro Dunas llegó a posicionarse como la empresa más importante del mercado afectado, pues en 2017 concentró solo el 1% de la potencia acumulada contratada, mientras que para el año 2020 obtuvo el 32% de la potencia contratada acumulada¹¹⁰.
210. La apelante señala que estos incrementos en el número de usuarios libres y en la potencia contratada se deberían a sus menores precios de suministro de energía y no a la conducta investigada.
211. En atención a lo alegado, se revisará la metodología empleada por la primera instancia a fin de evaluar si existe un nexo causal entre la exoneración del plazo de preaviso y el desempeño de Electro Dunas.
212. Anteriormente¹¹¹ la Sala ha indicado que pueden existir otros elementos, además del precio, que pueden ser capaces de incidir en la elección del suministrador por parte de los clientes libres procedentes del mercado regulado.
213. Considerando entonces el argumento expuesto en apelación por Electro Dunas respecto a sus precios y la importancia de esclarecer el impacto específico de la exoneración selectiva del plazo de preaviso en dicho contexto, resulta necesario –para efectos de este caso en particular– hallar un rango de precios en el cual efectivamente concurren de forma similar Electro Dunas y sus competidores. Esto último permitirá constatar la existencia o no de una influencia generada por la conducta imputada, más allá de los alegados precios.
214. Al enfocar el análisis en el rango donde los precios ofrecidos por Electro Dunas y otros suministradores se traslapan, se podrá identificar en qué medida la exoneración del plazo de preaviso se tornaría relevante en la decisión de los usuarios regulados que buscaban migrar y ser usuarios libres.
215. En ese sentido, no se aprecia que la primera instancia haya desconocido que Electro Dunas registró precios más bajos que algunos suministradores durante el período analizado. Por el contrario, es considerando estas diferencias que empleó una metodología con distinciones en relación con los casos mencionados por la apelante. El objetivo de esta metodología es identificar si la exoneración del plazo de preaviso generó un condicionamiento que, para algunos usuarios, podría constituir un incentivo decisivo para contratar con Electro Dunas. Ello, tomando en cuenta su posición de dominio y la

¹¹⁰ Al respecto, ver Gráfico 4 de la Resolución Final.

¹¹¹ Conforme se ha señalado en la Resolución 0031-2021/SDC-INDECOPI.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

imposibilidad de otros suministradores de replicar la exoneración del plazo de preaviso.

216. Por otro lado, Electro Dunas señaló que existen factores distintos a la conducta que podrían explicar la caída de participación del resto de suministradores. En efecto, alegó que la propia naturaleza operativa de las generadoras determina que los usuarios regulados que cambiaron su condición a libre con una menor demanda de potencia no sean parte de su clientela objetivo. La apelante agregó que la clientela de las grandes generadoras (usuarios que demandan altos niveles de potencia, divididos en suministros de mediano consumo) tenderá a ser menor respecto a los clientes objetivo de Electro Dunas (clientes medianos con un solo suministro)¹¹². De esa forma, el universo de clientes atractivos para las generadoras se irá reduciendo en el tiempo debido a que el crecimiento de la demanda en este mercado es limitado.
217. A criterio de la Sala, dentro del rango de traslape de precios, cuando el precio promedio de Electro Dunas estuviera por debajo del precio de varios de sus competidores, la existencia de una mayor cuota de mercado de esta empresa no demostraría un efecto exclusorio. En ese sentido, la Sala coincide con el análisis de la primera instancia, que acota el efecto exclusorio a los usuarios que se ubican en el rango de traslape de precios y solo en la medida que el precio promedio de los competidores se encuentre por debajo del de Electro Dunas, pues en dicha situación la exoneración del plazo de preaviso se tornaría relevante.
218. Si bien aun en los supuestos donde el precio promedio de Electro Dunas estuviera por debajo de los precios de sus competidores, pudo haber algún usuario que optó por Electro Dunas por la exoneración del plazo de preaviso y no por sus menores precios, se asume un escenario conservador al no considerar esa posibilidad y al tomar en cuenta solo a los usuarios que se encuentren en el rango de traslape de precios.
219. A mayor abundamiento, dentro del análisis sobre los efectos de la conducta, la primera instancia realizó pruebas estadísticas de diferencias de medias para las potencias contratadas por los nuevos usuarios libres que contrataron con Electro Dunas frente a las potencias contratadas por los nuevos usuarios libres que contrataron con otros suministradores entre 2017 y 2020.

¹¹² En el Segundo Informe Económico de Electro Dunas se señala que, del análisis del nivel de consumo de energía de los clientes de las generadoras a nivel nacional, se encuentra que este es notablemente superior al de los clientes de Electro Dunas o Atria. Esto se debería al grado de especialización de las generadoras con clientes de gran consumo.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

220. Los resultados muestran que, en promedio, los nuevos usuarios libres que contrataron con Electro Dunas demandaron una mayor potencia que los usuarios libres que contrataron con el resto de los suministradores. Sin perjuicio de lo anterior, la diferencia entre el promedio de las potencias contratadas por los usuarios de Electro Dunas y los usuarios del resto de suministradores no es estadísticamente significativa. Ello debido a que los resultados de las pruebas estadísticas de diferencias de medias aplicadas para cada año, tanto para el total de las observaciones como para las observaciones correspondientes al rango de traslape de precios, no permiten rechazar la hipótesis nula de igualdad de los valores promedio de las potencias contratadas por los clientes de Electro Dunas y los clientes del resto de suministradores¹¹³.
221. En ese sentido, el alegato referido a la focalización de los generadores en los clientes de mayor demanda no encuentra correlación –en el mercado afectado en este caso en concreto– con la información recabada respecto de los clientes libres que específicamente venían del ámbito regulado dentro del área de concesión de Electro Dunas.
222. Finalmente, si bien las cuotas de mercado de Electro Dunas y el resto de los suministradores pueden ser un elemento para considerar en el análisis de los efectos de la conducta anticompetitiva, no es el factor más relevante, pues en el presente caso, existió un efecto exclusorio identificado a través del rango de traslape de precios. Por lo tanto, se desestima lo señalado por la recurrente sobre este punto.
223. Electro Dunas señaló que no es posible afirmar que la conducta imputada tuvo un efecto exclusorio con Atria Energía, pues dicha empresa registró un incremento significativo de su participación dentro del área de concesión de Electro Dunas, a pesar de que no tenía la posibilidad de ofrecer la exoneración del plazo de preaviso.
224. Sobre el particular, en el presente caso no se evalúa una afectación particular a la empresa denunciante (Atria Energía), sino si la conducta imputada tuvo un efecto restrictivo, impidiendo u obstaculizando a la competencia en el mercado afectado. El Gráfico 1 muestra que Electro Dunas registró incrementos significativos, mientras que Atria Energía tuvo un aumento moderado en el número de nuevos usuarios libres que antes fueron regulados y en la potencia

¹¹³ La hipótesis nula es un enunciado que se pone a prueba, es decir, que se utiliza para negar o afirmar un supuesto en relación con algún parámetro de una población o muestra.

Los resultados de los p-valores obtenidos de las pruebas de hipótesis (test de diferencia de medias) superan el valor del coeficiente de significación de 5%, por lo que no se rechaza la hipótesis nula de igualdad de medias en las pruebas realizadas.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

contratada, lo cual no desestima los potenciales efectos en otros competidores del mercado. Por ejemplo, dentro del rango de traslape, en los años 2018 y 2020, los precios medios de Electro Dunas fueron, en promedio, superiores a los ofrecidos por el resto los suministradores, pese a lo cual, tales competidores no lograron asentarse en el mercado afectado, en un contexto donde precisamente la empresa denunciada realizó la diferenciación cuestionada en relación con la exoneración del plazo de preaviso. Esto resulta congruente con el hecho de que la Comisión identificara un efecto exclusorio para ambos años¹¹⁴.

225. En el caso de Atria Energía, si bien se mantuvo en el mercado afectado, esto obedece a que se trata de una empresa especializada en este mercado de clientes intermedios¹¹⁵ (clientes libres que contratan entre 200 y 2,500 kW de potencia) y que logró captar algunos clientes por realizar una oferta atractiva respecto del precio para usuarios regulados. Sin embargo, esta empresa vio limitada su actuación competitiva en dicho mercado pues, a diferencia de Electro Dunas, no tenía la capacidad de aplicar la exoneración del plazo de preaviso. Por su parte, otros suministradores no pudieron captar nuevos usuarios libres en el año 2020 dentro del área de concesión de Electro Dunas, observándose incluso una disminución en su captación de nuevos usuarios libres desde el año 2018.

226. En consecuencia, se desestima lo alegado por la apelante en este punto.

Respecto a la metodología empleada en el presente caso

227. Electro Dunas alegó que la Comisión aplicó una nueva metodología que selecciona arbitrariamente la información a evaluar con el único objetivo de poder sustentar su hipótesis anticompetitiva, esto es, que Electro Dunas presuntamente habría aplicado condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y que sus competidores habrían sido colocados en una situación desventajosa. Adicionalmente, la empresa apelante señaló lo siguiente:

- (i) La metodología omite los rangos inferiores y superiores al intentar encontrar una muestra comparable de precios (rango de traslape de precios)¹¹⁶, lo cual genera un sesgo donde solo se observan los clientes

¹¹⁴ Ver numeral 200 de la presente resolución.

¹¹⁵ De acuerdo con lo señalado en el Informe de Clasificación de Apoyo y Asociados del año 2021. Al respecto ver: <https://www.aai.com.pe/wp-content/uploads/2021/05/Atria1220.pdf>. Fecha de última visita: 15 de marzo de 2024.

¹¹⁶ En el Segundo Informe Económico de Electro Dunas, se le denomina "rango intermedio".



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

con los precios más altos cobrados por Electro Dunas. En particular, sostuvo que se incurre en un sesgo de selección, pues la muestra empleada no representa la población estudiada¹¹⁷, omitiendo que Electro Dunas es un suministrador con una oferta competitiva y de las más bajas del mercado¹¹⁸.

- (ii) Si la metodología de la Comisión consiste en centrarse únicamente en el rango de traslape de precios, ello conllevará a omitir que los precios de Electro Dunas son los más bajos del mercado, puesto que la mayoría de sus contratos suscritos se encuentran en el rango de precios bajos, mientras que la mayoría de los contratos suscritos con la competencia están en el rango más alto¹¹⁹. Es evidente que, con esta metodología, la Comisión concluiría que sus precios promedios son más altos y que los de sus competidores son más bajos.
- (iii) Dado que los precios no presentan una distribución uniforme dentro del rango intermedio, utilizar el promedio como indicador genera un sesgo en el análisis, pues el precio más alto siempre será el de Electro Dunas y el más bajo, el de otro suministrador¹²⁰. De ese modo, el promedio de Electro Dunas tiende a ser mayor que otros suministradores.

Adicionalmente, en su escrito de apelación, Electro Dunas precisa que la exclusión selectiva conlleva a que no se considere dentro del análisis el 42% y el 63.63% del total de transacciones del año 2018 y 2020, respectivamente. Estas transacciones incluirían contratos suscritos con Electro Dunas que registrarían los menores precios del mercado.

¹¹⁷ Como resultado de ello, según la Comisión, Electro Dunas pasó de tener un precio de 1.24 cts. S/ /kWh por debajo de la competencia durante todo el período, a tener un precio mayor que la competencia en 0.31 cts. S/ /kWh durante todo el período, en el tramo de precios considerado por la primera instancia. Lo mismo sucedió en el año 2020, donde se excluyó el 63.63% del total de transacciones, siendo que el 47.62% correspondían a contratos suscritos con Electro Dunas que registraron los menores precios del mercado y el 52.38% corresponden a Atria Energía, cuyos precios son los más altos en un aproximado de 4 cts. S/ /kWh por encima de los precios de Electro Dunas.

Asimismo, Electro Dunas precisa que la Comisión solo comparó los precios promedio de las doce (12) operaciones restantes, elevando artificialmente los precios promedio de la empresa, la cual pasa de tener un precio de 2.02 cts. S/ /kWh por debajo de Atria Energía a tener un precio mayor en 0.33 cts. S/ /kWh.

¹¹⁸ En su escrito de apelación, Electro Dunas señala que la metodología de la Comisión presenta sesgos en la muestra seleccionada, debido a que las transacciones materia de evaluación involucran entre 33 a 50 operaciones, por lo que no existe razón para llevar a cabo un muestreo.

En el Segundo Informe Económico de Electro Dunas, se pone como ejemplo el precio promedio de Electro Dunas durante el año 2018 precisando que, de haber considerado la totalidad de información de precios, y no solo la del rango de traslape de precios, se encontraría que los precios de Electro Dunas a nuevos clientes libres durante 2018 son más bajos que los ofrecidos por otros suministradores.

¹¹⁹ Esto generaría que no se incluya dentro del análisis al 42% del total de transacciones del año 2018. Dentro de dicho universo, el 33.33% de contratos excluidos corresponden a los suscritos con Electro Dunas y que registraron los menores precios del mercado; y el 66.67% (el doble de transacciones) corresponden a los contratos suscritos por otros suministradores y que registraron los precios más altos del mercado.

¹²⁰ Ello, debido a que en el rango intermedio donde ocurre el traslape de precios, el promedio de los precios de Electro Dunas –al contener siempre el precio máximo– tiende a ser más alto que el de otros suministradores.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

79/128

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

228. Respecto a los puntos expuestos en el numeral anterior, el objetivo de la primera instancia no fue tomar una muestra representativa de toda la población dentro del área de concesión de Electro Dunas, como sugiere la apelante, sino encontrar un tramo en el que el precio de Electro Dunas sea similar al de sus competidores, de modo que permita determinar la relevancia de la exoneración del plazo de preaviso en la elección de Electro Dunas como suministrador de energía, al efectuarse la migración del mercado regulado al libre.
229. En ese sentido, tal como se señaló previamente¹²¹, la metodología para evaluar el efecto exclusorio consideró la distribución de los precios ofrecidos por Electro Dunas y el resto de los suministradores para identificar los tramos donde existió un traslape de precios. Para ello, la Comisión clasificó a los nuevos usuarios libres en el área de concesión de Electro Dunas en tres rangos, siendo de interés para la evaluación del presente caso, el rango de traslape de precios¹²² donde los precios de Electro Dunas y el resto de los suministradores resultaron equiparables y, por ende, donde la exoneración del plazo de preaviso podría haber tenido un rol decisivo para los usuarios regulados que migraron a la condición de usuarios libres.
230. De este modo, la Comisión focalizó el análisis en el rango de traslape de precios, no con el objetivo de dejar fuera del análisis a determinadas transacciones que no apoyen la hipótesis anticompetitiva sino, por el contrario, para identificar el potencial efecto de la exoneración del plazo de preaviso en la decisión de los usuarios regulados que migraron a usuarios libres.
231. Ahora bien, esta Sala considera que la metodología empleada por la Comisión puede ser complementada con el objetivo de realizar una comparación de precios adecuada –en este caso, tomando en cuenta suministros con niveles de potencia contratada similares–, además de estimar los potenciales ahorros que afrontaría una empresa en caso se le exonere del plazo de preaviso.
232. En tal sentido, corresponde aplicar la aludida metodología de traslape de precios, considerando a los usuarios comparables de acuerdo con su nivel de potencia contratada para los años 2018 y 2020¹²³. Ello, con el objetivo de realizar un cotejo de precios entre usuarios que demandaron niveles de potencia contratada similares.

¹²¹ Al respecto, ver sección A. *Análisis del efecto anticompetitivo (efecto exclusorio) realizado por la Comisión*, de la presente resolución.

¹²² Ver numeral 199 de la presente resolución.

¹²³ Cabe precisar que solo se realiza el análisis para los años 2018 y 2020, pues en el año 2017, Electro Dunas captó un único nuevo usuario libre que previamente había sido regulado; mientras que, en el año 2019, la primera instancia no identificó un efecto exclusorio como resultado de la conducta.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

233. Previo a la determinación de los rangos respectivos, esta Sala ha clasificado la información en tres grupos, de acuerdo con el nivel de potencia contratada por los usuarios libres que previamente fueron regulados dentro del área de concesión de Electro Dunas:

- Grupo 1: un suministro se encuentra en este grupo cuando su potencia contratada es menor al percentil 25 de la referida potencia.
- Grupo 2: el límite inferior de este intervalo es el percentil 25 de la potencia contratada, mientras que el límite superior es el percentil 75 de la misma variable. Se encuentran en este grupo todos aquellos usuarios cuyas potencias contratadas constan en este intervalo.
- Grupo 3: un suministro se encuentra en este grupo cuando su potencia contratada es mayor que el percentil 75 de la referida potencia.

234. Luego, se aplicó la metodología de traslape de precios para cada uno de los grupos por año, para corroborar si existió un efecto exclusorio.

235. Incluso considerando este ajuste en la metodología empleada por la Comisión, se identificaron rangos de traslape de precios en algunos grupos –los cuales se conformaron de acuerdo con su nivel de potencia–, donde nuevos usuarios libres contrataron con Electro Dunas pese a que el precio promedio ofrecido por esta empresa era ligeramente superior al ofrecido por otros suministradores¹²⁴. En ese sentido, los resultados obtenidos por la Comisión no se ven afectados si se realiza una comparación entre usuarios con un nivel de potencia contratada similar.

236. El segundo punto que esta Sala considera relevante para analizar la importancia de la exoneración del plazo de preaviso para un usuario regulado que decidía cambiar a la condición de usuario libre, son los pagos que realizaría dicho usuario una vez elija a su suministrador y suscriba con este un contrato de –al menos– tres (3) años¹²⁵. Para ello, se tendrá en cuenta lo siguiente: (i) el

¹²⁴ Para el año 2018, se identificó un rango de traslape de precios para los grupos 2 y 3, donde el precio promedio ofrecido por Electro Dunas era ligeramente superior al ofrecido por el resto de los suministradores. A pesar de ello, diez (10) usuarios contrataron con Electro Dunas.

En el año 2020, se identificó un rango de traslape de precios para el grupo 2 (agrupado de acuerdo con su nivel de potencia contratada, ver numeral 233 de la presente resolución), donde el precio promedio ofrecido por Electro Dunas era ligeramente superior al ofrecido por el resto de los suministradores. A pesar de ello, cinco (5) usuarios contrataron con Electro Dunas.

¹²⁵ Según lo establecido por el artículo 4.4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, se considera una duración de contrato de tres (3) años, debido a que es el plazo mínimo que debe permanecer un nuevo usuario libre en tal condición, luego de la migración.

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

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

81/128

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

consumo promedio anual de aquellos usuarios que se encontraron en los rangos de traslape de precios en 2018 y 2020¹²⁶; (ii) el precio de la energía como usuario regulado en 2018 fue de 29.00 céntimos de sol por kWh, mientras que en 2020 fue de 31.02 céntimos de sol por kWh¹²⁷; (iii) el precio promedio cobrado por Electro Dunas en el mercado libre en 2018 ascendió a 12.59 céntimos de sol por kWh, mientras que en 2020 ascendió a 13.39 céntimos de sol por kWh¹²⁸; y, (iv) el precio promedio cobrado por los demás suministradores en 2018 fue de 12.54, 12.36, 12.66 y 12.09 céntimos de sol por kWh para Atria Energía, Coelvisac, Engie y Termochilca, respectivamente, mientras que en 2020 fue de 13.08 céntimos de sol por kWh para Atria Energía.

237. Respecto a los pagos que realizaría el potencial nuevo usuario libre durante un período de tres años, se aprecia que en caso hubiera elegido a Electro Dunas y hubiera iniciado el contrato en el año 2018, el referido usuario habría pagado el precio correspondiente a este segmento del mercado durante los tres años, lo cual habría sumado un monto promedio de S/ 486,848.00¹²⁹ por todo el período. En contraste, si el usuario hubiera elegido a otro suministrador, tendría que haber cumplido el plazo de preaviso y mantenerse como usuario regulado durante el primer año –es decir, pagando el precio regulado– para recién luego

Artículo 4.- Requisitos y condiciones

(...)

4.4 El usuario tiene la obligación de permanecer en la nueva condición durante un plazo mínimo de 3 (tres) años.

¹²⁶ Cabe señalar que se realizará el análisis para los años 2018 y 2020, años en los que la Comisión identificó un efecto exclusorio mediante el análisis del rango de traslape de precios.

¹²⁷ Para obtener este valor, primero se calcula el precio ponderado de la energía cobrada a los usuarios regulados con la opción tarifaria MT3 (media tensión con medición de 2 energías activas y 2 potencias activas) de manera mensual, entre enero y diciembre de 2018 y 2020, en el sistema eléctrico de Ica (el cual es el sistema eléctrico más importante del departamento de Ica y, además, concentra la mayor participación en términos de energía consumida por los usuarios regulados de Electro Dunas en su área de concesión), utilizando la siguiente fórmula:

$$\text{Precio} = \text{Precio Potencia } S/ \text{ por Kw-mes} / (7.2 * 0.8) + \text{Precio Energía Hora Punta } \text{cts } S/ \text{ por Kwh} * 0.2 \\ + \text{Precio Energía Fuera Punta } \text{cts } S/ \text{ por Kwh} * 0.8$$

Al respecto, consultar los pliegos tarifarios en el siguiente enlace:

<https://www.osinergmin.gob.pe/Tarifas/Electricidad/PliegoTarifario?Id=110000>. Fecha de última visita: 15 de marzo de 2024.

¹²⁸ Es pertinente señalar que los cálculos consideran el precio promedio de los usuarios libres (que previamente habían sido regulados) de Electro Dunas que hayan facturado en los años 2018 y 2020, y que se encuentran en el rango de traslape de precios.

¹²⁹ Que resulta de la suma de los productos de la multiplicación del consumo anual por el precio de la energía de Electro Dunas de cada año (2018-2020). Cabe señalar que, en el segundo año del contrato, la multiplicación del consumo anual y el precio de la energía de Electro Dunas considera el factor de actualización de 0.8929, que resulta de aplicar la fórmula $\left(\frac{1}{1+12\%}\right)^1$ que permite llevar la facturación del año 2019 a valores del año 2018 considerando una tasa de descuento de 12%, que es la tasa utilizada por la Ley de Concesiones Eléctricas. Para el tercer año, se emplea el factor de actualización 0.7972 que resulta de aplicar la fórmula $\left(\frac{1}{1+12\%}\right)^2$ que permite llevar la facturación del año 2020 a valores del año 2018.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

82/128

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

pagar el precio del segmento libre los dos años siguientes, considerando ello, el usuario habría pagado en promedio más de 700 mil soles¹³⁰.

238. En caso el usuario hubiera iniciado el contrato en el año 2020¹³¹ y hubiera elegido suministrador a Electro Dunas, pagaría un monto actualizado ascendente –en promedio– a S/ 198,058.00 por los tres años, mientras que con el otro suministrador disponible (Atria Energía) hubiera pagado un monto –en promedio– equivalente a S/ 292,201.00 debido a que, en este último caso, el cliente no se vería exonerado del plazo de preaviso durante el primer año¹³².
239. De lo anterior se advierte que la exoneración del plazo de preaviso aplicada por Electro Dunas le permitió posicionarse como la opción más favorable para los usuarios libres provenientes del mercado regulado que se ubicaron en el rango de traslape de precios. Ello, debido a que, en caso tales usuarios hubieran decidido migrar con un suministrador distinto a Electro Dunas, tendrían que haber pagado el precio del segmento regulado –el cual era significativamente más alto que el precio del segmento libre– durante el primer año.
240. En ese sentido, esta Sala coincide con la Comisión en considerar que existe un efecto exclusorio para los años 2017, 2018 y 2020 como resultado de la exoneración del plazo de preaviso aplicado por Electro Dunas en su área de concesión. Es así como, en 2017, se identificó un nuevo suministro que contrató con Electro Dunas a precios por encima de los ofrecidos por otros suministradores y veinte (20) nuevos suministros (11 en 2018 y 9 en 2020) captados por Electro Dunas que se encontraron en el rango de traslape de precios, cuyo promedio para cada año, fue ligeramente superior al promedio de los precios ofrecidos por otros suministradores en el mismo rango de traslape. En tales casos, el elemento que hacía más atractiva la oferta de Electro Dunas era precisamente la exoneración del plazo de preaviso que solo podría otorgar

¹³⁰ A diferencia del cálculo anterior, en el año 2018 se considera el precio regulado y a partir de 2019, los precios de la energía (libre) de los otros suministradores dentro del traslape de precios.

Los pagos que realizaría el potencial cliente durante un período de tres (3) años sería de S/ 721,616.00 en caso contrate con Atria Energía, de S/ 717,247.00 en caso contrate con Coelvisac, S/ 724,667.00 en caso contrate con Engie y S/ 710,792.00 en caso contrate con Termochilca.

¹³¹ En este caso también se considera un contrato de tres (3) años, por lo que los pagos presentados corresponden al período 2020-2022. Al igual que en el escenario de 2018, para el caso de Atria se consideró el precio regulado para el primer año del período (en tanto Atria no puede exonerar al usuario del período de preaviso). Asimismo, se tomó en cuenta el factor de actualización para los años 2021 y 2022, para llevar la facturación de dichos años a valores del año 2020.

¹³² Se está tomando en cuenta el año 2020, debido a que es parte del período durante el cual se realizó el trato diferenciado anticompetitivo evaluado en este procedimiento y se habría producido un efecto exclusorio. Por ende, resulta pertinente estimar el monto que -en promedio- habrían tenido que asumir los clientes que hubieran optado por migrar con otros suministradores, considerando los precios regulados a pagar el año 2020 por la falta de exoneración selectiva del plazo de preaviso.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

esta última empresa en base a su posición de dominio en el mercado relevante¹³³.

241. Por otro lado, Electro Dunas señaló que concluir que existió un efecto anticompetitivo a partir de tres (3) clientes que no renovaron con dicha empresa de un total de sesenta y tres (63) clientes exonerados, resulta desproporcional, ya que la posible afectación a estos tres clientes no limita la competencia significativamente y resulta insuficiente para argumentar la existencia de un efecto exclusorio. Incluso, el hecho de que tres usuarios decidieran contratar con otro suministrador luego del vencimiento de su contrato con Electro Dunas no implica que la elección de este suministrador haya sido resultado de la presunta conducta imputada.
242. Asimismo, la apelante indica que la Comisión omite información relevante sobre suministros obtenidos por Electro Dunas durante y después del período imputado que no podrían haber sido influenciados por una exoneración del plazo de preaviso¹³⁴. La existencia de estos casos sería un indicio de que Electro Dunas no dependía de la exoneración del plazo de preaviso para obtener nuevos clientes.
243. Conforme se ha expuesto previamente, el análisis realizado considera a aquellos usuarios que forman parte del mercado afectado y que se encuentran en el rango de traslape de precios. De ese modo, la primera instancia identificó veintiún (21) nuevos suministros de usuarios libres que antes fueron regulados, respecto a los cuales se habría evidenciado un efecto exclusorio. Lo anterior pudo ser determinado, en tanto tales usuarios corresponden a un segmento de precios equiparables, siendo que Electro Dunas tuvo precios ligeramente mayores a sus competidores, pero su oferta resultó atractiva debido a la diferenciación efectuada (al otorgar selectivamente la exoneración del plazo de preaviso) en ejercicio de la posición de dominio de Electro Dunas.
244. En ese sentido, sí se han considerado en el análisis los suministros de nuevos usuarios libres que contrataron con Electro Dunas durante el período de análisis.

¹³³ Cabe señalar que, incluso realizando una comparación de precios que tome en cuenta suministros con niveles de potencia contratada similares, se identificaron rangos de traslape de precios donde los nuevos usuarios libres contrataron con Electro Dunas pese a que el precio promedio ofrecido por esta empresa era ligeramente superior al ofrecido por el conjunto de los otros suministradores. En ese sentido, los resultados obtenidos por la Comisión no se ven desvirtuados si se realiza una comparación entre usuarios con un nivel de potencia contratada similar.

¹³⁴ Específicamente, veinticuatro (24) suministros que inicialmente migraron con Electro Dunas y optaron por renovar con el distribuidor; treinta y un (31) suministros que inicialmente migraron con otros suministradores, pero culminados dichos contratos, volvieron a contratar con Electro Dunas; y treinta y tres (33) nuevos suministros fuera de la zona de concesión.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

245. Respecto al desarrollo de estos contratos de suministro suscritos durante el período imputado, de acuerdo con el análisis de la Comisión, se evaluó a aquellos usuarios que migraron al mercado libre, con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta 2,500 kW, cuyos contratos con Electro Dunas culminaron a diciembre de 2022. Fueron cuarenta y un (41) usuarios que culminaron su primer contrato con Electro Dunas entre enero de 2020 y diciembre de 2022, de los cuales catorce (14) se encontraron en el rango de precios donde se habría generado el efecto exclusorio. De este último grupo de usuarios, tres (3) usuarios no renovaron con Electro Dunas, pese a que se mantuvieron como usuarios libres, por lo que –al menos– el **21.43%** de usuarios ubicados en el referido rango, habría decidido contratar inicialmente con Electro Dunas debido a la exoneración del plazo de preaviso.
246. Electro Dunas señala que la Comisión desconoce los criterios determinados por la Sala en casos anteriores, en los que se estableció que la no renovación de los contratos originales con los distribuidores no es un factor que permita dimensionar el presunto efecto exclusorio de la conducta imputada. Ello, debido a que las renovaciones o no renovaciones de los contratos pueden explicarse en función a distintas circunstancias en cada caso en particular.
247. A criterio de la Sala, si bien la primera instancia aludió a la tasa de no renovación de contratos, eso no significa que el efecto anticompetitivo se encuentre circunscrito o limitado únicamente a esos clientes ni que la conducta anticompetitiva solo haya desplegado efectos respecto a esos tres clientes en este caso en particular, menos aún que la determinación de responsabilidad se sustente solo en tales clientes en concreto (lo cual el apelante califica como “desproporcional”). Conforme a lo antes desarrollado, el efecto restrictivo se dio en el mercado afectado, apreciándose específicamente en los rangos de traslape de precios, donde la exoneración diferenciada del período de preaviso constituyó una ventaja para la oferta de Electro Dunas frente a sus competidores (con el impacto económico respectivo), lo cual fue llevado a cabo en base al poder de mercado de Electro Dunas en el mercado relevante respectivo y no a una eficiencia concurrencial.
248. Por otra parte, a diferencia de lo alegado por Electro Dunas, no corresponde valorar los suministros obtenidos por dicha empresa antes y después del período de análisis. Si bien la imputada considera que la captación de tales clientes podrían ser un indicio de que no dependía de las exoneraciones de plazo de preaviso para que su oferta fuera atractiva, esto no enerva que efectivamente dicha empresa optó por brindar ese beneficio de forma diferenciada (el cual, como se ha dicho, resulta económicamente valioso para los clientes), usando su posición de dominio en un mercado para tener una



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

ventaja en otro, produciendo un efecto restrictivo con relación a sus competidores.

249. Sin perjuicio de ello, la Sala aprecia que la evaluación efectuada por la Comisión ha medido el alcance del efecto exclusorio de la conducta imputada en función a los contratos que finalizaron entre enero de 2020 y diciembre de 2022. Cabe señalar que existían contratos celebrados durante el período en el cual se desplegó la conducta imputada, que aún no habían vencido y no resultaba posible conocer si tales clientes hubieran permanecido con Electro Dunas o hubieran cambiado de suministrador.
250. Conforme a lo antes señalado, al margen de que la empresa imputada sostenga que la renovación o no de los contratos de suministro pueda explicarse por diversas circunstancias propias de cada caso particular, también es cierto que resulta factible que existan clientes que se mantengan con Electro Dunas (su primer suministrador) por un factor de continuidad o inercia, de manera que dichos usuarios podrían haber postergado el costo de búsqueda de suministradores alternativos y renovado automáticamente su contrato con Electro Dunas. En ese sentido, el valor que representaría la referida estimación del porcentaje de clientes que habrían optado por contratar con Electro Dunas considerando la exoneración del plazo de preaviso, inclusive es pasible de estar subestimado.
251. La Sala considera que, en este apartado de la presente resolución, lo que se busca estimar es el alcance de la conducta en el mercado afectado, para ponderarlo dentro de los efectos anticompetitivos de la conducta de Electro Dunas. Para tales efectos, resulta más adecuado apreciar el porcentaje de clientes a quienes se les aplicó la exoneración del plazo de preaviso, respecto del total de clientes que migraron en el área de concesión de Electro Dunas y que eligieron a dicha empresa como su suministrador durante el período investigado¹³⁵.
252. A partir de las cartas de preaviso, la información de los contratos y la información de ventas en el mercado libre que obra en el expediente, se ha podido verificar que sesenta y dos (62) clientes que cambiaron de condición de regulado a libre entre los años 2017 y 2020 contrataron con Electro Dunas dentro de su área de concesión. De estos sesenta y dos (62) usuarios, se pudo verificar que Electro Dunas aplicó la exoneración del plazo de preaviso a sesenta (60) usuarios. En ese sentido, el alcance de la conducta corresponde al 96.77%, conforme al porcentaje de clientes captados por Electro Dunas respecto de los cuales medio la aplicación de la exoneración diferenciada materia de análisis.

¹³⁵ Esta aproximación fue empleada en las Resoluciones 035-2022/SDC-INDECOPI y 094-2022/SDC-INDECOPI.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

253. Incluso considerando únicamente a los veintiún (21) nuevos suministros de usuarios libres que antes fueron regulados y fueron captados por Electro Dunas, en los cuales el trato diferenciado objeto de imputación generó un efecto exclusorio –según lo indicado en el numeral 240 del presente pronunciamiento–, se evidencia que la referida conducta tuvo un alcance incluso del 100%, en tanto la totalidad de los mencionados usuarios fueron exonerados del plazo de preaviso por Electro Dunas.

Otros argumentos sobre el análisis de efectos de la conducta analizada

254. Electro Dunas señala que no captó usuarios libres previo al año 2018. Ello demostraría que la exoneración del plazo de preaviso no fue una de las variables determinantes para mejorar su desempeño en el mercado de usuarios libres, pues de haber sido así, habrían migrado masivamente a los clientes en los años 2016 y 2017, lo cual no ocurrió.

255. Sobre el particular, la evidencia recopilada en el presente caso muestra que fue a partir del año 2017 que Electro Dunas llevó a cabo el trato diferenciado al exonerar del plazo de preaviso materia de cuestionamiento en el presente caso, de modo que el incremento del número de nuevos usuarios libres, que antes fueron regulados y contrataron con Electro Dunas, se evidenció en 2018.

256. Asimismo, la conducta imputada en el presente caso a Electro Dunas es la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, consistente en la exoneración del plazo de preaviso a los usuarios regulados que decidían migrar al mercado libre con Electro Dunas, mientras que exigía el cumplimiento del referido plazo a los usuarios regulados que decidían migrar al mercado libre con otro suministrador. En ese sentido, el hecho que Electro Dunas no haya obtenido una migración masiva de usuarios en el primer año en que implementó la referida conducta (2017) no desvirtúa que haya incurrido en el referido trato diferenciado a partir de ese año ni enerva que esta conducta haya tenido un carácter de efecto anticompetitivo en el mercado afectado (conforme a lo desarrollado en párrafos anteriores).

257. Es preciso indicar que la primera instancia no atribuyó a Electro Dunas haber incurrido en la conducta imputada a partir del año 2016, por lo que los alegatos de dicha empresa con relación a que no incurrió en la conducta imputada en aquel año no desvirtúan la responsabilidad atribuida por la Comisión.

258. Por otro lado, sobre el alegato de Electro Dunas referido a que la exoneración del plazo de preaviso no fue una variable determinante para mejorar su desempeño en el mercado de usuarios libres, tanto en el Informe Técnico como



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

en la Resolución Final indican que la captación de tales clientes se podría deber no solo a la mejora de la oferta comercial de Electro Dunas, sino también a la exoneración del plazo de preaviso.

259. En efecto, como ha sido analizado previamente, a fin de evaluar la relación entre la exoneración del plazo de preaviso y la atracción de clientes libres que procedían del mercado regulado, la primera instancia identificó un rango donde los precios de Electro Dunas y los demás suministradores fueron similares, para luego evaluar si la exoneración del plazo de preaviso tuvo un rol significativo en la decisión de los referidos usuarios. Ello conllevó a los resultados expuestos en el numeral 200 de la presente resolución, lo que permite sustentar que la exoneración del plazo de preaviso generó efectos en la posición de Electro Dunas dentro del mercado, en detrimento de sus competidores.
260. Electro Dunas alegó que la situación particular del nuevo usuario libre que se mantuvo con su empresa el año 2017 –el cual contrató con la referida empresa pese a que sus precios eran más altos– no puede ser considerada para sostener la hipótesis anticompetitiva. Así, la recurrente precisa que dicho cliente suscribió contrato, a modo de prueba piloto, por lo que se le ofreció un importante descuento sobre la tarifa de usuario regulado con el objetivo de ser más competitivos. No obstante, al observar que ello sería insuficiente, en el año 2018 suscribió una adenda con el referido cliente, reflejando precios más competitivos como consecuencia de la reestructuración de los acuerdos con su principal proveedor de energía.
261. De la revisión de los medios de prueba que obran en el expediente, se ha verificado que la denunciada habría captado como nuevo usuario libre a Perú Metal Trading en 2017, con quien suscribió contrato el 31 de enero de 2017, fecha en la que también se inició el servicio de suministro de energía eléctrica por parte de Electro Dunas. Ello ratifica que la recurrente exoneró del plazo de preaviso de un (1) año a aquellos clientes que optaban por continuar contratando con su empresa, entre los que se encontraba Perú Metal Trading.
262. En ese sentido, el hecho de que Electro Dunas haya suscrito una Adenda al contrato primigenio suscrito con Perú Metal Trading para modificar los precios establecidos previamente no desvirtúa la conducta anticompetitiva realizada por la denunciada a partir de 2017, al exonerar del plazo de preaviso a los usuarios regulados que decidían migrar al mercado libre en tanto contrataran con ella, mientras que exigía dicho plazo a aquellos que decidían contratar con sus competidores. En consecuencia, corresponde desestimar dicho extremo de su apelación.



C. Reseña de los factores que determinan el carácter exclusorio de la conducta

263. A nivel comparado, los lineamientos expedidos por la Comisión Europea¹³⁶ sobre cómo analizar los efectos exclusorios señalan que es pertinente considerar siete factores, los cuales se encuentran en el siguiente cuadro, donde se consigna la explicación brindada por dicha autoridad internacional y su aplicación al presente caso.

Cuadro 1
Factores evaluados por la Comisión Europea para determinar la existencia de un efecto exclusorio

Factores	Descripción	Aplicación en este caso
1. La posición de la empresa dominante	Mientras más sólida es la posición dominante, mayor es la probabilidad de que la conducta genere un cierre anticompetitivo de mercado.	Electro Dunas tiene posición de dominio en el mercado relevante (100%) por tratarse de un monopolio natural.
2. Las condiciones del mercado	Condiciones de entrada, de expansión, la presencia de economías de escala o efectos de red.	Para acceder al mercado afectado, los clientes están sujetos a la evaluación del distribuidor (Electro Dunas). Esta situación genera las condiciones para que la referida empresa distribuidora pueda implementar barreras estratégicas que impidan o dificulten la permanencia de sus competidores en el mercado afectado, ocasionando que sea menos dinámico, limitando o desincentivando el ingreso de competidores.
3. La posición de los competidores de la empresa dominante	La importancia de los competidores para mantener una competencia efectiva, con independencia de su cuota de participación en el mercado.	Las empresas generadoras no tienen posibilidad de otorgar el beneficio de exoneración.
4. La posición de los clientes o de los proveedores de insumos	La conducta se podría aplicar a clientes o proveedores estratégicos.	Los clientes con una demanda mayor de 200 kW hasta 2,500 kW dependen del distribuidor (se encuentran cautivos) al momento de migrar al mercado libre.

¹³⁶ Comunicación de la Comisión Europea - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, 2009/C 45/02.



<p>5. El alcance de la conducta presuntamente abusiva</p>	<p>En cuanto mayor es el porcentaje de ventas totales en el mercado relevante afectadas por la conducta, será mayor su duración y el efecto probable de cierre de mercado</p>	<p>La participación de Electro Dunas respecto al número de nuevos usuarios libres en su área de concesión se ha incrementado de un 2% a un 58% entre 2017 y 2020.</p> <p>Tomando en cuenta la totalidad de usuarios regulados que migraron al segmento libre en el área de concesión de Electro Dunas y contrataron con dicha empresa entre los años 2017 y 2020, el alcance de la conducta fue del 96.77%, pues dicho porcentaje de clientes que contrataron con Electro Dunas fueron exonerados del plazo de preaviso durante el período investigado.</p> <p>Incluso, considerando únicamente a los veintiún (21) nuevos suministros de usuarios libres que antes fueron regulados y que fueron captados por Electro Dunas, sobre los cuales se habría generado un efecto exclusorio –según lo indicado en el numeral 240 de esta resolución–, se evidencia que la conducta imputada tuvo un alcance del 100% (la totalidad de los referidos usuarios fueron exonerados del plazo de preaviso por Electro Dunas).</p>
<p>6. Las posibles pruebas de la existencia del cierre del mercado</p>	<p>Si la conducta ha tenido una duración significativa, el cierre de mercado puede verificarse mediante el incremento de la cuota de mercado de la dominante o si su descenso se ha ralentizado. También podría verificarse la expulsión de competidores o intentos fallidos de ingreso de nuevos agentes.</p>	<p>A lo largo del período investigado, la empresa denunciada logró desplazar a diversos competidores (empresas como Enel, Coelvisac, Engie y Termochilca).</p>
<p>7. Las pruebas directas de una estrategia de cierre</p>	<p>Documentos que expresamente dan cuenta de la estrategia, tales como planes detallados para excluir o impedir la entrada, o amenazas concretas.</p>	<p>Electro Dunas aplicó la exoneración del plazo de preaviso a sus clientes, justificando dicho tratamiento diferenciado en función de la regulación existente.</p>

Fuente: Comisión Europea, información de Electro Dunas.
Elaboración: ST-SDC

264. Por lo tanto, como se puede apreciar en el Cuadro anterior, las características del mercado afectado, mercado relevante, del alcance de la conducta y participación de Electro Dunas, permiten afirmar que el presente caso cumple con los factores identificados –a nivel comparado– para determinar una conducta con efecto exclusorio en el mercado.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

III.3.4 Análisis de eficiencias

265. De acuerdo con la metodología de análisis desarrollada previamente, una vez determinado el efecto exclusorio de la práctica analizada, corresponde verificar si el agente imputado ha sustentado que esta conducta genere eficiencias y beneficios al consumidor, los cuales resulten mayores a la restricción generada a la competencia¹³⁷. Ello, pues las conductas de abuso de posición de dominio están sujetas a prohibición relativa¹³⁸.
266. Estas justificaciones brindadas por la empresa investigada deben ser fundadas en beneficios producto de eficiencias¹³⁹. En consecuencia, otra clase de justificaciones no podrían ser consideradas en el análisis de ponderación propio de la regla de la razón.
267. La Comisión señaló que Electro Dunas no habría cumplido con brindar una justificación o razón de eficiencia atendible para su política comercial de aplicación de distintas condiciones (la exoneración del plazo solo para determinados clientes) ante situaciones equivalentes (la migración de usuarios regulados a usuarios libres). De esta manera, concluyó que existe un efecto anticompetitivo neto, consistente en dificultar la permanencia de competidores en el mercado afectado (efecto exclusorio) por razones distintas a la mayor eficiencia económica.
268. Al respecto, Electro Dunas¹⁴⁰ señaló que la exoneración del plazo de preaviso a los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y hasta

¹³⁷ HOVENKAMP, Herbert. *The Rule of Reason*. En: Florida Law Review. Vol. 70, 2018. Página 103-104. Disponible en: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1392&context=flr>. Fecha de última visita: 15 de marzo de 2024.

¹³⁸ **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 posición de dominio.

(...)

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

(...)

¹³⁹ La OECD, en su *Glosario de economía de la organización industrial y derecho de la competencia* señala que algunas restricciones en el mercado que -de manera inicial- pueden generar problemas a la competencia, podrían tener, luego de una examinación, beneficios que mejoran la eficiencia.

Al respecto, ver OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*. Página 78. Disponible en: <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> (fecha de consulta: 15 de marzo de 2024).

¹⁴⁰ Los argumentos fueron extraídos del Primer Informe Económico de Electro Dunas.



2,500 kW que cambiaron su condición a libres y permanecieron con dicha empresa, goza de razonabilidad económica, debido a las siguientes razones:

- (i) Sobre la evaluación del plazo de preaviso como protección regulatoria: el plazo de preaviso es un mecanismo de protección regulatoria que reconoce el riesgo al que está expuesto el distribuidor dada la potencial migración de sus usuarios al mercado libre (sobrecostos por exceso de potencia contratada). Al ser un beneficio con el que cuenta el distribuidor, tiene la posibilidad de renunciar a él, lo cual ha sido reconocido incluso por el Osinergmin.
- (ii) Sobre el análisis de la exoneración del plazo mínimo de preaviso: la conducta no se fundamenta en un incentivo exclusorio o anticompetitivo, sino en un interés de la distribuidora por competir en el mercado de suministro de electricidad a usuarios libres ofreciendo a sus usuarios precios más bajos que los regulados, sin perder la protección regulatoria. Fue el contexto del mercado lo que motivó a Electro Dunas a renunciar al plazo mínimo de preaviso.

En efecto, el precio de suministro de electricidad en los contratos del mercado libre disminuyó progresivamente en los últimos años, como consecuencia de una caída en el precio spot. Por ende, los usuarios con una demanda máxima anual que se encuentra entre los 200kW y 2,500kW se vieron incentivados a sustituir su condición de regulado a libre para conseguir precios de suministro más bajos. Electro Dunas renegoció con las generadoras que le proveían de electricidad para flexibilizar su estructura de costos, lo que le permitió ofrecer precios competitivos e incluso menores que otros suministradores¹⁴¹, a aquellos usuarios regulados que cambiaban su condición a libre.

- (iii) Sobre los posibles efectos positivos para el consumidor: la exoneración en cuestión permitió a los usuarios regulados que decidieron cambiar su condición a libre y que fueron exonerados del plazo de preaviso, acceder a un precio menor en el suministro de energía durante un año. Esto implica

¹⁴¹

Asimismo, señalan que fue en este contexto que Electro Dunas tuvo incentivos para renunciar a su protección regulatoria (el plazo de preaviso) y ofrecer precios más bajos a aquellos usuarios con una demanda máxima anual entre los 200kW y 2,500kW que cambiaran su condición de clientes regulados a libres, en tanto permanecieran con dicha empresa. En efecto, en el caso de que los usuarios decidan no permanecer con Electro Dunas, este no tiene incentivos para renunciar a su protección regulatoria ya que perdería ingresos por un año, lo cual carecería de sentido desde una perspectiva económica.



que la exoneración redujo el gasto por consumo eléctrico de los usuarios exonerados de Electro Dunas en 47%¹⁴².

Debido a que la electricidad es un insumo para los usuarios, una reducción del costo de este factor se podría traducir en una reducción de los precios cobrados al consumidor final. Incluso, a diferencia de las generadoras cuyo precio se encuentra sujeto a las variaciones de sus costos (precio *spot*), el precio que ofrece Electro Dunas a sus usuarios con una demanda máxima anual que se encuentra entre los 200kW y 2,500kW tiene el potencial de ser más estable en el tiempo.

269. Respecto al punto (i) del numeral anterior, de acuerdo con lo desarrollado por esta Sala en el Acápito III.3.2. de la presente resolución, el plazo de preaviso de un (1) año previsto por la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad está referido a todos los usuarios regulados que migren al mercado libre, ya sea que contraten el suministro de energía con la empresa distribuidora o con alguno de sus competidores.
270. Si bien Osinergmin, mediante Oficio 3086-2018-OS-DSE, indicó que –bajo el principio de razonabilidad– el distribuidor podría decidir no aplicar el plazo de preaviso o aplicar un menor plazo; sin embargo, el referido regulador reconoció que ello no estaba previsto en el marco normativo correspondiente. Además, Osinergmin no indicó que las reglas regulatorias vigentes convaliden que la empresa distribuidora establezca un esquema de trato diferenciado donde exonere únicamente a los usuarios que contratan el suministro de energía con dicha empresa y exija su cumplimiento a los que contratan con sus competidores.
271. En consecuencia, dicho argumento no puede ser considerado como una eficiencia de la conducta, por lo que corresponde desestimar dicho extremo de su apelación.
272. Sobre el punto (ii) del numeral 268 (referido al análisis de la exoneración del plazo de preaviso) cabe precisar que, si bien Electro Dunas pudo modificar sus contratos con las empresas que le proveían de energía y, por ende, ofrecer menores precios a los usuarios regulados que decidían migrar a la condición de usuarios libres, la conducta investigada no se encuentra vinculada con esta eficiencia alegada por Electro Dunas. Ciertamente, el trato diferenciado por

¹⁴² La recurrente plantea dos escenarios, un escenario real con exoneración y uno contrafactual sin exoneración. En el escenario real “con exoneración”, los usuarios regulados con una demanda máxima anual que se encuentra entre los 200kW y 2,500kW de Electro Dunas migraron al mercado libre sin la necesidad de esperar un año, por consiguiente, el precio de electricidad promedio que pagaron ese año fue de alrededor S/ 207.00 por MWh. En el escenario contrafactual “sin exoneración”, los usuarios habrían permanecido un año más como usuarios regulados, de modo que el precio de electricidad promedio de ese año habría sido alrededor de S/ 390.00 por MWh.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

parte de la denunciada, al exonerar del plazo de preaviso a los usuarios que contrataban con ella y no a aquellos que contrataban con sus competidores, no constituye un presupuesto para que Electro Dunas estuviera en la posibilidad de ofrecer precios competitivos a tales clientes (disminuyendo sus precios en el mercado de usuarios libres) ni para renegociar los contratos que mantenía con las empresas generadoras.

273. En un contexto donde los usuarios con una demanda máxima anual que se encuentra entre los 200kW y 2,500kW se vieron incentivados a migrar al mercado de clientes libres, es esperable que los agentes económicos (entre ellos Electro Dunas) busquen mecanismos para ofrecer un precio más competitivo y lograr mejores acuerdos con sus propios proveedores para tal fin.
274. Sin embargo, el mejoramiento de las propuestas comerciales debe responder a un escenario competitivo regular y no podría ser apalancando en base a un tratamiento diferenciado basado en el ejercicio del poder de mercado que un agente económico tiene en otro mercado.
275. Por ende, el ofrecimiento de mejores precios y la búsqueda de mejores condiciones con los generadores son acciones propias de cualquier competidor, sin que ello se derive o requiera ir acompañado del despliegue paralelo de comportamientos de discriminación entre clientes en función al suministrador escogido. En consecuencia, no puede considerarse lo antes indicado como una eficiencia que justifique la conducta imputada.
276. Finalmente, sobre el punto (iii) del numeral 268 (sobre los posibles efectos positivos para el consumidor), la recurrente señaló que la exoneración del plazo de preaviso conllevaría a que los usuarios exonerados enfrentaran un precio menor durante un año (en 47% aproximadamente), lo que podría reducir los precios cobrados al consumidor final.
277. Sin embargo, la referida aproximación no toma en cuenta que la reducción selectiva de costos para los usuarios discrecionalmente beneficiados con la exoneración del plazo de preaviso para cambiar a la condición de clientes libres, sería precisamente la materialización de cómo la conducta de discriminación imputada buscaba hacer más atractiva la propuesta comercial de Electro Dunas en detrimento de sus competidores, en base al ejercicio de una potestad derivada de la posición de dominio de dicha empresa en el mercado de clientes regulados dentro de su zona de concesión y no en función al desarrollo de una eficiencia económica pro competitiva.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

278. En ese sentido, no se habría generado una eficiencia como consecuencia de la conducta evaluada, sino que se trató del aprovechamiento por parte de la distribuidora de una posición ventajosa para intentar excluir a sus competidores.
279. Además, el alegato de Electro Dunas no toma en cuenta que, dado que únicamente los usuarios regulados que migraron a la condición de usuarios libres con Electro Dunas se vieron beneficiados por la exoneración del plazo de preaviso, esto no puede ser considerado como una eficiencia para el mercado en general. De esta manera, la conducta investigada inherentemente implicaba la exclusión de la mencionada exoneración del plazo de preaviso (no replicable por los demás concurrentes en el mercado) a aquellos usuarios que decidieran contratar con algún competidor de Electro Dunas en el mercado de nuevos clientes libres ubicados dentro de su zona de concesión.
280. Habiendo desvirtuado las justificaciones presentadas por Electro Dunas, esta Sala aprecia que la conducta cuestionada no supera el análisis de eficiencias (regla de la razón) aplicable a las conductas de abuso de posición de dominio.

III.3.5. Conclusiones sobre el análisis de fondo

281. Siguiendo la metodología aplicable para el análisis de las conductas de abuso de posición de dominio (cuyo detalle puede encontrarse en el numeral 82 de la presente resolución) y la evaluación realizada en el presente pronunciamiento, la Sala aprecia lo siguiente:
- (i) Durante el período investigado (entre 2017 y 2020), Electro Dunas ostentó posición de dominio en el mercado relevante, consistente en el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW y hasta 2,500 kW en su área de concesión.
 - (ii) En dicho período, Electro Dunas realizó una práctica discriminatoria (estableció condiciones desiguales para prestaciones equivalentes) entre los usuarios que migraban de la condición de regulados a libres. Ello, pues dicha empresa exoneró del plazo de preaviso de un año a los clientes que optaban por mantenerla como suministradora, mientras que no aplicó la misma condición a quienes elegían contratar con otro suministrador. Esta diferenciación no es consecuencia de lo establecido en una disposición legal, sino que se trató de una conducta propia de Electro Dunas por la cual restringió la competencia en el mercado afectado (mercado de usuarios libres que anteriormente eran usuarios regulados dentro del área de concesión de Electro Dunas).



- (iii) Esta Sala coincide con la Comisión en considerar que existe un efecto exclusorio para los años 2017, 2018 y 2020 como resultado de la exoneración del plazo de preaviso aplicado por Electro Dunas en su área de concesión. En el año 2017 se identificó un nuevo suministro que contrató con Electro Dunas a precios por encima de los ofrecidos por otros suministradores y, posteriormente, veinte (20) nuevos suministros (11 en 2018 y 9 en 2020) fueron obtenidos por Electro Dunas dentro del rango de traslape de precios, cuyo precio promedio fue ligeramente superior al promedio de los precios ofrecidos por otros suministradores en el referido rango de traslape. Cabe mencionar que, en dichos casos, el elemento que hacía más atractiva la oferta de Electro Dunas era precisamente la exoneración selectiva del plazo de preaviso, siendo que este beneficio solo podía ser otorgado por la empresa imputada, en base a su posición de dominio en el mercado relevante.
- (iv) Finalmente, habiendo desvirtuado las justificaciones presentadas por Electro Dunas, se aprecia que la conducta cuestionada no supera el análisis de eficiencias (regla de la razón) aplicable a los actos de abuso de posición de dominio.

282. Por los argumentos expuestos, corresponde confirmar la Resolución Final de primera instancia en el extremo que halló responsable a Electro Dunas por la realización de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres que provienen del mercado regulado en el área de concesión de Electro Dunas, supuesto previsto en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

III.4. Graduación de la sanción

283. Electro Dunas ha efectuado diversos cuestionamientos con relación a la graduación de la sanción efectuada por la primera instancia y la determinación de la multa establecida en dicho pronunciamiento¹⁴³. Por lo tanto, en esta sección se desarrollarán los criterios aplicables para la graduación de la sanción y aquellos que fueron utilizados en el presente caso.

284. Sobre dicha base, se evaluarán los argumentos presentados en apelación, para luego proceder a calcular la multa correspondiente.

¹⁴³ Electro Dunas presentó sus alegatos respecto al cálculo de la multa en su escrito de apelación y también mediante el escrito del 20 de diciembre de 2023.

III.4.1 Criterios para la graduación de la sanción

285. El artículo 47 del TUO de la LRCA¹⁴⁴ contiene una lista enunciativa de los criterios aplicables por la autoridad de competencia para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa correspondiente. Esta disposición legal establece que estos criterios son, entre otros, los siguientes:

- a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- b) la probabilidad de detección de la infracción;
- c) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- d) la dimensión del mercado afectado;
- e) la cuota de mercado del infractor;
- f) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y los consumidores;
- g) la duración de la restricción de la competencia;
- h) la reincidencia de las conductas prohibidas; o,
- i) la actuación procesal de la parte.

286. Asimismo, el artículo 248.3 del TUO de la LPAG¹⁴⁵ recoge el principio de

¹⁴⁴ **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 47.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- (a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- (b) La probabilidad de detección de la infracción;
- (c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- (d) La dimensión del mercado afectado;
- (e) La cuota de mercado del infractor;
- (f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
- (g) La duración de la restricción de la competencia;
- (h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
- (i) La actuación procesal de la parte.

¹⁴⁵ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. DECRETO SUPREMO QUE APRUEBA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

razonabilidad, de manera que la autoridad debe tomar en cuenta las circunstancias particulares vinculadas a la conducta infractora, con la finalidad de apreciar su real dimensión y motivar el incremento o la disminución de la sanción aplicable.

287. Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad resulta aplicable para la determinación de las sanciones en el marco de un procedimiento sancionador¹⁴⁶. Dicho principio constituye un *test* o canon de valoración para ponderar los actos de la Administración Pública que inciden sobre los derechos de los administrados¹⁴⁷. Esto último cobra especial relevancia en el ámbito sancionador, a fin de determinar si la intromisión estatal en la esfera de los administrados resulta o no excesiva.

288. Un mecanismo de sanciones tiene detrás un esquema de incentivos que le permite desempeñar un rol disuasivo¹⁴⁸. Desde la perspectiva del análisis económico, lo antes indicado opera influyendo en las decisiones de los agentes económicos pues genera que el beneficio ilícito esperado resulte menor que el beneficio que puede obtenerse de actividades legales¹⁴⁹, desalentando de este modo la realización de prácticas prohibidas.

III.4.2 Fórmula aplicable

289. De acuerdo con el marco legal antes expuesto, uno de los criterios aplicables por la autoridad de competencia es el beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción.

290. El beneficio ilícito esperado está dado por la expectativa de ganancia derivada de la infracción y que, de actuar lícitamente, no se obtendría. Así, el beneficio esperado bajo la conducta infractora es igual a la suma de los beneficios ilícitos considerando un escenario en el cual el agente sea detectado (con probabilidad P_{det}) y otro en el cual no sea detectado (con probabilidad $1 - P_{det}$)

-
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
 - f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
 - g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

¹⁴⁶ Al respecto, ver la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0760-2004-AA/TC.

¹⁴⁷ MORON U., Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décimo Cuarta Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2019, páginas 415 - 417

¹⁴⁸ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, página 44.

¹⁴⁹ BECKER, G. "Crime and punishment: an economic approach". En: The Journal of Political Economy, Vol. 76, N° 2, Mar-Abr., 1968, The University Chicago Press, páginas 169 - 217.



291. En tal sentido, a fin de que se cumpla la función disuasiva de la sanción a imponer, esta última debe conducir a que el beneficio ilícito esperado de cometer la infracción sea menor o igual al beneficio que se obtendría de manera lícita, tal como se indica a continuación:

$$\text{Beneficio ilícito esperado} \leq \text{Beneficio que se obtendría de manera lícita}$$

292. Considerando lo antes expuesto, la fórmula para graduar la multa base de manera óptima, con arreglo a las normas aplicables por la autoridad de competencia, es la siguiente:

$$B^{IE} \leq B^L$$

$$(E[B^{NL}] - Multa) * (P_{det}) + E[B^{NL}] * (1 - P_{det}) \leq B^L$$

$$\frac{E[B^{NL}] - B^L}{P_{det}} \leq Multa$$

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

Donde:

B^{IE} : Beneficio ilícito esperado

B^L : Beneficio que se obtendría de manera lícita

$E[B^{NL}]$: Beneficio ilícito que obtendría el infractor en caso de ser o no detectado

B_{Ext} : Beneficio extraordinario

P_{det} : Probabilidad de detección y sanción¹⁵⁰

III.4.3 El cálculo de la multa efectuado por la Comisión

293. La Comisión sancionó a Electro Dunas con una multa total de S/ 994,403.69 (novecientos noventa y cuatro mil cuatrocientos tres con 69/100) o doscientos punto ochenta y nueve (200.89) UIT¹⁵¹.

294. La multa base fue calculada de forma proporcional al beneficio extraordinario e inversamente proporcional a la probabilidad de detección, como se expresa en la siguiente ecuación:

$$\text{Multa base} \geq \frac{B_{Ext}}{P_{Det}}$$

¹⁵⁰ En lo sucesivo, todas las referencias a la probabilidad de detección y sanción serán denominadas como “probabilidad de detección”.

¹⁵¹ El valor de la UIT para el año 2023, equivale a S/ 4,950.00



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

295. Para el presente caso, la Comisión consideró el ingreso que Electro Dunas esperaba obtener al realizar la práctica anticompetitiva. Para ello, la primera instancia calculó las ganancias asociadas a las ventas de energía eléctrica que Electro Dunas realizó producto de la exoneración del plazo de preaviso a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre dentro del área de concesión de la denunciada, en tanto mantuvieran a esta empresa como su suministrador (lo cual no podría ser replicado por los demás suministradores)¹⁵².

296. En ese sentido, la fórmula de la Multa Base empleada fue la siguiente:

$$\text{Multa Base} = \frac{\text{Ventas} * \text{Factor de exoneración} * Mg}{P_{det}}$$

Donde:

Ventas: Ventas de Electro Dunas por el suministro de energía a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre (S/) desde el inicio hasta el término de su contrato (o hasta diciembre de 2022) y que se les ha podido identificar el efecto exclusorio.

Factor de exoneración: Igual a 21.43%, lo cual corresponde al porcentaje de usuarios que habrían establecido un contrato con Electro Dunas debido al ofrecimiento de exoneración del plazo de preaviso¹⁵³.

Mg: Promedio del margen de utilidad operativa de Electro Dunas entre 2017 y 2022¹⁵⁴.

¹⁵² Al respecto, en otros casos de conductas exclusorias, la Comisión ha señalado que se calcula el beneficio ilícito en base a las ganancias obtenidas por la empresa que desarrolla la práctica y que pudieron ser percibidas por la empresa excluida. Consultar la Resolución 010-2013/CLC y la Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI.

¹⁵³ La Comisión estimó dicho factor tomando como referencia el porcentaje de usuarios que fueron exonerados del plazo de preaviso, que se encontraban dentro del rango de precios en los cuales el plazo de preaviso habría sido relevante para decidir contratar con Electro Dunas, y decidieron cambiar de suministrador luego de terminar su contrato de suministro con dicha empresa.

La Comisión concluyó que dichos usuarios habrían contratado con Electro Dunas como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso y que, en el caso de que no se les hubiese otorgado esta exoneración, habrían cambiado de suministrador. Este número corresponde a tres (3) de catorce (14) usuarios que migraron inicialmente con Electro Dunas. Por ello, la Comisión calculó un factor de exoneración que correspondería a 21.43%.

¹⁵⁴ La Comisión verificó la información de los estados financieros de Electro Dunas, de manera que el margen operativo durante el período 2017-2022 ascendió a 17.31%.

Esta información se encuentra en: <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/EEFF%20Electro%20Dunas%20SAA.pdf>
Última vista: 15 de marzo de 2024



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

P_{det} : La Comisión determinó que la probabilidad de detección para este caso es de 90%.

297. Luego de la multa base obtenida a partir de la fórmula antes señalada, la Comisión actualizó el valor de la multa entre diciembre 2020 (fecha en que finalizó el período investigado en el presente procedimiento) y la fecha de la emisión de la Resolución Final, es decir, abril 2023. Para ello, utilizó un factor de 1.1814¹⁵⁵.

III.4.4 Sobre el cálculo del beneficio extraordinario

298. Para la estimación de la Multa Base, la primera instancia empleó los elementos referidos en el numeral 296, los cuales han sido objetados por Electro Dunas. Estos cuestionamientos serán evaluados a continuación, para luego determinar la Multa Base de acuerdo con el cálculo que efectúe la Sala.

A. Cuestionamientos sobre el valor de las ventas de Electro Dunas para determinar el beneficio extraordinario

299. Mediante escrito del 20 de diciembre de 2023, Electro Dunas señaló que, en los contratos de Fundo San Fernando y Sierra Antapite, la Comisión consideró como fecha de finalización, aquella prevista en las adendas suscritas por dichas empresas luego de concluido el contrato original suscrito con Electro Dunas por el cual migraron del mercado regulado al libre.

300. Así, la recurrente señaló que, en el caso de Fundo San Fernando, el contrato original suscrito con Electro Dunas tenía como fechas de suministro desde el 1 de julio de 2018 hasta el 30 de junio de 2021 (fecha en la que culminó dicho contrato). Si bien dicha empresa no cuenta con una adenda en el contrato original, de la revisión de los boletines del Osinergmin se puede apreciar que continúan brindándole el servicio de suministro. Por tanto, el período posterior a junio de 2021 debe ser excluido del cálculo de la multa, más aún si el contrato original contiene una cláusula de renovación automática.

301. De igual forma, Electro Dunas señaló que en el caso de Sierra Antapite, en el contrato original se estableció como fechas de suministro desde el 1 de setiembre de 2018 hasta el 31 de agosto de 2020 (fecha en la que culminó el contrato). Posteriormente, se suscribieron dos (2) adendas al contrato original

¹⁵⁵ Este factor refleja la diferencia entre el Índice de Precios al Consumidor de diciembre de 2020 y abril de 2023, última fecha disponible para dicho índice antes de la emisión de la Resolución Final. En tal sentido, dicho resultado deriva de dividir el Índice de Precios al Consumidor de diciembre de 2020 (93.9581286) y de abril de 2023 (111.005592).



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

en las que se amplió el período de vigencia. Por tanto, el período posterior a agosto de 2020 debe ser excluido del cálculo de la multa.

302. A decir de la recurrente, la inclusión de los referidos períodos adicionales en los contratos suscritos con Fundo San Fernando y Sierra Antapite, generó que las ventas por el suministro de energía se incrementen en 27%, aproximadamente. El monto total correspondiente a las ventas de los dos (2) usuarios previamente indicados, de manera posterior al término de sus contratos originales, asciende a S/ 4,278,860.36; en consecuencia, el valor final del factor “ventas” del beneficio ilícito extraordinario debería reducirse a S/ 16,141,057.06 y no los S/ 20,419,917.42 estimado por la Comisión.
303. Al respecto, de la revisión de los actuados¹⁵⁶ se ha podido verificar que, en efecto, el plazo original del contrato de suministro de energía entre Electro Dunas y Fundo San Fernando tuvo como fecha de vencimiento el 30 de junio de 2021, mientras que el contrato entre Electro Dunas y Sierra Antapite tuvo como fecha de vencimiento el 31 de agosto de 2020.
304. En el caso de Fundo San Fernando no se ha podido verificar que cuente con alguna adenda de extensión o renovación del contrato original suscrito con Electro Dunas; sin embargo, de la revisión de los boletines de Osinergmin¹⁵⁷ se observa que actualmente Electro Dunas provee el servicio de energía eléctrica a dicha empresa.
305. Igualmente, en el caso de Sierra Antapite, de la revisión de la página web de Osinergmin, se observa que suscribió tres (3) adendas a su contrato original, dentro de las cuales se aprecia la ampliación del plazo de vigencia inicial (31 de agosto de 2020) hasta el 30 de abril de 2024.

**Ver cuadro en la
siguiente página**

¹⁵⁶ Ver fojas 1870 del presente expediente.

¹⁵⁷ Ver: <https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/regulacion-tarifaria/publicaciones/regulacion-tarifaria>.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Cuadro 2 Contratos y Adendas suscritas entre Sierra Antapite y Electro Dunas

Fecha de suscripción de contrato y/o adenda	Contenido
19/09/2018	Firma de contrato original vigente hasta el 31/08/2020
27/01/2020	Adenda 1 al contrato original: ampliación de potencia contratada
30/06/2020	Adenda 2 al contrato original: ampliación de vigencia del contrato original hasta el 31/12/2020
30/12/2020	Adenda 3 al contrato original: ampliación de vigencia del contrato original hasta el 30/04/2024

Fuente: Página web Osinermin.
Elaboración: ST-SDC.

306. A criterio de esta Sala, las ventas con posterioridad al término del plazo original de los referidos contratos no deberían ser tomadas en consideración, toda vez que la exoneración del plazo de preaviso (cuya aplicación diferenciada constituye la conducta imputada) no pudo ser un factor determinante al acordar las referidas adendas, en tanto el plazo de preaviso no es aplicable a los usuarios que ya tienen la condición de usuarios libres.
307. Teniendo en cuenta lo antes señalado, y para efectos del cálculo de la multa en el presente caso, esta Sala considera pertinente limitar las ventas de Fundo San Fernando y Sierra Antapite hasta el 30 de junio de 2021 y 31 de agosto de 2020, respectivamente.
308. Por otro lado, Electro Dunas cuestionó que la Comisión haya extendido el período de análisis hasta seis (6) meses adicionales (diciembre 2022) a los considerados por la Dirección en su Informe Técnico (junio 2022) utilizando un criterio distinto al establecido en casos anteriores¹⁵⁸, lo cual tendría injerencia en el incremento del valor de las ventas para el cálculo de la multa, pues se consideran ventas de meses adicionales al período de análisis.
309. A decir de la recurrente, en los casos anteriores, la Comisión habría acotado la estimación de la multa al período imputado, considerando las ventas de los clientes y el promedio del margen operativo únicamente respecto del período imputado.
310. Al respecto, los pronunciamientos de primera instancia referidos por Electro Dunas en su apelación fueron objeto de revisión por esta Sala a través de los

¹⁵⁸ Ver Resoluciones 042-2021/CLC-INDECOPI y 052-2021/CLC-INDECOPI.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

mecanismos recursivos correspondientes¹⁵⁹, por lo que corresponde tomar en cuenta el período empleado para el cálculo de la multa en las resoluciones emitidas en última instancia por la Sala y que agotaron la vía administrativa.

311. En los procedimientos anteriormente conocidos por la Sala, para el cálculo de la multa se consideró las ventas por el suministro de energía a clientes libres exonerados del plazo de preaviso desde el inicio de su contrato hasta la finalización de este, incluso si el vencimiento de dichos contratos era posterior a la fecha de imputación de cargos en cada caso¹⁶⁰.
312. Conforme a los referidos antecedentes, corresponde considerar las ventas por el suministro de energía durante el plazo de duración de los contratos suscritos entre Electro Dunas y los usuarios regulados que migraron al mercado libre y mantuvieron su suministro de energía con la recurrente, sobre los cuales se ha podido identificar un efecto exclusorio. Ello, en tanto que dichos contratos fueron suscritos dentro del período investigado (de enero 2017 a diciembre 2020), aun cuando su fecha de conclusión pueda ser posterior.
313. De acuerdo con el literal a) del artículo 47 del TUO de LRCA¹⁶¹, la sanción aplicable se calcula en base al beneficio ilícito esperado, es decir, considerando el beneficio extraordinario que los agentes involucrados esperaban obtener al realizar la conducta anticompetitiva.
314. Bajo dicho criterio de graduación, el beneficio extraordinario a calcular no está circunscrito a lo efectivamente percibido, sino que alcanza lo que se esperaba obtener con la realización de la conducta. En el presente caso, los contratos de suministro de energía suscritos entre Electro Dunas y los usuarios regulados que migraron al segmento libre manteniendo el suministro con la empresa imputada, tienen un plazo de duración determinado. Por ende, los ingresos esperados por cada cliente captado durante el período investigado se extienden durante toda la vigencia prevista para tales contratos.
315. A mayor abundamiento, el Poder Judicial también se ha pronunciado sobre la aplicación del beneficio ilícito esperado como criterio para graduar la sanción correspondiente a las conductas anticompetitivas. Así, la Quinta Sala

¹⁵⁹ La Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI fue objeto de revisión por la Sala a través de la Resolución 0035-2022/SDC-INDECOPI. Del mismo modo, la Resolución 052-2021/CLC fue objeto de revisión por la Sala mediante la Resolución 0094-2022/SDC-INDECOPI.

¹⁶⁰ A manera de ejemplo, mediante Resolución 0035-2022/SDC-INDECOPI, respecto al caso seguido entre Atria Energía y Ensa, se tomó en consideración las ventas por suministro de energía a clientes exonerados del plazo de preaviso desde el inicio del contrato hasta su finalización, incluso si el vencimiento de dichos contratos es posterior a diciembre de 2019 (en este caso, el período imputado fue de enero 2016 a diciembre 2019).

¹⁶¹ Ver pie de página 144 de la presente resolución.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de Lima¹⁶² concluyó que es válido utilizar el beneficio ilícito esperado (potencial) para graduar la sanción imponible, como se observa a continuación¹⁶³:

SENTENCIA DE LA QUINTA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON SUBESPECIALIDAD EN TEMAS DE MERCADO DE LIMA RESOLUCIÓN 26 DEL 5 DE ENERO DE 2018

"3.1 (...) Nótese de que el artículo 44 del Decreto Legislativo N° 1034 habla de un beneficio ilícito esperado, no de un beneficio ilícito obtenido real y concreto. En tal sentido, los demandantes pretenden equivocadamente que el sustento de la graduación de la sanción se sustente en daños concretos, cuando la misma norma señala que para la configuración de la infracción basta el daño potencial a la competencia y al bienestar del consumidor, en esa línea si la infracción se puede configurar por daños potenciales, es válido que la graduación de la sanción se sustente en tal figura, lo contrario, sería afirmar que solo las conductas anticompetitivas que causen daños concretos pueden ser sancionadas.

(...)"

(Subrayado agregado)

316. En ese sentido, respecto al monto de los ingresos totales por el suministro de energía a los usuarios libres que provienen del mercado regulado, si bien la Comisión consideró las ventas de Electro Dunas por el suministro de energía hasta la culminación del contrato o hasta diciembre de 2022 (lo que sucediera primero), esta Sala va a tomar en cuenta las ventas de Electro Dunas correspondientes al plazo de duración de aquellos contratos suscritos (independientemente de que su culminación sea posterior a diciembre de 2022) con los clientes libres procedentes del mercado regulado durante el período en el que se llevó a cabo la conducta investigada (enero de 2017 a diciembre de 2020). Esto último, considerando aquellos clientes en los que se ha podido identificar el efecto excluyente.
317. Lo antes señalado no implica una ampliación del período investigado o de la conducta imputada, debido a que el cálculo de la multa sigue basándose en los ingresos que Electro Dunas buscaba obtener por los clientes captados

¹⁶² Esto, con motivo del proceso contencioso administrativo en el que se evaluó la validez de la Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI.

Mediante la Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI del 15 de diciembre de 2014 se confirmó la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013, en el extremo que halló responsable y sancionó a Unión Andina de Cementos S.A.A.- Unacem, La Viga S.A., A. Berio y Cia. S.A.C., Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. y diecisiete personas naturales por negarse concertada e injustificadamente a vender cemento "Sol" (producido por Unacem) a aquellas ferreterías que comercializaran cemento "Quisqueya" (producido por Cemex Perú S.A.), con el fin de cerrar el acceso al canal ferretero a esta última empresa.

¹⁶³ Esta sentencia tiene calidad de cosa juzgada debido a que mediante Casación N° 6600-2018 del 17 de julio de 2018, la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró improcedente el recurso de casación formulado en su contra.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

precisamente durante el período investigado (cuyos contratos tenían un período de duración determinado). Dicho criterio ha sido utilizado por esta Sala en anteriores pronunciamientos¹⁶⁴.

318. Por tal motivo, resulta adecuado considerar la suma de las ventas correspondientes al suministro de energía a clientes exonerados del plazo de preaviso, desde el inicio de su contrato hasta la finalización de este.
319. En función a lo expuesto, para determinar los beneficios esperados por Electro Dunas como consecuencia de la conducta anticompetitiva, se empleará la mejor información disponible, esto es, la información real de ventas proporcionada por Electro Dunas que consta en los boletines del Osinergmin¹⁶⁵.
320. A la fecha de elaboración de la presente resolución, la información de ventas por suministro de energía a los usuarios libres que está publicada en los boletines de Osinergmin se encuentra disponible para períodos posteriores a diciembre de 2022¹⁶⁶. En tal sentido, se utilizará la información reportada de ventas para aquellos veintiún (21) usuarios en los que se ha podido identificar el efecto exclusorio, cuyos contratos estuvieron vigentes entre enero de 2017 y julio de 2023, dado que a esa fecha habría concluido el primer contrato de todos los usuarios involucrados en la conducta anticompetitiva imputada.
321. Una vez realizados los cálculos antes señalados, se estima que las ventas totales esperadas por Electro Dunas derivadas del suministro de energía (facturación por energía y potencia) a los veintiún (21) usuarios libres que migraron del mercado regulado durante el período investigado desde el inicio hasta el término de su primer contrato y en los que se ha identificado el efecto

¹⁶⁴ Al respecto, ver las Resoluciones 857-2014/SDC-INDECOPI del 15 de diciembre de 2014, 508-2017/SDC-INDECOPI del 22 de agosto de 2017, 068-2018/SDC-INDECOPI del 26 de marzo de 2018, 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019, 035-2022/SDC-INDECOPI del 3 de marzo de 2022 y 094-2022/SDC-INDECOPI del 30 de junio de 2022.

¹⁶⁵ Se considerará la información reportada por las suministradoras y sistematizada en el Boletín de Usuarios Libres publicado por el Osinergmin, para aquellos usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuarios libres con Electro Dunas. Cabe resaltar que la información del Boletín de Usuarios Libres solo incluye cobros relacionados con la energía comercializada y no los cargos por transmisión o distribución.

El cálculo del valor de las ventas se realiza de la siguiente forma:

$$\text{Ventas} = \text{Precio Potencia}_{S/KW-\text{mes}} * \text{Consumo Potencia}_{KW} + \text{Precio Energía Horas Punta}_{ctm.S/KWh} * \text{Consumo Energía Horas Punta}_{KW} + \text{Precio Energía Horas Fuera Punta}_{ctm.S/KWh} * \text{Consumo Energía Horas Fuera Punta}_{KW}$$

¹⁶⁶ Dichos reportes se pueden descargar desde la página web del Osinergmin, en la siguiente ruta <https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/regulacion-tarifaria/publicaciones/regulacion-tarifaria>. Fecha de última visita: 15 de marzo de 2024.

Dentro de esta, dirigirse a Publicaciones, luego a Informes Mensuales y finalmente, dentro de Mercado Libre de Electricidad, se encuentran los Reportes como una base de datos de Excel.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

exclusorio, ascienden a un total de S/ 16,466,412.03 (dieciséis millones cuatrocientos sesenta y seis mil cuatrocientos doce con 03/100 soles).

B. Cuestionamientos y determinación del factor de exoneración

322. En apelación, Electro Dunas señaló que la Comisión ignoró el comportamiento de su empresa los años previos al período imputado, así como los resultados comerciales de su empresa posteriores a 2020. La apelante agregó que las bondades de su oferta comercial explican el desempeño positivo de dicha empresa en el mercado y no la presunta exoneración del plazo de preaviso, por lo que deben ser consideradas en el análisis. Estas alegadas bondades comerciales consistirían en que:

- (i) Sus precios promedio han sido sostenidamente los más bajos del mercado desde el año 2018;
- (ii) su oferta comercial es más estable y predecible que la competencia, pues no cuentan con cláusulas de reajuste de precios por cambio en el costo de energía, como sí lo tienen otros competidores que se valen de los precios del mercado *spot*. Asimismo, sus contratos no tienen cláusulas de traslado de costos por gestión de transporte de gas (pues usan generador hidráulico)¹⁶⁷; y,
- (iii) su oferta comercial comprende servicios complementarios derivados del negocio de venta de energía, lo que les permite ofrecer soluciones personalizadas al usuario y acordes a sus propias necesidades.

323. Con relación al literal (i) del numeral anterior, tal como se ha señalado previamente en el Acápito III.3.3 de la presente resolución, si bien Electro Dunas es uno de los suministradores que habría registrado precios más bajos a partir de 2018, resulta razonable que al momento de seleccionar la empresa suministradora de energía eléctrica, los clientes ponderen, además del precio, la celeridad en gozar de dichos precios con el cambio de condición sin esperar el plazo de preaviso regulatoriamente reconocido. Esto último no sucede precisamente con aquellos usuarios que optan por contratar con una empresa distinta a la recurrente, debido al trato diferenciado que Electro Dunas implementó en la exoneración del referido plazo de preaviso.

¹⁶⁷

En su escrito del 28 de setiembre de 2022, Electro Dunas señaló que su fuente de provisionamiento no depende del gas natural, por tanto, sus contratos no contienen cláusulas de traslado de costos por la interrupción del suministro de gas o de congestión en el transporte de gas, como ocurre con sus competidores.

A manera de ejemplo señaló la redacción de la cláusula de sobrecostos o costos adicionales del contrato suscrito entre Engie Energía Perú S.A. y la empresa Austral Group S.A. del 10 de diciembre de 2019.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

324. Electro Dunas ha manifestado que la reducción de los precios en el mercado de suministro de energía eléctrica a partir de 2017 generó una migración masiva al mercado de clientes libres. Sin embargo, el referido contexto del mercado no enerva la significancia de la conducta imputada en el posicionamiento de la propuesta comercial de Electro Dunas, precisamente dentro de las diversas alternativas de suministro con precios no regulados. Por tanto, este Colegiado estima que, incluso considerando los precios bajos alegados, la exoneración del plazo de preaviso tuvo efecto en el mercado afectado.
325. Para determinar la relación entre la referida exoneración y el mejoramiento de la posición competitiva de Electro Dunas, se evaluó el rango de precios en que esta empresa y los demás suministradores tuvieron precios similares, a fin de determinar si la exoneración del plazo de preaviso tuvo un rol importante en la elección de Electro Dunas como suministrador de energía por parte de los usuarios. De esta manera, se constató que dicha exoneración sí tuvo relevancia en el desempeño de Electro Dunas durante el período investigado. En consecuencia, corresponde desestimar dicho extremo de su apelación.
326. En cuanto a los literales (ii) y (iii) del numeral 322, de la revisión del expediente no se observan elementos de prueba que acrediten que los servicios complementarios ofrecidos por Electro Dunas a sus clientes regulados que migraban al mercado libre fuesen los factores determinantes para dicha migración, ni mucho menos que tales servicios complementarios hayan enervado la relevancia de la exoneración del plazo de preaviso respecto de los clientes que optaron por pasar al mercado libre con Electro Dunas como su suministrador.
327. Ciertamente, si bien en los contratos presentados por Electro Dunas no se observa la inclusión de la cláusula de traslado de costos por congestión de transporte de gas ni de reajuste de precios por cambio en el costo de energía, dicha empresa no ha presentado elementos de prueba que sustenten que las aludidas cláusulas hayan sido el motivo por el cual los clientes regulados migraron al mercado libre manteniendo a Electro Dunas como suministradora de energía o que tales cláusulas resultaran más apreciadas por los clientes que la posibilidad de verse exonerados del plazo de preaviso (de manera que no tendrían que esperar el plazo de 1 año para disfrutar de los menores precios existentes en el mercado de clientes libres).
328. En mérito de lo expuesto en los párrafos precedentes, corresponde desestimar dicho extremo de la apelación.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

329. Por otro lado, Electro Dunas señaló que la Comisión había calculado el efecto de la conducta investigada con base en aquellas empresas que fueron exoneradas del plazo de preaviso y optaron por no renovar sus contratos con Electro Dunas, constituyendo finalmente un total de tres (3) usuarios –Mercurio, Prisco e Itálica– que no habrían renovado sus contratos de suministro de energía con Electro Dunas una vez obtenida la exoneración del plazo de preaviso.
330. A criterio de este Colegiado, la metodología empleada por la Comisión a fin de estimar el factor de exoneración sí resulta pertinente para el cálculo de la multa, sin perjuicio de que el referido factor no haya sido validado al momento de dimensionar el efecto exclusorio de la conducta de Electro Dunas.
331. Lo mencionado se debe a que, al evaluar el efecto exclusorio, la Sala buscó dimensionar el alcance de la conducta y sus efectos anticompetitivos, por lo que resultaba más adecuado utilizar el porcentaje de clientes a quienes se les aplicó la exoneración del plazo de preaviso, respecto del total de clientes que migraron en el área de concesión de Electro Dunas y que eligieron a dicha empresa como su suministrador durante el período investigado.
332. Sin embargo, en el cálculo de la multa, la finalidad de este factor de exoneración es aproximar el beneficio tangible derivado de la conducta. Por ende, sin perjuicio de que la conducta se desplegó y tuvo efectos restrictivos en la competencia del mercado afectado (en particular, en los clientes citados en el numeral 240 de la presente resolución), resulta pertinente emplear un factor de exoneración para cuantificar de forma razonable y sustentada el beneficio ilícito derivado de infracción cometida. Para esto último, el referido factor de exoneración puede estimarse a partir del contraste entre los usuarios que, al vencer el plazo primigenio de sus contratos como clientes libres con Electro Dunas, volvieron a escoger a dicha empresa y aquellos que procedieron a contratar con otro suministrador, en un contexto donde el cambio más significativo entre la suscripción del contrato primigenio y el nuevo contrato, es que ya no era necesario esperar un plazo de preaviso (y, por ende, no podía ofrecerse una exoneración de dicho plazo como un beneficio adicional).
333. Por consiguiente, la valoración del factor de exoneración en el mencionado escenario, efectivamente, podría aproximar el porcentaje de clientes (e ingresos) que habrían sido captados en este caso a raíz de la exoneración diferenciada y discriminatoria del plazo de preaviso.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

334. Dicho esto, con relación a los 3 usuarios aludidos por la primera instancia, quienes fueron exonerados del plazo de preaviso y luego optaron por no renovar sus contratos con Electro Dunas, esta última señaló lo siguiente:

- (i) Prisco es una empresa pesquera que tenía unidades pesqueras en varias zonas del Perú, motivo por el cual dicho usuario busco contratar con un solo proveedor, siendo este el motivo por el cual no renovó contrato con Electro Dunas¹⁶⁸.
- (ii) Sobre Itálica, el motivo por el cual no renovó contrato de suministro con Electro Dunas fue su alta tasa de morosidad¹⁶⁹.
- (iii) En el caso de Mercurio, en 2017 suscribió un contrato de suministro con Atria el cual no fue ejecutado, toda vez que, de manera paralela, suscribió contrato de suministro con Electro Dunas cuya fecha de inicio fue el 1 de marzo de 2018 hasta el año 2021¹⁷⁰.

335. Para el cálculo del factor de exoneración, la Comisión tomó en cuenta a catorce (14) usuarios libres que fueron beneficiados al contratar el suministro de energía con Electro Dunas entre 2017 y 2020, en los cuales se ha identificado el efecto exclusorio y cuyos contratos terminaron antes de diciembre de 2022. En base a lo anterior, la Comisión indicó que tres (3) usuarios decidieron cambiar de suministrador al vencer sus contratos con Electro Dunas¹⁷¹.

336. Por ende, la primera instancia determinó que el factor de exoneración estaba dado por la proporción de los usuarios que no renovaron contrato con Electro Dunas (3 usuarios), respecto de los clientes en los que se ha podido identificar el efecto exclusorio y cuyo contrato con Electro Dunas venció antes de diciembre 2022 (14 usuarios). De este modo, la Comisión determinó que el factor de exoneración ascendería a 21.43%.

337. Con relación a lo alegado por Electro Dunas sobre los usuarios que no renovaron sus contratos de suministro con la imputada, se observa que la

¹⁶⁸ A mayor abundamiento, en su escrito del 15 de febrero de 2023, Electro Dunas señaló que Prisco buscó contar con un único proveedor que atienda 2 (dos) de sus suministros en Piura y Paracas, recibiendo una mejor oferta de otro suministrador que sí podía atender dicha demanda.

¹⁶⁹ A mayor abundamiento, en el escrito del 15 de febrero de 2023, Electro Dunas señaló que decidió no continuar la relación contractual con Itálica debido a que era una empresa que presentaba una alta tasa de morosidad en los pagos que la llevaron incluso a situaciones de corte de suministro.

¹⁷⁰ La recurrente agregó que, mediante carta del 23 de febrero de 2018, Mercurio solicitó a Electro Dunas migrar del mercado regulado al libre manteniendo a la misma suministradora, indicando que dejaron sin efecto el contrato previo suscrito con Atria (ver foja 1844 del presente expediente).

¹⁷¹ Dichos usuarios fueron las empresas Mercurio, Prisco e Itálica.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Comisión, señaló que, en el caso de Prisco, Electro Dunas no aportó mayores elementos de prueba que sustenten sus afirmaciones respecto de dicha empresa. Además, indicó que, si bien los dos suministros de Prisco son atendidos por el mismo suministrador, los precios de energía que paga con el nuevo suministrador son menores a los que pagaba cuando era cliente de Electro Dunas.

338. Asimismo, la primera instancia indicó que Prisco ya presentaba un historial de retraso en sus pagos cuando era usuario regulado, previo a su migración a usuario libre y que, a pesar de ello, Electro Dunas ofreció exonerarlo del plazo de preaviso para que migre al mercado libre en tanto se mantenga como su cliente¹⁷².
339. Ahora bien, en el caso de Prisco, la Sala observa que Electro Dunas efectivamente no ha presentado elementos de prueba que sustenten que dicho usuario no renovó el contrato de suministro con su empresa por las razones aludidas en su apelación. Luego de concluir su contrato con Electro Dunas, Prisco se mantuvo en el mercado de usuarios libres y contrató el suministro de energía con otra empresa a un precio menor que el ofrecido por Electro Dunas, por lo que resulta plausible estimar que para dicho usuario habría sido relevante la exoneración del plazo de preaviso al momento que eligió inicialmente a Electro Dunas.
340. En el caso de Itálica, de la revisión de las comunicaciones cursadas con Electro Dunas¹⁷³ se observa que dicha empresa ya tenía problemas de morosidad desde que era cliente regulado, lo cual se mantuvo una vez que migró al mercado libre, en abril de 2018 (fecha de inicio de suministro con Electro Dunas). En ese sentido, se advierte que Electro Dunas conocía de dicha situación preexistente incluso al cambiar Itálica de condición de usuario regulado a libre (y contratar con dicha empresa), además de que no obra en el expediente comunicación alguna que denote que Electro Dunas haya sido quien decidiera no continuar con el suministro de energía a Itálica ni menos que esto haya sido a causa de la referida morosidad. Por ende, la mención efectuada por la recurrente no resulta suficiente para descartar a Itálica en el análisis del factor de exoneración.
341. Con relación a Mercurio, de la revisión de los medios probatorios que obran en el presente expediente, se observa que dicho usuario suscribió un contrato de

¹⁷² Además, la Comisión verificó que una vez que migró al mercado libre en abril de 2018, Itálica solo reportó incidencias de corte a partir de mayo de 2020, lo que se relaciona con las justificaciones de Itálica a Electro Dunas y las dificultades que presentaron un conjunto de empresas para hacer frente a sus obligaciones por las consecuencias económicas de la pandemia de la Covid-19.

¹⁷³ Las cuales obran a fojas 1632 a 1636 del expediente.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

suministro de energía eléctrica con Atria el 6 de junio de 2017, a fin de que esta última sea su suministrador de energía una vez que migre al mercado libre. No obstante, el 26 de febrero de 2018, Mercurio suscribió un contrato de suministro de energía con Electro Dunas, la cual además lo exoneró del plazo de preaviso previsto por el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.

342. Por tanto, el hecho de que Mercurio luego de la conclusión del contrato de suministro de energía celebrado con Electro Dunas, haya decidido suscribir un contrato con Atria, brinda un indicio relevante de la importancia que tuvo para dicho usuario la exoneración del plazo de preaviso. Ciertamente, lo antes mencionado permite inferir que Mercurio habría optado en un primer momento por contratar con Electro Dunas a efectos de acceder a los precios del mercado de usuarios libres sin tener que esperar el plazo de preaviso de un año, en lugar de mantener el contrato inicialmente suscrito con Atria, con la cual sí debía esperar el plazo de preaviso de un año debido al trato diferenciado implementado por la imputada. Esto último, a diferencia de lo acontecido cuando ya no resultaba exigible ningún plazo de preaviso en general, pues Mercurio eligió a Atria.
343. En consecuencia, este Colegiado considera que los argumentos y medios de prueba presentados por Electro Dunas respecto a la migración de Prisco, Itálica y Mercurio con otros suministradores (sin renovar sus contratos con la recurrente) luego de concluidos los períodos de vigencia de estos primeros contratos como clientes libres, no resultan suficientes para descartar que tales situaciones permiten estimar que la contratación del suministro con Electro Dunas habría sido por la exoneración del plazo de preaviso y una vez que este beneficio no pudo ser replicado (por no existir un plazo de preaviso que esperar) procedieron a escoger otros suministradores. En tal sentido, es razonable considerar a tales empresas para el cálculo del factor de exoneración aplicable con el objetivo de determinar el beneficio ilícito en este caso.
344. Por otra parte, mediante escrito del 20 de diciembre de 2023, Electro Dunas señaló que se debería incluir a Sierra Antapite en el cálculo del factor de exoneración debido a que el contrato suscrito con Electro Dunas finalizó el 31 de agosto de 2020 y no el 31 de diciembre de 2025 (como señaló la Comisión).
345. Respecto a este punto, como se mencionó previamente, al haberse determinado que el contrato primigenio de Sierra Antapite culminó en agosto de 2020, este usuario se encuentra dentro de la relación de empresas que culminaron sus contratos de suministro con Electro Dunas antes de diciembre de 2022.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

346. Corresponde entonces actualizar el factor de exoneración empleando la cantidad de usuarios que, luego de terminar sus contratos con Electro Dunas, contrataron con otro suministrador (3 usuarios), en relación con la cantidad total de usuarios que terminaron sus contratos de suministro con Electro Dunas (15 usuarios, incluyendo a Sierra Antapite) antes de diciembre de 2022. De esta manera, la Sala estima que el factor de exoneración asciende a 20% y no a 21.43% como consideró la primera instancia.

III.4.5 Cálculo de la multa aplicable en el presente caso

347. Considerando lo expuesto respecto a los alegatos de apelación, se procederá a calcular la multa que corresponde a la recurrente.

348. El beneficio ilícito extraordinario está representado por las ganancias que Electro Dunas esperaba obtener al realizar la práctica anticompetitiva. Es decir, los ingresos asociados a la venta de energía a clientes que cambiaron de condición a usuarios libres, a quienes Electro Dunas habría logrado captar como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso, lo cual no podía ser replicado por los demás suministradores.

$$B_{Ext} = Ventas * Factor de exoneración * Mg$$

Donde:

Ventas : Ventas de Electro Dunas (S/) por el suministro de energía a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre, desde el inicio hasta el término de su primer contrato, en los que se ha identificado el efecto exclusorio.

Factor de exoneración: Se estimó un valor de 20% y corresponde al porcentaje de usuarios que habrían contratado con Electro Dunas, que se estima fueron influenciados por el ofrecimiento de exoneración del plazo de preaviso, conforme a lo desarrollado en párrafos anteriores.

Mg : Promedio de margen de utilidad operativa de Electro Dunas entre enero de 2017 y diciembre de 2022.

349. Cabe recordar que, como se señala en el numeral 297, luego de la multa base obtenida a partir de la fórmula antes señalada, es pertinente actualizar el valor respectivo entre diciembre 2020 (fecha en que finalizó el período investigado en el presente procedimiento) y la fecha de la emisión de la Resolución Final de la



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Comisión. Para ello, se utilizará el mismo factor empleado por Comisión, que es equivalente a 1.1814¹⁷⁴.

350. De acuerdo con lo desarrollado previamente, el beneficio ilícito extraordinario (ajustado por la inflación) asciende a:

Cuadro 3 Beneficio ilícito extraordinario

Ventas (S/ miles)	Factor de exoneración	Margen Operativo	Factor de Ajuste	Multa Base (S/ miles)
16,466.41	20%	17.31%	1.181	673.25

Nota: El cálculo se realiza considerando todos los decimales.

Fuente: Reportes estadísticos de Osinermin

Elaboración: ST-SDC

351. En ese sentido, la multa base es de S/ 673,249.34 (seiscientos setenta y tres mil doscientos cuarenta y nueve con 34/100 soles).

352. Asimismo, la probabilidad de detección correspondiente en el presente caso es de 90%¹⁷⁵. En ese sentido, dividiendo el beneficio ilícito extraordinario (B_{Ext}) entre la probabilidad de detección (P_{det}), se obtiene que la multa aplicable a Electro Dunas por la ejecución de la práctica anticompetitiva evaluada en este procedimiento equivale a S/ 748,054.83 (setecientos cuarenta y ocho mil cincuenta y cuatro con 83/100) o 151.12 UIT¹⁷⁶.

353. A continuación, se debe considerar la gravedad de la conducta sancionada a efectos de corroborar que la multa calculada no supere el límite establecido en el artículo 46.1 del TUO de la LRCA¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Este factor refleja la diferencia entre el Índice de Precios al Consumidor de diciembre de 2020 y abril de 2023, última fecha disponible para dicho Índice antes de la emisión de la Resolución Final de la Comisión. En tal sentido, dicho resultado deriva de dividir el Índice de Precios al Consumidor de diciembre de 2020 (93.9581286) y de abril de 2023 (111.005592).

¹⁷⁵ Valor similar al aplicado en las Resoluciones 0035-2022/SDC-INDECOPI y 0094-2022/SDC-INDECOPI.

¹⁷⁶ Considerando que el valor de la UIT fue S/ 4,950.00 al año 2023 (año de emisión de la resolución objeto de impugnación en esta instancia).

¹⁷⁷ **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

Artículo 46.- El monto de las multas

46.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

(...)



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

354. Sobre el particular, la Sala coincide con la Comisión en que la conducta anticompetitiva cometida por Electro Dunas es grave¹⁷⁸, en atención a los siguientes criterios: (i) la cuota de mercado del infractor, equivalente al 100% del mercado relevante; (ii) el alcance de la restricción a la competencia corresponde a los clientes de Electro Dunas en su zona de concesión (Huancavelica, Ayacucho y, principalmente, Ica), a quienes se les habría aplicado la exoneración materia de análisis; (iii) la conducta habría beneficiado a Electro Dunas, considerando que –durante el período investigado– dicha empresa obtuvo contratos que representaron el 36% de nuevos usuarios libres cuya demanda se encontraba entre 200 kW y 2,500 kW, pasando de una participación en la captación de nuevos usuarios de 2% en el año 2017 a 58% en el año 2020; y, (iv) que la conducta imputada no se extendió a otros segmentos de usuarios libres en el área de concesión de Electro Dunas, pues no les resultaba aplicable el plazo de preaviso que fue objeto de la aplicación diferenciada.
355. Finalmente, la información que obra en el expediente permite afirmar que la multa antes señalada no supera el límite legal de 10% de los ingresos brutos de Electro Dunas durante el ejercicio económico correspondiente al año 2022¹⁷⁹.
356. Por las razones expuestas, corresponde modificar la Resolución Final en el extremo en que impuso a Electro Dunas una multa de doscientos punto ochenta y nueve (200.89) UIT y, reformándola, sancionar a dicha empresa con una multa ascendente a ciento cincuenta y uno punto doce (151.12) UIT.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: denegar la solicitud de informe oral formulada por Electro Dunas S.A.A.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 055-2023/CLC-INDECOPI del 16 de mayo de 2023, en el extremo que declaró responsable a Electro Dunas S.A.A. por incurrir en una conducta de abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación

c) Si la infracción fuera calificada como **grave**, una **multa de hasta mil (1 000) UIT**, siempre que dicha multa no supere el **diez por ciento (10%)** de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.
[Énfasis agregado]

¹⁷⁸ Ello es congruente con lo señalado en las Resoluciones 0035-2022/SDC-INDECOPI y 0094-2022/SDC-INDECOPI, emitidas en los procedimientos sancionadores seguidos contra Ensa y Seal, respectivamente, quienes incurrieron en actos de abuso de posición de dominio similares a los evaluados en el presente caso.

¹⁷⁹ De acuerdo con la evaluación de su Desempeño Financiero publicado por Apoyo y Asociados, sus ingresos ascendieron a S/ 488.6 (en millones) en el año 2022.

Se utiliza información del año 2022, debido a que es el año inmediato anterior a la sanción impuesta por la Comisión, que es objeto de revisión en este pronunciamiento.

Al respecto, consultar https://www.aai.com.pe/wp-content/uploads/2023/04/Electrodunas_1222.pdf

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

115/128

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optaron por cambiar su condición a usuarios libres; en específico, por exonerar de manera selectiva, injustificada y discriminatoria, del plazo de preaviso de un (1) año a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar dicho suministro de energía con su empresa y, por el contrario, exigir el cumplimiento de este requisito a aquellos usuarios que contrataron con empresas competidoras, entre los años 2017 a 2020. Cabe señalar que dicha conducta está tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

TERCERO: modificar la Resolución 055-2023/CLC-INDECOPI del 16 de mayo de 2023, en el extremo que sancionó a Electro Dunas S.A.A. con una multa de doscientos punto ochenta y nueve (200.89) Unidades Impositivas Tributarias; y, reformando dicho extremo, se impone una multa de ciento cincuenta y uno punto doce (151.12) Unidades Impositivas Tributarias.

CUARTO: requerir a Electro Dunas S.A.A. el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS¹⁸⁰, precisándose, además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley.

Con la intervención de los señores vocales César Augusto Llona Silva, Carlos Hugo Mendiburu Díaz y Julio Baltazar Durand Carrión.



Firmado digitalmente por LLONA
SILVA César Augusto FAU
20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 17.04.2024 08:25:17 -05:00

CÉSAR AUGUSTO LLONA SILVA
Presidente

¹⁸⁰ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 205.- Ejecución forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:
(...)



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

El voto en discordia del vocal José Abraham Tavera Colugna está referido a que se revoque la Resolución 055-2023/CLC-INDECOPI del 16 de mayo de 2023 que declaró la responsabilidad de Electro Dunas S.A.A. por la presunta realización de un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres (literales b) y h) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas) y; en consecuencia, se deje sin efecto la multa impuesta, de acuerdo con los siguientes fundamentos:

1. Con relación al análisis de la presunta infracción imputada en el presente caso, considero que no existe suficiente información económica que permita afirmar que Electro Dunas habría generado un efecto exclusorio en el mercado, al exonerar del plazo del preaviso de un (1) año que se establece en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres a aquellos usuarios regulados que decidían contratar con dicha empresa, aun cuando haya exigido el cumplimiento de dicho plazo a aquellos usuarios que optaban por cambiar de suministrador de energía.
2. De acuerdo con lo establecido en el artículo 10.4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo 030-2019-PCM (en adelante TUO de la LRCA), los casos de abuso de posición de dominio deben ser analizados a la luz de la "prohibición relativa". Asimismo, conforme al artículo 9 de la referida norma, dicha prohibición exige que, para configurarse la infracción, la autoridad debe probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.
3. Del mismo modo, de acuerdo con el artículo 10.1 del TUO de la LRCA existirá abuso de posición de dominio cuando un agente económico utiliza su posición dominante para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, lo que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición en el mercado relevante. Para mayor claridad, el artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio contra competidores actuales o potenciales del agente dominante en el mercado, para que se configure un abuso de posición de dominio.
4. En mérito a lo antes reseñado, es indispensable que la autoridad determine la existencia de data objetiva que fehacientemente demuestre que la conducta del supuesto infractor tiene o podría tener un efecto exclusorio, al obtener beneficios



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

y causar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, por razones distintas a una mayor eficiencia económica.

5. A fin de evaluar la existencia de un efecto restrictivo, debe acreditarse que la conducta investigada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor o de alguna de sus empresas vinculadas y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o restringir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor¹⁸¹.
6. En el presente caso, la evaluación del efecto exclusorio empleada por la primera instancia se basó en la observación de la distribución de los precios ofrecidos por Electro Dunas y el resto de los suministradores, para luego clasificar a los nuevos usuarios libres en el área de concesión de Electro Dunas en tres rangos. Este primer paso resulta llamativo, pues implica una segmentación *ex post* de un mismo mercado (correspondiente a los clientes libres que antes eran regulados y procedían de la zona de concesión de la empresa imputada), lo cual puede llevar a conclusiones paralelas y no precisas con relación a los diversos rangos de precios. Más aún, no es posible afirmar que el despliegue del comportamiento estratégico de Electro Dunas haya sido conducido en función a tales rangos de precios (siendo estos últimos, en realidad, producto de una decisión metodológica de la propia autoridad).
7. Dentro de los referidos rangos, cobra importancia para la Comisión el denominado rango de “traslape de precios”, en el cual los precios de Electro Dunas y de los otros suministradores se sobreponen o concurren en valores parecidos, es decir, presentan precios similares.
8. El objetivo de la determinación del rango de traslape de precios radicaría en que se pretendería identificar en qué medida la exoneración del plazo de preaviso habría sido relevante en la decisión de los usuarios regulados que buscaban migrar y ser usuarios libres, en tanto enfrentaran precios similares.
9. No obstante, focalizar todo el análisis de efectos de la presunta conducta investigada solo en el referido rango de traslape de precios, conlleva inherentemente a desconocer los otros dos rangos determinados por la primera instancia, donde no se identifica una similitud entre los precios de Electro Dunas y el resto de los suministradores dentro de su área de concesión.

¹⁸¹ Cabe precisar que, incluso cuando la conducta cuestionada pueda generar un perjuicio a los competidores del agente dominante, esta será ilegal únicamente en ausencia de eficiencias procompetitivas o cuando tales eficiencias no estén en capacidad de superar o contrarrestar los efectos restrictivos observados.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

10. Lo antes indicado no sólo constituye una divergencia metodológica, sino que se trata de una decisión que deja de lado información necesaria con relación al mercado presuntamente afectado e incide en los hallazgos que puedan efectuarse con relación a la dinámica de la competencia y los presuntos efectos reales o potenciales de la exoneración del plazo de preaviso a favor de los usuarios de Electro Dunas.
11. La existencia de otros dos rangos de precios (distintos al rango de “traslape de precios”) denota que hubo una amplia gama de precios en el mercado presuntamente afectado, esto último, pese a que también se habría aplicado la exoneración diferenciada del plazo de preaviso en relación con los clientes de tales rangos. La información existente permite apreciar que, de los sesenta y dos (62) nuevos usuarios libres quienes decidieron migrar con Electro Dunas dentro de su área de concesión, la referida empresa otorgó la exoneración del plazo de preaviso a sesenta (60) de ellos. Esto resulta un universo considerablemente mayor que los clientes que se encuentran solo en el rango de traslape de precios, donde se identificó veinte (20) usuarios beneficiados con la referida exoneración del plazo de preaviso¹⁸².
12. Si la exoneración del plazo de preaviso hubiese sido determinante para atraer nuevos usuarios libres para Electro Dunas, habría bastado con que la imputada ofreciera dicha exoneración a los usuarios dentro del rango de traslape de precios, no obstante, se observa que además de la exoneración, Electro Dunas también ofrecía precios fuera de este rango de traslape (que llegaban a ser, incluso, más bajos). Ello brindaría un primer indicio de que, en el mercado analizado, el precio (y no una eventual exoneración del plazo de preaviso) sería el elemento crítico en la decisión de un usuario para cambiar de condición de regulado a libre y contratar con un determinado suministrador.
13. Es preciso señalar que el mercado afectado (suministro de usuarios libres que anteriormente eran regulados en el área de concesión de Electro Dunas) se caracteriza por brindar un servicio homogéneo, es decir, que la energía eléctrica suministrada es percibida como idéntica por los consumidores, por lo que estos, en teoría, no tendrían preferencia sobre algún suministrador en específico y por lo tanto optarían por aquel oferente que brinde un precio más conveniente.

¹⁸² Cabe precisar que se identificaron 21 (veintiún) nuevos suministros de usuarios libres provenientes del mercado regulado respecto de los cuales se habría generado un efecto excluyente. En 2017 se identificó un nuevo suministro que contrató con Electro Dunas a precios por encima de los ofrecidos por otros suministradores y veinte (20) nuevos suministros (11 en 2018 y 9 en 2020) captados por Electro Dunas, que se encontraron en el rango de traslape de precios, cuyo promedio para cada año, fue ligeramente superior al promedio de los precios ofrecidos por otros suministradores en el mismo rango de traslape.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

14. Asimismo, si bien en este mercado los precios son negociados entre las partes, existe una alta transparencia de la información de los usuarios involucrados, en tanto el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante Osinergmin) publica boletines estadísticos y los contratos de las transacciones del mercado en cuestión. Así, el hecho de que los precios negociados entre las partes sean difundidos por el organismo regulador, incentivaría la posibilidad de tener ofertas y contraofertas por parte de los proveedores, intensificando la competencia por precios en este mercado.
15. En ese sentido, se puede inferir que el precio del suministro de energía eléctrica sería el factor más relevante en la elección de un suministrador por parte de un usuario. Por ende, en la decisión de permanecer como usuario regulado o migrar a la condición de usuario libre, no solo cobra importancia la diferencia de precios disponibles para los actores en ambas categorías, sino que además se tratará de maximizar el potencial ahorro, de modo que los usuarios buscarán la opción más atractiva en función de precios, entre los suministradores que operan en el mercado.
16. De acuerdo con el Reporte de Inflación correspondiente al mes de junio del año 2019 (recuadro 7)¹⁸³, el precio de suministro de electricidad de los contratos en el mercado libre disminuyó progresivamente en los últimos años, como consecuencia de una caída en el precio *spot*. Así, el costo marginal del mercado de corto plazo del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) cayó de S/ 27.7 centavos por kWh en 2008 hasta S/ 3.6 centavos por kWh en 2018. Esta reducción se explicaría principalmente por la sobreoferta de generación, debido a que el crecimiento de la máxima demanda de potencia no acompañó el crecimiento del parque generador.
17. En ese sentido, los usuarios con una demanda máxima anual que se encuentran entre los 200kW y 2,500kW se vieron incentivados a sustituir su condición de regulados a libres, con el objetivo de acceder a precios de suministro más bajos, lo cual nuevamente denota la importancia que habría tenido el precio en la decisión de los usuarios de cambiar de condición de usuarios regulados a libres.
18. Es relevante anotar que, en el referido contexto de mayor migración de usuarios regulados al mercado de clientes libres y considerando la relevancia del precio como elemento de captación de esta nueva demanda, Electro Dunas buscó y habría logrado reducir sus precios en el 2018, para lo cual dicha empresa alegó que había modificado las condiciones de los contratos con las generadoras que le proveían de electricidad. Esto último habría permitido a Electro Dunas

¹⁸³ Al respecto ver: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2019/junio/ri-junio-2019-recuadro-7.pdf>. Fecha de última visita: 15 de marzo de 2024.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

flexibilizar su estructura de costos y, en consecuencia, ofrecer precios competitivos e incluso menores que otros suministradores.

19. Asimismo, de la información publicada por Osinergmin y la remitida por Electro Dunas¹⁸⁴, se aprecia que durante el período de análisis (2017- 2020) existía una competencia por precios entre los suministradores que proveían de energía eléctrica a usuarios libres, que previamente fueron regulados, en el área de concesión de Electro Dunas. En tal sentido, los precios ofrecidos por Electro Dunas a los clientes libres que previamente fueron regulados resultan competitivos frente a los precios de otras empresas generadoras, específicamente a partir de 2018, año en que la referida empresa redujo sus precios.
20. Cabe precisar que este análisis, a diferencia del análisis efectuado por la Comisión, considera el universo de transacciones durante el período de análisis, lo que permite una evaluación integral que toma en cuenta todos los precios efectivamente cobrados por Electro Dunas y sus competidores, y no solo el rango donde sus precios presentaron traslapes.
21. Por ende, la información económica y la propia dinámica del mercado respectivo no brindan indicios suficientes que la conducta imputada (relativa a la exoneración del plazo de preaviso) haya generado o pudiera haber producido un incentivo excluyente o anticompetitivo, sino más bien se evidencia un interés y necesidad de Electro Dunas por competir en el mercado de suministro de electricidad a usuarios libres ofreciendo precios más bajos que los regulados.
22. En consecuencia, el comportamiento de los precios durante la mayor parte del período de análisis¹⁸⁵ indica que, en promedio, los precios de Electro Dunas fueron menores a los de la denunciante y por lo tanto no se puede inferir que la exoneración del plazo de preaviso constituyó per se una ventaja determinante para Electro Dunas, en tanto se aprecia la existencia de una competencia por precios entre los suministradores de aquellos clientes libres que procedían del mercado regulado dentro de la referida área de concesión, por lo que los usuarios habrían elegido a sus suministradores (entre ellos, Electro Dunas y Atria) tomando en cuenta sus respectivas ofertas económicas.

¹⁸⁴ La información fue tomada de los boletines de usuarios libres de Osinergmin (disponible en: <https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/regulacion-tarifaria/publicaciones/regulacion-tarifaria>). Fecha de última visita: 15 de marzo de 2024) y lo proporcionado por Electro Dunas sobre los usuarios que migraron de la condición de regulados a libres en su área de concesión.

¹⁸⁵ Ello en tanto, en el 2017, los precios de Electro Dunas se encontraron en promedio por encima de los precios de Atria.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

23. En ese sentido, considero que no es posible afirmar que Electro Dunas habría generado un efecto exclusorio en el mercado afectado al exonerar del plazo de preaviso que se establece en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad a aquellos usuarios regulados con una demanda máxima anual entre los 200kW y 2,500kW, puesto que no se habrían configurado los elementos necesarios para atribuir responsabilidad y sancionar a Electro Dunas por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres (conforme a lo tipificado en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA), pues no se ha impedido o dificultado el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica, sino que los resultados observados en el mercado se deberían a una competencia por precios.



Firma Digital

Firmado digitalmente por TAVERA
COLUGNA Jose Abraham FAU
20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16.04.2024 00:05:20 -05:00

José Abraham Tavera Colugna
Vocal

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

122/128

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

ANEXO

Cálculo del precio y consumo de energía de los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuario libre en el área de concesión de Electro Dunas entre enero de 2017 y diciembre de 2020

Para calcular el precio y consumo de energía de todos los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuarios libres en el área de concesión de Electro Dunas, se ha utilizado la información publicada por el Osinergmin en los reportes estadísticos mensuales del mercado libre de electricidad, específicamente, los reportes publicados entre marzo de 2017 y setiembre de 2023¹⁸⁶ que contienen la información de precios y consumos durante el período de enero de 2017 a julio de 2023¹⁸⁷.

Los reportes estadísticos mensuales incluyen información comercial de los clientes libres como: (i) los consumos de potencia en horas de punta y fuera de punta en la barra de generación y de consumo, (ii) los consumos de energía en horas de punta y fuera de punta en la barra de generación y de consumo, (iii) los precios de la potencia y de la energía en horas punta y fuera de punta en la barra de generación. Para el análisis se consideró únicamente la información correspondiente a los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuarios libres en el área de concesión de Electro Dunas, los cuales fueron reportados por la propia empresa distribuidora.

Específicamente, se consideró la información de los usuarios listados en el cuadro siguiente, que corresponden a usuarios de Electro Dunas y de otros suministradores.

Suministro	Denominación Social	Código Osinergmin	Potencia*
181000942	DESTIVIN S.R.L	CL2382	260
181002353	INMOBILIARIA EL QUINDE SAC(GALERIAS)	CL2517	250
481000148	LA AZULITA S.A.C.	CL2362	400
281000910	AEREOPUERTOS DEL PERU S.A.	CL2012	600
181000287	AGRICOLA CARMEN LUISA S.A.C.	CL1959	350
381000184	AGRICOLA COPACABANA DE CHINCHA S.A.	CL2760	250
181000445	AGRICOLA DON RICARDO S.A.C.	CL2419	300
181000457	AGRICOLA DON RICARDO S.A.C.	CL2420	250
181000469	AGRICOLA DON RICARDO S.A.C.	CL2421	250
181000471	AGRICOLA DON RICARDO S.A.C.	CL2422	250

¹⁸⁶ Dichos reportes se pueden descargar desde la página web del Osinergmin, en la siguiente ruta <https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/regulacion-tarifaria/publicaciones/regulacion-tarifaria>. Fecha de última visita: 15 de marzo de 2024.

Dentro de esta, dirigirse a Publicaciones, luego a Informes Mensuales y finalmente, dentro de Mercado Libre de Electricidad, se encuentran los Reportes como una base de datos de Excel.

¹⁸⁷ Cabe indicar que los reportes poseen un retraso de dos meses en la información que presentan, por eso la información correspondiente a enero de 2017 y julio de 2023 se publicó en los reportes de marzo de 2017 y setiembre de 2023, respectivamente.



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Suministro	Denominación Social	Código Osinergmin	Potencia*
181002206	AGRICOLA DON RICARDO S.A.C.	CL2423	700
181002342	AGRICOLA DON RICARDO S.A.C.	CL2406	220
700005400	AGRICOLA DON RICARDO S.A.C.	CL2736	60
281000090	AGRICOLA EL ALAMEIN S.A.C.	CL2837	300
381000497	AGRÍCOLA EL RANCHO S.A.C.	CL3061	400
481000993	AGRICOLA GINOBETO S.A.C.	CL2665	200
700046990	AGRICOLA GUILI S.A.C.	CL2516	820
181000879	AGRICOLA ISPANA S.A.C.	CL2878	250
481000145	AGRICOLA ISPANA S.A.C.	CL2200	200
181000760	AGRICOLA LA VENTA S.A.C.	CL2036	600
181000761	AGRICOLA LA VENTA S.A.C.	CL2037	900
181002299	AGRICOLA LA VENTA S.A.C.	CL2038	600
181000564	AGRICOLA RIACHUELO S.A.C.	CL2823	300
181000480	AGRICOLA SANTIAGO QUEIROLO S.A.C.	CL2097	450
181000829	AGRICOLA SANTIAGO QUEIROLO S.A.C.	CL2098	350
181000889	AGRISIL S.A.C	CL2018	280
181000684	AGRO EXPORT M.G.P. S.A.	CL2894	230
281000056	AGRO PARACAS S.A	CL2020	300
381000239	AGROEXPORTADORA VIRGEN DEL ROSARIO S.A.	CL2481	230
281000225	AGROINDUSTRIA CASABLANCA S.A.C.	CL2213	300
381000372	AGROINDUSTRIA CASABLANCA S.A.C.	CL2209	300
381000395	AGROINDUSTRIA CASABLANCA S.A.C.	CL2210	300
381000444	AGROINDUSTRIA CASABLANCA S.A.C.	CL2211	500
381000494	AGROINDUSTRIA CASABLANCA S.A.C.	CL2212	500
381000204	AGROINDUSTRIAS AIB S.A.	CL1614	1,400
181000627	AGROINDUSTRIAS MACACONA	CL2975	400
381000271	AGROPECUARIA RIO BRAVO HNOS. S.C.R.L.	CL2848	250
481000108	AGROPEX S.A.C.	CL2614	250
281000286	BRADE PARACAS S.A.	CL2625	400
381000087	CABLES ELECTRICOS BRANDE S.A.C.	CL2145	150
181000285	CAMPOS DEL SUR S.A.	CL2628	230
181000916	CANTERAS PALOMINO S.R.L.	CL2941	350
181002259	CERAMICO ALFA PC S.A.C.	CL2879	400
281000338	CFG INVESTMENT	CL1654	3,000
381000292	CFG INVESTMENT	CL1653	2,000
700043684	CFG INVESTMENT S.A.C.	CL2815	2,500
181000252	CIA. DE EXPORT. Y NEG. GENERALES SA	CL2019	300
281000340	CITRUSCO S.A.C.	CL2643	1,042
381000483	CMT DEL SUR SAC	CL1713	400
281000252	COMPañIA AMERICANA DE CONSERVAS S.A.C.	CL2089	400
181000272	COMPLEJO AGROINDUSTRIAL BETA S.A.	CL1779	645
181000288	COMPLEJO AGROINDUSTRIAL BETA S.A.	CL1780	1,140
181000558	COMPLEJO AGROINDUSTRIAL BETA S.A.	CL1781	440
181000575	COMPLEJO AGROINDUSTRIAL BETA S.A.	CL1782	1,130
181000662	COMPLEJO AGROINDUSTRIAL BETA S.A.	CL1783	1,590

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

124/128

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Suministro	Denominación Social	Código Osinergmin	Potencia*
281000271	COMPLEJO AGROINDUSTRIAL BETA S.A.	CL1784	290
381000122	COMPLEJO AGROINDUSTRIAL BETA S.A.	CL1785	555
700006092	COMPLEJO AGROINDUSTRIAL BETA S.A.	CL1786	495
700062650	COMPLEJO AGROINDUSTRIAL BETA S.A.C.	CL2567	647
281000120	CONGELADOS DANA S.A.	CL2398	400
481000499	CONSORCIO AGROMINERO SAN HILARION SAC	CL2532	500
181000134	CONSORCIO ICA S.A.C.	CL2490	200
481000105	CONSORCIO MINERO ANTARES S.A.C.	CL2515	500
700056398	CORPORACION AGROLATINA S.A.C	CL2411	300
700017602	CORPORACION AGROLATINA S.A.C	CL2126	300
381000286	CORPORACION FRUTICOLA DE CHINCHA S.A.C.	CL1740	316
281000243	CORPORACION LERIBE S.A.C	CL2855	340
281000057	CURTIEMBRE LA PISQUEÑA S.A.	CL2205	400
181000955	DESTILERIA LA CARAVEDO SRL	CL2953	300
381000185	DON FERMIN S.R.L.TDA.	CL2909	250
481000101	ECOPMIN SANTA TERESA MINING E.I.R.L.	CL2533	300
181000519	EL PEDREGAL S.A.	CL1545	986
181000683	EL PEDREGAL S.A.	CL1547	850
181000900	EL PEDREGAL S.A.	CL1546	461
700013855	EL PEDREGAL S.A.	CL2871	1,500
481000146	EMP. COMER. DE MINERALES 09 DE MARZO SAC	CL2078	250
281000233	EMPACADORA PROCESADORA HUAMANI SAC	CL1833	583
281000089	EMPRESA DE SERVICIOS DE LOS AGRICULTORES DE LANCHAS S.A.	CL1834	663
481000491	EMPRESA MINERA FECMA	CL2233	350
481000142	ESPONDA PRECIADO MANOLO ALFREDO	CL2057	600
181002343	ESTACION EL OVALO EIRL	CL3051	200
181000509	EXPOFRUT S.A.C.	CL2835	200
381000172	EXPORTADORA ROMEX S.A.	CL2626	210
381000326	EXPRESS JEAN'S C&O S.A.	CL3017	300
381000363	FARMACOLOGICOS VETERINARIOS S.A.C.	CL2836	200
181000355	FLORIDABLANCA S.A.C.	CL2305	600
181000755	FUNDO SAN FERNANDO S.A.	CL2079	650
181000650	FUNDO SAN LUIS .S.A.C	CL1792	300
181000816	GRIFOS ESPINOZA S.A.	CL1552	500
700045190	GRUPO SANTA ELENA S.A.	CL2737	1,176
281000240	HACIENDA EL MONASTERIO S.A.C.	CL2052	313
381001353	HILADOS ESPECIALES DEL SUR S.A.C	CL2094	400
181000833	HIPERMERCADOS TOTTUS S.A.	CL1435	990
381001279	HIPERMERCADOS TOTTUS S.A.	CL1434	750
700016227	HOMECENTERS PERUANOS SA	CL2635	304
281000296	HOTEL RESTAURANT LA HACIENDA S.A.	CL2202	150
481000162	ICA SUR S.A.C.	CL1835	208
181000617	ICATOM S.A.	CL1794	1,000
181000659	ICATOM S.A.	N/D	600

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

125/128

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



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Suministro	Denominación Social	Código Osinergmin	Potencia*
181000694	ICATOM S.A.	N/D	380
381000141	INDUSTRIA PERUANA DEL ACERO S.A.	CL1793	400
381001471	INMOBILIARIA BOTAFOGO S.A.C. (PROV.)	CL1453	560
181002252	INMOBILIARIA EL QUINDE SAC	CL1451	1,100
700063046	INSTITUTO PERUANO DE LA PRODUCCIÓN	CL2974	324
481000056	INTERMINERA S.A.C.	CL2430	250
181000305	INVERSIONES EN TURISMO S.A.	CL2652	600
700005058	INVERSIONES KANDOO SAC	CL1454	610
281000308	INVERSIONES NACIONALES DE TURISMO S.A.	CL1401	800
281000218	INVERSIONES PRISCO S.A.C.	CL1962	650
281000352	INVERSIONES PRISCO S.A.C.	CL1961	500
700068812	INVERSIONES Y REPRESENTACIONES LA FABRICA S.A.C.	CL3062	364
281000267	ITALICA SOCIETA MINERARIA DEL PERU S.A.C.	CL1960	600
700005016	JANTEX S.A.C.	CL1664	1,200
381000404	JEHOVA MI PASTOR E.I.R.L	CL2763	400
700008573	KON SOL PERÚ S.A.C.	CL2976	250
381000151	LA CALERA S.A.C.	CL1878	800
381000361	LA CALERA S.A.C.	CL1879	493
381001493	LA CALERA S.A.C.	CL1880	350
181000261	LA PORTADA S.A.C.	CL2207	750
181000624	LA PORTADA S.A.C.	CL2208	250
700017686	LADRILLERA INCA A & J SAC	CL2542	300
181000329	LANTO E.I.R.L.	CL2642	210
700025081	LIMAGAS NATURAL PERU S.A.	CL2514	400
281000786	LJM METALES S.A.C.	CL2196	1,000
281000053	MACHUPICCHU FOODS S.A.C.	CL2013	310
281000069	MACHUPICCHU FOODS S.A.C.	CL2014	1,200
181000560	MANUEL JAIME RAMOS ROBERTSON	CL2568	570
181000160	MANUELITA FYH S.A.C.	CL1912	800
700078725	MANUELITA FYH S.A.C.	CL2369	800
700023306	MERCURIO E.I.R.L.	CL1921	400
481000115	MINERA DE COBRE NAZCA S.A.C	CL2597	480
481000140	MINERA SANTA MARIA S.A.C.	CL2234	355
481000041	MINERIA Y EXPORTACIONES S.A.C.	CL1700	800
281000029	MONT BLANC EXPORT S.R LTDA	CL2169	386
181000831	MULTIMERCADOS ZONALES S.A.	CL1373	600
181000832	MULTIMERCADOS ZONALES S.A.	CL1374	600
700059130	Negocios Generales AGROSER SAC	CL2584	220
381000407	NUEVA LADRILLERA HUACHIPA 2007 S.A.	CL2977	300
181000286	PABLO BUENDIA PLOOG	CL1836	211
700040537	PEAK QUALITY DEL PERU S.A.	CL3045	250
481000503	PERU METAL TRADING S.A.C.	CL1387	500
281000149	PESQUERA DIAMANTE S.A. (NORTE 01)	CL1616	1,700
281000901	PESQUERA DIAMANTE S.A.(NORTE 02)	CL1617	2,450
381000338	PESQUERA EXALMAR S.A.	CL1557	1,600

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

126/128

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

**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 0050-2024/SDC-INDECOPI****EXPEDIENTE 0009-2021/CLC**

Suministro	Denominación Social	Código Osinergmin	Potencia*
381000393	PESQUERA EXALMAR S.A.	CL1560	1,500
381001475	PESQUERA EXALMAR S.A.	CL1558	2,500
381001476	PESQUERA EXALMAR S.A.	CL1559	2,500
481000102	PLANTA PROCESADORA CAROLINA DEL SUR SAC	CL2091	550
181000197	POMICA PERU S.A.C.	CL2324	300
481000116	PROCESADORA ALONSO S.A.C.	CL2214	320
700020883	PROCESADORA LARAN S.A	CL2222	505
381000285	PROCESADORA LARAN S.A.C.	CL1998	1,000
181000061	PROCESOS AGROINDUSTRIALES S.A.	CL2364	500
181000675	PROCESOS AGROINDUSTRIALES S.A.	CL2365	500
481000492	ROSARIO YANETH PINO BARRIOS	CL2644	480
181002362	SAGA FALABELLA S.A.	CL1322	500
281000896	SAN AGUSTIN PARACAS S.A.C.	CL2847	260
381000092	SAN FERNANDO S.A.	CL1977	2,200
381000269	SAN FERNANDO S.A.	CL1978	320
381000399	SAN MIGUEL FRUITS PERU S.A	CL2060	300
700059818	SERVICIO EDUCATIVO EMPRESARIAL S.A.C.	CL2407	475
481000151	SIERRA ANTAPITE S.A.C.	CL2158	2,000
181000211	SOCIEDAD AGRICOLA DROKASA S.A.	CL3002	600
181000563	SOCIEDAD AGRICOLA DROKASA S.A.	CL3003	400
181000890	SOCIEDAD AGRICOLA DROKASA S.A.	CL3004	800
181000834	SODIMAC PERU S.A.	CL1333	500
181000455	SUN FRUITS EXPORTS S.A.	CL2641	250
181000843	SUN FRUITS EXPORTS S.A.	CL1877	1,300
381000325	TEXTILE SOURCING COMPANY S.A.C.	CL2308	400
281000325	TRANSMARINA DEL PERU S.A.C.	CL2666	1,200
181000045	UNIVERSIDAD NACIONAL SAN LUIS GONZAGA DE ICA	CL2395	200
700054969	UNIVERSIDAD NACIONAL SAN LUIS GONZAGA DE ICA	CL2640	495
181000593	UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DEL PERU S.A.C.	CL2908	800
381000234	URBEM S.A.C.	CL2645	400
281000249	UVICA S.A.C.	CL2910	300
700058025	VISTA GOLD S.A.C.	CL2306	500
181000786	Y & R AGRICOLA DUSHEDARE E.I.R.L.	CL2242	250

* Corresponde al valor de la potencia declara por Electro Dunas.

Fuente: Información proporcionada por Electro Dunas.

Con la información entre enero de 2017 y julio de 2023 de los reportes estadísticos mensuales del mercado libre de electricidad, se obtuvo información de los ciento setenta y siete (177) suministros listados en el cuadro anterior. Es importante recordar que el cálculo de la multa se basa en los ingresos que Electro Dunas buscaba obtener por los clientes captados precisamente durante el período investigado, el cual culminó en diciembre de 2020, sobre quienes se verificó el efecto exclusorio de la conducta, tomando en cuenta las ventas efectuadas por el suministro de energía durante la vigencia de tales contratos.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

127/128

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUALCalle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



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 0050-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0009-2021/CLC

Ahora bien, para emplear esta información en el análisis de los precios y consumos de electricidad de los usuarios, se realizó un tratamiento previo debido a ciertas inconsistencias encontradas.

Se corrigió la información de precios reportada en los boletines de clientes libres en los cuales existían valores atípicamente bajos. Lo mencionado sería producto de que algunos valores estarían expresados en dólares/MWh cuando deberían estarlo en soles/MWh, por tal motivo se corrigió multiplicando los valores atípicos por el tipo de cambio correspondiente.

La información con el tratamiento de datos descrito anteriormente se ha utilizado a fin de calcular el precio medio de la energía, de manera mensual para cada usuario, empleando la siguiente fórmula:

$$\begin{aligned} \text{Precio medio} = & \text{Precio Potencia}_{S/por Kw-mes} / (7.2 * 0.8) \\ & + \text{Precio Energía Horas Punta}_{cts S/por Kwh} * 0.2 \\ & + \text{Precio Energía Horas Fuera Punta}_{cts S/por Kwh} * 0.8 \end{aligned}$$

De igual manera, la información tratada fue utilizada para calcular las ventas por el suministro de energía de Electro Dunas, a fin de determinar la multa aplicable en el presente caso, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\begin{aligned} \text{Ventas} = & \text{Precio Potencia}_{S/kW-mes} * \text{Consumo Potencia}_{kW-mes} \\ & + \text{Precio Energía Horas Punta}_{ctm S/por kWh} \\ & * \text{Consumo Energía Horas Punta}_{kWh} \\ & + \text{Precio Energía Horas Fuera Punta}_{ctm S/por kWh} \\ & * \text{Consumo Energía Horas Fuera Punta}_{kWh} \end{aligned}$$