

**Expediente 002-2020/CLC****Resolución 052-2021/CLC-INDECOPI**

15 de octubre de 2021

VISTOS:

El escrito de denuncia presentado el 22 de junio de 2018 por Atria Energía S.A.C. (en adelante, Atria Energía, antes Eléctrica Santa Rosa S.A.C.)¹ en contra de Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (en adelante, Seal); la Resolución 005-2020/ST-CLC-INDECOPI del 6 de marzo de 2020 (en adelante, la Resolución de Inicio), mediante la cual la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, la Dirección, antes, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia²) decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Seal; 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 con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres, en infracción a lo dispuesto en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas³; los descargos a la Resolución de Inicio; el Informe Técnico 030-2021/ST-CLC-INDECOPI del 21 de abril de 2021 (en adelante, el Informe Técnico), los escritos de alegatos al Informe Técnico; la audiencia de informe oral llevada a cabo el 16 de julio de 2021, los alegatos finales presentados por Seal y Atria Energía; y las demás actuaciones del procedimiento; y,

CONSIDERANDO:

1. El 22 de junio de 2018, Atria Energía presentó una denuncia contra Seal por un supuesto abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres en la ciudad de Arequipa, conductas tipificadas en los literales b) y h) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. La denuncia se sustentó principalmente en los siguientes argumentos:

¹ 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.

² Según lo establecido en el literal a) del artículo 97 del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia ejerce las funciones de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. El texto integrado del nuevo ROF fue aprobado por la Resolución 063-2021-PRE/INDECOPI del 4 de junio de 2021 y publicado en la plataforma del Estado Peruano el 10 de junio de 2021. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/1959220-reglamento-de-organizacion-y-funciones-del-indecopi>

³ Aprobada mediante Decreto Legislativo 1034 (2008) y modificada mediante Decretos Legislativos 1205(2015), 1396 (2018) y 1510 (2020). Las referencias a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas en el presente informe corresponden al Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 030-2019-PCM.

- Sobre los mercados involucrados, usuarios regulados y usuarios libres:
 - En Perú existen dos mercados de suministro de electricidad: (i) el mercado de distribución de energía a usuarios regulados, otorgado en concesión de forma exclusiva a un solo titular (distribuidor), y (ii) el mercado de suministro de electricidad a usuarios libres, en el que participan en igualdad de condiciones las empresas generadoras y distribuidoras.
 - Por su parte, existen tres tipos de usuarios de electricidad: (i) usuarios regulados, que tienen una demanda máxima anual de energía eléctrica de 200 kW y deben contratar el suministro de electricidad con el distribuidor de la zona en la que están ubicados, (ii) usuarios libres, que tienen una demanda máxima anual de energía eléctrica mayor a 2500 kW y pueden contratar el suministro de electricidad con cualquier generador o con el distribuidor de la zona en la que están ubicados; y (iii) usuarios que tienen una demanda anual de energía eléctrica mayor de 200 kW y menor a 2500 kW, quienes pueden decidir ser usuarios regulados (y, por tanto, solo contratar con el distribuidor de su zona) o libres (y, poder contratar con cualquier generador o el distribuidor de su zona).
 - Conforme al marco legal vigente, todos los usuarios de electricidad (usuarios regulados y usuarios libres), ubicados dentro de una zona de concesión de un distribuidor, deben estar conectados a una red de distribución para recibir la electricidad a través de esa red. De este modo, si bien el usuario libre tiene libertad para elegir al suministrador de energía, debe conectarse a la red de distribución de la zona en que se encuentre (operada por un distribuidor) para recibir la electricidad.
- Sobre la posición de dominio y la conducta exclusoria de Seal:
 - Seal es la titular de la concesión de distribución de electricidad en ocho (8) provincias del departamento de Arequipa. Tanto los usuarios regulados como los usuarios libres ubicados en dicha zona de concesión deben estar conectados a la red de distribución de la referida empresa.
 - Si un usuario regulado ubicado en la zona de concesión de Seal – cuya demanda oscila entre los 200 kW y los 2500 kW– decide migrar de condición a usuario libre, Seal les ofrece indebidamente exonerarles del plazo legal de preaviso para cambiar a tal condición⁴ y de la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia⁵, con la finalidad de que continúen permaneciendo en su cartera de clientes.

⁴ A manera de ejemplo, Atria Energía señala que América Móvil Perú S.A.C. y dos suministros de Ladrillera El Diamante S.A.C. suscribieron contratos con Seal en los que se evidencia que no cumplieron con el plazo de preaviso para cambiar su condición de usuario regulado a libre.

⁵ Para sustentar su afirmación, Atria Energía presentó constancias notariales de los equipos con los que contarían América Móvil Perú S.A.C., Ladrillera El Diamante S.A.C. y Full Glass Perú S.A.C. (clientes de Seal). Según Atria Energía tales equipos eran los mismos que tenía Camal Frigorífico Don Goyo S.A.C., cliente que había

En cambio, a aquellos usuarios que manifiestan su intención de cambiarse a otro suministrador (por ejemplo, una empresa generadora), les exige que cumplan dicho plazo y la instalación de los equipos mencionados con ciertas características no establecidas ni siquiera en el Reglamento de Usuarios Libres, como condición para que se haga efectivo el cambio de condición de usuario regulado a libre.

- Concretamente, cuando el usuario regulado Camal Frigorífico Don Goyo S.A.C. le comunicó a Seal su intención de cambiar su condición a usuario libre contratando el suministro de energía con Atria Energía, le exigió el cumplimiento del plazo de preaviso de un año y la instalación de un equipo de medición, protección y limitación de potencia con determinadas características.
 - De este modo, Seal utiliza su posición de dominio (monopólica) en el mercado de distribución en su zona de concesión, para afectar negativa e ilegalmente las condiciones de competencia en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres, en el que compite con Atria Energía y otros generadores. Esta situación no puede ser evitada o superada por Atria Energía debido a que todos los usuarios libres ubicados en la zona de concesión de Seal necesitan estar conectados a su red de distribución para recibir la electricidad contratada, al margen del suministrador contratado.
2. El 15 de agosto de 2018 y el 17 de enero de 2019, Atria Energía complementó su denuncia, indicando lo siguiente:
- Se le solicitó a Panelek Contratistas Generales S.A.C. una cotización de los equipos solicitados por Seal para que Camal Frigorífico Don Goyo S.A.C. pudiese hacer efectivo su cambio de condición a usuario libre y, en respuesta, la empresa cotizó tales equipos y su respectiva instalación por la suma de USD 14,303.
 - El Ministerio de Energía y Minas, entidad responsable de la emisión del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad y su intérprete, ha indicado en el Informe 016-2017/MEM-DGE-DNE que las características técnicas de los equipos de protección y limitación de potencia la debe definir el usuario libre en coordinación con su nuevo suministrador.
 - A pesar de que el contrato firmado con Camal Frigorífico Don Goyo S.A.C. indicaba que el plazo de inicio del suministro de energía como usuario libre empezaría el 1 de diciembre de 2018 (luego del cumplimiento del plazo de preaviso), hasta el momento no se puede hacer efectivo dicho cambio, pues Seal continúa exigiendo, a diferencia de lo requerido a sus clientes, los equipos de medición, protección y limitación de potencia que bajo su criterio serían los adecuados.

comunicado a Seal su intención de cambiar su condición a usuario libre contratando el suministro de energía con Atria Energía pero que, sin embargo, no se le había aceptado por no contar con el equipo de medición, protección y limitación de potencia adecuado.

Esta situación se replica también con los clientes Analytica Mineral Services S.A.C., Empresa Minera Otapara S.A., Utilex Sole Perú S.A.C., Curtiembre Global S.A.C., Congeladores Gutiérrez S.C.R.L. y Puertos del Pacífico S.A., quienes, a pesar de haber comunicado a Seal su intención de cambiar su condición a usuario libre contratando el suministro de energía con Atria Energía, continúan siendo usuarios regulados debido a que Seal se niega indebidamente a efectuar tal cambio por supuestamente no cumplir con la instalación de los equipos solicitados por la referida empresa.

3. Mediante Carta 308-2019/ST-CLC-INDECOPI, notificada el 3 de abril de 2019, la Dirección remitió un requerimiento de información a Atria Energía, con la finalidad de reunir mayores elementos de juicio con relación a su denuncia. El 11 de abril de 2019, la empresa atendió el requerimiento de información.
4. Mediante Carta 870-2019/ST-CLC-INDECOPI, notificada el 21 de mayo de 2019, la Dirección citó a Seal a una entrevista. El 3 de junio de 2019 se llevó a cabo la referida diligencia.
5. Mediante Carta 1807-2019/ST-CLC-INDECOPI, notificada el 11 de noviembre de 2019, la Dirección solicitó a Seal presentar determinada información sobre las condiciones comerciales ofrecidas por su empresa. El 6 de diciembre de 2019, la empresa atendió el requerimiento de información⁶.
6. Mediante Oficio 100-2019/ST-CLC-INDECOPI, notificado el 20 de noviembre de 2019, la Dirección requirió al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, el Osinergmin) información sobre la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia adecuados para el cambio de condición de usuarios regulados a usuarios libres. Por Oficio 3101-2019-OS-DSE recibido el 20 de diciembre de 2019, el Osinergmin atendió el requerimiento de información.
7. Mediante Razón de Secretaría 041-2019/ST-CLC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2019, se incorporó el Oficio 066-2018/ST-CLC-INDECOPI, por el cual la Dirección requirió al Osinergmin información sobre el procedimiento que debían seguir los usuarios regulados si deseaban migrar a usuarios libres, así como el Oficio 395-2019-OS-DSE, mediante el cual el Osinergmin atendió el requerimiento de información.
8. El 5 de febrero de 2020, Atria Energía presentó información adicional sobre los hechos denunciados en relación con la instalación de equipos de protección, medición y limitación de potencia.
9. Mediante la Resolución de Inicio, la Dirección inició un procedimiento administrativo sancionador contra Seal 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

⁶ Considerando la prórroga de plazo solicitada por Seal, concedida por la Dirección mediante Carta 1825-2019/ST-CLC-INDECOPI.

energía eléctrica a usuarios regulados con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres; en específico, por exonerar del plazo del preaviso de un año y no exigir la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito previo a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; y, por el contrario, exigir el cumplimiento de estos requisitos a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores.

Conforme a la Resolución de Inicio, la infracción imputada a Seal se encuentra tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁷.

10. La Resolución de Inicio fue notificada a Seal el 23 de junio de 2020, indicándole su derecho a presentar descargos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
11. Mediante escrito de fecha 30 de julio de 2020, Seal presentó sus descargos a la Resolución de Inicio, contradiciendo formalmente todos los extremos de la denuncia presentada por Atria Energía.
12. Mediante escrito del 26 de agosto de 2020, Atria Energía presentó un escrito adicional señalando que Seal continuaba cometiendo la presunta infracción imputada en la Resolución de Inicio, toda vez que:
 - Envió una propuesta técnica económica a la empresa Ladripesa S.R.L. donde ofrece la migración de dicho usuario regulado al mercado libre antes de que se cumpla el plazo de doce (12) meses previsto en la regulación vigente.
 - Ha detectado en la información pública del Osinergmin que, en al menos diez (10) casos, Seal ha continuado exonerando del referido plazo de doce (12) meses a los usuarios regulados que migraron como usuarios libres con la misma empresa.
13. Mediante Carta 563-2020/ST-CLC-INDECOPI, notificada el 14 de diciembre de 2020, la Dirección solicitó a Seal presentar información relacionada con (i) los

⁷ **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.

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

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

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.

contratos de suministro de energía que mantenía con empresas generadoras para la atención de usuarios regulados y libres, (ii) los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuarios libres, (iii) el escrito presentado por Seal el 6 de diciembre de 2019. El 29 de enero de 2021, la empresa atendió el requerimiento de información⁸.

14. Mediante Cartas 116 y 117-2021/ST-CLC-INDECOPI, notificadas el 10 de febrero de 2021, se les informó a las partes del procedimiento acerca del fin del periodo de prueba.
15. El 11 de febrero de 2021, la Dirección requirió información a varias empresas acerca de (i) su cambio de condición de usuario regulado a usuario libre en el área de concesión de Seal, (ii) la obligación de contar con equipos de medición, protección y limitación de potencia, y (iii) las razones para renovar o cambiar de suministrador de electricidad en el mercado libre, de ser el caso⁹. Dichos requerimientos fueron atendidos entre el 15 de febrero y el 1 de marzo de 2021.
16. Mediante escrito del 6 de marzo de 2021, Seal presentó sus alegatos contra las imputaciones formuladas en su contra en la Resolución de Inicio:
 - Sobre la conducta de Atria Energía frente a sus competidores:
 - La denunciante viene ejerciendo de forma irregular su derecho a la tutela jurisdiccional, incurriendo en una conducta aparentemente apartada de la buena fe en perjuicio de sus competidores, que se configuraría con un uso abusivo de dicho derecho.
 - En particular, Atria Energía vendría denunciando a parte importante de sus competidores en distintas zonas del país ante distintas entidades administrativas¹⁰. Adicionalmente, la denunciante estaría menoscabando la

⁸ Considerando la prórroga de plazo solicitada por Seal, concedida por la Dirección mediante Carta 020-2021/ST-CLC-INDECOPI.

⁹ A través de las Cartas 125, 126, 127, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 154, 155, 156, 157, 158, 159, y 160-2021/ST-CLC-INDECOPI.

¹⁰ Al respecto, Seal presentó tres cuadros cuadro donde se aprecian las denuncias presentadas por Atria Energía ante la Comisión, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y el Osinergmin:

- Ante la Comisión: Se aprecian tres (3) denuncias presentadas contra las distribuidoras Electronoroeste S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A. y Consorcio Eléctrico de Villacuri S.A.C. En todos los casos, Atria Energía indicó que se produjo una conclusión anticipada por el desistimiento de la denunciante.
- Ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal: Se aprecian siete (7) denuncias contra las distribuidoras Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A., Electro Dunas S.A.A., Seal, Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A., Electronoroeste S.A. y Consorcio Eléctrico de Villacuri S.A.C (denunciada dos veces). Puede notarse en el cuadro de Seal que algunos procedimientos concluyeron de manera anticipada por el desistimiento de la denunciante, mientras otros porque se desestimó la denuncia.
- Ante el Osinergmin: se aprecian siete (7) denuncias contra las siguientes empresas de distribución, por hechos similares a los discutidos ante los órganos funcionales del Indecopi: Empresa Concesionaria de

reputación de Seal frente a las autoridades, así como sus clientes actuales y potenciales.

- Dicha conducta podría tener una intención de amedrentamiento contra sus competidores, para luego persuadirlos de suscribir acuerdos conciliatorios para que Atria Energía se desista de las denuncias. De lo contrario, dichas denuncias tendrían que incurrir en importantes costos legales, en términos de tiempo y dinero, para demostrar su falta de responsabilidad.

Asimismo, señala Seal que el interés de Atria Energía en llegar a dichos acuerdos con empresas, que supuestamente actuarían de manera ilegítima, se basaría en que las denuncias de Atria Energía no contarían con sustento fáctico ni jurídico.

▪ Sobre la facultad de Seal de exigir, o no, el plazo de doce (12) meses para que el usuario regulado migre al mercado libre:

- El Osinergmin ha señalado que: (i) el suministrador de energía tiene la facultad de exigirle al usuario regulado la permanencia de un (1) año en dicha condición antes de pasar a ser usuario libre, incluso permaneciendo con el mismo suministrador o migrando a otra empresa; y, (ii) que no existen normas que regulen los criterios o plazos para verificar que los usuarios cuenten con equipos de medición, protección y limitación de potencia, de acuerdo con la capacidad de sus redes y sus criterios de operación
- En ese sentido, las conductas imputadas como infracción en el presente procedimiento representan el ejercicio regular de un derecho de Seal – reconocido por el Osinergmin– que permite generar en el mercado una mayor y mejor competencia.

▪ Atria Energía habría interpuesto denuncias maliciosas contra Seal:

- De acuerdo con el artículo 7 del Decreto Legislativo 807, una denuncia maliciosa se puede configurar por (i) la presentación de una denuncia a sabiendas de su falsedad; o, (ii) la interposición de una denuncia a sabiendas de la ausencia de motivos razonables que la justifiquen.
- En el caso de Atria Energía, su denuncia carece de fundamentos fácticos y jurídicos, al igual que las otras denuncias presentadas contra las otras empresas competidoras. Además, la denuncia contra Seal ha sido presentada con la posible intención de dañar su imagen y reputación, ya que el inicio del procedimiento ha sido difundido por varios medios de comunicación, siendo replicados por el Gerente Comercial de la denunciante con comentarios que dañarían la reputación de Seal.

Electricidad de Ucayali S.A., Seal, Electro Dunas S.A.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A., Electronorte S.A., Electronoroeste S.A., y Consorcio Eléctrico de Villacuri S.A.C. Cabe señalar que Seal no incluyó alguna observación sobre el estado de dichos procedimientos.

- A criterio de Seal, estos constituyen indicios suficientes para concluir que Atria Energía habría presentado una denuncia maliciosa contra Seal.
- Sobre la determinación del mercado relevante y la posición de dominio:
 - La Dirección no habría realizado una definición acertada del mercado relevante, ya que no ha tomado en cuenta que la denuncia de Atria Energía no hace referencia al mercado de distribución de energía a usuarios regulados, enmarcándose únicamente en el mercado de suministro a clientes libres. A su vez, dicha consideración del mercado regulado causa una distorsión en la determinación del mercado geográfico relevante.
 - De acuerdo con el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, existen tres (3) tipos de usuarios de electricidad: (i) regulado (cuya demanda anual es menor o igual a 200kW), (ii) el que puede optar por ser regulado o libre (demanda anual mayor a 200kW hasta 2500 kW), y (iii) libre. La Dirección ha definido el mercado relevante tomando en cuenta a los dos primeros tipos de usuarios.
 - Las decisiones de Seal sobre la exoneración del plazo de preaviso de un (1) año y de postergar la fecha de instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia, se restringen a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y permanecieron con Seal. Es decir, la denuncia se refiere a la actividad de comercialización del suministro de energía y no a la actividad de distribución de energía, como indica la Dirección en la Resolución de Inicio.
 - Para determinar adecuadamente el mercado relevante, dentro de la actividad de comercialización del suministro de energía, debe identificarse previamente a los usuarios finales o clientes de dicha actividad.
 - Asimismo, la Dirección debe analizar si existen sustitutos del servicio materia de la investigación –en este caso, la comercialización del suministro de energía–, desde el punto de vista de la categoría del consumidor o usuario.
 - Por otro lado, y considerando que Atria Energía no hizo alusión a los usuarios regulados, la Dirección debió considerar a: (i) los usuarios regulados con la opción de migrar al mercado libre, y (ii) los usuarios libres. Ello debido a que dichos usuarios pueden elegir a su proveedor de energía, pudiendo ser distribuidores o generadores que operan como comercializadores de suministro de energía en el mercado de usuarios libres, y pudiendo encontrarse fuera del área de concesión de Seal.
 - De considerar a los usuarios regulados que pueden cambiar su condición a usuarios libres, el mercado geográfico relevante no se vería reducido al área de concesión de Seal, sino que se extendería a todo el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional – SEIN ya que ese tipo de usuarios puede escoger cualquier distribuidor o generador, independientemente de su ubicación geográfica.

En el mencionado mercado geográfico Seal no tiene una participación significativa y, por el contrario, es Atria Energía quien lidera dicho mercado relevante.

▪ Sobre la exoneración del plazo legal de preaviso para el cambio de usuario regulado a usuario libre:

- El plazo de preaviso ha sido establecido por el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad con la finalidad de proteger al distribuidor y evitarle un cambio abrupto en su demanda de energía.
- La redacción de la norma permite entender que dicho plazo solo es exigible cuando el cliente regulado cambia de condición a libre contratando a un suministrador distinto, hecho que se ve reflejado en la redacción de la norma.
- El propósito de la citada disposición consiste en que el distribuidor pueda colocar en otro usuario la potencia contratada que va a dejar de vender y, de esta forma, se evita que esta potencia deje de ser usada, considerando que ha sido previamente pagada a sus proveedores de energía, en cuyos contratos para el mercado regulado se ha previsto la adquisición de una potencia fija.
- El trato desigual no existe pues, bajo los términos del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, se desprende que los usuarios que deciden cambiar su condición de regulado a libre con su mismo suministrador podrían ser exonerados de dicho plazo.
- Dicho razonamiento ha sido reconocido por el Osinergmin en su calidad de entidad reguladora y especializada en el mercado de energía eléctrica.
- La exoneración en cuestión tiene el propósito principal de fidelizar a los clientes de Seal, sin que ello suponga una ganancia sustancial ya que los ingresos percibidos por el suministro de energía a los usuarios regulados siempre son mayores a aquellos derivados de la venta a usuarios libres. De tal forma, en última instancia y en cualquier escenario, el principal beneficiado siempre será el usuario.
- El derecho de exoneración del plazo de preaviso no puede ni debe ser cuestionado a través de la regulación de libre competencia, de conformidad con el artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por lo que correspondía que la Dirección dispusiera la improcedencia de la denuncia de Atria Energía.

Lo contrario implicaría que la Comisión contravenga el principio de legalidad, al extralimitarse del ámbito de aplicación objetivo de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

- Asimismo, se estaría vulnerando los principios de predictibilidad, coherencia (al vulnerar la teoría de los actos propios) y razonabilidad, toda vez que el derecho emana del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad y el

Osinergmin ha reconocido dicha situación, por lo que el Indecopi no podría apartarse de dicho criterio.

- Sobre el efecto competitivo y eficiente del ejercicio del derecho de exoneración del plazo de preaviso:
 - Cualquier impacto que pueda generar el ejercicio regular de un derecho, como es la exoneración al plazo de preaviso, no puede considerarse ilegítimo, sino que forma parte del daño concurrencial lícito al que todo competidor se encuentra expuesto en el mercado.
 - La exoneración del plazo de preaviso promueve un mercado con mayor competencia que equilibra la ventaja competitiva que Atria Energía tiene sobre Seal.
 - En su condición de generador, Atria Energía tiene una ventaja competitiva para ofrecer precios actuales a un cliente que decide convertirse en libre; mientras que para Seal, el precio de su oferta se encuentra en función al costo de la energía que compró al generador en un determinado momento.
 - En ese sentido, Atria Energía se encuentra en mejor posibilidad de ofrecer un precio actualizado y más competitivo al que puede ofrecer Seal. Por ello, el ejercicio del derecho de exoneración del plazo de preaviso busca propiciar un equilibrio entre la facilidad que tiene Atria Energía versus la oferta limitada de Seal.
 - Así, lo que Atria Energía estaría buscando con su denuncia es evitar que Seal utilice una herramienta competitiva. En tal sentido, la denunciante no estaría buscando un mercado competitivo o eliminar una conducta anticompetitiva, sino acomodar el mercado a su conveniencia.
 - La anterior afirmación se reflejaría en el hecho de que sus precios resultan mucho más elevados que el de otras generadoras. Así, la denunciante estaría optando por no competir con dichas generadoras, sino con una distribuidora como Seal, considerando que los precios promedio de Atria Energía son más bajos que los de la denunciada.
 - De estimarse la denuncia de Atria Energía, lejos de generarse competencia y eficiencia en el mercado, se generaría únicamente un beneficio para la denunciante, permitiendo que siga manteniendo sus precios altos o quizás hasta los incremente.
 - Por otro lado, el ejercicio del derecho de exoneración genera eficiencias en el mercado de energía eléctrica, al contribuir a que el usuario regulado que migra al mercado libre pueda verse beneficiado de manera inmediata con condiciones más atractivas a las que tenía anteriormente, obteniendo energía a un precio más competitivo debido a la mejor tarifa para el usuario regulado.
 - Asimismo, señala Seal que la energía contratada con las generadoras es renegociada, y la lógica económica detrás es que dichos esfuerzos de

renegociación, así como los costos administrativos en que se incurren, son compensados si se considera que el usuario regulado –que luego será libre– continuará generando ingresos a Seal. En ese sentido, el ejercicio del derecho de exoneración del plazo de preaviso no genera ineficiencia alguna en el mercado de energía eléctrica; por el contrario, goza de plena justificación por la dinámica del mismo mercado.

- Sobre la carga de la prueba y el principio de verdad material
 - Los clientes son los que deciden si se mantienen con Seal, o se trasladan con Atria Energía u otra generadora, en función al valor agregado que cada empresa le ofrezca y a distintos factores relacionados con el servicio, por lo que no resulta legítimo atribuir dicha decisión a un efecto anticompetitivo y, menos aún, a la exoneración del plazo de preaviso.
 - En ese sentido, no resultaría legítimo que la Comisión asuma que el ejercicio legítimo del derecho de exoneración del plazo de preaviso es la causa de que los clientes de Seal permanezcan con ella en el mercado libre. Lo contrario implicaría vulnerar los principios de carga de la prueba y verdad material.
 - La prueba fehaciente de que el ejercicio regular del derecho de exoneración no presenta ningún efecto anticompetitivo es el hecho de que diversos clientes decidieron contratar los servicios de otros proveedores de energía¹¹.
 - Otro hecho que acreditaría que la conducta de Seal no genera un efecto anticompetitivo radica en que ningún otro competidor, salvo Atria Energía, ha interpuesto una denuncia contra Seal.
 - Asimismo, debe resaltarse que Seal presenta pérdidas por 3.4 millones de soles por el cambio de usuarios regulados al mercado libre con otros suministradores, lo que explicaría que el ofrecimiento de la exoneración del plazo de preaviso no es un factor que afecte la competencia del mercado de energía eléctrica.
- Sobre la exoneración de la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia
 - El requisito de contar con los equipos de medición, protección y limitación de potencia por parte de los usuarios regulados que pasan a ser libres es de obligatorio cumplimiento, razón por la cual este no es pasible, en ninguna circunstancia, de ser exonerado como sostiene Atria Energía.
 - Seal no ha exonerado el cumplimiento de dicha exigencia, sino que únicamente la ha flexibilizado sobre aquellos clientes que decidieron permanecer con Seal luego de haber cambiado su condición de usuarios

¹¹ Seal incorpora una relación de sesenta y seis (66) clientes que habrían migrado del mercado regulado al mercado libre con diferentes proveedores de energía entre enero de 2015 a enero de 2021, de los cuales diecisiete (17) corresponderían a clientes de Seal en el mercado regulado.

regulados a libres, en atención a criterios netamente técnicos debidamente convalidados con opiniones emitidas por el Osinergmin.

- La misma flexibilización adoptada por Seal respecto de sus clientes también ha sido extendida a aquellos usuarios regulados que migraron a la condición de libres y decidieron contratar con Atria Energía o con cualquier otra empresa generadora¹².
- En opinión del Osinergmin¹³, dicha obligación resulta aplicable a los regulados que cambian su condición a libres y deciden permanecer con el suministrador original como a aquellos otros que luego de efectuado dicho cambio optan por contratar con otro suministrador de energía. En ese sentido, no queda duda de la obligatoriedad de dicha exigencia, motivo por el cual no podría ser exonerada por Seal.
- Asimismo, el regulador ha señalado¹⁴ que la referida exigencia no cuenta con un plazo específico de verificación por parte del distribuidor. Dicha verificación radica en un aspecto de seguridad, pues la empresa de distribución debe proteger sus redes ante fallas que puedan ocurrir a propósito de las instalaciones a cargo del usuario.

Adicionalmente, el Osinergmin también indicó¹⁵ que Seal, en su condición de administrador actual de redes, puede impedir que el usuario migre de regulado a libre si es que no cumple con instalar los equipos de medición, protección y limitación de potencia correspondientes.

- En tal sentido, ante un incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, Seal se encuentra legitimada a no acceder a la aprobación de dicha instalación y, en consecuencia, el usuario regulado no podrá migrar a la condición de libre.
17. Mediante Cartas 229 y 230-2020/ST-CLC-INDECOPI, notificadas el 23 de marzo de 2021, se informó a Seal y Atria Energía que el período de prueba había concluido y la Dirección procedería a emitir el Informe Técnico.
 18. Mediante Carta 242-2021/ST-CLC-INDECOPI, notificada el 26 de marzo de 2021, se requirió a Seal una copia del Oficio 1498-2019-OS-DSE del 28 de mayo de 2019 emitido por el Osinergmin. Este requerimiento fue atendido el 30 de marzo de 2021.

¹² Al respecto, Seal adjuntó diversos correos electrónicos de clientes regulados que migraron con Atria Energía, y que requieren, de manera posterior al cambio de proveedor, la lectura de los medidores instalados por Seal para realizar la facturación del consumo de energía.

¹³ Se cita el Oficio 3101-2019-OS-DSE, de fecha 18 de diciembre de 2019.

¹⁴ Se cita el Oficio 3086-2018-OS-DSE, de fecha 9 de octubre de 2018

¹⁵ A través del mismo Oficio 3086-2018-OS-DSE.

19. Mediante el Informe Técnico, la Dirección sustentó su opinión técnica en relación con los diversos aspectos del presente procedimiento y recomendó a la Comisión lo siguiente:
- i. Declarar fundada la denuncia interpuesta por Atria Energía en contra de Seal por 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 regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres. Dicha infracción se acredita, en específico, por exonerar de manera selectiva, injustificada y discriminatoria del plazo del preaviso de un año y no exigir la instalación previa de los equipos de limitación de potencia, medición y protección previstos en el artículo 4.3. del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; y, por el contrario, exigir el cumplimiento de estos requisitos a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores. Esta conducta se encuentra tipificada como infracción en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - ii. Imponer una multa a Seal de 1 610,72 UIT, ascendente en la fecha de emisión del Informe Técnico a S/ 7 087 146,13 (siete millones ochenta y siete mil ciento cuarenta y seis con 13/100 soles).
 - iii. Dictar como medida correctiva que Seal adopte un documento accesible a los potenciales interesados que recoja los criterios a considerar para una aplicación general y no discriminatoria de la exoneración o reducción del plazo de preaviso para la migración de usuarios regulados al mercado libre y la aplicación de un trato igualitario al momento de solicitar la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia con los que deben contar los interesados en cambiar su condición de regulado a libre.
20. El Informe Técnico fue notificado a Seal y Atria Energía mediante Notificaciones 191 y 192-2021/ST-CLC-INDECOPI, enviadas por correo electrónico el 28 de abril de 2021.
21. El 9 de junio de 2021, Seal presentó sus alegatos al Informe Técnico, señalando lo siguiente:
- Sobre la conducta de Atria Energía frente a sus competidores:
 - Considera Seal que la Dirección no habría tenido en cuenta sus argumentos sobre la conducta de Atria Energía contra sus competidores, consistente en la interposición habitual e innecesaria de acciones legales en distintas partes del país.
- La denunciante reitera que Atria Energía se encuentra ejerciendo de manera irregular e irrestricta su derecho de acción, incurriendo en una conducta que se aparta de la buena fe en perjuicio de sus competidores.

- Seal conoció que Atria Energía interpuso varias denuncias contra sus competidores ante la Comisión y también ante la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal (en adelante, CCD).

Respecto de las denuncias ante la Comisión, indica Seal que tres (3) procedimientos concluyeron de manera anticipada mediante el desistimiento presentado por la denunciante.

- La conducta de Atria Energía tendría una intención de amedrantamiento contra sus competidores, con la finalidad de persuadirlos de suscribir acuerdos conciliatorios o transaccionales, en virtud de los cuales la denunciante se desistiría de las denuncias interpuestas.

Si la Comisión hubiese advertido indicios de presuntas conductas anticompetitivas, se hubiese dispuesto continuar con la investigación correspondiente a pesar del desistimiento de Atria Energía.

- A partir del patrón de comportamiento de Atria Energía, consistente en interponer denuncias y luego arribar a acuerdos conciliatorios, podría advertirse que sus denuncias carecerían de sustento fáctico y jurídico.
 - Atria Energía no solo ha denunciado a sus competidores ante los órganos resolutivos del Indecopi, sino también ante el Osinergmin por hechos similares.
- Sobre el inicio del procedimiento:
 - No existía mérito para iniciar el presente procedimiento ya que la Dirección tenía conocimiento previo de los pronunciamientos del Osinergmin, que señalan lo siguiente:
 - (i) El distribuidor tiene la facultad de exigirle al usuario regulado la permanencia de un (1) año en dicha condición antes de pasar a ser usuario libre ya sea permaneciendo con él o migrando a otra empresa.
 - (ii) No existen normas que regulen los criterios o plazos para verificar que los usuarios cuenten con equipos de medición, protección y limitación de potencia, de acuerdo con la capacidad de sus redes y a sus criterios de operación.
 - Dichas conductas constituyen el ejercicio regular de un derecho, proveniente de una facultad de Seal reconocida por el Osinergmin que, además, permite que se genere mayor competencia en el mercado.
 - El inicio del procedimiento por parte de la Dirección habría traído como consecuencia un perjuicio en la imagen de Seal, puesto que se emitieron comunicados y notas de prensa en distintos medios nacionales y locales.

▪ Sobre el peritaje económico de Seal:

- La Dirección habría omitido pronunciarse respecto del peritaje económico presentado por Seal junto con sus descargos, en los que señala que el mercado relevante corresponde únicamente al suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que pueden cambiar su condición a libres.
- Asimismo, dicho peritaje se ha pronunciado respecto a la consideración del mercado de distribución de energía eléctrica como parte del mercado relevante, indicando que la exigencia de instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia es aplicable a cualquier empresa que comercialice o suministre electricidad, con lo cual el mercado relevante sería el de comercialización de energía, no el de distribución considerado por la Dirección.
- Adicionalmente, respecto de la exoneración del plazo de un (1) año de preaviso para la migración del mercado regulado al libre, el peritaje señala que los clientes que migran con Seal son de diferente naturaleza a los clientes que migran con otros suministradores.
- Las cartas fianza ofrecidas por parte de Atria Energía no configuran una conducta anticompetitiva, sino que constituyen una forma de facilitar la competencia y la migración de usuarios con otro proveedor.
- Sobre la mayor captación de clientes por parte de Seal, no se habría tomado en cuenta lo indicado en el peritaje respecto a que, en los años 2017 y 2018, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres (que antes eran regulados) fue Enel Generación Perú S.A.A. (en adelante, Enel) y no Seal.
- Respecto a los precios de Atria Energía en el mercado relevante, no se habría tomado en cuenta lo indicado en el peritaje respecto a que dichos precios se encuentran ligeramente por debajo de Seal y fueron superiores a los de Enel y Statkraft Perú S.A. (en adelante, Statkraft).

En ese sentido, la supuesta falta de captación de clientes por parte de Atria Energía no obedecería a las supuestas conductas anticompetitivas de Seal, sino a otro tipo de factores económicos atribuibles a la propia denunciante.

▪ Sobre la exoneración del plazo de preaviso:

- El plazo de preaviso ha sido establecido con la finalidad de proteger al distribuidor y evitarle un cambio abrupto en su demanda de energía.
- La redacción de la norma permite entender que dicho plazo solo es exigible cuando el cliente regulado cambiará a libre contratando el servicio de una empresa distinta, no cuando migra con el mismo suministrador.

La razón para ello consiste en que el distribuidor podrá colocar en otro usuario la potencia contratada que va a dejar de vender, evitando que esta deje de

ser usada y considerando además que dicha potencia ha sido pagada previamente a las empresas generadoras.

- En ese sentido, el trato desigual no existiría pues, bajo los términos del propio Reglamento de Usuarios Libres se desprende que los usuarios que deciden cambiar su condición de regulado a libre con su mismo suministrador podrían ser exonerados de dicho plazo. Dicho razonamiento ha sido reconocido por el Osinergmin.
- Asimismo, la exoneración del plazo tiene el propósito principal de mantener fidelizados a los clientes de Seal -incluso por encima de la percepción de ganancias- buscando principalmente beneficiarlos.
- Atria Energía pretende cuestionar una conducta que es consecuencia de una norma, cuyo alcance ha sido reconocido por el Osinergmin. En ese sentido, el ejercicio del derecho de exoneración del plazo de preaviso no puede ser cuestionado a través de la regulación de libre competencia, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- Pronunciarse respecto de una conducta consecuencia de una norma legal implicaría vulnerar el principio de legalidad. Asimismo, no resultaría legítimo que la Comisión considere que el derecho de exoneración del plazo constituye una práctica anticompetitiva, al estar permitido por el Reglamento de Usuarios Libres y reconocido por el Osinergmin.

En ese sentido, si la Comisión se apartase de lo establecido por la regulación y reconocido por el Osinergmin, vulneraría el principio de predictibilidad, la teoría de los actos propios y el principio de razonabilidad.

- Al tratarse del ejercicio regular de un derecho, el daño alegado por Atria Energía producto de tal ejercicio formaría parte de un daño concurrencial lícito.
- El ejercicio del derecho de exoneración busca propiciar un equilibrio entre la facilidad de la que goza Atria Energía como generador de energía para ofrecer un precio actual, versus la limitada capacidad de Seal para ello ya que su oferta de precios se encuentra supeditada al valor al cual se adquiere la energía del generador.

En ese sentido, el objetivo de Atria Energía es impedir que Seal ejerza su derecho de exoneración y tenga una herramienta competitiva, siendo la última finalidad de eliminar la competencia generada por el ejercicio de dicho derecho.

- El ejercicio del derecho de exoneración también genera mayor eficiencia en el mercado de energía eléctrica, al contribuir a que el usuario regulado que migra al mercado libre pueda beneficiarse inmediatamente con condiciones más atractivas a las que tenía, pudiendo adquirir energía a un precio más competitivo.

- Si un usuario regulado decide migrar al mercado libre y permanecer con Seal como suministrador, la empresa le otorga la posibilidad de migrar inmediatamente, debido a que existe la posibilidad de que la energía adquirida para atender a dicho usuario en el mercado regulado pueda ser renegociada con el generador de energía.

Si bien la renegociación demanda una inversión para Seal, dicho esfuerzo se compensa si el usuario regulado permanece con la empresa y le sigue generando ingresos como cliente libre. Ello no sucede cuando el usuario decide migrar al mercado libre con otro suministrador, por lo que no se justificaría una inversión de renegociación como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso en dicho supuesto.

- La exoneración del plazo de preaviso genera costos financieros y administrativos para Seal, que la empresa está dispuesta a asumir a favor de sus clientes. Sin embargo, dicho costo no se justifica si el usuario migra con otro suministrador, pudiendo perjudicar la sostenibilidad de Seal en el mercado.
- Por otro lado, los usuarios regulados no migran únicamente al mercado libre con Seal debido a la exoneración del plazo de preaviso, ya que existen diversos factores relacionados con el servicio, atención al cliente, entre otros. Lo contrario implicaría asumir una suposición sin sustento, resultando contrario a los principios de carga de la prueba y verdad material.

En ese sentido, no le corresponde a Seal acreditar que sus clientes no cambian de proveedor debido únicamente a la exoneración del plazo de preaviso, pues ello implicaría probar un hecho negativo. Es Atria Energía o la Dirección quienes deben probar dicho hecho.

- La prueba más fehaciente de que el ejercicio del derecho de exoneración no presenta efectos anticompetitivos es el hecho de que diversos clientes (sesenta y seis) decidieron contratar servicios de otro proveedor de energía.

De dichos sesenta y seis (66) clientes, diecisiete (17) eran clientes libres de Seal que cambiaron de suministrador con una empresa generadora, mientras que cuarenta y nueve (49) eran clientes regulados que migraron al mercado libre con otro suministrador, trece (13) de ellos migraron con Atria Energía. Ello demuestra que la exoneración del plazo no garantiza que un usuario permanezca con Seal, pues existen diversos factores para dicha decisión.

- Otra prueba que acredita que la conducta no genera efectos anticompetitivos es el hecho de que ningún otro competidor de Atria Energía ha denunciado a Seal, siendo evidente que la intención de Atria Energía no es promover un mercado competitivo, sino lograr que se declare anticompetitivo el ejercicio regular de un derecho para resguardar su propio beneficio.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta lo señalado en el peritaje técnico respecto a que Seal presenta pérdidas por 3.4 millones de soles por la migración de usuarios regulados al mercado libre, lo que explica que el

ofrecimiento de la exoneración del plazo de preaviso no sea un factor que afecte la competencia en el mercado de energía eléctrica.

- Finalmente, Seal presenta un informe legal y resalta los siguientes aspectos relacionados a esta conducta: (i) que la Dirección no da cuenta de la finalidad del marco regulatorio que contempla el preaviso, que propone que el desarrollo del servicio eléctrico sea sostenible en el largo plazo, y (ii) que la Dirección no tuvo en cuenta que el plazo de preaviso se asienta en un interés público sustentado en la necesidad de garantizar el abastecimiento del mercado regulado.
- Sobre la exigencia de instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia:
 - Este requisito es de obligatorio cumplimiento, por lo que no es posible, en ninguna circunstancia, que sea exonerado como sostiene Atria Energía.
 - Seal no ha exonerado el cumplimiento de dicha exigencia, sino que la ha flexibilizado sobre aquellos clientes que decidieron permanecer con la empresa al cambiar su condición de usuarios regulados a libres.
 - La misma flexibilización ha sido extendida a aquellos usuarios regulados que migraron al mercado libre con otro suministrador, incluido Atria Energía.
 - El Osinergmin ha señalado que esta obligación es aplicable tanto para los usuarios regulados que migran al mercado libre con el mismo suministrador, como para aquellos que cambian de proveedor de energía, por lo que no puede ser exonerada.
 - Si bien dicha exigencia es de obligatorio cumplimiento, lo cierto es que no existe un plazo específico para verificar la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia.
 - El Osinergmin ha señalado que la verificación de dichos equipos radica en un aspecto netamente de seguridad pues la empresa de distribución debe proteger sus redes ante fallas que puedan ocurrir a propósito de las instalaciones a cargo del usuario. Ello con la finalidad de evitar un consumo más alto que la potencia contratada, lo que puede afectar la capacidad de sus redes de distribución.

Asimismo, el regulador indicó que Seal, en su condición de administrador actual de las redes, puede impedir que el usuario migre de regulado a libre si no cumple con instalar los mencionados equipos.

 - Atria Energía se ha limitado a señalar que Seal estaría realizando un tratamiento diferenciado sin que dicha infracción se encuentre acreditada. Seal no ha exonerado a sus clientes regulados de la obligación de instalación de equipos, únicamente ha flexibilizado el cumplimiento de dicho requisito, tomando en cuenta que no existe un plazo específico para verificar la instalación, de acuerdo con lo señalado por el propio Osinergmin.

- Dicha flexibilización fue aplicada tanto para los clientes regulados que migraron con Seal al mercado libre, como para aquellos que migraron con suministradores distintos.

Prueba de ello es que diversos clientes que migraron con Atria Energía no contaban con los equipos de protección y medición adecuados a la fecha de inicio de su suministro, por lo que solicitaron la lectura de los medidores instalados por Seal para poder realizar su facturación.

Dichas solicitudes fueron realizadas de manera posterior al inicio del suministro por parte de Atria Energía, lo que demuestra que dichos usuarios migraron con la denunciante sin tener los equipos instalados, confirmando la flexibilidad que ofrece Seal para el cumplimiento de dicho requisito.

- De acuerdo con lo expuesto, se puede advertir que Seal ha adoptado un trato igualitario respecto de sus clientes y los de la propia denunciante.
- Finalmente, Seal hace referencia a los siguientes puntos de su informe legal:

Por un lado, que el reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas precisa que los distribuidores son responsables de sus sistemas de distribución. En ese sentido, el Osinergmin ha reconocido que el cumplimiento de las condiciones sobre los equipos de medición, protección y limitación de potencia es de responsabilidad de la empresa distribuidora, quien puede exigir su cumplimiento.

Por otro lado, la exigencia del cumplimiento sobre los equipos es distinta cuando el suministrador del usuario libre es un generador o cuando es un distribuidor. En el primer escenario es indispensable que el usuario asegure que las condiciones técnicas que le permitirán ser abastecido por otro suministrador sean compatibles con la red de distribución. En el segundo caso, el cumplimiento de la exigencia puede ser cubierta por la misma empresa distribuidora, ya que la compatibilidad de las condiciones técnicas que involucra el cambio de condición puede ser verificada por ella misma.

▪ Sobre la multa propuesta:

- La multa propuesta por la Dirección vulnera el principio de razonabilidad, debido a que el cálculo de la sanción se aparta de los parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y coherencia que son exigidos para la aplicación de sanciones.
- Los criterios utilizados por la Dirección para la graduación de la sanción no poseen un sustento probatorio ni técnico que justifiquen su aplicación.
- Dichas deficiencias en la graduación de la sanción han generado que el cálculo final de la multa sea ajeno a la realidad y ocasione una distorsión de la finalidad de una sanción pecuniaria, consistente en disuadir al sujeto infractor.

22. En la misma fecha, 9 de junio de 2021, Atria Energía presentó sus alegatos al Informe Técnico, reiterando los argumentos expuestos por la Dirección. Adicionalmente, señalaron lo siguiente:
- En relación con la exoneración del plazo de preaviso, Atria Energía enfatiza que el Reglamento de Usuarios Libres establece los mismos requisitos para las generadoras y distribuidoras, no con la finalidad de otorgar una ventaja competitiva para las últimas, por lo que no existe ninguna norma que habilite a Seal a realizar el tratamiento diferenciado.
 - La existencia de dicho trato diferenciado se acredita con las afirmaciones de Seal, siendo que con dicha política comercial la empresa capturó una porción importante del mercado, ventaja que no pudo ni podría ser replicada por ningún otro de sus competidores.
 - Respecto de la exoneración de la obligación de instalar equipos de medición, protección y limitación de potencia, Atria Energía reitera que el Reglamento de Usuarios Libres ha establecido los mismos requisitos para las empresas generadoras y distribuidoras, por lo que Seal está prohibida de exigir de manera selectiva la instalación de los mencionados equipos según se trate de usuarios que permanecen con Seal o que migren con otro suministrador.
 - Sobre los efectos anticompetitivos de la conducta de Seal, indica Atria Energía que los precios superiores ofrecidos por Seal respecto a los demás suministradores (24,2% en promedio) son un indicio de la gravedad de la conducta de Seal.
 - El hecho de que las empresas generadoras nunca tengan contacto físico con el cliente, ya que suministran electricidad a través de la red del distribuidor, permite que Seal emplee tácticas abusivas como las exoneraciones a su favor.
23. El 16 de julio de 2021 se realizó una audiencia virtual de informe oral, donde participaron e hicieron uso de la palabra los representantes de Seal y Atria Energía, respondiendo a las preguntas de los comisionados sobre las conductas investigadas en el procedimiento.
24. El 3 de agosto de 2021, Seal remitió sus alegatos finales, volviendo a señalar los argumentos presentados a lo largo del procedimiento. Adicionalmente, indicó lo siguiente:
- Sobre las denuncias interpuestas por Atria Energía, señala Seal que la denunciante ha interpuesto una considerable cantidad de denuncias sin un adecuado y debido sustento ante la Comisión, la CCD y el Osinergmin en contra de diecisiete (17) empresas con las que compete directamente en el mercado de suministro energía eléctrica en diversas zonas del territorio nacional.

Las denuncias responderían a una intención de amedrentamiento contra sus competidores, ya sea para distraerlos de sus actividades ordinarias o para persuadirlos de suscribir acuerdos conciliatorios o transaccionales a cambio de que Atria Energía se desista de las denuncias interpuestas y así se concluyan los procedimientos como ha sucedido.

- No había razón para que se inicie un procedimiento en contra de Seal, pues la Dirección tenía conocimiento de los pronunciamientos emitidos previamente por el Osinergmin en los cuales dicha entidad había señalado de manera expresa que: (i) Seal tiene la facultad de exigirle al usuario regulado la permanencia de un año en dicha condición antes de pasar a ser usuario libre; y (ii) no existen normas que regulen los criterios o plazos para verificar que los usuarios cuenten con equipos de medición, protección y limitación de potencia.
- Respecto a la exoneración del plazo de preaviso, señaló Seal que el caso no versa sobre conductas anticompetitivas, sino sobre el ejercicio legítimo de un derecho que nace del Reglamento de Usuarios Libres, que ha sido reconocido como válido por el Osinergmin y que genera competencia. En ese sentido, cualquier impacto sobre Atria Energía forma parte del daño concurrencial lícito al que todo competidor está expuesto.
- La exoneración genera mayor eficiencia en el mercado de energía eléctrica, pues puede contribuir a que el usuario regulado que migra a la condición de libre se vea beneficiado de manera inmediata con condiciones más atractivas.
- Respecto a la posibilidad de Seal de disponer de la potencia liberada por los usuarios regulados que migran a la condición de libres para contratar con competidores, señala la denunciada que no se podría trasladar dicha potencia para el mercado libre de manera atractiva, pues los precios de licitación para el mercado regulado son altos y ningún cliente libre aceptaría estos precios. Por otro lado, Seal asume mensualmente el pago de la potencia contratada fija con los generadores para el mercado regulado.

Asimismo, Seal no se encuentra en la posibilidad de reducir la potencia contratada, porque en los contratos suscritos para el suministro de electricidad entre el generador y el distribuidor no se ha previsto la exigencia de que el generador acepte una reducción de potencia.

- Respecto a la obligación de instalación de equipos de protección, medición y limitación de potencia, indica Seal que la flexibilización ofrecida se aplica tomando en cuenta que el equipo ya existente por parte del usuario cumpla con las funciones necesarias requeridas por el cliente libre de acuerdo con la normativa vigente y según el tipo de equipo que deba instalarse.
25. En la misma fecha, 3 de agosto de 2021, Atria Energía remitió sus alegatos finales, reiterando las conclusiones presentadas por la Dirección en el Informe Técnico. Adicionalmente, señaló lo siguiente:

- Respecto a la conducta de Atria Energía frente a sus competidores, indica que en este caso no existe una prueba objetiva de la falsedad o carencia de fundamento razonable sobre los actos de abuso de posición de dominio por parte de Seal.

Asimismo, se hace referencia al pronunciamiento de la Comisión contenido en la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI en la que se declaró la responsabilidad de la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. (en adelante, Ensa) por la realización de una conducta similar a la analizada en este caso, en particular, la exoneración del plazo de preaviso de un año a los usuarios regulados que decidieron contratar con dicha empresa en el mercado libre.

En ese sentido, lo relevante no sería la cantidad de denuncias a la que hace referencia Seal, sino los hechos y fundamentos que las sostienen, que han sido confirmados por la Dirección al menos en dos oportunidades.

- Respecto a la exoneración del plazo de preaviso, Atria Energía hace referencia al informe legal presentado por Seal, que señala que el plazo de preaviso tiene por finalidad garantizar el abastecimiento del mercado regulado, siendo un periodo en el cual la empresa puede 'acomodar' su demanda.

Al respecto, indica que la atención de los mercados regulado y libre requiere contratos separados, ya que el distribuidor no puede atender a ambos mercados con un mismo contrato. Por ello, no existe ninguna diferencia en que un usuario migre con el propio distribuidor o que lo haga con otro suministrador.

En ese sentido, la migración de usuarios regulados, en cualquiera de los dos casos, impondría al distribuidor la necesidad de ajustar la potencia contratada para el mercado regulado. Si Seal exonera solo a sus clientes, cabe cuestionarse en qué momento ajustaría su demanda. Asimismo, Seal no ha presentado evidencia de haber ajustado su demanda durante el plazo de preaviso exigido a los usuarios que migran con otro suministrador al mercado libre.

- Por otro lado, Seal reconoció durante la audiencia de informe oral que ha ofrecido el trato diferenciado, justificándose en la necesidad de gestionar 'mejor' la potencia contratada. Sin embargo, esta no es una justificación basada en razones de eficiencia económica y de bienestar económico de los consumidores, sino una de índole comercial o de costo financiero.

En el mismo orden de ideas, considerando que Seal no puede vender la potencia contratada para el mercado regulado a los usuarios libres, el costo financiero de la migración es el mismo sea que el usuario cambie de condición con Seal o con otro suministrador.

- En la práctica Seal ofrece una migración inmediata al mercado libre, con lo cual retiene al cliente, le cobra precios más altos para obtener ganancias y

compensar la pérdida que tiene en otro mercado. Es decir, realiza subsidios cruzados.

- Respecto a la obligación de instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia, Atria Energía indica que la 'flexibilización' señalada por Seal respecto al cumplimiento de la norma es en realidad una exoneración, ya que la regulación no permite una interpretación distinta sobre su cumplimiento. Ello en tanto que la migración no se haría efectiva si no se cuenta previamente con los equipos y no hay un plazo para el cumplimiento de ese requisito.
- No es correcto que Seal haya sido flexible con clientes distintos a los suyos, ya que a éstos se les ha exigido cartas fianza para migrar sin los equipos solicitados.

Al respecto, Seal ha justificado la exigencia de las cartas fianza en que tendría que asumir la responsabilidad por los siniestros dentro de su zona de concesión. No obstante, de acuerdo con la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos es el usuario libre el responsable por los siniestros que ocasionan sus equipos, y el distribuidor debe determinar su responsabilidad.

Lo anterior implica que Seal ofrece otra 'ventaja competitiva' consistente en asumir los siniestros en sus redes con los usuarios que migran con ella, lo que no haría con los demás usuarios.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

26. La presente decisión tiene por objeto determinar si Seal incurrió en 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 regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres, en infracción a lo dispuesto en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.; y, de ser el caso, imponer las sanciones y medidas correctivas correspondientes.

III. CUESTIONES PREVIAS

3.1. Sobre la competencia de la Comisión para conocer el procedimiento

3.1.1. Sobre la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad

27. La Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, aprobada mediante Ley 28832 (en adelante, Ley 28832), publicada el 23 de julio de 2006, fue emitida con la finalidad de perfeccionar las reglas establecidas en el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y, de este modo, asegurar la generación eficiente de electricidad en el mercado peruano.
28. De acuerdo con su Exposición de Motivos, la referida norma buscó garantizar el desarrollo de la oferta y abastecimiento oportuno, seguro y eficiente de la energía

eléctrica. De hecho, uno de sus principales objetivos fue corregir las deficiencias detectadas incorporando mecanismos de libre competencia que aseguren, a costos eficientes, la suficiencia de generación y reducir la intervención administrativa del regulador para la determinación de los precios de generación, prefiriendo soluciones de mercado cuando estas sean posibles¹⁶.

29. En esa línea, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832 otorga a los usuarios la posibilidad de elegir la condición de usuario libre o regulado cuando su demanda máxima anual se encuentre comprendida dentro de un rango que se establecería en un Reglamento.

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.

[Énfasis agregado]

30. El 16 de abril de 2009 se publicó el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, aprobado mediante Decreto Supremo 022-2009-EM, que dispone que los usuarios que tengan como límite inferior una potencia de 200 kW y como límite superior una potencia de 2500 kW, pueden elegir la condición de usuario libre o usuario regulado. De acuerdo con la referida norma, los usuarios que se encontraban en este rango podían ser atendidos en condiciones de competencia bajo un régimen de libertad de precios, además de que constituían un número suficientemente representativo de las actividades económicas y productivas del país, cuya migración de una condición a otra contribuiría a crear mejores condiciones de competencia en el mercado eléctrico¹⁷.
31. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, los usuarios que se encuentran en el rango de 200 kW y 2500 kW deben cumplir con determinados requisitos para que puedan cambiar su condición de usuario regulado a usuario libre, tal como se detalla a continuación:

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.

¹⁶ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. Ver (Proyecto de Ley 14065/2005 CR): <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (Última visita: 13 de octubre de 2021)

¹⁷ Exposición de Motivos del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad. Al respecto, ver el siguiente enlace: http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/PlantillaMarcoLegalBusqueda/DS-022-2009-EM.pdf

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 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.

32. Como se puede observar, la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad buscó, entre otros aspectos, dinamizar el mercado de suministro de energía, permitiendo que los usuarios que se encuentran en el rango de 200 kW a 2500 kW puedan cambiar su condición de usuario regulado a usuario libre para tener la posibilidad de adquirir energía de las empresas generadoras o distribuidoras con quienes podían negociar el precio de la energía o la potencia que consumirían. Para estar habilitados a este cambio de condición debían cumplir únicamente los requisitos mínimos antes citados, previstos en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.

Bajo estas premisas, las relaciones comerciales de los usuarios que optan por el cambio de condición se rigen por los mecanismos de libre competencia. En efecto, la Primera Disposición Complementaria del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad dispone que, para las relaciones comerciales en el mercado libre de electricidad, resulta aplicable la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁸.

33. En síntesis, la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad buscaron, entre otros aspectos, que las empresas generadoras y distribuidoras puedan suministrar energía ofreciendo sus servicios a aquellos usuarios que se encontraban en el rango entre 200 kW y 2500 kW que optaban por cambiar su condición de regulado a libre. Estas relaciones comerciales entre los usuarios y las empresas generadoras o distribuidoras se basaban en condiciones de competencia bajo un régimen de libertad de precios, en el que resulta aplicable la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

3.1.2. Ausencia de una exoneración explícita para la realización de una conducta que podría calificar como anticompetitiva en el mercado de suministro de energía a clientes que opten por la condición de usuario libre

34. El artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ha limitado la aplicación de las normas de competencia a aquellas conductas que son consecuencia de una norma legal y que podrían resultar incompatibles con las normas de competencia o los fines que ellas promueven¹⁹. La existencia de un

¹⁸ **Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad**
Primera.- Para la relaciones comerciales en el mercado libre de electricidad, es de aplicación el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o el que lo sustituya.

¹⁹ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo
Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la

límite a la aplicación de las normas de competencia se sustenta en la necesidad de evitar que se sancione a los agentes económicos por actuar conforme al ordenamiento jurídico.

En efecto, existen casos en los que las normas legales pueden permitir o incluso imponer determinados comportamientos que las normas de competencia consideran, en principio, sancionables. La aplicación de las normas de competencia en dichos supuestos podría llevar al absurdo de sancionar a un agente económico por realizar una conducta que es expresamente permitida o incluso exigida por una norma legal. Este es el tipo de situaciones que busca evitar el citado artículo 3 de la Ley.

35. Ahora bien, de acuerdo con el Precedente de Observancia Obligatoria emitido por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi (en adelante, la Sala) mediante Resolución 0479-2014/SDC-INDECOPI, toda posible limitación a la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas únicamente puede derivar de una aplicación estricta o literal de una norma legal que así lo establezca. Al respecto, el referido precedente señala lo siguiente:

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

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

[Énfasis agregado]

36. Desarrollando dicho criterio, la Sala explicó²⁰ que el término «*como consecuencia de una norma legal*» del referido artículo 3 no debe entenderse como una relación de causalidad laxa entre la conducta realizada por los agentes económicos investigados y la «norma legal». En ese sentido, la autoridad competente deberá interpretar la «norma legal» para aplicar dicho artículo, lo que equivale a determinar el ámbito de acción de dicha disposición que autoriza (o no) una determinada conducta que constituye, al menos potencialmente, una violación a las normas de competencia²¹.
37. En el presente caso, la Dirección señaló en su Informe Técnico que no existe una norma legal que autorice expresamente o incluso obligue a las empresas generadoras o distribuidoras a realizar las conductas denunciadas. A continuación, se reproducen las disposiciones materia de discusión correspondientes a la Ley 28832 y al Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad:

autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.

²⁰ Resolución 0479-2014/SDC-INDECOPI, considerando 42.

²¹ Resolución 0479-2014/SDC-INDECOPI, considerando 49.

- **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.

- **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.*

[...]

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

38. A partir de una interpretación restrictiva de la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, se desprende que dichas disposiciones no autorizan expresamente a las empresas distribuidoras a aplicar condiciones diferentes a los usuarios regulados que desean migrar a usuarios libres y deciden contratar con dichas empresas, más aún si estas carecen de justificación y pueden provocar un efecto anticompetitivo. Por el contrario, las referidas normas únicamente prevén la posibilidad a todos los usuarios, en determinado rango, de elegir cambiar su condición de regulado a libre cumpliendo determinados requisitos.
39. Si bien es posible observar que dichas disposiciones otorgan derechos a favor de los distribuidores, particularmente el de exigir el cumplimiento de determinados requisitos, el ejercicio de estas atribuciones no puede implicar que el titular, de ostentar una posición dominante, aproveche dicha situación para obtener una ventaja en el mercado por factores distintos a una mayor eficiencia económica, pues ello constituiría un ejercicio abusivo de dicha condición. Esta situación, además, podría entenderse como una forma de vulneración al principio de buena

fe, al utilizar un derecho de manera indebida, con el objeto o efecto de lesionar las reglas de libre competencia.²²

40. De esta forma, el supuesto «derecho» a que las empresas distribuidoras ofrezcan como parte de sus condiciones comerciales para brindar el servicio de suministro de energía la exoneración de alguno o varios requisitos establecidos en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad a aquellos usuarios que opten por el cambio de condición de usuario regulado a libre y que deciden continuar contratando con su empresa y a que, por el contrario, exijan el cumplimiento de estos requisitos a aquellos usuarios que deciden contratar con un competidor (empresas generadoras), no ha sido expresamente reconocido u otorgado por la Ley 28832 o el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.
41. En tal sentido, la Comisión coincide con la Dirección en que no es posible afirmar que exista una disposición normativa expresa o literal a favor de las empresas distribuidoras, que les permita realizar las conductas denunciadas u otras conductas que resulten incompatibles con la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
42. Por ello, contrariamente a lo señalado por Seal, esta Comisión es competente para analizar los hechos denunciados en el presente caso y pronunciarse acerca de si la aplicación de la exoneración del plazo de preaviso, así como sobre la no exigencia de instalación de equipos de protección, medición y limitación de potencia, contravienen la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, garantizándose asimismo los principios de legalidad, predictibilidad, coherencia y razonabilidad.

3.2. Sobre la presunta presentación de una denuncia maliciosa

3.2.1. Marco conceptual

43. El artículo 7 del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi establece lo siguiente:

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

44. Como se observa, la legislación prevé la posibilidad de iniciar un procedimiento administrativo sancionador para determinar si un agente económico a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable denuncie una infracción administrativa ante los órganos resolutores del Indecopi. Cabe precisar que el solo hecho que se presente una denuncia que sea desestimada

²² Al respecto, podría cruzarse un símil con la figura del abuso de procesos legales, donde tanto la Comisión como la Sala han reconocido que el ejercicio de los derechos constitucionales de acción y petición puede ser limitado en los casos en que estos sean activados de manera sistemática y abusiva vulnere otro bien jurídico constitucional, como lo es el principio de protección de la libre competencia (ver Resoluciones 0794-2013/SDC-INDECOPI, considerando 16; y 029-2015/CLC-INDECOPI, considerando 56).

no implica *per se* que sea una denuncia maliciosa sino, como el propio artículo reconoce, es necesario que constituyan y se acrediten una serie de características dentro de un procedimiento administrativo sancionador para evaluar si estamos o no ante la presencia de una denuncia calificada como maliciosa.

45. La sanción a las denuncias maliciosas tiene como finalidad desincentivar la interposición de las denominadas «denuncias temerarias», que son aquellas carentes de todo sustento de hecho y de derecho, y que únicamente son interpuestas con la intención de perjudicar al denunciado. En tal sentido, la Sala ha manifestado lo siguiente²³:

*[P]ara imponer la sanción administrativa allí prevista **se deberá acreditar la intencionalidad del sujeto activo**. Dicha intencionalidad no se encuentra referida al aspecto subjetivo sino al **conocimiento objetivo de la realidad**. Es decir, **se debe acreditar la intención por parte del denunciante de ocasionar un perjuicio al denunciado**, ya sea por la **falsedad** de sus imputaciones o por la **falta de argumentos** que las sustenten. [...]*

Así, en principio, se presume que el solicitante actúa de buena fe al momento de denunciar un hecho determinado, salvo que a lo largo del procedimiento se evidencie lo contrario. Ello deberá ser determinado por la autoridad administrativa en cada caso concreto, sobre la base de las pruebas que obran en el expediente y de la información con que cuente.

*A manera de ejemplo, **podría considerarse como denuncia maliciosa aquella que se sustenta en pruebas cuya falsedad es acreditada** durante el procedimiento, siendo el caso que el denunciante tenía conocimiento de ello. Lo mismo sucedería en el caso que el denunciante **omitiera información que acredita la inexistencia de la falta imputada al denunciado**. De presentarse esos supuestos, podría sancionarse al denunciante con la multa a que se hace referencia en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 807.*

[Énfasis agregado]

46. Asimismo, señala la Sala que «*corresponde que quien solicita la sanción por la presentación de una denuncia maliciosa presente pruebas que acrediten que, en efecto, la denunciante incurrió en alguna de estas conductas*»²⁴, ello a efectos de que la autoridad pueda acreditar la mala fe del denunciante, siendo necesario que existan elementos fehacientes que acrediten la falsedad de la denuncia, o la ausencia de motivo razonable para tal acusación²⁵.
47. Conforme a lo antes indicado, a efectos de evaluar un supuesto de denuncia maliciosa, será necesario que se acredite la mala fe del denunciante, siendo un ejemplo de esta, el hecho que sustente su denuncia en medios probatorios falsos u omita información que acredite la inexistencia de la infracción imputada. Por tanto, resulta necesario que existan elementos que evidencien que dicho

²³ A través de la Resolución 146-2000/TDC-INDECOPI.

²⁴ Resolución 215-2019/SDC-INDECOPI, considerando 49.

²⁵ Ibidem, considerandos 51 y 52.

administrado ha atribuido a algún agente económico la comisión de un acto ilegal a sabiendas de su falsedad o de la ausencia de motivo razonable.

48. De esta forma, para investigar y sancionar este tipo de denuncias maliciosas, la autoridad debe ser sumamente cuidadosa, de manera tal que no se restrinja indebidamente el ejercicio de los derechos constitucionales de acción y petición. En ese sentido, esta conducta solo será sancionable cuando se constate un manifiesto abuso de este derecho con el objeto de ocasionar un perjuicio al denunciado.

3.2.2. Las alegaciones de Seal

49. Seal ha señalado en reiteradas oportunidades durante el procedimiento que Atria Energía ha promovido denuncias contra sus competidores ante distintas entidades administrativas. En particular, Seal habría tomado conocimiento de que Atria Energía habría denunciado ante la Dirección a Electronoroeste S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A. y Consorcio Eléctrico de Villacuri S.A.C., casos en los que se produjo la conclusión anticipada del procedimiento al haberse presentado un desistimiento por parte de la denunciante. Asimismo, Atria Energía habría iniciado procedimientos administrativos contra sus competidores ante la CCD²⁶ y el Osinergmin²⁷.

²⁶ Al respecto, se verificaron que seis (6) procedimientos, respecto de los cuales cuatro (4) concluyeron en virtud del desistimiento de la denunciante, y dos (2) obtuvieron pronunciamientos de fondo por parte de la CCD y de la Sala.

Los procedimientos iniciados contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio S.A., Consorcio Eléctrico de Villacuri S.A.C. y Electronoroeste S.A. concluyeron anticipadamente por el desistimiento de Atria Energía, a través de las Resoluciones 11, 26, 27-2019/CCD-INDECOPI y la Resolución 220-2018/CCD-INDECOPI, respectivamente.

Por otro lado, los procedimientos iniciados contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. y Electro Dunas S.A.A. concluyeron con pronunciamientos de fondo de la CCD, mediante Resoluciones 238-2018/CCD-INDECOPI y 44-2019/CCD-INDECOPI, respectivamente.

²⁷ En su escrito de alegatos del 6 de marzo de 2021, Seal indica que Atria Energía interpuso denuncias contra las siguientes empresas ante el Osinergmin, por hechos similares a los evaluados en el presente procedimiento:

- Empresa Concesionaria de Electricidad de Ucayali S.A.: Por una supuesta aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes con supuestos efectos directos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que deciden migrar a usuarios libres.

A través del Informe Técnico DSE-SGE-141-2020 se concluyó que no se detectó una infracción relacionada a aspectos técnicos de la denuncia y que no había competencia del Osinergmin para pronunciarse respecto de la veracidad de las "Ventajas de ser cliente libre de ELUC" y de la presunta práctica anticompetitiva, siendo que Atria Energía debía interponer las denuncias ante los órganos funcionales competentes del Indecopi.

- Seal: Por incumplir con la normativa emitida que regula el mercado de energía eléctrica, al haber exonerado a ciertos usuarios regulados del plazo de preaviso de un (1) año y de la implementación de equipos de medición y protección para que pasen a ser usuarios libres y, supuestamente no permitir la utilización de los sistemas de transmisión y distribución por parte de terceros. El procedimiento aún está en trámite.
- Electro Dunas S.A.A.: Por incumplir con la normativa emitida que regula el mercado de energía eléctrica, por supuestamente haber exonerado a ciertos usuarios regulados del plazo de preaviso de un (1) año y de la implementación de equipos de medición y protección para que pasen a ser usuarios libres.

50. Indica Seal que las denuncias estarían motivadas por una intención de amedrantamiento por parte de Atria Energía contra sus competidores, para luego persuadirlos de suscribir acuerdos conciliatorios que motivarían el desistimiento de la denunciante.
51. Como se ha expuesto, la configuración de una denuncia maliciosa requiere la acreditación de una intención manifiesta de atribuirle un acto ilegal a un administrado, en particular, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable. Es decir, debe observarse que la denuncia no tendría por objetivo obtener un pronunciamiento favorable por parte de la autoridad sino únicamente perjudicar al denunciado mediante el ejercicio indebido del derecho de acción o petición, quedando esta acción fuera del ámbito de tutela comprendido por este derecho.
52. A tales efectos, conforme se ha desarrollado en la sección previa, se requiere que quien alegue la presentación de una denuncia maliciosa presente pruebas que acrediten ya sea la falsedad de la denuncia, o la ausencia de motivos razonables para ella.
53. De la información disponible en el expediente no se aprecia evidencia directa de que las denuncias presentadas por Atria Energía hayan estado dirigidas esencialmente a perjudicar a Seal o a las demás empresas denunciadas mediante hechos falsos o ausencia de motivos razonables.
54. Respecto a si las denuncias de Atria Energía estuvieron basadas en hechos falsos, Seal no ha precisado cuáles de dichos procedimientos fueron calificados

A través del Informe Técnico DSE-SGE-11-2019 se concluyó que no había motivos suficientes para iniciar un procedimiento sancionador.

- Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A. – Hidrandina: Por incumplir con la normativa emitida que regula el mercado de energía eléctrica, por supuestamente haber exonerado a ciertos usuarios regulados del plazo de preaviso de un (1) año y de la implementación de equipos de medición y protección para que pasen a ser usuarios libres. Este procedimiento concluyó por el desistimiento de Atria Energía.
- Electronorte S.A.: Por incumplir con la normativa emitida que regula el mercado de energía eléctrica, al haber exonerado a ciertos usuarios regulados del plazo de preaviso de un (1) año y de la implementación de equipos de medición y protección para que pasen a ser usuarios libres y, supuestamente no permitir la utilización de los sistemas de transmisión y distribución por parte de terceros.

A través del Informe Técnico DSE-SGE-198-2018 se concluyó que no había motivos suficientes para iniciar un procedimiento sancionador.

- Electronoroeste S.A.: Por incumplir con la normativa emitida que regula el mercado de energía eléctrica, por supuestamente haber exonerado a ciertos usuarios regulados del plazo de preaviso de un (1) año y de la implementación de equipos de medición y protección para que pasen a ser usuarios libres. Este procedimiento concluyó por el desistimiento de Atria Energía.
- Consorcio Eléctrico Villacurí S.A.: Por incumplir con la normativa emitida que regula el mercado de energía eléctrica, por supuestamente haber exonerado a ciertos usuarios regulados del plazo de preaviso de un (1) año para que pasen a ser usuarios libres y por permitirle a un cliente cambiar de condición de usuario libre a regulado sin que haya permanecido tres (3) años en el mercado libre de electricidad. Este procedimiento concluyó por el desistimiento de Atria Energía.

por las autoridades competentes como denuncias sustentadas en hechos falsos o de mala fe. Al respecto, la Sala ha considerado que la falsedad de una denuncia *«debe encontrarse en la falsedad de los hechos en los que se sustenta pero no en la supuesta ‘falsedad’ de las interpretaciones que las partes puedan dar a tales hechos»*²⁸.

55. En ese sentido, al no verificarse hechos falsos que hayan sustentado los procedimientos iniciados en virtud de las denuncias de Atria Energía, ni que dicha empresa haya recurrido a la autoridad pese a conocer que los hechos alegados no eran ciertos, esta Comisión estima que dichos procedimientos habrían sido consecuencia del ejercicio de su derecho de acción o petición.
56. Por otra parte, respecto a si las denuncias no contenían motivos razonables, se debe tener en cuenta que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, por iniciativa de la Dirección o por denuncia de parte²⁹. En este último caso, la Ley requiere que el denunciante provea indicios razonables de una o más conductas anticompetitivas³⁰.
57. En aplicación de la norma, Atria Energía cumplió con presentar indicios razonables que sustentaron la denuncia que dio origen al presente procedimiento a través de la Resolución de Inicio emitida por la Dirección.

En el mismo sentido, recogiendo lo señalado por Atria Energía en sus alegatos finales, la Comisión se ha pronunciado respecto de su denuncia interpuesta contra Ensa a través de la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI, declarando su responsabilidad por un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Al igual que en el presente procedimiento, en dicho caso se analizó la exoneración discriminatoria del plazo de preaviso para la migración de usuarios regulados al mercado libre. Así, se evidencia en dicho caso que Atria Energía sustentó su denuncia en motivos razonables que dieron lugar a un pronunciamiento final de la Comisión.

Adicionalmente, también se verifica que, a nivel de la CCD, dos procedimientos concluyeron con pronunciamientos de fondo, lo que evidencia que Atria Energía cumplió con presentar indicios razonables para sustentar sus denuncias³¹. En el mismo sentido, de los procedimientos seguidos ante el Osinergmin, uno concluyó

²⁸ Resolución 215-2019/SDC-INDECOPI, considerando 58.

²⁹ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento

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

³⁰ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte

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

b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.

³¹ Al respecto, ver pie de página número 25.

con un pronunciamiento de fondo por parte de la autoridad y otro aún se encuentra en evaluación, lo que da cuenta de la presentación de indicios para el inicio de los procedimientos sancionadores correspondientes³².

58. En consecuencia, no se ha comprobado la existencia de algún elemento que permita afirmar que Atria Energía haya presentado denuncias en ausencia de motivos razonables.
59. Finalmente, respecto a la conclusión anticipada de algunos procedimientos en virtud de los desistimientos formulados por la denunciante, cabe indicar que el desistimiento se encuentra reconocido en el artículo 197 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General³³ como una forma válida de conclusión de un procedimiento.
60. Más aún, el hecho de que estos procedimientos hayan terminado a través de un desistimiento no implica o revela que la intención esencial de Atria Energía fuese ocasionar un perjuicio a las denunciadas o realizar un ejercicio abusivo del derecho de acción. Adicionalmente, si se considera que para formular una acusación sobre una eventual denuncia maliciosa no basta que la intencionalidad de mala fe alegada sea producto de un aspecto subjetivo de quien formula este tipo de denuncia, sino se requiere de una prueba objetiva para acreditar esta intencionalidad, que no se habría configurado en la presente investigación.
61. En ese sentido, esta Comisión coincide con la Dirección en que no se verifica evidencia directa o indiciaria de la falsedad de los hechos denunciados, o que los mismos carecen de fundamento razonable, motivo por el cual corresponde desestimar la solicitud de Seal de iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Atria Energía por la supuesta presentación de una denuncia maliciosa.

IV. MARCO TEÓRICO

4.1. Abuso de posición de dominio

62. El artículo 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico que goza de posición de dominio en el mercado relevante restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. En la misma línea, los artículos 10.2 y 10.5 reiteran la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio para que se configure un abuso de posición de dominio, no siendo suficiente el

³² Al respecto, ver pie de página número 27.

³³ **T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General (aprobado por D.S. 004-2019-JUS)**
Artículo 197.- Fin del procedimiento

197.1 Pondrán fin al procedimiento las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso a que se refiere el párrafo 199.4 del artículo 199, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado en caso de petición graciable.

simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales³⁴.

63. La necesidad de probar el efecto exclusorio de las prácticas de abuso de posición de dominio exige distinguir aquellas conductas que buscan mantener la participación de mercado mediante la exclusión o impedimento de ingreso al mercado de competidores reales o potenciales («conductas exclusorias»), de aquellas que simplemente son el producto del ejercicio del poder de mercado («conductas explotativas»). Las primeras se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la ley, mientras que en el segundo tipo de prácticas se encuentran aquellas relacionadas con mecanismos de maximización de beneficios de los agentes económicos³⁵, por ejemplo, a través de los denominados precios «excesivos», pero que no inciden directamente sobre el proceso competitivo³⁶.
64. Considerando lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
- i. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - ii. Que el supuesto infractor haya cometido una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia.
 - iii. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto anticompetitivo neto, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.
65. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio en el mercado relevante, es decir, debe tener la capacidad de afectar o distorsionar unilateralmente y en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda en dicho mercado. Esta capacidad puede ser consecuencia de factores como una importante participación de mercado, un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial. Si un agente no contara con posición de dominio, no podría analizarse si su conducta constituye un ejercicio abusivo de tal posición.

³⁴ **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.

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

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

³⁵ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Organización Industrial. Universidad del Pacífico, 2006, BUP-CENDI. Lima, pág. 69.

³⁶ A nivel jurisprudencial, la Sala ha establecido que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no contempla las prácticas explotativas (por ejemplo, los precios excesivos o abusivos) como parte de las conductas de abuso de posición de dominio, limitándose a sancionar aquellas que generen efectos excluyentes. Ello, toda vez que el artículo 10.5 de la norma en mención establece que «no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales», siendo que las prácticas explotativas no afectan el proceso competitivo. Ver Resolución 708-2011/SC1-INDECOPI del 16 de marzo de 2011.

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

66. En lo que se refiere al segundo requisito, corresponde a la autoridad verificar la existencia de la conducta supuestamente abusiva. Estas restricciones indebidas a la competencia son aquellas conductas que, conforme a lo señalado en el literal h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, «impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica».

Al respecto, el artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas recoge ejemplos típicos de conductas abusivas, como la negativa de trato (literal a), la discriminación (literal b), las cláusulas de atadura (literal c) y el abuso de procesos legales (literal f).

Cabe indicar que la evaluación del efecto restrictivo, las posibles justificaciones comerciales o de eficiencia que pueda sustentar la denunciada y el balance a cargo de la autoridad corresponden a la última etapa del análisis. Por ello, en esta etapa corresponde a la autoridad únicamente acreditar la existencia de la conducta cuestionada.

67. El tercer y último requisito exige que la conducta del presunto infractor le permita obtener beneficios y causar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio), por razones distintas a la mayor eficiencia económica. Es decir, debe producirse un efecto anticompetitivo neto.

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas exige la obtención de beneficios como explicación de la comisión de la conducta infractora, evitando perseguir aquellas conductas que no están en capacidad de reportarle beneficios al presunto infractor (conductas arbitrarias o irracionales). En esencia, estos beneficios derivan de que la presunta conducta abusiva restringió o pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas), en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos³⁷ (es decir, que produjo un «efecto exclusorio»).

En otras palabras, para determinar 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 (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o restringir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).

³⁷

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

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

Ahora bien, 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. Corresponde a la denunciada acreditar las eficiencias procompetitivas derivadas de su conducta.

En la calificación de este requisito, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en una justificación comercial o de eficiencia válida y que, por lo tanto, responde a una mayor eficiencia económica, no se configurará un abuso de posición de dominio. Una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar de los consumidores. Si el presunto infractor demostrase la introducción de eficiencias, estas deberán ser contrastadas con los efectos restrictivos de la conducta observados.

Este balance de efectos es coherente con el artículo 10.4 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas³⁸, que establece que los casos de abuso de posición de dominio deben ser analizados a la luz de la «prohibición relativa». La prohibición relativa exige, conforme al artículo 9 de la referida norma³⁹, 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.

Como se ha señalado, si los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la conducta analizada son superiores a los posibles beneficios que podría generar, esta constituirá un abuso de posición de dominio.

68. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de manera concurrente. En tal sentido, bastará que no se acredite alguno de estos requisitos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

³⁸ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 10.- Del abuso de la posición de dominio.
10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

³⁹ **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 esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

4.2. Trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes (Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas art. 10.2.b)

69. La autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual⁴⁰ conforman la libertad de contratación, que se encuentra expresamente reconocida en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁴¹. No obstante, como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosos pronunciamientos⁴², las libertades contractuales están sujetas a determinados límites o deben ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico, como el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución⁴³.

De esta manera, es posible afirmar que la libertad de contratación y la libertad contractual de la que goza todo agente económico pueden verse limitadas en aquellos supuestos en los que un agente económico que goza de una posición de dominio ejerce dichas libertades con el objeto o efecto de restringir de manera indebida la competencia en el mercado relevante.

70. Uno de los supuestos en que el ejercicio de la libertad contractual puede resultar incompatible con el marco jurídico de defensa de la competencia corresponde al de aquellas conductas por las cuales un agente dominante excluye del mercado a un competidor, directo o indirecto, real o potencial, mediante la contratación bajo condiciones discriminatorias que carecen de justificación. Este trato diferenciado o discriminatorio se encuentra recogido como una modalidad de abuso de posición de dominio en el literal b) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas en los siguientes términos:

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

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

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.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, correspondiente al Expediente 4788-2005/PA/TC.

⁴¹ **Constitución Política del Perú**
Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

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

⁴² Ver, por ejemplo, la Sentencia recaída en el Expediente 2736-2004-AA del 16 de diciembre de 2005, fundamento 11; Sentencia recaída en el Expediente 00010-2014-PI/TC del 29 de enero de 2016, fundamento 6 del voto singular del magistrado Espinosa Saldaña; y, Sentencia recaída en el Expediente 03866-2006-AA/TC del 12 de noviembre de 2007, fundamento 17.

⁴³ **Constitución Política del Perú**
Artículo 61.- Libre competencia

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

71. En relación con esta modalidad puede observarse que no se encontrarán prohibidos aquellos tratos diferenciados, incluso aquellos realizados por un agente con posición de dominio, cuando se sustenten en justificaciones comerciales objetivas, en particular aquellas que tienen por objeto introducir eficiencias que puedan estimular la competencia en beneficio de los consumidores. En cambio, será reprochable aquel tratamiento discriminatorio que tenga por finalidad restringir de manera indebida la competencia para obtener beneficios y perjudicar a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, colocándolos de manera injustificada en una situación desventajosa frente a otros.
72. Como se puede apreciar, de manera similar a las otras modalidades de abuso de posición de dominio, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes se encuentra sujeta a una prohibición relativa (o «regla de la razón») pues únicamente resultará reprochable cuando dicho trato no se encuentre justificado, coloque a unos competidores en una situación desventajosa frente a otros y otorgue beneficios al agente dominante.

A manera de ejemplo, justificaciones válidas y reconocidas por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas son: el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general (p.e. compras en grandes cantidades, cumplimiento de metas en ventas, entre otros).

73. Cabe agregar que, al evaluarse un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes, no resulta necesario que el agente dominante pruebe fehacientemente que su decisión de realizar un trato diferenciado era la más eficiente en el mercado, siendo suficiente que se trate de una decisión razonable considerando los fines válidos de su negocio.
74. Finalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la conducta analizada, además de ser injustificada, tiene que producir un efecto exclusorio, es decir, que debe estar en capacidad de generar un daño efectivo o potencial sobre uno o más competidores, limitando su capacidad de mantenerse en el mercado, provocando su salida o, incluso, limitando la entrada de competencia potencial.

V. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

5.1. Posición de dominio de Seal en el mercado relevante y el mercado afectado.

5.1.1. Identificación del mercado relevante

75. Según el artículo 6 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, para definir el mercado relevante es necesario identificar el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante⁴⁴.

⁴⁴ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 6.- El mercado relevante.-

76. En el presente caso, para la identificación del mercado de producto relevante y del mercado geográfico relevante, es necesario explicar, en primer lugar, las actividades realizadas por las empresas involucradas.
77. Atria Energía, la denunciante, es una empresa dedicada a la generación y suministro de energía eléctrica mientras que Seal, la denunciada, es una empresa que realiza actividades de distribución y suministro de energía eléctrica.
78. En general, entre las actividades que una empresa de generación eléctrica puede realizar –adicionales a la propia generación de energía– se encuentran el suministro de energía a otra empresa de generación a través de negociaciones en el mercado spot; el suministro de energía a usuarios libres⁴⁵ a través de contratos bilaterales negociados entre las partes; y, por último, el suministro de energía a empresas de distribución eléctrica para el suministro de sus usuarios a través de licitaciones o negociaciones bilaterales⁴⁶.
79. Por otro lado, las empresas de distribución brindan el servicio de distribución de energía eléctrica o transporte de energía a los usuarios finales que pueden ser regulados⁴⁷ o libres. Dicho servicio es prestado por la empresa distribuidora de manera exclusiva en su área de concesión⁴⁸. Adicionalmente, la empresa

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

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

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

⁴⁵ De acuerdo con lo establecido por la Ley de Concesiones Eléctricas y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, los usuarios libres son aquellos cuya demanda máxima es superior a 2 500 KW por punto de suministro; adicionalmente, los usuarios que consumen entre 200 y 2 500 KW por punto de suministro tienen la opción de elegir su condición de usuario libre o regulado.

⁴⁶ Según lo expuesto en la sección 3.2.1 de la Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI, que autoriza sin condiciones la operación de concentración empresarial en el sector eléctrico presentada por ISQ Global Fund GP GP, LTD. y ISQ Global Fund II GP, LLC. para la adquisición del 100% de las acciones de Inkia Americas Ltd. Disponible en el siguiente enlace:
<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/5550c2f0-3c37-425c-99a2-db9e5602b2ab> (Última visita: 13 de octubre de 2021)

⁴⁷ De acuerdo con lo establecido por la Ley de Concesiones Eléctricas y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, los usuarios regulados son aquellos que tienen una demanda máxima menor a 200 kW por punto de suministro y aquellos que, teniendo un consumo mayor a 200 kW y menor a 2500 kW, decidan mantenerse dentro del mercado regulado.

⁴⁸ **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.

distribuidora suministra energía eléctrica a usuarios libres a través de contratos bilaterales negociados entre las partes, y se encarga de suministrar energía eléctrica a los usuarios regulados que se encuentren dentro de su área de concesión.

80. Cabe señalar que, en el Perú, las actividades de suministro y distribución de energía eléctrica a usuarios regulados son realizadas por las empresas de distribución⁴⁹, no existiendo proveedores alternativos para el suministro de energía eléctrica de estos usuarios. Por esta misma razón, conforme al marco normativo, las empresas de distribución están obligadas a suministrar electricidad a quien lo solicite en su área de concesión⁵⁰.
81. Por su parte, si bien las empresas de generación pueden participar en el suministro de energía a usuarios libres ubicados en las redes de distribución de una empresa distribuidora, en todos los casos dichas empresas generadoras requieren utilizar las redes de la empresa distribuidora.
82. En este contexto, Atria Energía señala que Seal, aprovechando su condición de exclusividad en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en su área de concesión, estaría otorgando una indebida exoneración del plazo de preaviso de un (1) año para cambiar de condición de usuario regulado a usuario libre, así como de la obligación de instalar equipos de medición, protección y limitación de potencia, obligaciones establecidas en los artículos 4.1 y 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, a aquellos usuarios que contratan el suministro con Seal, afectando el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres; específicamente, aquellos usuarios que pueden elegir su condición de usuarios regulados o libres.
83. Al respecto, es necesario resaltar que, en el caso de los usuarios regulados que quieren cambiar de condición a usuarios libres, Seal –como suministrador de energía a usuarios regulados en su área de concesión– tiene la posibilidad, en la práctica, de exigirles o exonerarles de los requisitos que les permiten migrar a la condición de libres.
84. De este modo, la conducta denunciada de Seal debe analizarse en el mercado relacionado con el suministro de energía eléctrica a usuarios regulados, mercado que se definirá a continuación.

Los pagos efectuados constituyen derecho intransferible a favor del predio para el cual se solicitó.

⁴⁹ TAMAYO, Jesús; Julio SALVADOR; Arturo VÁSQUEZ y Ricardo DE LA CRUZ (Editores). (2016). La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país, Osinergmin. Lima-Perú. p. 42.

⁵⁰ **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;

a. Mercado de producto relevante

85. El mercado de producto relevante está compuesto por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. La determinación del producto relevante implica identificar las necesidades que el bien o servicio bajo análisis busca satisfacer para poder reconocer, en función a dichas necesidades, qué productos podrían ser adquiridos de manera alternativa. Luego, para el análisis de sustitución, deben evaluarse, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores, así como las características, usos y precios de los posibles sustitutos.
86. En el presente caso, se tienen dos servicios involucrados en la conducta investigada: **(i) el suministro de energía eléctrica a usuarios regulados y (ii) la distribución de energía eléctrica a usuarios finales en el área de concesión de Seal.** Así, se determinará si existen sustitutos adecuados a estos, en función a las necesidades que dichos servicios buscan satisfacer.
87. 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 este sentido, quien tendría la posibilidad de exonerar del plazo de preaviso, sería el suministrador del usuario regulado, es decir la empresa de distribución.
88. Así, el servicio de suministro de energía eléctrica 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, como se verá más adelante, el segmento de usuarios libres dentro del área de concesión de Seal que antes mantenían la condición de usuarios regulados integraría el mercado afectado.
89. Por su parte, la conducta investigada en el extremo de no exigir la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia previstos en el 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad como requisito previo para hacer efectivo el cambio de condición de usuario regulado a libre, involucra al servicio de distribución de energía eléctrica a usuarios finales, debido a que la no exigencia de este requisito solo la puede realizar el concesionario de la red de distribución. En ese sentido, quien tendría la posibilidad de no exigir la instalación de tales equipos como requisito previo para hacer efectivo el cambio de condición de usuario regulado a libre, sería el concesionario de distribución debido a que, al ser administrador de la red, es el encargado de exigir la instalación de los equipos necesarios para que un usuario cambie de condición de regulado a libre⁵¹.

⁵¹ De acuerdo con el Oficio 1498-2019-OS-DSE del 28 de mayo de 2019.

90. Así, en el mercado de distribución de energía eléctrica se incluye a los usuarios regulados y libres dado que la actividad de distribución eléctrica es desarrollada por una sola empresa de manera exclusiva dentro de su zona de concesión, lo que implica que Seal es la única facultada para proveer el servicio de distribución a los usuarios finales dentro de su área de concesión. Cabe mencionar que existe la posibilidad de que algunos usuarios puedan conectarse directamente a las redes de transmisión; sin embargo, como se verá más adelante, ello implica grandes inversiones que no son viables para la mayoría de los usuarios.

▪ **Suministro de energía eléctrica a usuarios regulados**

91. Los usuarios regulados son aquellos que tienen una demanda máxima menor a 200 kW por punto de suministro (que corresponden a los hogares), así como aquellos que, teniendo un consumo mayor a 200 kW y menor a 2 500 kW, decidan mantenerse dentro del segmento regulado (que corresponde a los pequeños comercios e industrias). Estos últimos son los que tendrían la opción de cambiar de condición a usuarios libres, de manera que el análisis siguiente se realizará solo sobre estos usuarios.

92. La demanda de electricidad de los hogares es derivada de los requerimientos de energía de los artefactos que estos poseen, los cuales les proporcionan iluminación, refrigeración, ventilación y calefacción⁵². Cabe señalar que, si bien algunos de estos artefactos podrían funcionar en base a energía distinta a la eléctrica, como, por ejemplo, a partir de gas natural; lo cierto es que esta fuente de energía no constituye un sustituto razonable de la energía eléctrica como fuente integral de energía del hogar, en la medida que todos los hogares que tienen conexiones de gas natural en el Perú aún continúan consumiendo energía eléctrica⁵³. En ese sentido, no es posible afirmar que actualmente los hogares puedan reemplazar, completamente, el uso de electricidad por otra fuente de energía.

93. Los pequeños comercios e industrias utilizan la energía eléctrica como un insumo dentro de sus procesos de producción. En ese sentido, requieren de una fuente de energía continua y sostenible⁵⁴. En general, este tipo de consumidores podrían buscar fuentes de energía diferentes a la electricidad como, por ejemplo, el gas natural. En esa línea, Seal ha señalado que se debe evaluar si existen servicios sustitutos al suministro de energía eléctrica⁵⁵. Al respecto, existen diversas empresas que ya ofertan gas natural a industrias y comercios, teniendo a Naturgy Perú S.A. como distribuidor de gas natural en distritos donde también opera

⁵² TAMAYO, Jesús et al. (2016). Óp. Cit. p. 31.

⁵³ De acuerdo con la Encuesta Nacional de Hogares del Instituto Nacional de Estadística e Informática, al año 2019 solamente el 8,26% de los hogares del país tienen acceso al gas natural. Del total de hogares que poseen acceso al gas natural, el 77,12% se encuentran en el departamento de Lima mientras que solo el 1,49% se encuentra en el departamento de Arequipa, donde Seal tiene operaciones. Asimismo, todos los hogares con acceso al gas natural continúan contratando el suministro de energía eléctrica.

⁵⁴ TAMAYO, Jesús et al. (2016). Óp. Cit. p. 33.

⁵⁵ De acuerdo con el escrito de descargos de Seal.

Seal⁵⁶. Sin embargo, no se cuenta con información que acredite el número de usuarios que habrían dejado de contratar el suministro de electricidad para sustituir integralmente sus requerimientos de energía con gas natural.

94. Asimismo, de acuerdo con el Osinergmin, entre los comercios que han decidido optar por el gas natural como fuente de energía, se encuentran principalmente restaurantes, panaderías, tiendas comerciales y hoteles, negocios que no buscan sustituir el uso de energía eléctrica sino el de otro hidrocarburo –el Gas Licuado de Petróleo– para satisfacer sus necesidades de calefacción, cocción de alimentos y operación de pequeñas máquinas comerciales. Por su parte, el uso del gas natural en el sector industrial ha buscado sustituir el uso del petróleo en sus procesos productivos⁵⁷.
95. A lo señalado, cabe agregar que 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 eléctrica⁵⁸, razón que limita significativamente la sustitución entre fuentes de energía para este tipo de usuarios. Así, los pequeños comercios e industrias no podrían reemplazar el uso de electricidad por otra fuente de energía en el corto plazo, en la medida que se requieren inversiones relevantes que limitarían la decisión de cambio.
96. En conclusión, por el lado de la demanda no existiría un sustituto adecuado para la energía eléctrica que pueda cubrir las necesidades de estos usuarios regulados. Por lo tanto, esta Comisión considera que es posible definir al mercado de producto relevante como el de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW.

▪ Distribución de energía eléctrica

97. La energía eléctrica es producida en centrales de generación y luego transportada a los usuarios finales, a través de redes de transmisión y distribución. El servicio de distribución de energía eléctrica consiste en trasladar energía hacia los usuarios finales mediante redes eléctricas de mediana y baja tensión. El servicio de distribución permite que los usuarios finales puedan consumir energía eléctrica producida por las centrales de generación.
98. Los usuarios finales podrían tener otras fuentes de energía eléctrica distinta a la producida por las centrales de generación, por ejemplo, podrían generar su propia energía con equipos de generación eléctrica (autoabastecimiento). Sin embargo,

⁵⁶ Desde el 31 de octubre de 2013 hasta diciembre de 2020, la empresa Naturgy Perú S.A. fue el concesionario del sistema de distribución de gas natural por red de ductos en los departamentos de Arequipa Moquegua y Tacna. Sin embargo, mediante el Decreto Supremo 029-2020-EM del 13 de diciembre de 2020, se otorgó a la Empresa Petróleos del Perú - Petroperú S.A. el encargo de administrar provisionalmente esta concesión, debido a la resolución del contrato con Naturgy Perú S.A.

⁵⁷ TAMAYO, Jesús; Julio SALVADOR; Arturo VÁSQUEZ y Raúl GARCÍA (Editores). (2014). La industria del gas natural en el Perú. A diez años del Proyecto Camisea. Osinergmin. Lima-Perú. p. 196-198.

⁵⁸ Por ejemplo, para instalar un sistema de aire acondicionado que opera a base de gas natural se requiere de artefactos específicos tales como el aire acondicionado GHP (Gas Heat Pump). Al respecto, consultar: <https://www.caliidda.com.pe/industria/Paginas/Aire-acondicionado-a-Gas-Natural.aspx#seccion> (Última visita: 13 de octubre de 2021).

esta alternativa no resulta viable para la mayoría de los usuarios debido a que se requiere adquirir e instalar equipos tales como grupos electrógenos, turbinas o microturbinas⁵⁹, lo que involucra realizar inversiones que podrían no ser rentables para los pequeños comercios e industrias.

99. Por otro lado, algunos usuarios finales, específicamente, los usuarios libres, podrían conectarse directamente a las redes de transmisión a través de instalaciones del sistema complementario de transmisión⁶⁰. Sin embargo, esta alternativa no resulta viable para la mayoría de los usuarios debido a que se requiere adquirir e instalar equipos tales como redes de transmisión, subestaciones de transmisión, transformadores, entre otros, lo que involucra realizar inversiones que podrían no ser rentables para los pequeños comercios e industrias.

▪ **Conclusión sobre el mercado de producto relevante**

100. En base a las consideraciones planteadas, la Comisión coincide con la Dirección en que es posible identificar dos mercados de producto relevante, a saber, el suministro y la distribución de energía eléctrica a través de redes de distribución a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW.

b. Mercado geográfico relevante

101. En relación con la delimitación geográfica del mercado, esta se debe determinar en función de las fuentes de provisión alternativa, en atención a las características del producto relevante y a las condiciones de adquisición.

▪ **Suministro de energía eléctrica a usuarios regulados**

102. Considerando 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 concesión⁶¹, y que los únicos suministradores de energía eléctrica para los usuarios regulados son las empresas de distribución; entonces, se observa que cada empresa distribuidora sería la única que puede ofrecer el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados en el área de concesión.

⁵⁹ Por ejemplo, para instalar un proyecto de autogeneración a gas natural para la producción de energía eléctrica se requeriría de grupos electrógenos, turbinas o microturbinas dentro de las instalaciones del usuario. Al respecto, consultar <https://www.calidda.com.pe/industria/Paginas/Autogeneracion-a-Gas-Natural.aspx#seccion> (Última visita: 13 de octubre de 2021).

⁶⁰ Según se establece en el numeral 2 del artículo 20 de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, las instalaciones del Sistema Complementario de Transmisión son aquellas cuya puesta en operación comercial se produce en fecha posterior a la promulgación de dicha Ley y cuya construcción es resultado de la iniciativa propia de uno o varios agentes.

⁶¹ **Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada mediante Decreto Ley 25844**
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.

103. En tal sentido, los usuarios regulados ubicados en el área de concesión de una empresa de distribución solo podrían contratar el suministro de energía eléctrica en dicha área y con la empresa distribuidora que tiene la concesión. Así, los usuarios regulados no tendrían proveedores alternativos para obtener el suministro de energía eléctrica⁶².

104. Por tales razones, la Comisión coincide con la Dirección al considerar que el mercado geográfico relevante se encontraría delimitado por el área de concesión de Seal. De acuerdo con el Plan Estratégico 2017 - 2021 de Seal, esta desarrolla sus actividades en un área de concesión de 1 661 km², en el departamento de Arequipa⁶³.

▪ **Distribución de energía eléctrica**

105. Como se ha mencionado, 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 concesión. Así, cada empresa distribuidora sería la única que podría ofrecer el servicio de distribución a los usuarios en su zona de concesión.

106. En tal sentido, los usuarios ubicados en el área de concesión de una empresa de distribución solo se podrán proveer del servicio de distribución de energía eléctrica en dicha área y con la empresa distribuidora que tiene la concesión⁶⁴; de manera que, en la práctica, la distribución de energía eléctrica en el área de concesión de cada distribuidor se constituiría como un mercado en sí mismo pues los usuarios no tienen otra fuente de aprovisionamiento alternativo.

107. En respaldo de esta definición, la jurisprudencia comparada ha definido al mercado geográfico relevante como el área donde se ubica la red de distribución de la empresa⁶⁵.

▪ **Conclusión sobre el mercado geográfico relevante**

108. Considerando que la Ley de Concesiones Eléctricas ha previsto que solo la concesionaria puede prestar el servicio de distribución de energía eléctrica en su área de concesión y la imposibilidad de los usuarios de acceder al servicio a través

⁶² De manera similar, la Comisión Europea ha considerado que 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).

⁶³ Sociedad Eléctrica Del Sur Oeste S. A. Plan Estratégico 2017 - 2021. Disponible en: <http://www.seal.com.pe/Documentos/PLANEAMIENTO/A/C3%B1o%202019/PLAN%20ESTRAT%C3%89GICO%202017-2021%20V.07-CNC.pdf> (Última visita: 13 de octubre de 2021).

⁶⁴ Físicamente no es posible que los usuarios ubicados en un área de concesión puedan proveerse del servicio de distribución en otras áreas.

⁶⁵ La Comisión Europea, constantemente, ha considerado que 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).

de otra empresa, la Comisión considera, al igual que la Dirección, que el mercado geográfico relevante se encuentra delimitado por el área de concesión de Seal.

c. Conclusión sobre el mercado relevante

109. Considerando el análisis realizado sobre los mercados de producto y geográfico relevantes, se considera que los mercados relevantes se encuentran constituidos por **(i) el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de Seal y (ii) la distribución de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de Seal.**

5.1.2. Posición de dominio de Seal

110. Habiendo definido el mercado relevante, corresponde determinar si, en dicho mercado, Seal ostentaba una posición de dominio durante el período analizado en el presente procedimiento (2016-2020).
111. Como se ha señalado, 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 área. Ahora bien, entre estos usuarios finales es posible distinguir a los usuarios regulados y los usuarios libres. No obstante, considerando que el mercado relevante está relacionado con los usuarios regulados en la zona de concesión de Seal, corresponde excluir de la determinación de la posición de Seal a otros tipos de usuarios.
112. En efecto, conforme al marco normativo vigente, para los **usuarios regulados** que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW, el único proveedor de suministro de electricidad es la empresa de distribución en su área de concesión. De esta manera, en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de la red de distribución de Seal no opera ni podría operar otra empresa diferente a ella, por lo que Seal no enfrentaría competencia actual ni potencial en el mercado relevante.
113. Por lo tanto, al tener el 100% de cuota de participación en relación con los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión, sin enfrentar competencia potencial en este segmento desde que inició operaciones en dicha área, esta Comisión considera que **Seal ha ostentado posición de dominio en el suministro y distribución de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión durante el período analizado en el presente procedimiento (2016-2020).**

5.1.3. Sobre el mercado afectado

114. Dependiendo de la conducta investigada, un abuso de posición de dominio puede tener efectos en el mercado relevante o en un mercado relacionado. En ese sentido, el mercado relevante puede no coincidir con el mercado afectado.

115. En el presente caso, de acuerdo con los términos de la denuncia, Seal habría exonerado del plazo de espera de un año y no habría exigido la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito previo para hacer efectivo el cambio de condición de usuario regulado a libre, a aquellos usuarios que continuasen contratando con su empresa. Al respecto, como se mencionó, aquellos usuarios que tienen un consumo mayor a 200 kW y menor a 2500 kW de potencia tienen la potestad de decidir si permanecen dentro del segmento regulado o del segmento libre.
116. Así, Seal habría utilizado la posición de dominio en el mercado relevante para afectar el mercado de suministro a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados. De esta forma, **el mercado afectado sería el de suministro a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de Seal**. Dichos usuarios corresponderían principalmente a pequeños comercios e industrias.
117. Como se señaló anteriormente, los pequeños comercios e industrias utilizan la energía dentro de sus procesos de producción como un insumo, requiriendo de una fuente de energía continua y sostenible. Además, como se indicó, estos consumidores no podrían, razonablemente, reemplazar su consumo de energía eléctrica con fuentes de energía diferentes a la electricidad, pues esta decisión involucra la realización de inversiones significativas en instalaciones y artefactos.
118. En esa línea, Naturgy Perú S.A. ofertaba gas natural dentro de área de concesión de Seal. Sin embargo, no se cuenta con información sobre usuarios que hayan decidido sustituir su suministro de energía eléctrica para abastecerse principalmente de gas natural. Asimismo, como se ha mencionado, los comercios consumen gas natural normalmente para sustituir al gas licuado de petróleo, mientras que las industrias sustituyen el diésel por el gas natural. De igual manera, los pequeños comercios e industrias requerirían inversiones significativas que limitarían su decisión de cambio.
119. Por otro lado, los usuarios regulados que están en condiciones de cambiar de condición a usuario libre pueden optar por celebrar contratos con empresas generadoras o distribuidoras para la adquisición de energía eléctrica⁶⁶. Estos agentes suscriben contratos bilaterales que reflejan las tarifas y otros aspectos del servicio que, a diferencia de los contratos con usuarios regulados, son negociados entre las partes. En general, los usuarios libres ubicados en una determinada área de concesión pueden tener como proveedores a empresas generadoras cuyas centrales se encuentren ubicadas fuera del área de concesión de la empresa encargada de la distribución⁶⁷.

⁶⁶ **Decreto Supremo 022-2009-EM, Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad**

Artículo 1.- Definiciones

Suministrador: Generador o Distribuidor en general. Se precisa que un Suministrador puede atender Usuarios Libres conectados en cualquier parte del SEIN.

⁶⁷ A modo de ejemplo, en el 2019, Engie Energía Perú S.A. tenía ocho centrales de generación ubicadas en los departamentos de Ancash, Lima, Moquegua y Pasco, y abastece a usuarios libres ubicados en los departamentos de Ancash, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Ica, La Libertad, Lima, Pasco, Puno, Tacna, Junín y Apurímac.

120. En el presente caso, la conducta analizada habría implicado un supuesto aprovechamiento de Seal de la condición de exclusividad que ostenta en los mercados relevantes, para captar, de forma presuntamente indebida, usuarios que optan por cambiar a la condición de usuarios libres. En ese sentido, si bien la conducta investigada se realiza en los mercados relevantes, dicha conducta podría afectar la competencia entre Seal y las empresas de generación (como 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 Seal.
121. Finalmente, cabe señalar que, en esta misma línea, la Comisión ha reconocido anteriormente que determinadas prácticas de las empresas distribuidoras podrían afectar la competencia en mercados relacionados, como son el mercado de suministro de usuarios libres en su área de concesión y el mercado de usuarios libres que provienen del mercado regulado⁶⁸.
122. Así, la Comisión considera que **el mercado afectado sería el de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuario libre dentro del área de concesión de Seal.**

5.1.4. Argumentos presentados por la empresa denunciada sobre el mercado relevante, el mercado afectado y la posición de dominio

123. En relación con la definición del mercado relevante, Seal ha mencionado en sus alegatos que la práctica denunciada se enmarca en su actividad de comercialización de energía eléctrica a usuarios libres y usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuarios libres, estando alejada de la actividad de distribución de energía eléctrica a usuarios regulados.
124. En tal sentido, Seal considera que el mercado de producto relevante debe incluir a aquellos usuarios regulados que tienen una demanda de potencia mayor de 200 kW y menor de 2 500 kW y a los usuarios libres, quienes pueden escoger a su suministrador de energía eléctrica. Por su parte, en relación con el mercado geográfico, indicó que este debe abarcar a todo el sistema eléctrico interconectado nacional, en la medida que los usuarios pueden establecer contratos con cualquier suministrador ubicado en ese ámbito geográfico. En este mercado, Seal alega que su participación sería reducida.
125. Sobre el particular, esta Comisión ha definido los mercados relevantes como el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que tienen una demanda de potencia mayor de 200 kW y menor de 2 500 kW en el área de concesión de Seal y la distribución de energía eléctrica en el área de concesión de Seal, pues la conducta investigada se habría desarrollado sobre aquellos usuarios que eran regulados y que habían decidido cambiar su condición a usuarios libres. Esto en la medida de que, únicamente en el segmento de los usuarios regulados que desean cambiar de condición a usuarios libres, el suministrador de energía a usuarios regulados en su área de concesión tiene la posibilidad en la práctica de

⁶⁸ Al respecto, consultar el numeral 69 de la Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI.

exigirles o exonerarles de los requisitos que les permiten migrar a la condición de libres.

126. En tal sentido, la definición del mercado sugerida por Seal no estaría tomando en cuenta los mercados relevantes donde se realizan las presuntas prácticas de exoneración selectiva del plazo de preaviso y de la exigencia de equipos a determinados usuarios regulados que desean cambiar de condición a usuarios libres. Las presuntas prácticas ocurren cuando el usuario es regulado y tiene una demanda de potencia mayor de 200 kW y menor de 2 500 kW, de manera previa al cambio de condición a usuario libre; es decir, cuando al usuario regulado le resulta aplicable el plazo de preaviso y la exigencia de equipos para cambiar su condición a libre.
127. Considerar la definición de mercado planteada por Seal implicaría que las presuntas prácticas de exoneración del plazo de preaviso y de la exigencia de equipos para el cambio de condición a usuarios libres ocurran cuando el usuario ya tiene la condición de libre, lo que sería un contrasentido. En efecto, en relación con los usuarios libres ya no es posible analizar posibles prácticas de exoneración del plazo de preaviso o de la exigencia de equipos para el cambio de condición.
128. Por lo señalado, no correspondería evaluar en este punto las condiciones de competencia en el mercado de usuarios libres que ha expuesto Seal. Sin perjuicio de ello, tales condiciones serán tomadas en cuenta por la Comisión al analizar los posibles efectos de la conducta denunciada.

5.1.5. Conclusión sobre la posición de dominio de Seal en el mercado relevante y sobre el mercado afectado.

129. En suma, durante el período analizado en el presente procedimiento (2016-2020), Seal ha ostentado posición de dominio en los mercados relevantes, constituidos por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que tienen una demanda de potencia mayor de 200 KW y menor de 2500 KW en el área de concesión de Seal y la distribución de energía eléctrica en el área de concesión de Seal, donde no opera ni podría operar otra empresa, por lo que no ha enfrentado competencia actual ni potencial en dichos mercados.
130. Otros suministradores mencionados por Seal participarían en el mercado de usuarios libres, que incluye a aquellos usuarios que, siendo originalmente regulados, están en condiciones de cambiar de condición a usuarios libres, lo cual correspondería al mercado afectado, y no a los mercados relevantes identificados por esta Comisión. Las condiciones de competencia en este mercado serán tomadas en cuenta por esta Comisión al analizar los posibles efectos de la conducta denunciada.

5.2. Realización de una conducta dirigida a restringir la competencia.

5.2.1. Alcances de la práctica investigada: Exoneración del plazo de preaviso a usuarios regulados que solicitaron cambiar su condición a libres.

131. De acuerdo con las afirmaciones de Atria Energía, Seal había ofrecido a aquellos clientes que deseaban migrar de condición de usuarios regulados a usuarios libres, la exoneración del plazo del preaviso de un (1) año exigido en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, siempre que contratasen el suministro de energía con ella. Por el contrario, a los usuarios que decidían contratar dicho servicio con un competidor, les exigía el cumplimiento del plazo de preaviso de un (1) año antes indicado.
132. Según advirtió Atria Energía, la exoneración en cuestión se habría materializado en los suministros a los clientes América Móvil Perú S.A.C. y Ladrillera El Diamante S.A.C.

En el caso de la primera empresa, el contrato de suministro fue suscrito el 1 de noviembre de 2016 y tiene como fecha de inicio del servicio el mismo día⁶⁹. Por su parte, el contrato de suministro con la segunda fue suscrito el 16 de diciembre de 2016 y tiene como fecha de inicio el 1 de diciembre de 2016⁷⁰, es decir, el servicio empezó a brindarse antes de la suscripción del contrato.

133. Asimismo, Atria Energía aportó⁷¹ al expediente información sobre contratos de suministro (extraídos del portal web del Osinergmin) suscritos por Seal con distintos clientes que habrían migrado del mercado regulado al mercado libre manteniendo a dicha suministradora como proveedora de energía⁷².

⁶⁹ En la Cláusula Quinta del Contrato G.GG-AL.238-2016-SEAL – Contrato de Suministro de Electricidad entre América Móvil Perú S.A.C. y SEAL, se indica que el contrato tendrá una duración de tres (3) años y dos (2) meses iniciándose el 1 de noviembre de 2016.

⁷⁰ En la Cláusula Quinta del Contrato G.GG-AL.287-2016-SEAL – Contrato de Suministro de Electricidad entre Ladrillera El Diamante S.A.C. y SEAL, se indica que el contrato tendrá una duración de tres (3) años y un (1) meses iniciándose el 1 de diciembre de 2016.

⁷¹ Mediante carta del 11 de abril de 2019 y sus escritos de fechas 26 de agosto de 2020 y 8 de marzo de 2021.

⁷² Específicamente, en la comunicación del 11 de abril de 2019 se presentó la siguiente relación de clientes: Moly Cup Adesur S.A., Grupo La República Publicaciones, Los Ranchos S.A.C., Aventura Plaza S.A. (dos contratos), Rocatech S.A.C., Minera Laytaruma S.A., América Móvil Perú S.A.C., Hipermercados Tottus S.A., Ladrillera El Diamante S.A.C. (dos contratos), Minera Titán del Perú S.R.L., La Joya Mining S.A.C., Pesquera Producto del Kope E.I.R.L., Danper Arequipa S.A.C., Ferreyros S.A., Chala One S.A.C., Full Glass Perú S.A.C., Century Mining Perú S.A.C. Cabe indicar que los casos de los clientes América Móvil Perú S.A.C. y Ladrillera El Diamante S.A.C. ya habían sido presentados en el escrito de denuncia de Atria Energía.

A través del escrito de fecha 26 de agosto de 2020 se presentó la siguiente relación de clientes: Calquiya S.A.C., Camposur Inc S.A.C., Compañía Cementar Wari Sociedad Anónima Cerrada, Minera Paraíso S.A.C., Minera Veta Dorada S.A.C., Molino Las Mercedes S.A.C., Monte Azul Logística Sociedad Anónima Cerrada, Negociaciones e Inversiones Doral S.A.C., Osma Soluciones Industriales S.R.L., Procesadora Costa Sur S.A.C.

En el escrito de fecha 8 de marzo de 2021 se presentó la siguiente relación de clientes: Osma Soluciones Industriales S.R.L., AQPLAST S.A.C., Compañía Cementera Wari S.A.C., Minera Sotrami S.A., Agropecuaria Gold Pig S.A.C., Fabripak E.I.R.L., Frio Frias E.I.R.L., Cía. Minera Jerusalén S.A.C., Negociación Lanera Alfa S.A.C., Tannery Latina S.A.C. Cabe indicar que los casos de los clientes Osma Soluciones Industriales S.R.L. y Compañía Cementera Wari S.R.L. fueron presentados con el escrito del 26 de agosto de 2020.

134. En algunos casos⁷³, la Dirección verificó que los contratos, efectivamente, hacen referencia al cambio de condición de usuario regulado a usuario libre, y que la fecha de inicio del suministro es menor a un (1) año desde la suscripción del contrato⁷⁴.
135. No obstante, la Dirección notó también que, de la relación de clientes aportados por Atria Energía, no se desprende claramente el cambio de condición a partir del texto de los contratos correspondientes. Así, por ejemplo, en algunos casos se menciona la condición de cliente libre, pero sin indicar que proviene del mercado regulado⁷⁵; en otros se señala que se trata de clientes libres que mantenían un contrato con Seal⁷⁶; mientras que en otros no hay referencia a la condición del usuario, indicándose únicamente el número de suministro involucrado⁷⁷.

⁷³ La Dirección menciona los siguientes casos en su Informe Técnico: los clientes Moly Cop Adesur S.A. (quien suscribe un contrato con Seal el 30 de setiembre del 2016 y tiene por fecha de inicio de suministro el 1 de octubre del mismo año), Rocatech S.A.C. (cuya fecha de suscripción del contrato fue el 4 de noviembre de 2016 y el inicio del suministro fue el 1 de noviembre del mismo año), así como también La Joya Mining S.A.C., Minera Titán del Perú S.R.L. y Minera Laytaruma S.A.

⁷⁴ Los plazos entre la fecha de suscripción y la fecha de inicio del servicio son de: un (1) mes, dos (2) meses, la misma fecha, e inclusive semanas previas a la firma del contrato.

⁷⁵ Señala la Dirección en el Informe Técnico que en la parte introductoria de los siguientes contratos se indicaba que el cliente tiene la condición de cliente libre y, en algunos casos (en la cláusula 1.2), se precisa que la empresa tendrá un suministro como cliente libre con Seal:

- Contrato C.GG-AL-069-2017-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Ferreyros S.A. y SEAL.
- Contrato C.GG-AL-100-2017-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Chala One S.A.C. y SEAL.
- Contrato C.GG-AL-147-2017-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Full Glas Perú S.A.C. y SEAL. (Sin embargo, Seal presenta una carta enviada por la empresa el 18 de setiembre de 2017 en la que solicita el cambio a cliente libre para el Suministro 46634, objeto del contrato)
- Contrato C.GG-AL-031-2018-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Century Mining S.A.C. y SEAL.
- Contrato C.GG-AL-033-2020-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Fabripak E.I.R.L. y SEAL.
- Contrato C.GG-AL-053-2020-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Frío Frías E.I.R.L. y SEAL.
- Contrato C.GG-AL-059-2020-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Negociación Lanera Alfa S.A.C. y SEAL.
- Contrato C.GG-AL-060-2020-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Tannery Latina S.A.C. y SEAL.
- Contrato C.GG-AL-054-2020-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Compañía Minera Jerusalén S.A.C. y SEAL.

⁷⁶ Indica la Dirección que en la cláusula 1.2 de los siguientes contratos de suministro, se señalaba que el cliente ya tenía un contrato previo como cliente libre con Seal:

- Contrato C.AL.231-2016-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Grupo La República Publicaciones S.A. y SEAL.
- Contrato C.GG-AL-041-2017-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Pesquería Producto del Kope E.I.R.L. y SEAL.

⁷⁷ Indica la Dirección que en los siguientes contratos no se aprecia alguna indicación de la condición de usuario (regulado o libre), o el cambio de condición al mercado libre:

- Contrato C.GG-AL-227-2016-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Los Ranchos S.A.C. y SEAL.
- Contrato C.GG-AL-230-2016-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Aventura Plaza S.A. y SEAL.
- Contrato C.GG-AL-272-2016-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Hipermercados Tottus S.A. y SEAL.

136. En atención a ello, la Dirección requirió a Seal información sobre los clientes regulados que migraron al mercado libre desde el año 2016 a la fecha del requerimiento⁷⁸. A partir de la información aportada por Seal como respuesta al requerimiento, la Dirección pudo verificar aquellos casos en los cuales se evidenció una situación de inmediatez entre la firma del contrato de suministro de energía y la fecha de inicio del servicio, comprobándose la exoneración del plazo de un año de preaviso.

Adicionalmente, la Dirección pudo verificar treinta y cinco (35) casos en los que transcurrían solo algunos días entre la fecha de firma de contrato y la fecha de inicio de suministro (pudiendo ser días previos o posteriores a la firma del contrato). Dicha información fue incluida tanto en la Resolución de Inicio como en el Informe Técnico⁷⁹.

137. Al respecto, la Dirección consideró en la Resolución de Inicio que Seal, como titular exclusivo del servicio de distribución y único suministrador de energía a usuarios regulados en su área de concesión, tendría la posibilidad de exigir o exonerar a aquellos usuarios regulados que tienen la posibilidad de cambiar su

-
- Contrato C.GG-AL-275-2016-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Tiendas por Departamento Ripley S.A. y SEAL.
 - Contrato C.GG-AL-287-2016-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Ladrillera El Diamante S.A.C. y SEAL (Sin embargo, Seal presenta una carta enviada por la empresa el 23 de febrero de 2016 en la que comunica que cambiarán de condición con un nuevo suministrador para el caso de los Suministros 58226 y 300910, objetos el contrato).
 - Contrato C.GG-AL-103-2017-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Danper Arequipa S.A.C. y SEAL.
 - Contrato GG-AL-059-2019-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Molino Las Mercedes S.A.C. y SEAL (se indica que ya era cliente de Seal en la cláusula 1.2).
 - Contrato GG-AL-057-2019-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Minera Paraíso S.A.C. y SEAL (se indica que ya era cliente de Seal en la cláusula 1.2).
 - Contrato GG-AL-059-2019-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Camposur Inc S.A.C. y SEAL
 - Contrato GG-AL-079-2019-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Minera Veta Dorada S.A.C. y SEAL (se indica que ya era cliente de Seal en la cláusula 1.2).
 - Contrato GG-AL-080-2019-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Calquipa S.A.C. y SEAL
 - Contrato GG-AL-100-2019-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Minera Paraíso S.A.C. y SEAL.
 - Contrato GG-AL-117-2019-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Procesadora Costa Sur S.A.C. y SEAL
 - Contrato GG-AL-199-2019-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Negociaciones e Inversiones Doral S.A.C. y SEAL
 - Contrato GG-AL-004-2020-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Osma Soluciones Industriales S.R.L. y SEAL
 - Contrato C.GG-AL-006-2020-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre AQPLAST S.A.C. y SEAL
 - Contrato GG-AL-008-2020-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Compañía Cementera Wari S.A.C. y SEAL
 - Contrato C.GG-AL-024-2020-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Agropecuaria Gold Pig S.A.C. y SEAL
 - Contrato C.GG-AL-017-2020-SEAL - Contrato de Suministro de Electricidad entre Minera Sotrami S.A. y SEAL

⁷⁸ A través de la Carta 1807-2019/ST-CLC-INDECOPI de fecha 11 de noviembre de 2019, absuelta por Seal mediante Carta SEAL-GG/CM-01458-2019 de fecha 6 de diciembre de 2019.

⁷⁹ Ver Cuadro 2 en el numeral 94 de la Resolución de Inicio y en el numeral 125 del Informe Técnico.

condición a usuario libre, el cumplimiento del plazo de preaviso de un año establecido la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832 y desarrollado en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad⁸⁰.

Precisamente, es la posición que tiene Seal como única empresa en los mercados relevantes, lo que le permite elegir las condiciones que aplicará a aquellos usuarios regulados que deciden migrar a usuarios libres y contratar el suministro de energía con una empresa generadora, en comparación con aquellos usuarios que deciden continuar las relaciones comerciales con su empresa. Esta decisión puede involucrar un aprovechamiento de su posición de dominio para dificultar la permanencia de sus competidores en el mercado afectado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

138. En el mismo sentido, el Osinergmin ha señalado que los clientes de las empresas distribuidoras que optasen por migrar de usuario regulado a libre podían permanecer en la condición de regulado por el plazo de un (1) año, salvo que, en el marco de sus relaciones comerciales, las empresas distribuidoras les permitieran liberarse de este plazo⁸¹. De esta manera, Seal tiene la posibilidad de evaluar las estrategias comerciales que aplique, en función al plazo de preaviso, a los usuarios regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres.
139. Por ello, la Dirección consideró en la Resolución de Inicio que, a nivel indiciario, Seal habría aplicado condiciones diferentes como parte de una estrategia anticompetitiva, concretamente la exoneración del plazo del preaviso de un año a aquellos usuarios regulados que decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; mientras que, por el contrario, habría exigido el cumplimiento de este requisito a aquellos usuarios que decidían contratar con Atria Energía.
140. De otro lado, en el Informe Técnico se identificó el alcance concreto de dicha conducta en el mercado afectado, pudiendo determinar –en el período analizado en el presente procedimiento (2016-2020)- que cuarenta y nueve (49) usuarios tuvieron una fecha de inicio del suministro posterior en solo unos pocos días desde la fecha de la carta de preaviso de migración de condición de usuario regulado a

⁸⁰ **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.

⁸¹ Mediante Oficio 395-2019-OS-DSE del 7 de febrero de 2019, el Osinergmin remitió como parte de su respuesta el Oficio 3086-2018-OS-DSE que previamente habría sido remitido también a la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal, donde indicó lo siguiente:

«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 regulado) el Suministrador 1 y el nuevo usuario libre podrían acordar liberarse del plazo establecido por norma.» [Énfasis agregado]

usuario libre⁸². Incluso, en algunos casos, la Dirección verificó que la fecha de inicio de suministro es anterior a la fecha de la carta de preaviso. Dicha inmediatez entre la fecha de la carta de preaviso de migración de condición de usuario regulado a usuario libre y la fecha de inicio del servicio evidencia la exoneración del plazo de un (1) año de preaviso.

Por ello, la Dirección consideró acreditada la conducta denunciada por Atria Energía, consistente en establecer un trato diferenciado entre los clientes que cambiaban de suministrador de energía y los que permanecían como clientes propios. Dicha conducta podría colocar en desventaja a sus competidores en el mercado de usuarios libres que provienen del mercado regulado, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.

En contraste, para el segmento de los usuarios regulados de Seal que, para proceder con el cambio de modalidad de regulado a libre, decidieron contratar el suministro de energía con otra empresa generadora, se verificó que cumplieron – como mínimo– con el plazo de preaviso de un año.⁸³

141. En atención a lo expuesto, esta Comisión coincide con la Dirección en que ha quedado acreditado que Seal estableció un trato diferenciado entre los clientes que cambiaron de suministrador de energía y los que permanecían como clientes propios, al pasar del régimen de usuarios regulados a usuarios libres.
142. Dicho tratamiento diferenciado, que Seal ha aceptado⁸⁴ pero cuya legalidad ha defendido -conforme se desarrollará en la siguiente sección-, podría haber colocado en desventaja a los competidores de Seal en el mercado de usuarios libres que provienen del mercado regulado, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.

⁸² Ver Cuadro 4 en el numeral 159 del Informe Técnico.

⁸³ Ver Cuadro 5 en el numeral 160 del Informe Técnico, que recoge la relación de clientes de Atria Energía que migraron del régimen de usuarios regulados bajo el ámbito de la concesión de Seal, donde puede observarse un (1) año de anticipación entre la firma del contrato y el inicio del suministro.

Asimismo, ver Cuadro 6 en el numeral 161 del Informe Técnico, donde se recogen treinta y cinco (35) casos de clientes regulados, ubicados en el área de concesión de Seal, que migraron al mercado libre con otras suministradoras, que tuvieron que cumplir un plazo de preaviso promedio de doce (12) meses para proceder con el cambio de modalidad.

⁸⁴ Entrevista del 3 de junio de 2019 realizada por la Dirección a los representantes de Seal, minuto 3:36 a 4:43:

Dirección: *¿En alguna oportunidad, han ofrecido la exoneración del plazo de preaviso a empresas que han contratado con ustedes como usuarios libres? En otras palabras, ¿han otorgado la oportunidad a los usuarios regulados de migrar de forma automática a usuarios libres sin esperar el año de preaviso?*

Seal: *En el caso de clientes que se quedan con nosotros sí, se que se les ha exonerado. Pero, hay al respecto un pronunciamiento de Osinergmin respecto a que queda a disposición del concesionario debido a que continúan siendo nuestros clientes.*

Dirección: *¿y cuántas empresas han sido exoneradas de este plazo de preaviso? En primer lugar, ¿desde qué momento en el tiempo han realizado esa práctica? ¿O la han realizado desde siempre, el tema de exonerar el plazo?*

Seal: *Podríamos decir que siempre.*

Dirección: *Siempre. Ok.*

Seal: *Sí.*

Dirección: *¿Eso data desde hace, no sé, 2016 o 2015?*

Seal: *Sí, más o menos.»*

5.2.2. Argumentos de las partes acerca de la realización de la exoneración del plazo de preaviso

143. Seal no ha negado haber aplicado este trato diferenciado entre los clientes que cambiaban de suministrador de energía al migrar a la condición de usuarios libres y los que permanecían como clientes propios. Por el contrario, Seal ha reconocido que la exoneración del plazo de preaviso a dichos usuarios implica «*el ejercicio regular de un derecho que nace en el Reglamento de Usuarios Libres y cuyos alcances han sido claramente establecidos por el Osinergmin en su calidad de ente regulador y especializado en el mercado de energía eléctrica*».
144. En tal sentido, Seal se ha limitado a justificar su conducta y señalar que, efectivamente, se encuentra jurídicamente habilitada para exigir o exonerar a los usuarios regulados –que se encuentran en la posibilidad de cambiar su condición a usuarios libres– del referido plazo de preaviso.

En efecto, Seal ha observado que el plazo de preaviso sería un derecho que el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad otorga a favor de las distribuidoras con la finalidad de competir con otras empresas suministradoras de energía eléctrica en dicho mercado. Según indica Seal, este criterio también ha sido reconocido por el Osinergmin.

145. Por su parte, Atria Energía ha señalado que la existencia del trato diferenciado se acredita con las afirmaciones de Seal durante el procedimiento, justificando la práctica en la necesidad de gestionar ‘mejor’ la potencia contratada. Asimismo, señala la denunciante que, con dicha política comercial, Seal capturó una porción importante del mercado, ventaja que no pudo ni podría ser replicada por ningún otro de sus competidores.
146. Considerando lo anterior, esta Comisión se ratifica en que **se encuentra acreditada la existencia de este trato diferenciado**, sin perjuicio del análisis que se realizará a continuación sobre los presuntos efectos anticompetitivos de la conducta y las justificaciones invocadas por Seal.

5.2.3. Alcances de la práctica investigada: No exigencia de los equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito previo para el cambio de usuario regulado a usuario libre.

147. De acuerdo con las afirmaciones de Atria Energía, Seal ha ofrecido a los usuarios regulados que cambian de condición a usuarios libres exonerarles de los equipos de medición, protección y limitación de potencia y, por el contrario, a aquellos usuarios que manifiestan su intención de cambiarse a otro suministrador, les ha exigido la instalación de los equipos mencionados con ciertas características no establecidas ni siquiera en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.
148. Para sustentar su denuncia en este extremo, Atria Energía presentó Actas de Constancias Notariales de los equipos instalados para el suministro de energía de América Móvil Perú S.A.C., dos suministros de Ladrillera El Diamante S.A.C. y Full Glass Perú S.A.C., afirmando que estos clientes de Seal no habrían cumplido con

las exigencias de los equipos de medición, protección y limitación de potencia requeridos a las empresas que comunicaron su intención de cambiar su suministro de energía con Atria Energía, como Camal Frigorífico Don Goyo S.A.C.

149. Adicionalmente, Atria Energía presentó un conjunto de cartas dirigidas por Seal a los clientes de Atria Energía así como a sus propios clientes en los que les solicitaba la instalación de los equipos requeridos en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad⁸⁵, sin precisar si se trataban de clientes que ya habían cambiado su condición de usuarios regulados a libres o si aún estaban pendientes de hacer efectivo este cambio de condición hasta que se cumpliera previamente con la instalación de tales equipos
150. Al respecto, la Dirección consideró en su Informe Técnico que, de la información proporcionada por Atria Energía no se desprende claramente que Seal estuviese exonerando los equipos de medición, protección y limitación de potencia a los usuarios que decidían mantener a su empresa como suministrador de energía; y, por el contrario, a aquellos usuarios que manifestaban su intención de cambiarse a otro suministrador, les exigiese la instalación de los equipos mencionados⁸⁶.

Por el contrario, la Dirección sí pudo observar que Seal habría exigido la instalación de los equipos requeridos en el artículo 4.3. del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad a ciertas empresas⁸⁷, a partir de las cartas remitidas por Seal a estas empresas requiriéndoles la instalación de tales equipos para hacer efectivo el cambio de condición de regulado a libre. Todas estas empresas, señala la Dirección, habían manifestado su intención de cambiar su condición de regulado a libre y de contratar como nuevo suministrador a Atria Energía.

151. En ese sentido, con la finalidad de reunir mayores elementos de juicio, la Dirección entrevistó a Seal⁸⁸ consultándole si habían exigido a todos los usuarios la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia previamente a que cambiaran su condición de regulado a libre, obteniendo como respuesta que a algunos no se les había planteado dicha exigencia⁸⁹.

⁸⁵ Esta información fue presentada por Atria Energía el 17 de enero de 2019.

⁸⁶ Por ejemplo, lo único que podía observarse en las Actas de Constancias Notariales remitidas era el detalle de los equipos con los que contaban América Móvil Perú S.A.C, Ladrillera el Diamante S.A.C. y Full Glass Perú S.A.C., pero no demostraban un trato diferenciado en relación con los clientes de Atria Energía.

⁸⁷ En específico, Analytica Mineral Services S.A.C., Empresa Minera Otapara S.A., Utilex Sole Perú S.A.C., Curtiembre Global S.A.C., Congeladores Gutiérrez S.C.R.L. y Puertos del Pacífico S.A.

⁸⁸ Entrevista realizada a Seal el 3 de junio de 2019.

⁸⁹ Entrevista realizada a Seal el 3 de junio de 2019, minuto [●]

Dirección: Claro, sí, pero respecto a la consulta realizada creo que no me queda clara su respuesta ¿Para poder migrar de un usuario regulado a usuario libre previo al suministro de energía, a todos los usuarios se les ha exigido los equipos que indica la norma? ¿cierto?, es decir, ¿ya han tenido los equipos al momento en que ya habían sido planificados como clientes libres? ¿Es así?

Seal: Algunos no.

Asimismo, la Dirección también le requirió a Seal remitir todas las cartas que la empresa envió a los clientes que querían cambiar (o cambiaron) su condición de usuario regulado a libre, recordándoles que de acuerdo con el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, debían contar con los equipos de medición, protección y limitación de potencia adecuados.

152. De la información proporcionada por Seal, la Dirección confirmó en el Informe Técnico lo señalado en la Resolución de Inicio en relación a que, entre 2016 y setiembre de 2018, la denunciada no le habría exigido a ningún cliente la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito previo para que se haga efectivo el cambio de condición de regulado a libre, sea que hayan contratado el suministro de energía con Seal o con cualquier otra empresa generadora⁹⁰.
153. En ese sentido, la Dirección pudo observar que únicamente a partir de setiembre de 2018, Seal empezó a exigir, a aquellos usuarios que habían comunicado su intención de cambiar su condición de usuario regulado a libre cambiando de suministrador, la instalación de los equipos previstos en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad como condición previa para que el cambio de condición se produzca efectivamente.
154. En cambio, a los clientes que decidieron mantener a Seal como su suministrador, no se les habría exigido la instalación de estos equipos como requisito previo para que se haga efectivo el cambio de condición de regulado a libre pues, de hecho, la fecha de inicio del suministro era anterior a la fecha en la que Seal les habría remitido las comunicaciones solicitándoles que instalen los equipos de medición, protección y limitación de potencia⁹¹.
155. Al respecto, el Informe Técnico señala que, conforme al artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad⁹², para que el cambio de condición

[Énfasis agregado]

⁹⁰ Por ello, las Actas de Constancias Notariales presentadas por Atria Energía no resultan pertinentes para acreditar un supuesto trato diferenciado sobre la implementación de tales equipos por parte de Seal entre 2016 y 2018 pues, en este periodo, Seal no exigía a ningún usuario (ya sea que mantuviese a Seal como suministrador o contratara con una empresa generadora) la implementación de los equipos para cambiar de usuario regulado a usuario libre.

Por otro lado, a manera de ejemplo, puede observarse el caso de Rocatech S.A.C., que cambió su condición de usuario regulado a usuario libre en noviembre de 2016, manteniendo a Seal como su suministrador, recién a través de una comunicación del 24 de setiembre de 2018, Seal le solicitó que instalara tales equipos.

En la misma línea, a Hipermercado Tottus S.A., que cambió su condición de usuario regulado a usuario libre en abril de 2017, eligiendo a Enel Generación Perú S.A.A. como su nuevo suministrador, recién a través de una comunicación también del 24 de setiembre de 2018, se le solicitó que instalara tales equipos

⁹¹ Ello puede notarse en el Cuadro 3, ubicado en el numeral 143 del Informe Técnico.

⁹² **Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad**
Artículo 4.- Requisitos y condiciones

de usuario regulado a libre se haga efectivo, los usuarios deberían cumplir con la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia adecuados. De esta manera, se entiende que este requisito previo debe ser aplicado de forma transversal a todos los usuarios regulados que deciden cambiar su condición a libre, sea que mantengan como suministrador a la empresa distribuidora o que elijan a una empresa distinta.

156. Ello ha sido confirmado por el Osinergmin, a quien la Dirección le consultó si una empresa de distribución eléctrica podría exceptuar de la exigencia de la instalación de los equipos de protección y limitación de potencia requerida para el cambio de condición de regulado a libre, a los clientes que manifiestan su voluntad de mantenerla como su suministradora de energía.

En respuesta, el Osinergmin indicó que «*sería un caso que no se presentaría, ya que el contar con los equipos es un requisito establecido en el artículo 4.3. del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad*»⁹³. Asimismo, señaló que la instalación de los equipos requeridos en la mencionada norma debía cumplirse antes de que se produzca el cambio efectivo de usuario regulado a libre⁹⁴.

157. En línea con lo indicado por el regulador, la Dirección consideró que, si la empresa distribuidora considera exigible que los usuarios regulados que desean cambiar su condición a libre deban instalar equipos de medición, protección y limitación de potencia, esta exigencia debe hacerse efectiva previamente al cambio de condición. Por ello, no podría aceptarse la conclusión de que a determinados clientes sí se les exija la instalación de tales equipos para que se haga efectivo el cambio de condición de regulado a libre, mientras que a otros no se les plantee tal exigencia, más aún si esta tiene por objeto o efecto limitar la competencia en el mercado afectado.

Asimismo, si la instalación de estos equipos tiene como finalidad proteger las redes del distribuidor ante eventuales fallas en instalaciones de los usuarios⁹⁵, tiene sentido que la exigencia sea planteada tanto a los usuarios que deciden permanecer con el suministrador original como a aquellos que optan por contratar con otro suministrador de energía.

158. En contraste, esta Comisión observa, al igual que la Dirección, que Seal, en su condición de única empresa en el mercado relevante, ha exigido condiciones distintas a aquellos usuarios regulados que decidieron migrar a usuarios libres y

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:

(...)

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

⁹³ Al respecto, ver Oficio 395-2019-OS-DSE remitido por el Osinergmin el 7 de febrero de 2019.

⁹⁴ Al respecto, ver Oficio 3101-2019-OS-DSE remitido por el Osinergmin el 20 de diciembre de 2019.

⁹⁵ Al respecto, ver Oficio 1498-2019-OS-DSE remitido por el Osinergmin el 30 de mayo de 2019 a la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi. Esta información fue presentada por Seal el 30 de marzo de 2021.

contratar el suministro de energía con una empresa generadora, en comparación con aquellos usuarios que decidieron continuar las relaciones comerciales con su empresa.

159. De otro lado, en el Informe Técnico, la Dirección identificó el alcance concreto de dicha conducta en el mercado afectado, pudiendo verificar –a partir de setiembre de 2018, oportunidad en que Seal comenzó a exigir la instalación de equipos a los usuarios que cambiaban de condición de regulado a libre- siete (7) usuarios que migraron con empresas competidoras de Seal a los que se les exigió contar con dichos equipos, retrasando el inicio de su suministro de energía⁹⁶.

Específicamente, al comparar la fecha de inicio de suministro según el contrato celebrado con el suministrador y la fecha efectiva de inicio del suministro, se aprecia un retraso de más de un año⁹⁷.

160. En ese sentido, la Dirección pudo observar que Seal exigió la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia a los usuarios regulados que manifestaron su intención de cambiar su condición a usuario libre contratando con Atria Energía u otro competidor, como requisito previo para que se haga efectivo el cambio de condición de regulado a libre.

Inclusive, Seal exigió a dichos clientes permanecer como usuarios regulados a pesar de haber superado el año de preaviso, hasta que contaran con tales equipos o, por lo menos, hasta que le garantizaran que su instalación se hiciera efectiva en un breve periodo.

161. Sin embargo, dichas exigencias no fueron observadas por la Dirección de manera similar para aquellos usuarios que cambiaban de condición y que tenían como suministrador a Seal, por lo menos en diecisiete (17) usuarios que pudieron cambiar de condición sin tener previamente los equipos requeridos⁹⁸. En esos casos, la Dirección advirtió que las cartas de Seal para exigir la instalación de dichos equipos fueron remitidas varios meses después del inicio efectivo del suministro bajo la condición de usuarios libres. Además, dichos usuarios también recibieron la exoneración del plazo de preaviso.

⁹⁶ Ver Cuadro 7 en el numeral 164 del Informe Técnico.

⁹⁷ Por ejemplo, a Telefónica del Perú S.A. se le exigió la instalación de los equipos requeridos en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad para que se haga efectivo el cambio de condición de regulado a libre. Por ello, si bien bajo su contrato debía iniciar su suministro de energía como usuario libre con Statkraft Perú S.A. (en adelante, Statkraft) el 1 de julio de 2018, su cambio de condición se hizo efectivo recién el 1 de setiembre de 2020; es decir, más de dos años después.

De similar forma, a pesar de que había vencido el plazo de preaviso para que Analytical Mineral Services S.A.C. cambiara su condición de regulado a libre con otro suministrador, en setiembre de 2018, Seal le reiteró que *«el cambio de condición de usuario regulado a libre no podía ser efectivo toda vez que no se ha cumplido estrictamente con (...) contar con los equipos de medición, protección y limitación de potencia adecuados para que el cambio de condición se produzca efectivamente»*. Por esta situación, Analytical Mineral Services S.A.C. permaneció como cliente regulado de Seal cerca de nueve meses adicionales, periodo que le habría demandado la instalación de los equipos solicitados por Seal.

⁹⁸ Ver Cuadro 8 en el numeral 169 del Informe Técnico.

162. En virtud de lo anterior, la Comisión considera, al igual que la Dirección, que Seal habría aplicado condiciones diferentes a clientes en la misma situación, por lo menos a partir de setiembre de 2018, no exigiendo la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia que se establece en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad como requisito previo para que se haga efectivo el cambio de condición a usuario libre a aquellos usuarios regulados que decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; mientras que, por el contrario, habría exigido el cumplimiento de este requisito a aquellos usuarios que decidían contratar con Atria Energía y no les habría permitido cambiar su condición hasta contar con tales equipos o, por lo menos, que le garantizaran que su instalación se haría efectiva en un breve periodo.

5.2.4. Argumentos de las partes acerca de no exigencia de los equipos de medición, protección y limitación de potencia

163. Seal ha indicado durante el procedimiento que el requisito de contar con los equipos de medición, protección y limitación de potencia por parte de los usuarios regulados que pasan a ser libres es de obligatorio cumplimiento, razón por la cual no es posible, en ninguna circunstancia, exonerarlos de tal requisito, como sostiene Atria Energía en su denuncia. Además, manifiesta que si bien la exigencia de contar con los equipos de protección, medición y limitación de potencia contenida en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad resulta de obligatorio cumplimiento, lo cierto es que no existe un plazo específico para tener que verificar que el usuario haya instalado tales equipos.
164. En ese sentido, Seal señala que no ha exonerado el cumplimiento de dicha exigencia, sino que la ha flexibilizado sobre aquellos clientes que decidieron permanecer con la empresa al cambiar su condición de usuarios regulados a libres.

Indica, además, que dicha flexibilización ha sido extendida a aquellos usuarios regulados que migraron al mercado libre con otro suministrador, incluido Atria Energía. Para sustentar ello, Seal presentó comunicaciones cursadas por Atria Energía a su empresa en las que le solicitan la lectura de los medidores de los clientes de Atria Energía que habían logrado cambiar su condición de regulado a libre sin contar con los mencionados equipos⁹⁹.

165. Por su parte, Atria Energía ha señalado que el Reglamento de Usuarios Libres ha establecido los mismos requisitos para las empresas generadoras y distribuidoras, por lo que Seal está prohibida de exigir selectivamente que los usuarios cuenten con los mencionados equipos en función de con quién migren del mercado regulado al mercado libre.

⁹⁹ Seal indicó que habría dado estas facilidades a Camal Frigorífico Don Goyo S.A.C., Utilex Sole Perú S.A.C. y Chala One S.A.C. Asimismo, presentó otras comunicaciones en las que Atria Energía solicitó la supervisión de los equipos requeridos a Niccol Perú S.A.C., Analytica Mineral Services S.A.C., Camal Frigorífico Don Goyo S.A.C., Utilex Sole Perú S.A.C., Empresa Minera Otapara S.A.C. y Socosani S.A., las cuales habían sido realizadas con posterioridad a la fecha de inicio del suministro contratado con dichos clientes, evidenciándose que habían cambiado su condición de regulado a libre sin contar con tales equipos.

166. Al respecto, coincidiendo con la Dirección, esta Comisión considera necesario precisar, en primer lugar, que la imputación de cargos en la Resolución de Inicio no busca analizar si Seal habría exonerado de forma definitiva o no de la instalación de los equipos a sus clientes, como tampoco si los equipos solicitados fueron los «adecuados» para cumplir con la finalidad de la norma.

Lo que se busca determinar en este caso es si Seal exigió la obligación de contar con los equipos requeridos en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad como requisito previo para que se haga efectivo el cambio de condición de regulado a libre, tanto a los clientes que decidieron continuar contratando con Seal como a los que eligieron contratar con uno de sus competidores; o por el contrario, si –aprovechando su condición como única empresa en los mercados relevantes– realizó un trato diferenciado exigiendo únicamente a los clientes de sus competidores la instalación de tales equipos como un requisito previo para su cambio efectivo de condición de regulado a libre.

167. En ese sentido, a pesar de que la propia Seal reconoce que el contar con los referidos equipos es un requisito de obligatorio cumplimiento tanto para aquellos usuarios regulados que cambian su condición a libres y deciden permanecer con el suministrador original como a aquellos otros que optan por contratar con otro suministrador de energía¹⁰⁰, la evidencia demuestra que, en la práctica, no ha mantenido un trato igualitario al exigir este requisito previsto en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, limitándose a indicar que no existe un plazo específico para tener que verificar que el usuario deba instalar tales equipos.
168. Más aún, y conforme se desarrollará más adelante, el hecho de que el Osinergmin haya indicado que no se han fijado reglas, criterios o plazos para verificar que un usuario cuenta con los equipos requeridos en el numeral 4.3. del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad¹⁰¹, no implica que se haya otorgado a Seal o a algún otro distribuidor un derecho a materializar un trato diferenciado en el cumplimiento de este requisito, para favorecer a sus propios clientes, y discriminar a los clientes de sus competidores en perjuicio de estos últimos.
169. En segundo término, respecto a que la mencionada flexibilización habría sido extendida tanto a clientes de Seal como de la competencia que migraban del mercado regulado a libre, cabe mencionar lo señalado por la Dirección en su Informe Técnico, respecto a que las comunicaciones presentadas por Seal no acreditan que Seal hubiese aplicado un trato equivalente entre sus propios clientes y los clientes de otros suministradores en los términos formulados en la Resolución de Inicio.

Efectivamente, en el caso de dos de los clientes regulados de Seal que migraron al mercado libre con otro suministrador¹⁰², el cambio de condición de cliente

¹⁰⁰ Al respecto, ver Oficio 1498-2019-OS-DSE remitido por el Osinergmin el 30 de mayo de 2019 a la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi. Esta información fue presentada por Seal el 30 de marzo de 2021.

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² Camal Frigorífico Don Goyo S.A.C., Utilex Sole Perú S.A.C. y Empresa Minera Otapara S.A.

regulado a libre se hizo efectivo recién en julio de 2019, alrededor de siete (7) meses después del inicio acordado de suministro con su nuevo suministrador (Atria Energía)¹⁰³, debido a que tuvieron que presentar una carta fianza como garantía de la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia.

Dicha situación no se presentó con los usuarios que decidieron mantenerse con Seal como suministrador de energía, pues el cambio de condición de usuario regulado a libre se hizo efectivo sin que las empresas contaran con los equipos requeridos en el artículo 4.3. del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad y Seal tampoco ha alegado que se les hubiese pedido una carta fianza o algún documento similar que acreditara el cumplimiento de este requisito¹⁰⁴.

170. En consecuencia, a partir de la información expuesta, se verifica que Seal no ha exigido el cumplimiento de la obligación de contar con los equipos requeridos en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad como requisito previo para que se haga efectivo el cambio de condición de usuario regulado a libre a aquellos clientes que decidieron permanecer con Seal, mientras que a los usuarios que decidieron cambiar de suministrador de energía sí se les exigió el cumplimiento de tales condiciones; por lo que **esta Comisión considera acreditada la existencia de este trato diferenciado**, sin perjuicio del análisis que se realizará a continuación sobre los presuntos efectos anticompetitivos de la conducta y las justificaciones invocadas por Seal.

5.2.5. Conclusiones sobre la existencia de la conducta denunciada

171. En suma, esta Comisión estima que ha quedado acreditado que Seal estableció un trato diferenciado entre los clientes que cambiaron de suministrador de energía y los que permanecían como clientes propios, al cambiar de condición de usuarios regulados a usuarios libres.
172. El trato diferenciado de Seal relacionado con la exoneración del plazo de preaviso a favor de los usuarios que permanecían como clientes suyos habría alcanzado, por lo menos, a cuarenta y nueve (49) usuarios identificados por esta Comisión. En contraste, este trato favorable habría sido negado por Seal a los usuarios que decidían optar por otro suministrador, por lo menos, en cuarenta y cinco (45) ocasiones, diez (10) de las cuales corresponden a contratos suscritos por dichos usuarios con la denunciante, Atria Energía.
173. De igual forma, el trato diferenciado de Seal, relacionado con la no exigencia de contar con los equipos previstos en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad como requisito previo para que se haga efectivo el cambio de condición de regulado a libre a favor de los usuarios que permanecían como clientes suyos habría alcanzado, por lo menos, a diecisiete (17) usuarios identificados por la Dirección. En contraste, este trato favorable habría sido

¹⁰³ De acuerdo con el contrato celebrado con Atria Energía, Empresa Minera Otapara S.A debía iniciar su suministro de energía como usuario libre el 1 de noviembre; y las empresas Camal Frigorífico Don Goyo S.A.C. y Utilex Sole Perú S.A.C. debían iniciar su suministro el 1 de diciembre de 2018.

¹⁰⁴ Al respecto, ver Cuadro 9 en el numeral 176 del Informe Técnico.

negado por Seal a los usuarios que decidían optar por otro suministrador, por lo menos, en siete (7) usuarios, seis (6) de las cuales corresponden a contratos suscritos por dichos usuarios con la denunciante, Atria Energía.

174. Este tratamiento diferenciado, que Seal ha aceptado, podría haber colocado en desventaja a los competidores de Seal en el mercado de usuarios libres que provienen del mercado regulado, por razones distintas a la mayor eficiencia económica, conforme se analizará en la siguiente sección.

5.3. Existencia de un efecto anticompetitivo neto.

175. Conforme a lo explicado en la presente Resolución, se ha acreditado que, durante el período analizado en el presente procedimiento (2016-2020), Seal ha ostentado una posición de dominio en los mercados relevantes, constituidos por el suministro y distribución de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión (departamento de Arequipa).
176. En línea con lo señalado por la Dirección en su Informe Técnico, esta Comisión considera que, al ostentar dicha posición de dominio, Seal ha tenido obligaciones especiales al diseñar sus estrategias comerciales, con el objeto de no lesionar indebidamente la competencia en el mercado relevante u otros mercados en que opera. Así, por ejemplo, no debería aplicar condiciones más beneficiosas a los usuarios de los mercados en los que tiene competencia (como exonerarlos del plazo de preaviso para migrar al mercado libre), si estas no son coherentes con las reglas de libre competencia ni están sustentadas en una mayor eficiencia económica.
177. En el presente caso, se ha acreditado que, en efecto, Seal, aprovechando su posición como única empresa que suministra y distribuye energía eléctrica a usuarios regulados dentro de su área de concesión, estableció un trato diferenciado entre los usuarios que cambiaron de suministrador de energía y los que permanecían como sus clientes, al pasar del régimen de usuarios regulados a usuarios libres.
178. Por ello, a continuación, corresponde determinar si dicho trato diferenciado tuvo el efecto de perjudicar injustificadamente a sus competidores (efecto exclusorio) y si, en ausencia de justificaciones procompetitivas, se ha producido un efecto anticompetitivo neto, lo cual configuraría el último elemento de análisis de un supuesto de abuso de posición de dominio, conforme a lo explicado en el marco teórico de la presente Resolución.

5.3.1. Efecto anticompetitivo identificado (efecto exclusorio)

179. A criterio de esta Comisión, el trato discriminatorio desarrollado por Seal habría afectado el mercado de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados, con demanda que oscila entre los 200 kW y los 2500 kW, que deciden cambiar de condición a usuarios libres dentro del área de concesión de Seal. En particular, como se observa a continuación, Seal habría capturado una proporción importante del mercado antes señalado como consecuencia de la exoneración del plazo de

preaviso y de la no exigencia de la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia prevista en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad como requisito previo para que se haga efectivo el cambio de condición de usuario regulado a libre, ofrecimientos que no podrían haber sido replicados por ningún otro competidor de Seal.

a. Desempeño de Seal en el mercado afectado entre 2016 y 2020

180. El plazo de preaviso cobró especial importancia a partir del año 2016, periodo en el cual se registró un gran incremento de usuarios libres producto de la caída en los precios de la energía eléctrica en este mercado¹⁰⁵. Al respecto, desde inicios del año 2016 se observó una fuerte reducción en el precio medio¹⁰⁶ de la energía a los usuarios libres. Así, entre enero de 2016 y diciembre de 2020, el precio medio disminuyó en 16% a nivel nacional, pasando de 18,81 céntimos por KWh a 15,76 céntimos por KWh.
181. La reducción del precio medio de la energía eléctrica a los usuarios libres incrementó la diferencia entre dicho precio y el precio a los usuarios regulados, de manera tal que el precio a usuarios libres pasó de ser, en promedio, 55% menor que el precio a usuarios regulados en el 2016, a ser 72% menor que el precio a usuarios regulados en el 2020. De esta manera, los precios en el mercado libre habrían resultado ser cada vez más atractivos para aquellos usuarios regulados que tenían la opción de cambiar de condición¹⁰⁷.
182. La caída en el precio medio registrada habría incentivado a numerosos usuarios regulados a migrar al régimen de usuarios libres. En dicho contexto, el plazo de preaviso de un año sería un aspecto importante para los usuarios regulados que podían cambiar de condición a usuarios libres, en la medida que determinaba el momento en que podían empezar a beneficiarse de la reducción de precios. Mientras menor era el plazo para que un usuario regulado cambie de condición a usuario libre, más pronto empezaba el usuario a beneficiarse de la reducción de precios.
183. Según la información presentada por Seal, entre 2016 y 2020 se intensificó la migración al régimen de usuarios libres de clientes que provenían del mercado regulado en su área de concesión. Así, en 2016 migraron treinta y siete (37) usuarios libres que antes eran regulados, con una potencia contratada promedio de 909 KW. En 2017, ingresaron quince (15) nuevos usuarios, con una potencia contratada promedio de 1 014 KW. En 2018, ingresaron diez (10) usuarios con una potencia contratada promedio de 673 KW. En 2019 fueron veinticuatro (24) los usuarios que pasaron de ser regulados a libres, con una potencia contratada promedio de 631 KW. Finalmente, en 2020 fueron diecisiete (17) los usuarios que

¹⁰⁵ Según la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, entre los años 2009 y 2017, la oferta de generación se incrementó más del 130% debido al ingreso de nuevas centrales de generación en el SEIN.

¹⁰⁶ Que corresponde al precio medio del mercado libre publicado por el Osinergmin en los Boletines de Usuarios Libres.

¹⁰⁷ Al respecto, ver Gráfico 2 en el numeral 191 del Informe Técnico.

pasaron de ser regulados a libres, con una potencia contratada promedio de 491 KW¹⁰⁸.

184. En ese sentido, se observa en el Informe Técnico que el ingreso de usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en el área de concesión de Seal disminuyó entre el 2016 y 2018, sin embargo, para el año 2019, el número de nuevos usuarios aumentó. Por su parte, la potencia contratada promedio de los clientes que ingresaron al mercado de usuarios libres tuvo una tendencia decreciente entre 2016 y 2020.
185. Ahora bien, se ha observado también en el Informe Técnico que estos nuevos usuarios tienen potencias contratadas diferenciadas entre sí. Al respecto, se advierte que los nuevos usuarios libres del año 2016 poseían una potencia mínima de 270 KW y una potencia máxima de 2 300KW. Por otro lado, los nuevos usuarios libres del 2020 contrataron una potencia mínima de 200 KW y una potencia máxima de 2 000 KW¹⁰⁹.
186. Asimismo, estos nuevos usuarios libres han suscrito contratos de suministro con plazos de duración entre 3 y 6 años, en su mayoría, no observándose una relación entre la potencia contratada y la duración de dicho contrato. Asimismo, se puede apreciar que la mayoría de nuevos usuarios libres de Seal (95%) suscribieron contratos de suministro con una duración de 3 años¹¹⁰.
187. Cabe señalar que los nuevos usuarios libres que antes fueron usuarios regulados contrataron con Seal y con distintas empresas de generación. El Gráfico 1 muestra el ingreso de los nuevos usuarios libres por suministrador en el área de concesión de Seal, según número de nuevos usuarios y potencia contratada entre 2016 y 2020.

[Ver Gráfico en la siguiente página]

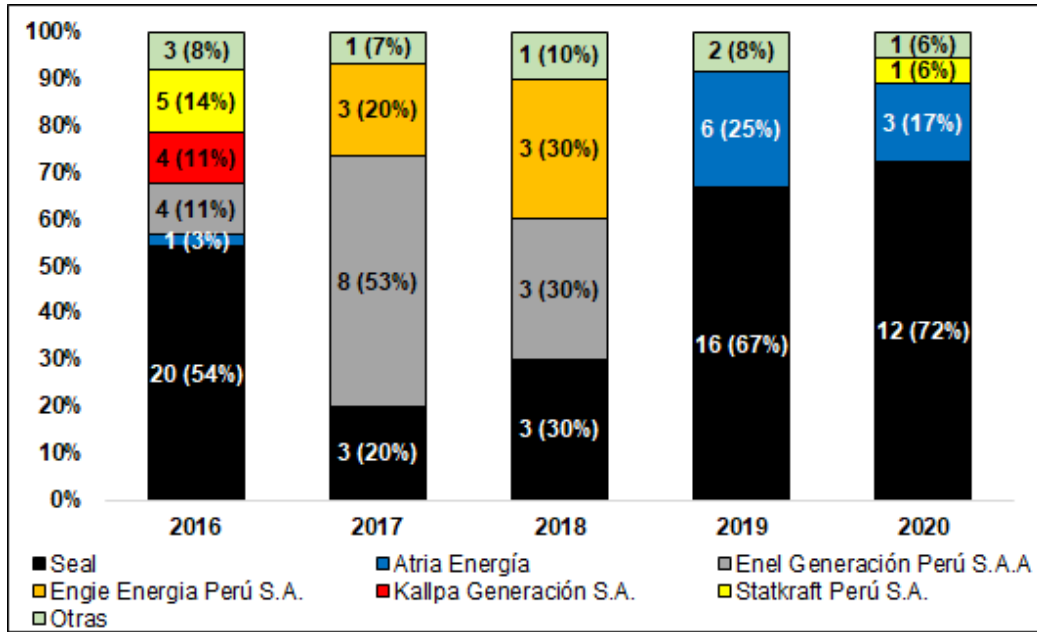
¹⁰⁸ Al respecto, ver Gráfico 3 en el numeral 193 del Informe Técnico.

¹⁰⁹ Al respecto, ver Cuadro 10 en el numeral 195 del Informe Técnico.

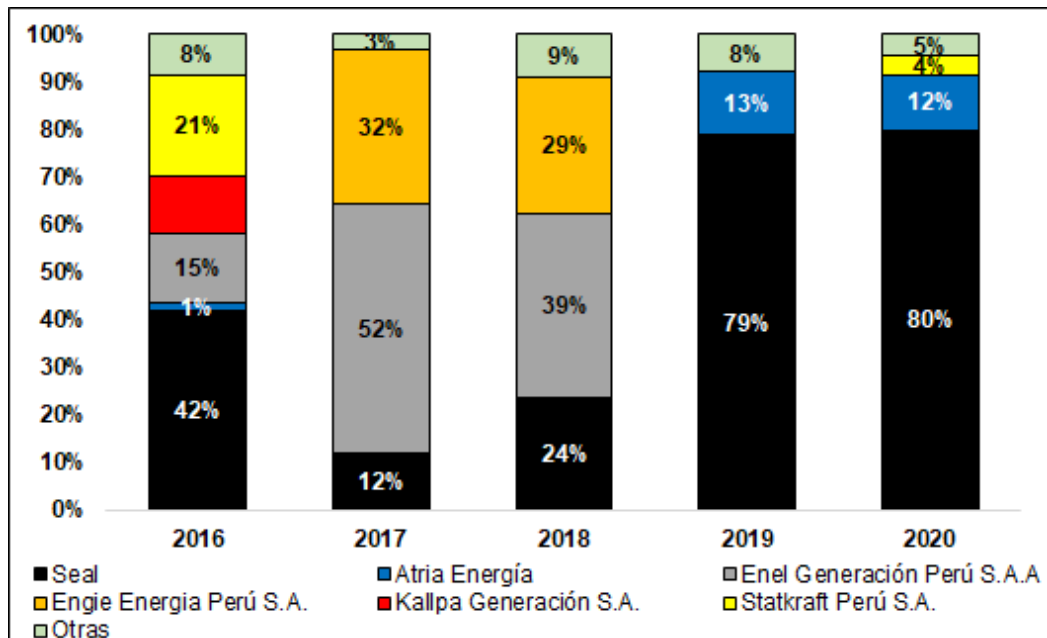
¹¹⁰ Al respecto, ver Gráfico 4 en el numeral 196 del Informe Técnico.

Gráfico 1: Número de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados y su potencia contratada total en el área de concesión de Seal, por empresa suministradora (2016-2020)

(a) Número de nuevos usuarios



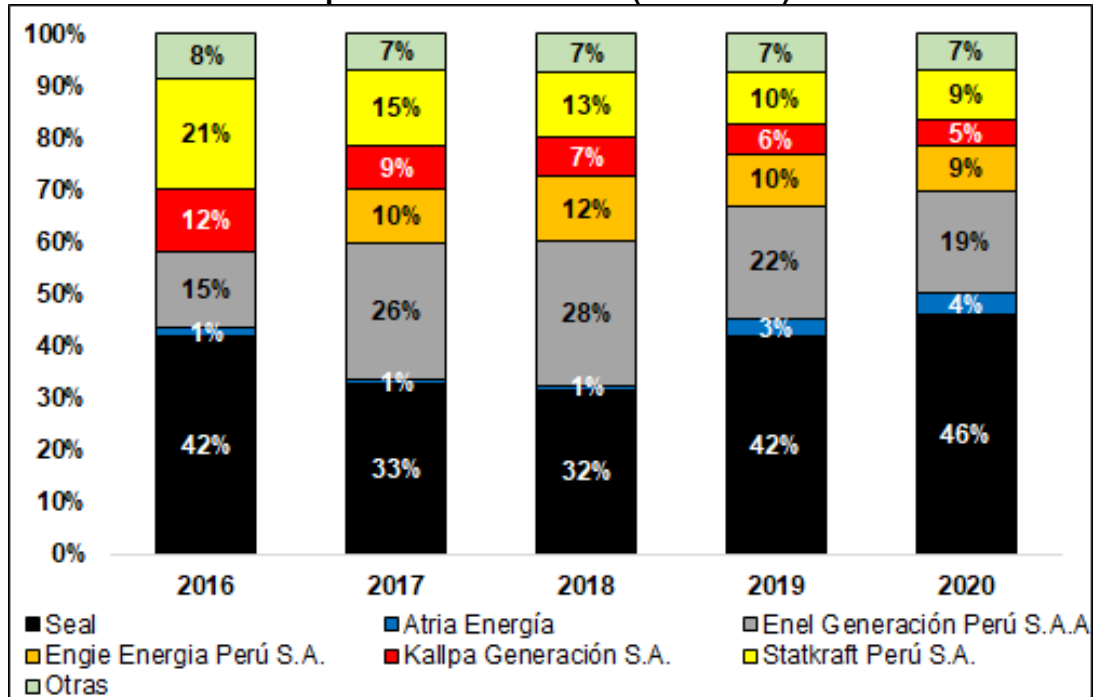
(b) Potencia contratada total



Fuente: Escrito de descargos de Seal
Elaboración: CLC

188. Como se puede apreciar, para el año 2016, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Seal con veinte (20) usuarios, representando el 54% del total de nuevos usuarios en dicho año. Estos clientes contrataron una potencia de 14 160 KW en total, lo cual representó el 42% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A Seal le siguió Statkraft, con cinco (5) usuarios (14% del total) que representaron una potencia contratada total de 7 100 KW (21% del total).
189. Para el año 2017, la empresa que contrató la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Enel, con ocho (8) usuarios, representando el 53% del total de nuevos usuarios en dicho año. Estos clientes contrataron 7 925 KW de potencia en total, lo cual representó el 52% del total de energía contratada por los nuevos usuarios libres. A Enel le siguieron Seal y Energía Perú S.A. (en adelante, Engie), con tres (3) usuarios cada una (20% del total, respectivamente) que representaron una potencia contratada total de 1 850 KW (12% del total) y 4 940 KW (32% del total), respectivamente.
190. Para el año 2018, las empresas que captaron la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fueron Seal, Enel y Engie, con tres (3) usuarios cada una que, individualmente, representaron el 30% del total de nuevos usuarios en dicho año. No obstante, fueron los usuarios de Enel quienes contrataron la mayor cantidad de potencia (2 610 KW), lo cual representó el 39% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. En ese sentido, respecto de la potencia contratada les siguió Engie con 1 932 KW (29% del total) y Seal con 1 590 KW (24% del total).
191. Para el año 2019, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Seal, con dieciséis (16) usuarios, que representaron el 67% del total de nuevos usuarios de dicho año. Estos usuarios contrataron 11 960 KW de potencia en total, lo cual representó el 79% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A Seal le siguió Atria Energía con seis (6) usuarios (25% del total), con una potencia total de 1 990 KW (13% del total).
192. Finalmente, para el año 2020, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue nuevamente Seal, con doce (12) usuarios, que representaron el 72% del total de nuevos usuarios de dicho año. Estos usuarios contrataron 7 068 KW de potencia en total, lo cual representó el 80% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A Seal le siguió Atria Energía con tres (3) usuarios (17% del total), con una potencia total de 1 020 KW (12% del total).
193. Producto de este análisis efectuado por la Dirección, es posible observar que Seal registra la mayor participación en el número de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados entre el 2016 y 2020, así como su participación en el porcentaje de potencia que estos nuevos usuarios contrataron.

Gráfico 2: Potencia contratada acumulada de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados en el área de concesión de Seal, por empresa suministradora (2016-2020)



Fuente: Escrito de descargos de Seal
Elaboración: CLC

194. De hecho, analizando la potencia contratada **acumulada** de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados entre 2016 y 2020 (ver Gráfico 2), se observa que Seal logró posicionarse como la empresa más importante en el mercado afectado. En efecto, en el 2016, Seal captó el 42% (14 160 KW) de la potencia contratada de estos nuevos usuarios, seguida por Statkraft con el 21% (7 100 KW) de la potencia contratada.
195. Al año siguiente, considerando la energía de los usuarios libres que ingresaron el 2016 y los nuevos usuarios del 2017, Seal logró mantenerse en el primer lugar con una participación del 33% (16 010 KW) del total de la potencia contratada por estos usuarios para dicho año, seguida por Enel con el 26% (12 845 KW) de la potencia contratada.
196. En el 2018, considerando la potencia de los usuarios libres que ingresaron el 2016 y 2017, así como la de los nuevos usuarios del 2018, Seal logró mantenerse en el primer lugar con una participación del 32% (17 600 KW) del total de la potencia contratada por dichos usuarios, seguida nuevamente por Enel con el 28% (15 455 KW) de la potencia contratada.
197. En el 2019, considerando la potencia de los usuarios libres que ingresaron entre el 2016 y el 2018, así como la de los nuevos usuarios del 2019, Seal logró mantenerse en el primer lugar con una participación del 42% (29 560 KW) del total de la potencia contratada por dichos usuarios, seguida nuevamente por Enel con el 22% (15 455 KW) de la potencia contratada.

198. Por último, en el 2020, considerando la energía de los usuarios libres que ingresaron entre el 2016 y el 2019, así como los nuevos usuarios del 2020, Seal logró mantenerse en primer lugar, incrementando su participación al 46% (36 628 KW) del total de la potencia contratada por dichos usuarios, seguida nuevamente por Enel con el 19% (15 455 KW) de la potencia contratada. Al 2020, la potencia contratada de los usuarios libres que ingresaron en 2016, 2017, 2018 y 2019, así como los nuevos usuarios del 2020, alcanzó un total de 79 575 KW.

b. Nexos causales entre el desempeño de Seal y el tratamiento diferenciado en el mercado afectado

199. A criterio de la Dirección, los resultados favorables de Seal observados en el mercado afectado habrían sido resultado, principalmente, de la exoneración del plazo de preaviso y de la no exigencia de la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito previo para cambiar de condición de regulado a libre, realizado por Seal a favor de sus usuarios en el mercado regulado que aceptaban continuar siendo clientes suyos al migrar al régimen de usuarios libres entre 2016 y 2020.

200. En ese sentido, al negar tales condiciones favorables a los usuarios que decidían contratar el suministro con otra empresa, Seal generaba un condicionamiento que para un número significativo de clientes podría constituir un incentivo decisivo para contratar con ella a precios 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 Seal, sino en su posición dominante y la imposibilidad de otras empresas de replicar el referido beneficio, al encontrarse limitadas por el marco regulatorio aplicable.

201. Sobre este punto, con la finalidad de contar con mayores elementos de juicio acerca del impacto que la política de exoneración de preaviso y la no exigencia de la instalación de equipos tuvo sobre la elección del suministrador por parte de los usuarios que migraron del régimen regulado al libre, la Dirección formuló requerimientos de información a treinta y dos (32) usuarios que cambiaron de condición entre 2016 y 2020 en el área de concesión de Seal.

No obstante, de este grupo únicamente se obtuvo respuesta de quince (15) usuarios, de los cuales solo diez (10) atendieron concretamente a la consulta de la Dirección. De estos diez (10) usuarios, uno (1) afirmó que habría evaluado económicamente la propuesta para tomar una decisión; cuatro (4) mencionaron que su decisión se basó en la calidad ofrecida por el suministrador y no en la exoneración, y cinco (5) mencionaron que su decisión se basó en el ahorro obtenido. Sin embargo, incluso en algunos casos en que los usuarios que mencionaron que su decisión se basó en el ahorro obtenido, habrían escogido una propuesta con precios más altos, lo cual reflejaría determinadas inconsistencias en sus respuestas.

202. En tal sentido, al tratarse de respuestas únicamente de diez (10) usuarios –que solo representan el 10% del total (103)– y encontrarse determinadas inconsistencias en ellas, esta Comisión coincide con lo indicado por la Dirección

en su Informe Técnico respecto a que la muestra de usuarios encuestados no sería representativa y que, por tanto, no se podrían obtener conclusiones significativas acerca del comportamiento de los usuarios.

203. Sin perjuicio de lo indicado, se ha observado que los precios de suministro de energía eléctrica que Seal cobró a los usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en su área de concesión fueron significativamente superiores a los precios cobrados por los demás suministradores. En efecto, el precio medio de la energía¹¹¹ cobrado por Seal¹¹² por el servicio de suministro de energía eléctrica, ponderado por la potencia de sus usuarios, ha sido en promedio 16,20 céntimos por kWh entre el 2016 y 2020¹¹³, el cual supera en 21,5% al precio ponderado cobrado por los demás suministradores¹¹⁴, durante el mismo período¹¹⁵. El siguiente Gráfico muestra la evolución del precio promedio ponderado por potencia para Seal y para los demás suministradores en su área de concesión que se cobraron a los usuarios libres que antes fueron regulados.

[Ver Gráfico en la siguiente página]

¹¹¹ 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.

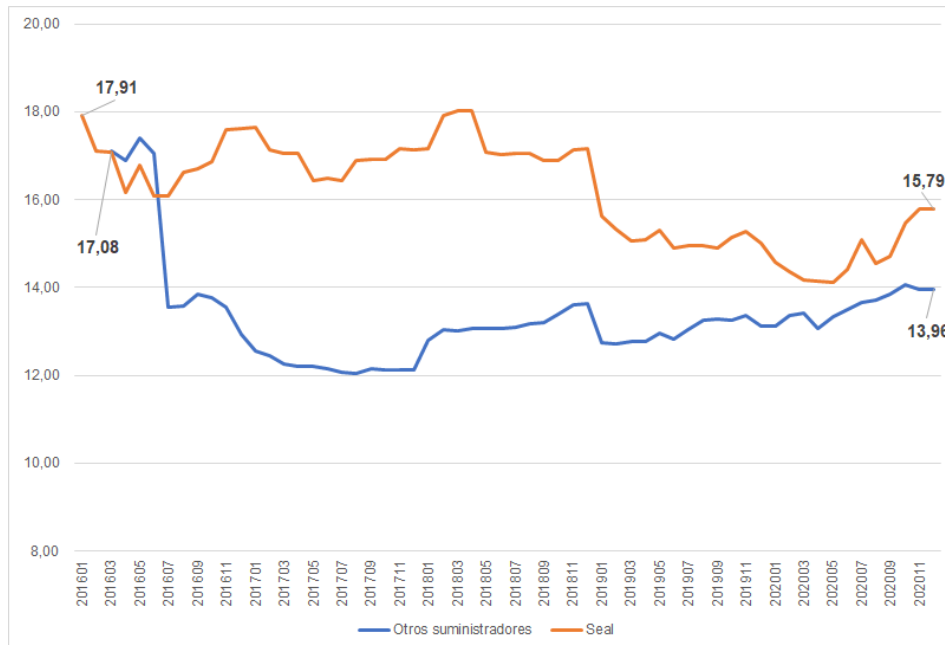
¹¹² Dado que los usuarios analizados se encuentran dentro del área de concesión de Seal, los precios medios sí son comparables entre usuarios, ya sea que tengan un contrato de suministro con una empresa de generación o una empresa de distribución. Específicamente, el precio para la potencia (PP), el precio de la energía en hora punta (PEHP) y el precio de la energía fuera de punta (PEFP) tienen los mismos componentes. De una revisión de los contratos de los usuarios libres se ha comprobado que los cargos que compensan el uso de las redes de distribución y transmisión no están incluidos dentro de los componentes mencionados anteriormente. Así, el precio medio calculado para los usuarios libres de una empresa de distribución solo tendrá componentes relacionados con el precio de la energía y no está afectado por los cargos de transmisión o distribución.

¹¹³ Para calcular este precio, primero se calcula el precio medio de cada usuario, cada mes; posteriormente se promedian los precios medios mensuales de todos los usuarios de Seal, ponderándolo con la potencia contratada de cada usuario. Por último, se calcula el precio promedio entre el año 2016 y 2020. El mismo procedimiento se utiliza para calcular el precio de los demás suministradores.

¹¹⁴ Si se comparan los componentes del precio medio, se tiene que el precio de la potencia (PP) promedio de los usuarios de Seal ha sido S/ 18,52 por kW al mes entre el 2016 y 2020, el cual es menor en 12% al precio promedio cobrado por los demás suministradores; el precio promedio de la energía en hora punta (PEHP) de Seal ha sido S/ 14,00 céntimos por kWh entre el 2016 y 2020, el cual supera en 53% al precio promedio cobrado por los demás suministradores; y el precio promedio de la energía fuera de punta (PEFP) de Seal ha sido S/ 12,10 céntimos por kWh entre el 2016 y 2020, el cual supera en 35% al precio promedio cobrado por los demás suministradores.

¹¹⁵ Ver Gráfico 7 en el numeral 213 del Informe Técnico.

Gráfico 3: Evolución del precio promedio de la energía (céntimos S/. Por kWh), ponderado por potencia, cobrado a usuarios libres que antes eran regulados (2016-2020)



Fuente: Osinergmin
Elaboración: CLC

204. Además, la Dirección analizó la conducta de los usuarios libres ante el vencimiento de los contratos que mantenían con Seal entre enero de 2019 y diciembre de 2020. Específicamente, observó que diecinueve (19) usuarios culminaron su contrato durante este periodo. De dichos diecinueve (19) usuarios, diez (10) se mantuvieron como usuarios libres, pero decidieron cambiar de suministrador¹¹⁶. Por su parte, nueve (9) usuarios decidieron renovar su contrato con Seal¹¹⁷.
205. De esta manera, señala la Dirección que, por lo menos, el 52% de usuarios que se mantuvieron en el mercado libre decidió no renovar su contrato con Seal y buscaron celebrar sus nuevos contratos con otros suministradores. Dicha situación reflejaría, a criterio de la Dirección, que la principal razón por la cual estos usuarios habrían decidido contratar originalmente con Seal se encuentra en la exoneración del plazo de preaviso y de la no exigencia de la instalación de equipos que Seal condicionó a la celebración de contratos de suministro con ella y no con otras empresas.

¹¹⁶ Estos son dos puntos de suministro de Ladrillera el Diamante, cuatro puntos de suministro de Inca Tops S.A., y un punto de suministro de América Móvil, Rocatech, Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A. y Fábrica de Chocolates La Ibérica.

¹¹⁷ Estos usuarios son dos puntos de suministro de Laive S.A., tres puntos de suministro de Los Ranchos S.A.C. y un punto de suministro de Papelera Panamericana S.A., Corporación Rico (Food Markets) S.A.C., Minera Laytaruma y La Joya Mining S.A.C.

206. Desarrollando dicha tesis, la Dirección consideró que el cambio de suministrador a la culminación de los contratos suscritos con Seal demostraría que la intención de estos usuarios fue acceder cuanto antes al mercado libre y disfrutar de las ventajas aparejadas a la condición de usuario libre, motivo por el cual decidieron aceptar a Seal como suministrador, pues solo dicha empresa podía ofrecer la exoneración del plazo de preaviso, a pesar de que sus tarifas eran significativamente mayores a las de otros proveedores. Posteriormente, luego de establecerse en el mercado libre, la mayoría de dichos usuarios buscaron otra alternativa y optaron por cambiar de suministrador, quienes ofrecerían un precio significativamente menor, de acuerdo con lo explicado anteriormente.
207. Finalmente, la Dirección observó que el precio medio de la energía que estos usuarios pagaron entre la fecha en la que cambiaron de suministrador y diciembre de 2020 –con suministradores distintos a Seal– fue en promedio 25,7% menor que el promedio de los precios que pagaron con Seal. Asimismo, un 41% de los usuarios decidieron renovar su contrato con Seal, observándose que el precio medio de la energía que estos usuarios pagaron entre la fecha de renovación de su contrato y diciembre de 2020, fue 24,1% menor que el promedio de los precios que pagaron con Seal en el anterior contrato y a un nivel similar a los ofrecidos por los demás suministradores competidores de Seal.¹¹⁸

c. Conclusión sobre el efecto exclusorio identificado

208. A partir de la información analizada, esta Comisión ha observado que el tratamiento favorable ofrecido por Seal –consistente en exonerar del plazo del preaviso y del requisito de contar con equipos de medición, protección y limitación de potencia establecido en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad a los usuarios que desean migrar del régimen de usuarios regulados al de usuarios libres, condicionado a que se mantengan como clientes suyos y excluyendo a otros suministradores–; le habría permitido a Seal incrementar su participación en el mercado afectado, correspondiente al suministro de usuarios libres dentro de su área de concesión, tanto en lo que se refiere al porcentaje de usuarios nuevos como el de potencia total contratada.
209. Asimismo, la Comisión ha observado que Seal ha obtenido beneficios significativos en dicho segmento de usuarios libres a partir de la implementación de este trato diferenciado, pues este le ha permitido, entre el 2016 y 2020, cobrarles a dichos usuarios precios promedio superiores en 21,5% al precio ponderado cobrado por los demás suministradores.
210. Finalmente, esta Comisión coincide con la Dirección al considerar que la evidencia analizada permite concluir que la razón esencial por la que un grupo significativo de clientes decidió contratar el suministro de energía eléctrica con Seal bajo el régimen de usuarios libres correspondió a la discriminatoria exoneración del plazo de preaviso y de la obligación de contar con equipos de medición, protección y limitación de potencia a favor de tales usuarios. Muestra de ello es que, una vez

¹¹⁸ Las empresas que compiten con Seal son: Atria Energía S.A., Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A., Enel Generación S.A.A., Engie Energía Perú S.A., Kallpa Generación S.A., Statkraft Perú S.A., Termochilca S.A., Empresa de Generación Eléctrica Arequipa S.A., y Fenix Power.

vencidos dichos contratos, el 53% de los usuarios que se mantuvieron en el mercado de usuarios libres decidieron cambiar de suministrador y beneficiarse de los menores precios ofrecidos por estos otros competidores¹¹⁹.

211. De esta manera, la Comisión considera acreditada la existencia de un efecto exclusorio derivado del tratamiento diferenciado adoptado por Seal, aprovechando su posición de dominio en el mercado relevante, para obtener beneficios a costa de sus competidores en el mercado afectado. Sin perjuicio de ello, corresponde analizar las posibles justificaciones esbozadas por Seal para determinar si existen efectos procompetitivos que superen el efecto exclusorio identificado.

5.3.2. Análisis de las justificaciones esbozadas por Seal

a. Sobre la exoneración del plazo de preaviso

212. En primer lugar, indica Seal que la redacción del artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres, donde se precisa la obligación del usuario que desea cambiar de condición de regulado a libre de dar un preaviso de doce (12) meses a su suministrador, permite entender que dicha obligación es exigible solo cuando el cliente regulado cambia de condición a libre contratando a un suministrador distinto.

En ese sentido, el trato desigual no existiría pues, bajo los términos de la norma, los usuarios que deciden migrar con su mismo suministrador podrían ser exonerados de dicho plazo de preaviso.

213. Asimismo, Seal ha indicado que la finalidad de la citada disposición consiste en que el distribuidor pueda colocar en otro usuario la potencia contratada que dejaría de vender, evitando que dicha potencia deje de ser usada, considerando además que ya ha sido pagada a sus proveedores de energía.
214. De otra parte, la migración de usuarios regulados al régimen de usuarios libres afectaría a las empresas distribuidoras, quienes tienen que asumir los costos de la compra de potencia y de la gestión de sus contratos de suministro con las generadoras.
215. En relación con ello, Seal señala que la facultad de las empresas distribuidoras de poder exigir o exonerar el preaviso de al menos un año para la migración de clientes, establecido en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, les otorga una herramienta que les permite equilibrar la ventaja competitiva que Atria Energía tiene sobre Seal, promoviendo un mercado con mayor competencia.

¹¹⁹ La Dirección precisó en su Informe Técnico que, una vez que el contrato de suministro de estos usuarios termina, tienen la opción de cambiar de suministrador inmediatamente. En tal sentido, los plazos de preaviso e instalación de equipos contenidos en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de Generación Eficiente y los artículos 3 y 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad no aplicarían en este caso ya que solo se refieren al cambio de condición de usuario regulado a usuario libre.

En ese sentido, dichas obligaciones no serían aplicables para realizar un cambio de suministrador dentro del mercado libre, salvo que las estipulaciones contractuales entre las partes dispongan lo contrario.

Dicha ventaja competitiva consistiría en poder ofrecer precios actuales al cliente que decide migrar al mercado libre, mientras que Seal limita el precio de su oferta en función al costo de la energía que compró al generador. Así, Atria Energía puede ofrecer un precio actualizado y más competitivo que el que puede ofrecer Seal.

216. De esta manera, las empresas distribuidoras pueden optar por ejercer este derecho y exigir el plazo de preaviso a los usuarios migrantes al mercado libre que cambien de suministrador, u optar por no ejercerlo y exonerar del plazo a los usuarios que migran al mercado libre manteniendo a la empresa como suministradora. Este derecho, según Seal, ha sido reconocido a su favor por el Osinergmin.

Así, los distribuidores como Seal estarían dispuestos a incurrir en esfuerzos y costos para renegociar la energía contratada con las empresas generadoras, ya que dichos gastos se verían compensados por la permanencia del usuario regulado como cliente libre como cliente del distribuidor.

Adicionalmente, el ejercicio del derecho de exoneración generaría eficiencia al contribuir a que el usuario regulado que migra al mercado libre se beneficie de manera inmediata con condiciones más atractivas, obteniendo energía a un precio más competitivo. Más aún, dicha exoneración tendría por propósito fidelizar a los clientes de Seal, sin que ello le suponga a la empresa una ganancia sustancial, ya que los ingresos percibidos por el suministro de energía a los usuarios regulados siempre son mayores a aquellos derivados de la venta a usuarios libres, por lo que, en última instancia, el principal beneficiado siempre será el usuario.

217. Por otro lado, indica Seal que las pruebas que acreditan que la exoneración del plazo de preaviso no constituye el factor determinante para que los clientes regulados permanezcan con ella en el mercado, consisten en que: (i) diversos clientes decidieron contratar con otros proveedores de energía, (ii) ningún otro competidor ha denunciado a Seal, y (iii) Seal registra pérdidas por el cambio de usuarios regulados al mercado libre con otros suministradores.
218. Finalmente, Seal ha señalado que la Dirección no habría tomado en cuenta que el marco regulatorio busca (i) que el servicio eléctrico sea sostenible en el largo plazo, y (ii) garantizar el abastecimiento de electricidad en el mercado regulado a través de las licitaciones de largo plazo.
219. Al respecto, la Dirección consideró pertinente destacar en su Informe Técnico que el plazo de preaviso analizado fue introducido a través de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, norma que tenía dentro de sus objetivos garantizar el desarrollo de la oferta y abastecimiento oportuno, seguro y eficiente de la energía eléctrica. Asimismo, buscó corregir las deficiencias en el mercado de generación que impedían el desarrollo de la competencia, incorporando medidas a tales efectos¹²⁰.

¹²⁰ Dictamen de la Comisión de Energía y Minas recaído en los Proyectos de Ley 13875/2005-CR y 14065/2005-CR que recomiendan la aprobación de la «Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica», p. 2.

Dentro de dichas medidas, se buscó mejorar la participación de los usuarios libres, creándose la opción de poder elegir si el usuario quiere permanecer en el mercado regulado o libre, de acuerdo con el rango de potencia que definiría el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad¹²¹.

220. En ese sentido, continúa la Dirección, si bien se otorgó a determinados clientes regulados la opción de elegir entre mantenerse como usuarios regulados o pasar al segmento de usuarios libres, se estableció que dicha decisión debe comunicarse con un plazo adecuado de anticipación, con la finalidad de evitar la especulación con los costos marginales de corto plazo¹²².
221. De lo anterior se desprende que, efectivamente, el plazo de preaviso introducido por la Ley 28832 y recogido por el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad buscaba proteger al distribuidor que ya asumió compromisos de abastecimiento de su demanda, para evitar que asuma el costo de un exceso de demanda contratada¹²³.
222. No obstante, esta Comisión coincide con la Dirección respecto a no compartir lo señalado por Seal con relación a que la posibilidad normativa de exonerar del plazo de preaviso le otorga un derecho para introducir condiciones discriminatorias injustificadas entre sus usuarios regulados que intentan pasar al régimen de usuarios libres, y que, en consecuencia, este trato diferenciado no pueda ser analizado como una eventual infracción bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
223. Al respecto, la Ley 28832, o el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, no facultan a las empresas distribuidoras a aplicar el plazo de preaviso de forma selectiva, discriminatoria e injustificada entre los usuarios regulados que decidan migrar al mercado libre, dependiendo de si cambian de suministrador o se mantienen con la misma distribuidora en el mercado libre, como tampoco ha establecido una limitación a la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
224. En efecto, el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad desarrolla en su artículo 4 el procedimiento y requisitos para efectuar el derecho de migración al mercado libre prevista en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, sin mencionar la posibilidad de introducir un trato diferenciado injustificado según el suministrador que elija el cliente en el mercado libre¹²⁴.

¹²¹ Ídem. p. 8.

¹²² Libro Blanco - Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, elaborado por la Comisión MEM-OSINERG creada por la Ley 28447, p. 94.

¹²³ Libro Blanco - Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, elaborado por la Comisión MEM-OSINERG. Pp. 420.

¹²⁴ **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:

De hecho, como se ha mencionado, la Primera Disposición Complementaria del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad dispone que, para las relaciones comerciales en el mercado libre de electricidad, resulta aplicable la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

225. En esa línea, el Osinergmin ha indicado que dicha norma está orientada para el supuesto en que un usuario cambia, además de su condición, a su suministrador de energía, de tal forma que el plazo de preaviso le da la posibilidad al suministrador de adecuar su generación y demanda a la nueva situación. Sin embargo, reconoce que el suministrador tiene la facultad de negociar libremente con el usuario migrante la permanencia de un año en la condición de regulado, incluso si dicho usuario permanece como su cliente en el mercado libre.

Por ello, tratándose de un régimen de libertad y competencia respecto del nuevo usuario libre, el Osinergmin ha considerado que el suministrador y el usuario migrante podrían acordar liberarse del plazo establecido por la norma. Ello, en ningún caso, inhibiría la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas cuando la adopción de un tratamiento distinto entre usuarios tenga por efecto excluir a algunos competidores por razones incompatibles con dicha norma.

226. En suma, tanto la intención del legislador como la posición del regulador coinciden en que el plazo de preaviso consistiría en una prerrogativa a favor del distribuidor, establecida con la finalidad de permitirle reorganizar su demanda de energía frente a los posibles desbalances generados por la migración de clientes. Sin embargo, ni el marco normativo ni el Osinergmin han reconocido que esta prerrogativa pueda ejercerse de manera discriminatoria, mucho menos contraviniendo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, con mayor razón si se considera que en el mercado de usuarios libres, por su naturaleza, subyacen presupuestos de libertad en la negociación y contratación, así como de competencia entre la oferta de sus participantes.

De hecho, debe reiterarse que la libertad de contratación debe ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico. Uno de ellos es el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución¹²⁵. En ese sentido, la libertad de contratación no es restringida, sino que debe ejercerse en armonía con la libre competencia. Es por ello que la libertad de contratación y la libertad contractual de la que goza todo agente económico pueden verse limitadas en aquellos supuestos en los que un agente económico que goza de una posición de dominio ejerce dichas libertades con el objeto o efecto de restringir de manera indebida la competencia en el mercado relevante.

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.

125

Constitución Política del Perú

Artículo 61.- Libre competencia

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

227. Dicho esto, cabe hacer referencia al argumento planteado por Seal respecto a que la finalidad de dicho plazo de preaviso es asegurar la demanda del mercado regulado en el largo plazo.
228. Al respecto, cabe señalar que la sola migración de usuarios regulados al mercado libre produce desbalances de la demanda de energía que pueden dejar a la empresa distribuidora con excesos significativos de potencia contratada, independientemente de si el usuario escogiera permanecer con el mismo suministrador u optase por cambiarlo. Ello en la medida de que, como afirma Atria Energía en sus alegatos finales, la atención de los mercados regulado y libre requiere contratos separados, ya que el distribuidor no puede atender a ambos mercados con un mismo contrato.

En ese sentido, esta Comisión observa que la energía que contrata la empresa distribuidora para atender a sus usuarios regulados podría ser redireccionada para atender a usuarios libres (propios o de otra empresa suministradora), sujeta a las condiciones en que la distribuidora negocia y contrata con las empresas generadoras.

En el caso particular de Seal, y en línea con lo expuesto, la empresa ha señalado en su escrito de alegatos al Informe Técnico que existe la posibilidad de que la energía adquirida para atender a un usuario regulado puede ser renegociada con el generador de energía.

229. De esta forma, la mitigación de los desbalances de energía producto de la migración de usuarios regulados al mercado libre no solo dependería de la aplicación del plazo de preaviso para dichos usuarios, sino, y esencialmente, de la renegociación de las condiciones con las empresas generadoras, de acuerdo a los propios términos de los contratos suscritos por Seal, y -en un inicio- de la capacidad de Seal para prever dichas situaciones de sobrecontratación al elaborar las bases de las licitaciones de suministro.

Así, por ejemplo, esta Comisión pudo detectar que, en algunas bases de licitaciones de suministro de energía eléctrica a largo plazo publicadas en el Osinergmin¹²⁶ en las que participó Seal, se incluyeron cláusulas que abordaban la posibilidad de la migración de usuarios del mercado regulado al mercado libre¹²⁷.

¹²⁶ Disponibles en el siguiente enlace: <https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/regulacion-tarifaria/licitaciones-y-subastas/licitaciones-de-energia> (última visita: 13 de octubre de 2021).

¹²⁷ En particular, se revisaron las bases para las siguientes licitaciones públicas:

- a. *Bases Integradas para la Licitación de Suministros de Energía Eléctrica para las Empresas Concesionarias de Distribución Eléctrica ENOSA, ENSA, HIDRANDINA, ELECTROCENTRO, SEAL, ELECTROSUROESTE y ELECTROPUNO del mes de mayo de 2009.* En la quinta cláusula de dicho documento se aborda la "Potencia Contratada por Migración de Clientes", previéndose que la potencia requerida puede variar debido a la migración de usuarios al mercado libre, en cuyo caso «el(los) Distribuidor(es), tendrán derecho a reducir la Potencia Contratada Fija Mensual y la Potencia Contratada Variable Mensual previa comunicación por escrito con una anticipación no menor de diez (10) meses, presentando el sustento correspondiente».

Por lo demás, es de notar que el artículo 8 de los Procedimientos para Licitaciones de Largo Plazo de Suministros en el Marco de la Ley 28832 (en adelante, los Procedimientos para Licitaciones de Largo Plazo), establece el contenido de las bases de las licitaciones para el suministro de energía para el mercado regulado y también incluye cláusulas tipo que abordan esta situación.¹²⁸

230. No obstante lo anterior, Seal ha señalado en sus alegatos finales que actualmente no se encuentra en posibilidad de reducir la potencia contratada ya que los contratos suscritos no prevén que la exigencia de que el generador acepte una reducción de potencia.

Dicha situación confirma lo expuesto por esta Comisión respecto a que la sola migración de clientes del mercado regulado a libre produciría un desbalance en la demanda, independientemente de si se aplique o no la exoneración del plazo de preaviso, ya que, finalmente, la mitigación de dicho efecto depende de la aprobación del generador con el que se tiene el contrato a precio firme.

231. En el mismo orden de ideas, esta Comisión considera que el costo financiero y administrativo producto de la migración del mercado regulado al libre sería el mismo, sea que el usuario mantenga al mismo suministrador o cambie a otro (y, por ende, si se le aplica la exoneración del plazo o no).

-
- b. Bases para la Licitación de Suministros de Energía Eléctrica para las Empresas Concesionarias de Distribución ELECTROSUROESTE, SEAL, ELECTROSUR y ELECTROPUNO del mes de abril de 2008. En la quinta cláusula de dicho documento se aborda la “Deducción de la Potencia Contratada por Migración de Clientes”, previéndose que la potencia requerida puede variar en razón de la migración de usuarios al mercado libre, en cuyo caso «*la Distribuidora, tendrá derecho a reducir la Potencia Contratada Fija Mensual y la Potencia Contratada Variable Mensual previa comunicación por escrito con una anticipación no menor de diez (10) meses al periodo mensual a partir del cual surtirá efecto la reducción a solicitar, presentando el sustento correspondiente*».
- c. Bases Ajustadas para la Licitación de Largo Plazo de Suministro de Potencia y Energía Eléctrica para la Empresa Concesionaria Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. del mes de marzo de 2009. En la novena cláusula de dicho documento se aborda la “Potencia Contratada por Migración de Clientes”, previéndose que la potencia requerida puede variar en razón de la migración de usuarios al mercado libre, en cuyo caso «*la Distribuidora integrante del Licitante que lo requiera, previa aceptación del (de los) Adjudicatario(s), tendrá derecho a reducir la Potencia Contratada presentando el correspondiente sustento por escrito con una anticipación no menor de diez (10) meses*»

Cabe precisar que las bases revisadas corresponden a licitaciones pasadas (las dos primeras) o no concluidas (la última); sin embargo, el propósito de esta revisión consistió en detectar si es que Seal abordaba el escenario de la migración en sus licitaciones y, de ser el caso, de qué forma se materializaba.

128

Procedimientos para Licitaciones de Largo Plazo de Suministros en el Marco de la Ley 28832, aprobado por Resolución OSINERGMIN 688-2008-OS/CD

Artículo 8°. Contenido de las bases sobre condiciones y características del suministro

Conforme lo indicado en el Artículo 7° del Reglamento, con relación al suministro, las Bases deberán especificar y detallar las materias que a continuación se indican:

- 8.12 El tratamiento de la potencia contratada total (para Usuarios Libres y Usuarios Regulados) como consecuencia de la migración de Usuarios Regulados de la Distribuidora a la categoría de Usuarios Libres de la misma Distribuidora, y viceversa. La potencia contratada total no podrá ser incrementada, y solo podrá ser reducida si el Adjudicatario así lo acepta. La Distribuidora deberá efectuar la correspondiente solicitud al generador con por lo menos 10 (diez) meses de anticipación, presentando el correspondiente sustento. En estos casos deberá indicarse el procedimiento a seguir.

En efecto, conforme se expuso anteriormente, el desbalance de demanda y el costo que acarrea (por las obligaciones derivadas de los contratos a precios fijos) será el mismo independientemente del suministrador con quien se migre al mercado libre.

En cualquier caso, el suministrador deberá asumir los costos de negociación con el generador para intentar reducir la potencia contratada para el mercado regulado o, en todo caso, trasladar dicha potencia para aplicarla a sus usuarios en el mercado libre.

232. En este punto, es pertinente hacer referencia al argumento de Seal respecto a que los clientes que migran con Seal son de distinta naturaleza a los que migran con otros suministradores, donde la empresa solo estaría dispuesta a asumir los costos financieros si mantiene al cliente migrante en el mercado libre, ya que, de esa forma, le seguirá generando ingresos. De lo contrario, se perjudicaría la sostenibilidad de la empresa en el mercado.

Al respecto, esta Comisión considera que por sí misma, la reducción de pérdidas no puede constituir una defensa atendible, si es que la empresa no prueba cómo sus acciones están vinculadas con el objetivo de obtener ganancias de eficiencia que puedan promover la competencia en el mercado¹²⁹.

129

Al respecto, cabe tener en cuenta el razonamiento esgrimido por el U.S. Department of Justice y la Federal Trade Commission en sus Horizontal Merger Guidelines, según la cual las empresas «*deben sustentar sus alegatos de eficiencia de tal forma que la Agencia pueda verificar por medios razonables la probabilidad y magnitud de cada eficiencia afirmada, la forma y oportunidad en que serían alcanzadas (y cualquier costo de hacerlo), cómo es que cada eficiencia mejoraría la capacidad e incentivos de la empresa para competir [...]. Los alegatos de eficiencia no serán considerados si es que son presentados de manera vaga o especulativa, o si no pueden ser verificados de otra forma mediante medios razonables*» (traducción libre de «*Therefore, the merging firms must substantiate efficiency claims so that the Agency can verify by reasonable means the likelihood and magnitude of each asserted efficiency, how and when each would be achieved (and any costs of doing so), how each would enhance the merged firm's ability and incentive to compete [...]. Efficiency claims will not be considered if they are vague or speculative or otherwise cannot be verified by reasonable means.*», disponible en el siguiente enlace: <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-0#4> (última visita: 13 de octubre de 2021-).

Asimismo, las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, emitidas por la Comisión Europea, señalan que «*las eficiencias en costes que generan reducciones de los costes variables o marginales tienen una mayor probabilidad de resultar pertinentes para la evaluación de las eficiencias que las reducciones de los costes fijos; en principio, es más probable que sean las primeras las que acaben dando lugar a unos precios más bajos para los consumidores. Las reducciones de costes que son meramente el resultado de una reducción anticompetitiva de la producción no pueden considerarse eficiencias que benefician a los consumidores*» (párrafo 80, disponible en el siguiente enlace: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=EN) -última visita: 16 de julio de 2021-).

Finalmente, a nivel doctrinario también se resalta que la defensa de eficiencias es atendible cuando producen un mercado más competitivo, más no cuando beneficia a un solo agente en particular. Al respecto, ver ROGERS III, C. Paul. (1983). Limited Case for an Efficiency Defense in Horizontal Mergers. Tul. L. Rev. 58. Pp. 521-522:

«*Si el derecho antitrust busca proteger la competencia en lugar de a los competidores, entonces las eficiencias son relevantes como un factor pro competitivo solo cuando producen un mercado más competitivo. Presumiblemente, la última consideración de la racionalidad de la eficiencia descansa en el bienestar del consumidor [...].*

Las eficiencias ganadas a través de una fusión que no resultan en un mercado más competitivo solo benefician a un competidor -la empresa resultante- y no a la competencia en el mercado en general. La nueva empresa

233. Por otro lado, Seal ha indicado que el derecho de exoneración genera eficiencias al mantener fidelizado a los clientes de Seal por encima de la percepción de ganancias, al contribuir a que el usuario regulado que migra al mercado libre se beneficie de manera inmediata con mejores precios a los que tenía en su condición de regulado.

Al respecto, esta Comisión trae a colación lo expuesto en la sección anterior, respecto a que, en promedio y durante el periodo investigado (2016-2020), los precios de suministro de energía eléctrica de Seal fueron superiores a los de los demás suministradores en un 21,5%. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que durante dicho periodo el 53% de los usuarios que se mantuvieron en el mercado libre decidieron no renovar su contrato con Seal y buscaron a otros suministradores.

En ese sentido, más allá de que, en efecto, el nuevo usuario libre pueda obtener un beneficio inmediato en comparación con su situación en el mercado regulado, lo cierto es que dicho usuario termina pagando un precio más caro por la energía contratada en el mercado libre.

234. Por último, señala Seal que otros hechos que acreditarían la ausencia de efectos anticompetitivos por la exoneración del plazo de preaviso son: (i) la migración con otros suministradores por parte de usuarios regulados de Seal, (ii) las pérdidas registradas por Seal como consecuencia de la migración de usuarios con otros suministradores, y (iii) el hecho de que ningún otro competidor de Atria Energía ha denunciado a Seal.

Al respecto, esta Comisión considera que los dos primeros hechos señalados por Seal no enervan que la empresa haya sido la que más nuevos clientes libres captó durante el periodo investigado, ni que se haya posicionado como la empresa con mayor participación en la nueva potencia contratada durante el mismo periodo. Conforme ya se ha indicado anteriormente, dichos resultados favorables fueron consecuencia de las prácticas anticompetitivas analizadas en la presente resolución y no en razones de mayor eficiencia económica.

Asimismo, el hecho de que Seal no haya recibido otra denuncia por parte de algún competidor no implica necesariamente la legalidad o eficiencia de su conducta, ya que basta que se presenten indicios de una presunta infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas para, precisamente, evaluar a través de

obtiene los beneficios de las nuevas eficiencias, por ejemplo, a través de menores costos, que pueden conllevar a mayores márgenes de ganancia.»

Traducción libre de:

«If antitrust law indeed seeks to protect competition rather than competitors, then efficiencies are relevant as a procompetitive factor only when they produce a more competitive market. Presumably, the ultimate reckoning of the efficiency rationale must rest on purchaser benefit. [...]

Efficiencies gained through a merger that does not result in a more competitive marketplace aid only one competitor-the resulting firm-and not competition in the marketplace as a whole. The new firm reaps the benefits of the new efficiencies, for example, through lower costs, which may lead to larger profit margins»

un procedimiento si es que la conducta de un determinado agente se ajusta a derecho y si se encuentra justificada en razones de una mayor eficiencia económica. En este caso, conforme señaló la Dirección en la Resolución de Inicio, los hechos aportados por Atria Energía daban cuenta de indicios razonables de la comisión de una infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas por parte de Seal, motivo por el cual se dio inicio al presente procedimiento.

235. Por ello, esta Comisión estima que no es posible atender los argumentos planteados por Seal según los cuales la existencia del derecho de exonerar del plazo de preaviso a los usuarios regulados que migran al régimen de usuarios libres, le permite –en su calidad de empresa distribuidora en el mercado regulado– ofrecer condiciones discriminatorias a dichos usuarios dependiendo de qué empresa estos elijan como suministradora, logrando afectar la competencia en este sector de una manera incompatible a las exigencias establecidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

b. Sobre la no exigencia de contar con equipos de medición, protección y limitación de potencia

236. En relación con esta conducta, Seal ha señalado que únicamente ha flexibilizado el cumplimiento de la obligación, de obligatorio cumplimiento, de contar con equipos de medición, protección y limitación de potencia a los clientes que migraron con ella al mercado libre, en atención a criterios técnicos convalidados por el Osinergmin.

Asimismo, indica Seal que dicha flexibilización habría sido extendida a otros usuarios que migraron con suministradores distintos, inclusive Atria Energía. En el caso particular de la denunciante, Seal atendió sus solicitudes de lectura de medidores luego de haber migrado al mercado libre, lo que evidenciaría que sus clientes no contaban con los equipos de medición exigidos por la norma.

237. Al respecto, si bien Seal señala que extendió dicha flexibilización a otros usuarios que migraron con distintos suministradores al mercado libre (incluyendo a Atria Energía), lo cierto es que la mencionada flexibilización se supeditó a la presentación de cartas fianza por parte de dichos usuarios. De esta forma, la Comisión verifica que Seal no les habría extendido las mismas facilidades a los clientes ajenos que a sus nuevos clientes libres para realizar el cambio de condición sin contar con los equipos de protección, medición y limitación de potencia.

En los hechos, y a pesar de las exigencias adicionales requeridas por Seal para los clientes ajenos (como, por ejemplo, la presentación de cartas fianza), se verifica que dichos usuarios no iniciaron su suministro en el mercado libre en la fecha pactada con su nuevo proveedor de energía, teniendo que esperar un plazo adicional para ello. En cambio, los clientes que mantuvieron a Seal como empresa suministradora al migrar al mercado libre, modificaron su condición de manera automática e iniciaron su suministro inmediatamente, bajo condiciones más favorables que las que tenían en el mercado regulado.

238. Por otro lado, Seal sostiene que el Osinergmin ha precisado que dicha exigencia radica en un aspecto de seguridad, pues la empresa distribuidora debe proteger sus redes ante fallas que puedan ocurrir a propósito de las instalaciones a cargo de los usuarios. Más aún, el regulador habría señalado que la empresa distribuidora no contaría con un plazo específico para verificar dicha obligación, y que podría impedir que el usuario cambie de condición si no cumple con instalar los referidos equipos.

En ese sentido, argumenta Seal que la exigencia del cumplimiento de esta obligación es distinta cuando el suministrador del usuario libre es un generador que cuando es el mismo distribuidor. En el primer escenario, es indispensable que el usuario asegure que las condiciones técnicas de su nuevo abastecimiento sean compatibles con la red de distribución. En el segundo, el cumplimiento de la exigencia puede ser cubierto por la misma distribuidora, ya que dicha compatibilidad puede ser verificada por la misma empresa.

239. Al respecto, siguiendo el razonamiento de la Dirección, esta Comisión considera que el hecho de que no exista un plazo concreto para que el distribuidor realice la verificación de la obligación de contar con los referidos equipos, desde que un usuario regulado manifiesta su interés para cambiar su condición a libre, no enerva la claridad de la norma para exigir que estos clientes cuenten con los mencionados equipos para que se haga efectivo el cambio de condición de regulado a libre en todos los casos¹³⁰.

Además, aunque el Osinergmin ha indicado que no se han fijado reglas, criterios o plazos para verificar que un usuario cuenta con los equipos requeridos en el numeral 4.3. del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad¹³¹, ello no significa que se haya otorgado a Seal -o a algún otro distribuidor- un derecho a materializar un trato diferenciado en el cumplimiento de este requisito, para favorecer a sus propios clientes, y discriminar a los clientes de sus competidores en perjuicio de estos últimos.

240. Asimismo, si bien Seal ha indicado que se encuentra habilitada a no permitir el cambio de la condición del usuario si previamente no hubiese cumplido con la obligación de contar con los equipos de medición, protección y limitación correspondientes, no puede entenderse que esta exigencia puede aplicarse de manera discriminatoria únicamente a los usuarios que deciden cambiar de suministrador de energía con un competidor y no a los usuarios que deciden mantener a Seal como su suministrador de energía¹³².

¹³⁰ Cabe precisar que de acuerdo con el Oficio 3101-2019-OS-CE remitido por el Osinergmin el 20 de diciembre de 2019, la instalación de los equipos de medición, protección y limitación requeridos en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad deben cumplirse antes de que se produzca el cambio efectivo de usuario regulado a usuario libre.

¹³¹ Ídem.

¹³² Así, por ejemplo, aunque se verifique que un usuario que decidió continuar contratando con Seal no ha instalado los equipos requeridos por Seal, se haga efectivo el cambio de condición de regulado a libre; mientras que, con los clientes de sus competidores, no se haga efectivo dicho cambio amparándose en que no habrían cumplido con instalar los equipos requeridos. Esto generaría que, aunque en ambos escenarios se podría configurar

En efecto, el Osinergmin ha indicado que *«si el Usuario no cuenta con los equipos de medición, protección y limitación de potencia adecuados (requisito del numeral 4.3), dicho Usuario no podrá cambiar de condición. En vista que la instalación de los equipos en mención involucra las redes del Distribuidor (en este caso, Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.), el mismo podrá advertir el incumplimiento»*, de lo cual se desprende que el cumplimiento de dicha obligación es una condición necesaria para poder cambiar de condición (sea que el usuario migre con el mismo distribuidor o con otro suministrador).

De esta forma, esta Comisión considera cuestionable el hecho de que Seal haya requerido la obligación de contar con dichos equipos a sus nuevos clientes en el mercado libre (que antes eran regulados) después de varios meses de producida la migración e iniciado el suministro de energía¹³³; y, por otro lado, haya requerido el cumplimiento de dicha obligación a los clientes que migraron con otros suministradores antes de que se efectivice la migración, retrasando inclusive el inicio del suministro por dicho motivo¹³⁴.

241. En este punto, resulta pertinente hacer referencia al argumento de Seal referido a que flexibiliza el cumplimiento de la obligación de contar con los equipos de medición, protección y limitación de potencia en función a criterios técnicos, y que puede corroborar directamente la compatibilidad de los equipos de sus nuevos clientes libres, por lo que puede no exigirles previamente que cuenten con tales equipos.

Al respecto, esta Comisión ha verificado que, en las comunicaciones en las que requiere la instalación de los equipos, Seal indica que *«[e]l sistema de protección y limitación de potencia, exigido para las instalaciones del cliente, deberá contar con protecciones de tecnología numérica en el lado de Media Tensión de su Transformador, con funciones de protección de sobrecorriente de fases, sobrecorriente de tierra, sobrecorriente de tierra sensible y deberá realizar su estudio de coordinación de protecciones»*.

242. Pues bien, respecto de sus nuevos clientes libres a quienes exigió contar con los equipos de manera posterior al inicio de su suministro, esta Comisión pudo notar que dichos clientes no habrían cumplido con los requerimientos técnicos señalados por Seal durante el procedimiento y en las comunicaciones cursadas a ellos, por lo que no debieron hacer efectivo su cambio de condición.

Así, por ejemplo, en el caso del nuevo cliente libre de Seal EMC Green Group S.A., en el reporte de la inspección realizada se indica que se realizó una

eventualmente el incumplimiento del artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, el distribuidor aplique una consecuencia diferente para cada situación.

¹³³ En el Cuadro 8 (numeral 169 del Informe Técnico) puede apreciarse que Seal requirió la instalación de dichos equipos a diecisiete (17) de sus nuevos clientes libres que antes eran regulados, tiempo después de que éstos cambiasen de condición.

¹³⁴ En el Cuadro 7 (numeral 164 del Informe Técnico) puede apreciarse que Seal requirió la instalación de equipos a siete (7) clientes que migraron al mercado libre con otro suministrador, retrasando en todos ellos el inicio de dicho servicio como consecuencia de dicha exigencia.

«inspección de suministro para ver si cuenta con protección de tecnología numérica en el lado primario de media tensión; el usuario no cuenta con sistema de tecnología numérica ni con recloset [...]»¹³⁵.

Por otro lado, en el caso del cliente Los Ranchos S.A.C., el reporte de la inspección de sus equipos señala «usuario no cuenta con sistema de protección numérica. Posee fusibles tipo CEF»¹³⁶.

Lo mismo sucede con el cliente Ladrillera Choque S.A.C., en cuyo reporte se aprecia que «no cuenta con sistema de protección numérica. Cuenta con seccionador mecánico y cut out»¹³⁷. El mismo reporte se registra para el cliente Ladrillera Vitor S.R.L., donde se señala «no cuenta con sistema de protección numérico»¹³⁸.

243. Conforme puede apreciarse, Seal no solo comunicó a sus nuevos clientes libres que debían cumplir con lo dispuesto por el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad con posterioridad al inicio del suministro, sino que los abasteció a pesar de que los equipos de dichos clientes no contaban con los requisitos técnicos requeridos.

Así, si bien en principio, y conforme indica Seal, la empresa distribuidora se encuentra habilitada a impedir la migración a aquellos usuarios que no cumplan con las especificaciones técnicas y de seguridad requeridas por la norma; en el caso de sus nuevos clientes libres, Seal decide asumir el riesgo y continuar con el suministro, a pesar de haber corroborado que sus equipos no cumplirían con dichos requerimientos.

Por el contrario, a los nuevos clientes libres que migraron con otros suministradores, o se les requirió la presentación de una carta fianza, o se les impidió migrar al mercado libre, constatándose en todos los casos un retraso en el inicio del suministro por parte del nuevo proveedor de energía. De esta forma, se evidencia un tratamiento diferente ante clientes que se encontrarían en situaciones similares.

244. En virtud de lo expuesto, esta Comisión verifica que, si bien no existen criterios ni plazos específicos para la fiscalización del cumplimiento de la obligación de contar con los equipos de medición, protección y limitación de potencia, Seal se habría

¹³⁵ Acta de inspección adjunta a la comunicación remitida por Seal a dicho cliente. Ambos documentos fueron remitidos en respuesta al requerimiento de información de la Dirección contenido en la Carta 1807-2019/ST-CLC-INDECOPI.

¹³⁶ Acta de inspección adjunta a la comunicación remitida por Seal a dicho cliente. Ambos documentos fueron remitidos en respuesta al requerimiento de información de la Dirección contenido en la Carta 1807-2019/ST-CLC-INDECOPI.

¹³⁷ Acta de inspección adjunta a la comunicación remitida por Seal a dicho cliente. Ambos documentos fueron remitidos en respuesta al requerimiento de información de la Dirección contenido en la Carta 1807-2019/ST-CLC-INDECOPI.

¹³⁸ Acta de inspección adjunta a la comunicación remitida por Seal a dicho cliente. Ambos documentos fueron remitidos en respuesta al requerimiento de información de la Dirección contenido en la Carta 1807-2019/ST-CLC-INDECOPI.

valido de tal vacío para exigir de manera selectiva la obligación de contar con los equipos establecidos en el artículo 4.3. del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad o, por lo menos, requerirlo como requisito previo para que se haga efectivo el cambio de condición de regulado a libre a aquellos usuarios que elegían contratar con un competidor.

5.3.3. Conclusión sobre la existencia de un efecto anticompetitivo neto

245. En suma, esta Comisión coincide con la Dirección al considerar que la política de exoneración del plazo de aviso a los usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en su área de concesión entre 2016 y 2020, así como de la no exigencia de la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito previo para cambiar de condición de regulado a libre aplicada desde setiembre de 2018 por Seal aprovechando su posición de dominio en el mercado de suministro de energía a usuarios regulados; le permitió a la denunciada obtener beneficios en el mercado de suministro de energía a usuarios libres en su área de concesión, a costa de otros competidores en dicho mercado (efecto exclusorio).
246. En efecto, lo que en la práctica se observó es que la posición que tiene Seal como única empresa en el mercado relevante, le permite elegir las condiciones que aplicará a aquellos usuarios regulados que deciden migrar a usuarios libres y contratar el suministro de energía con una empresa generadora, en comparación con aquellos usuarios que deciden continuar las relaciones comerciales con su empresa. Estas condiciones fueron ofrecidas aprovechando su posición de dominio para dificultar la permanencia de sus competidores en el mercado afectado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
247. Asimismo, esta Comisión estima que Seal no ha 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 y la no exigencia de contar con los equipos de medición, protección y limitación de potencia previstos en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad como requisito previo para cambiar de condición de regulado) ante situaciones equivalentes (la migración de usuarios regulados a usuarios libres). De esta manera, se ha acreditado 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.
248. Al haberse cumplido el tercer y último elemento de análisis, esta Comisión considera acreditado que Seal incurrió en un abuso de posición de dominio, aplicando injustificadamente condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en los mercados de distribución y de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión (donde ostenta posición de dominio) con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres dentro de su área de concesión; al exonerar del plazo del preaviso de un año y no exigir contar con los equipos de medición, protección y limitación de potencia que se establece en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad como requisito previo para que se haga efectivo el cambio de condición a usuario libre, a aquellos usuarios regulados que eligieron

cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con Seal; y, en contraste, exigir el cumplimiento de estos requisitos a los usuarios que contrataron con sus competidores. Esta infracción se encuentra tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

VI. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

6.1. Reglas para la determinación de la sanción

249. El artículo 248.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General reconoce el principio de razonabilidad como esencial en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, en los siguientes términos:

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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;
- 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.

250. Las sanciones de tipo administrativo tienen como principal objetivo disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. Ello implica que la magnitud de dichas sanciones debe ser igual o superior al beneficio esperado de realizar las infracciones. El objetivo es garantizar que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo, no solo sobre las empresas infractoras sino sobre el resto de los agentes económicos del mercado. Sin perjuicio de ello, la autoridad de competencia tiene la posibilidad de graduar la sanción, incrementándola o reduciéndola, en función de los respectivos criterios agravantes o atenuantes que resulten aplicables en cada caso concreto.

251. Por ello, el artículo 47 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción en procedimientos sobre conductas anticompetitivas:

- El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- La dimensión del mercado afectado;
- La cuota de mercado del infractor;
- 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;

- La duración de la restricción de la competencia;
 - La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
 - La actuación procesal de la parte.
252. Los dos primeros criterios, el beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección de la infracción, responden al principio de razonabilidad. En efecto, dado que la sanción debe cumplir una función disuasiva, debe procurarse que sea mayor que los beneficios que el infractor esperaba obtener como consecuencia de su conducta ilícita.
253. Así, estos dos criterios permitirán determinar un monto base de la multa que, en atención al principio de razonabilidad, garantice el cumplimiento de la función disuasiva de la sanción.
254. No obstante, también deben tenerse en cuenta otras circunstancias vinculadas con la conducta infractora que permitirán apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivarán el incremento o la disminución de la multa base, en virtud del principio de proporcionalidad¹³⁹.
255. Así, criterios como la dimensión del mercado afectado, los efectos reales y potenciales sobre otros competidores y los consumidores, la participación de mercado del infractor y la duración de la conducta ilícita, son factores que permiten apreciar las repercusiones de la conducta infractora y, de esta manera, ayudan a establecer la gravedad de la infracción.
256. Del mismo modo, y siguiendo la jurisprudencia de la Sala, criterios como la indebida actuación procesal y la reincidencia pueden ser considerados como agravantes de la sanción y, por lo tanto, pueden incrementar la multa base determinada a partir del principio de razonabilidad¹⁴⁰.
257. Al respecto, se ha señalado que *«una vez determinado el beneficio esperado y la probabilidad de detección de la infracción, la autoridad administrativa podrá tener en consideración otros factores como los efectos reales o potenciales en los consumidores y en el mercado de la conducta infractora, la conducta procedimental y la reincidencia de la denunciada, entre otros criterios establecidos legalmente, para agravar o atenuar la magnitud de la sanción a imponerse»*¹⁴¹.

¹³⁹ «[E]s en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas». Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre de 2004 (Expediente 2192-2004-AA).

¹⁴⁰ Sobre el incumplimiento del deber observar una adecuada conducta procesal como factor agravante, ver Resolución 0352-2008/TDC-INDECOPI del 26 de febrero de 2008. Respecto de la reincidencia como factor agravante para la imposición de una multa, ver Resolución 0839-2009/TDC-INDECOPI del 29 de abril de 2008.

¹⁴¹ Resolución 0960-2008/TDC-INDECOPI del 19 de mayo de 2008.

6.2. Cálculo de la multa correspondiente a Seal

258. De acuerdo con lo anterior, para el cálculo de la multa base, se considera el beneficio esperado extraordinario y la probabilidad de detección de modo que, a mayor beneficio extraordinario, mayor será el beneficio esperado y, por lo tanto, mayor deberá ser la multa. Por otro lado, a menor probabilidad de detección, mayor será el beneficio esperado y, en consecuencia, mayor deberá ser la multa. En ese sentido, el cálculo de la multa se realizará aplicando la siguiente fórmula:

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} = \text{Beneficio Esperado} \leq \text{Multa}$$

259. En el presente caso, siguiendo el criterio esbozado en el Informe Técnico, el beneficio esperado extraordinario está representado por las ganancias que Seal esperaba obtener al realizar la práctica anticompetitiva. Es decir, las ganancias asociadas a las ventas de energía eléctrica que Seal realizó producto de la exoneración de plazo de preaviso y de la instalación de equipos a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre dentro del área de concesión de Seal, y que los demás suministradores no pudieron replicar¹⁴².

260. En ese sentido, la Dirección derivó el Beneficio Extraordinario de Seal de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$B_{Ext} = \text{Ventas} * \text{Factor de Exoneración} * Mg$$

Donde:

Ventas : Ventas de Seal 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.

Factor de exoneración : Corresponde al porcentaje de la facturación de la energía de aquellos usuarios que habrían establecido un contrato con Seal debido a los ofrecimientos de exoneración.

Mg : Promedio del margen de utilidad operativa de Seal entre enero de 2016 y diciembre de 2020¹⁴³.

261. Las ventas de Seal por el suministro de energía a aquellos usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre que migraron entre enero de 2016 y diciembre de 2020¹⁴⁴, se calculan tomando en consideración la suma del valor

¹⁴² Al respecto, en otros casos de conductas exclusorias, la Comisión ha calculado el beneficio ilícito en base a las ganancias obtenidas por la empresa que desarrolla la práctica y que debieron ser realizadas por la empresa excluida. Al respecto, consultar la Resolución 010-2013/CLC y la Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI.

¹⁴³ De acuerdo con lo publicado en los Reportes trimestrales de Seal, disponibles en: <https://www.fonafe.gob.pe/empresasdelacorporacion/seal>

¹⁴⁴ Aunque los contratos de suministro que Seal ha establecido con estos usuarios tienen una fecha de término posterior al 2020, la Dirección consideró en su Informe Técnico que no existe suficiente información para proyectar, de manera adecuada, la facturación de dichos usuarios hasta el término de sus contratos; especialmente en la actual situación de desaceleración económica producida por la crisis del Covid-19. La pandemia del Covid-19 generó cambios sin precedentes en la actividad económica, con impactos en la demanda

de las ventas reportadas¹⁴⁵ para dicho usuario desde el inicio de su contrato hasta el término de este o hasta diciembre de 2020¹⁴⁶, según sea el caso. Al respecto, esta Comisión ha verificado que existieron un conjunto de clientes que, si bien cambiaron de condición al mercado libre, concluyeron sus contratos originales y, pudiendo cambiar de suministrador, optaron por seguir contratando con Seal, de manera que los montos correspondientes a estas renovaciones son excluidos del cálculo de las ventas.

262. El factor de exoneración busca aproximar a los usuarios, y las ventas asociadas, que habrían escogido contratar con Seal producto del ofrecimiento de la exoneración del plazo de preaviso y la no exigencia de los equipos, diferenciándolos de aquellos usuarios que eligieron a Seal como suministrador por las características de su propuesta comercial no relacionadas con estos ofrecimientos. El factor de exoneración representa el porcentaje de ventas (facturación) que Seal obtuvo como consecuencia de aplicar la exoneración del plazo.
263. Para calcular el factor de exoneración, se tomará como referencia el porcentaje de usuarios que fueron exonerados del plazo de preaviso y decidieron cambiar de suministrador luego de terminar su contrato de suministro con Seal. Al finalizar el contrato de suministro, la condición de exoneración e instalación de equipos ya no resultaba aplicable. Se considera que dichos usuarios habrían contratado con Seal como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso y de la instalación de equipos y que, en el caso de que no se les hubiese otorgado esta exoneración, habrían cambiado de suministrador.

de energía eléctrica. De acuerdo con el Coes, se espera que la economía tenga una caída histórica en el 2020 y una lenta recuperación a niveles antes de la pandemia que se prolongará hasta el 2023.

Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional – COES (2020). Propuesta Definitiva de Actualización del Plan de Transmisión 2021 – 2030. Informe COES/DP-01-2020, p. 310. Disponible en: [https://www.coes.org.pe/Portal/Planificacion/PlanTransmision/ActualizacionPTG?path=Planificaci%C3%B3n%20FPlan%20de%20Transmision%20Actualizaci%C3%B3n%20Plan%20de%20Transmisi%C3%B3n%202021%20-%202030%20F08.%20PT%202021-2030%20\(Definitiva\)%20Edici%C3%B3n%201%20\(08-01-2021\)%20Volumen%20I%20F](https://www.coes.org.pe/Portal/Planificacion/PlanTransmision/ActualizacionPTG?path=Planificaci%C3%B3n%20FPlan%20de%20Transmision%20Actualizaci%C3%B3n%20Plan%20de%20Transmisi%C3%B3n%202021%20-%202030%20F08.%20PT%202021-2030%20(Definitiva)%20Edici%C3%B3n%201%20(08-01-2021)%20Volumen%20I%20F) (última visita: 13 de octubre de 2021).

En tal sentido, ante la situación particular descrita, la Dirección decidió considerar un escenario conservador para el cálculo de las ventas de Seal.

¹⁴⁵ Las ventas que el Osinergmin ha reportado en el Boletín de Usuarios Libres para aquellos usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre con Seal. La información del Boletín de Usuarios Libres solo incluye cargos relacionados con la energía comercializada y no con cargos por transmisión o distribución.

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

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

¹⁴⁶ Por ejemplo, las ventas reportadas por Seal a Universidad Tecnológica del Perú S.A.C. fueron de S/ 511 560 entre julio de 2018 y diciembre de 2020, fechas en las que ha reportado consumos de acuerdo con la información del Boletín de Usuarios Libres del Osinergmin.

264. Considerando un escenario conservador¹⁴⁷, la Dirección consideró que el factor de exoneración sería equivalente a la proporción de la facturación de la energía de los usuarios libres que originalmente fueron beneficiados de la exoneración y que, luego de finalizar sus contratos con Seal entre enero de 2019 y diciembre de 2020¹⁴⁸, decidieron cambiar de suministrador. Sobre el particular, y en virtud de la evaluación del Informe Técnico elaborado por la Dirección, esta Comisión verificó que se observó el vencimiento del contrato de suministro con Seal para diecinueve (19) usuarios que acumulaban una facturación mensual de S/ 1 138 866; de los cuales, diez (10) decidieron cambiar de suministrador con una facturación mensual de S/ 437 428¹⁴⁹. Por ello, el porcentaje de cambio que representa **el factor de exoneración correspondería a 38%**.
265. Por su parte, el margen de utilidad operativa de Seal busca aproximar las ganancias que, efectivamente, Seal habría obtenido por las ventas de energía eléctrica a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre¹⁵⁰. Esta Comisión ha verificado la información de los estados financieros de Seal, de manera que el margen operativo durante el período de análisis ascendería a 16%.
266. Por último, para actualizar el valor de la multa entre diciembre de 2020, fecha en la que la práctica habría concluido, y la fecha de emisión de la presente Resolución, se utiliza un factor de 1,0462, que refleja la diferencia entre el Índice de Precios al Consumidor de diciembre de 2020 y septiembre de 2021, última fecha disponible para dicho Índice¹⁵¹.
267. En base a estos criterios, el siguiente cuadro muestra el cálculo del beneficio ilícito extraordinario en el presente caso:

[Ver Cuadro en la siguiente página]

¹⁴⁷ El porcentaje también podría aproximarse con la potencia contratada o el número de usuarios cuyos contratos con Seal finalizaron entre enero de 2019 y diciembre de 2020. Al respecto, si se considera la potencia, el porcentaje sería de 54%; mientras que, cuando se considera el número de usuarios, el porcentaje sería de 59%. Debido a que no se tiene información sobre las distintas características de los contratos de los usuarios que habrían cambiado de suministrador en caso de que Seal no hubiese aplicado la exoneración del plazo, se considerará para el presente cálculo la aproximación que arroje el menor porcentaje, es decir, el porcentaje de la facturación que resulta ser el escenario más conservador.

¹⁴⁸ Estos son usuarios regulados que cambiaron de condición a usuario libre teniendo como suministrador a Seal entre 2016 y 2020. Al respecto, a diciembre de 2020 solo veintidós de estos usuarios han terminado su contrato.

¹⁴⁹ Estos son dos puntos de suministro de Ladrillera el Diamante, cuatro puntos de suministro de Inca Tops S.A., y un punto de suministro de América Móvil, Rocatech, Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A. y Fábrica de Chocolates La Ibérica.

¹⁵⁰ Al respecto, la Comisión ha utilizado anteriormente el margen operativo para aproximar los beneficios extraordinarios de una práctica anticompetitiva. Por ejemplo, consultar la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI.

¹⁵¹ Este factor resulta de dividir el Índice de Precios al Consumidor de diciembre de 2020 (135,3179) y de septiembre de 2021 (141,564408).

Cuadro 1
Beneficio ilícito extraordinario

Ventas (S/ miles)	Porcentaje de Cambio	Margen Operativo	Factor de Ajuste	Multa Base (S/ miles)
61.387,24	38%	16%	1,0462	3.986,34

Fuente: Escrito de descargos de Seal, Boletín de Usuarios Libres del Osinergmin, Fonafe y BCRP.
Elaboración: CLC

268. En lo que se refiere a la probabilidad de detección de la infracción investigada, la Dirección estimó en su Informe Técnico que era media-alta y que, en consecuencia, debe tener un valor de 0,75. Ello, considerando que la aplicación de la política investigada era un hecho verificable en el mercado relevante, del cual los agentes participantes en el mercado y el organismo regulador competente habían tomado conocimiento¹⁵², y que permitió a Atria Energía plantear su denuncia. Es pertinente señalar que este valor ha sido considerado por la Comisión en anteriores decisiones sobre abuso de posición de dominio, como por ejemplo en la Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI.

Al respecto, esta Comisión coincide en que el trato diferenciado implementado por Seal no fue realizado de una manera clandestina y que Seal no ha desarrollado acciones para ocultar el trato diferenciado aquí analizado. En línea con ello, debe tenerse en cuenta que la conducta se desplegó en un mercado altamente regulado, donde existen mecanismos de transparencia que permiten a los distintos agentes del mercado y a la autoridad a acceder a información detallada sobre las actividades de las empresas supervisadas¹⁵³.

De esta forma, la transparencia del mercado y el carácter público de esta política comercial le permitió a Atria Energía formular sus denuncias ante diversas autoridades. Además, debe de considerarse que, tanto el Ministerio de Energía y Minas como el Osinergmin y el propio Indecopi, a través de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, habían tomado conocimiento de los hechos denunciados por Atria, inclusive antes de que la Dirección investigara dicha conducta e iniciara el presente procedimiento.

269. En atención a lo señalado, habida cuenta de las particulares circunstancias del presente caso y del marcado carácter público de la conducta investigada, esta Comisión considera que puede determinarse una probabilidad de detección excepcional de **0,9**.
270. De esta manera, dividiendo el beneficio ilícito extraordinario (B_{ext}) entre la probabilidad de detección (P_{det}), se obtiene que la multa aplicable a Seal por la ejecución de la práctica anticompetitiva sería de **S/ 4 429 269,46 (Cuatro millones**

¹⁵² Esto en la medida que el artículo 6 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, establece que los suministradores deben remitir al Osinergmin una copia de los contratos, los cuales son de dominio público.

¹⁵³ Por ejemplo, a través de las bases de datos de acceso público del Osinergmin, disponibles en su portal web.

cuatrocientos veintinueve mil doscientos sesenta y nueve con 46/100) o 1006,65 UIT.

271. Para efectos de determinar la gravedad de la infracción, la Comisión tiene en cuenta: (i) la cuota de mercado del infractor, equivalente al 100% del mercado relevante; (ii) el alcance de la restricción a la competencia, que habría afectado por lo menos al 38% de la energía contratada por los usuarios libres de Seal provenientes del sector de usuarios regulados; y que (iii) que hacia 2020, la conducta habría beneficiado a Seal significativamente, permitiéndole obtener contratos que representaron alrededor del 72% de nuevos usuarios libres y 80% de la potencia contratada, así como el 46% de la potencia contratada acumulada.

En ese sentido, esta Comisión considera que, en el presente caso, la conducta infractora de Seal fue **grave**.

272. Ahora bien, considerando que se trata de una infracción calificada como grave y que la multa preliminarmente determinada supera el tope previsto en el artículo 46 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁵⁴, corresponde disminuirla hasta el límite máximo de **1000 UIT**.
273. Finalmente, según la información que obra en el expediente, cabe señalar que la multa determinada por esta Comisión no supera el 10% de los ingresos brutos de Seal durante el ejercicio económico correspondiente al 2020¹⁵⁵.

VII. MEDIDA CORRECTIVA

274. Sin perjuicio de la multa determinada para la empresa infractora, la Dirección recomendó a la Comisión que se dicte una medida correctiva que satisfaga adecuadamente el objetivo de afirmar el proceso competitivo, evitando que en el futuro se presenten condiciones que provoquen, promuevan o faciliten la conducta infractora objeto de la presente decisión.
275. Al respecto, la capacidad de la Comisión de dictar medidas correctivas es, en efecto, coherente con las atribuciones que corresponden a toda autoridad administrativa que ejerce función sancionadora¹⁵⁶ y ha sido reconocida, además,

¹⁵⁴ **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:

b) **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]

¹⁵⁵ De acuerdo con la evaluación presupuestal y financiera de Seal en el año 2020, publicados en la página web del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), sus ingresos por actividades ordinarias fueron de S/ 556 772 075.

Al respecto, consultar: <https://www.fonafe.gob.pe/empresasdelacorporacion/seal> (última visita: 13 de octubre de 2021).

¹⁵⁶ **Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 249. -Determinación de la responsabilidad

por el Tribunal Constitucional como una de las facultades esenciales o inherentes con que cuenta la autoridad de competencia para el adecuado cumplimiento de sus objetivos¹⁵⁷.

276. En el presente caso, la Dirección sugirió a esta Comisión que, de acreditarse la comisión de una infracción por parte de Seal, correspondía dictar como medida correctiva que esta empresa implemente, en un documento de acceso público a los potenciales interesados, un conjunto de criterios objetivos, razonables y no discriminatorios, que permitan la aplicación de manera general, de la exoneración total o parcial del plazo de preaviso para la migración de usuarios regulados al mercado libre y las reglas claras sobre la aplicación de un trato igualitario al momento de solicitar la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia con los que deben contar los interesados en cambiar su condición de regulado a libre.

249.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto. [Énfasis agregado]

157

Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de diciembre de 2006, recaída sobre el Expediente 1963-2006-PA/TC (Caso de Distribuidora Norte Pacasmayo, DINO):

«8. Esta función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58º de la Constitución, en cuyo tenor se estipula: “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (...)”. Por su parte, el artículo 59º establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria. Asimismo, el artículo 61º confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas [...].

9. En coherencia con tales imperativos, se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia, para cuyo efectivo cumplimiento los Organismos reguladores y el INDECOPI juegan un rol preponderante, tanto en la promoción y defensa de la competencia como en la protección a los consumidores y usuarios. [...]

22. Ahora bien, ¿es posible afirmar que INDECOPI, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios? Desde luego que no. Admitir que Indecopi no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (artículo 61º de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65º de la Constitución). [...]

26. [...] [El] INDECOPI está facultado para establecer sanciones pecuniarias por las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701; pero ello no implica que se encuentre imposibilitado de dictar medidas complementarias –distintas a las sanciones- justamente para hacer efectivo lo previsto en dicho dispositivo legal. Afirmar que la actuación de INDECOPI deba restringirse únicamente a establecer sanciones pecuniarias y no otras medidas complementarias para garantizar el cumplimiento de la Ley y la Constitución, como, por ejemplo, ordenar el cese de las conductas infractoras sería tan absurdo como admitir que en nuestro sistema jurídico los infractores pueden continuar con sus conductas contrarias a Ley en la medida en que cumplan con pagar el costo económico de su infracción.

El artículo 1 del Decreto Legislativo 701 [antigua Ley de libre competencia] establece que el objetivo de dicha Ley es «eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (...)». Es claro, pues, que dicho objetivo no se cumpliría si tan solo se sancionara económicamente la infracción, y no se ordenara el cese de las prácticas contrarias a la referida Ley. Pero ello debe ser realizado por el INDECOPI bajo un test de razonabilidad y proporcionalidad.»

277. No obstante, la Comisión no coincide con la Dirección en que la empresa incumbente se encuentre en capacidad de determinar dichas condiciones de manera unilateral, más aún considerando que en el presente caso ha justificado el trato discriminatorio que implementó en el mercado durante el período investigado.
278. En cambio, esta Comisión estima que son los organismos sectoriales (el Osinergmin y el Ministerio de Energía y Minas) que regulan la actividad de Seal y otras empresas distribuidoras de energía eléctrica, quienes están en capacidad de determinar –en ejercicio de sus competencias regulatorias y luego del análisis correspondiente sobre la situación actual y el desempeño del sector– si existe la necesidad o pertinencia de introducir mayor regulación al sector que resulte aplicable a los casos en que empresas como la denunciada deseen realizar algún tratamiento diferenciado a determinados clientes que migren del sector regulado al libre.
279. En ese sentido, en ejercicio de las facultades de abogacía atribuidas a esta Comisión por el literal e) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁵⁸, esta Comisión considera pertinente solicitar al Osinergmin y al Ministerio de Energía y Minas que analicen la necesidad o pertinencia de introducir o modificar la regulación aplicable a conductas como las analizadas en el presente caso, explicando su posición en el plazo máximo de noventa (90) días hábiles, según lo dispuesto en la norma citada.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la responsabilidad de Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. por la 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 con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres; en específico, por exonerar de manera selectiva, injustificada y discriminatoria del plazo del preaviso de un año y no exigir la instalación previa de los equipos de limitación de potencia, medición y protección previstos en el artículo 4.3. del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de

¹⁵⁸ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 14.- La Comisión

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

e) Sugerir, exhortar o recomendar a las entidades de la Administración Pública señaladas en el Artículo I de la Ley N° 27444 sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada o la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros. La Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPÍ deberá remitir las recomendaciones de la Comisión a las entidades de la Administración Pública correspondientes, las cuales deberán responder explicando su posición en relación con las propuestas planteadas en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles desde su notificación, bajo responsabilidad. Las recomendaciones también serán comunicadas a la Presidencia del Consejo de Ministros y al Ministerio de Economía y Finanzas.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

energía con su empresa; y, por el contrario, exigir el cumplimiento de estos requisitos a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores; infracción tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

SEGUNDO: Sancionar a Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. con una multa ascendente a 1000 UIT.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Lucio Andrés Sánchez Povich, Raúl García Carpio, María del Pilar Cebrecos González y Nancy Aracelly Laca Ramos.



Firmado digitalmente por SANCHEZ
POVIS Lucio Andres FAU
20133840533 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 15.10.2021 22:45:46 -05:00

Lucio Andrés Sánchez Povich
Presidente
Comisión de Defensa de la Libre Competencia