

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI****Expediente 008-2018/CLC****Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI**

13 de marzo de 2020

VISTAS:

La denuncia interpuesta por Atria Energía S.A.C (en adelante, Atria Energía) contra Electro Dunas S.A.A. (en adelante, Electro Dunas), por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes e incitar a terceros a dejar de contratar con su empresa en el mercado de suministro de energía eléctrica; así como la investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica); y,

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. El 3 de agosto de 2018, Atria Energía (antes Eléctrica Santa Rosa S.A.C.¹) presentó una denuncia contra Electro Dunas por un supuesto abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes e incitar a terceros a dejar de contratar con su empresa, en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres en la zona de concesión de Electro Dunas, conductas tipificadas en los literales b), g) y h) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, el TUO de la LRCA). La denuncia se sustentó en los siguientes argumentos:
 - En Perú existen dos mercados de suministro de energía eléctrica: (i) el mercado de distribución de energía a usuarios regulados, otorgado 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, existe 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 energía eléctrica 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 energía eléctrica con cualquier generador o distribuidor y (iii) usuarios que tienen una demanda máxima 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

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.

de su zona) o libres (y, poder contratar con cualquier generador o distribuidor).

- Conforme al marco legal vigente, todos los usuarios de energía eléctrica (regulados y libres), ubicados dentro de una zona de concesión de un distribuidor, deben estar conectados a una red de distribución para recibir la electricidad. De este modo, si bien el usuario libre tiene libertad para elegir al suministrador de energía, debe conectarse a una red de distribución (operada por un distribuidor) para recibir la electricidad.
 - Electro Dunas es la titular de la concesión de distribución de electricidad en las regiones de Huancavelica, Ayacucho y, principalmente, Ica. Tanto los usuarios regulados como los libres ubicados en dicha zona de concesión deben estar conectados a la red de distribución de Electro Dunas.
 - Atria Energía realizaba ofertas competitivas a los usuarios regulados con un precio de suministro inferior al de Electro Dunas con la finalidad de que el usuario - ubicado en la zona de concesión de Electro Dunas y cuya demanda oscila entre los 200 kW y 2500 kW – cambie su condición a usuario libre y contrate el suministro de energía con ella. Sin embargo, luego de que los referidos usuarios le comunicaban a Electro Dunas su decisión de cambiar su condición a usuarios libres y que la migración se haría efectiva en el plazo de un año de acuerdo con el marco regulatorio, Electro Dunas les ofrecía un precio menor al ofrecido por Atria Energía y la aplicación inmediata de tal condición con la finalidad de que permanezcan en su cartera de clientes.
 - Concretamente, cuando los usuarios regulados Mercurio E.I.R.L. (en adelante, Mercurio), Cables Eléctricos Brande S.A.C. (en adelante, Brande) y Procesadora Alonso S.A.C. (en adelante, Procesadora Alonso) le comunicaron a Electro Dunas su intención de cambiar su condición a usuarios libres contratando el suministro de energía con Atria Energía, Electro Dunas les ofreció migrarlos al mercado libre con ella de forma inmediata y a un menor costo. Incluso, este ofrecimiento habría generado que Mercurio incumpla el contrato de suministro suscrito con Atria Energía.
 - Así, Electro Dunas 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.
2. El 15 de marzo de 2019, Atria Energía complementó su denuncia, indicando lo siguiente:
- Electro Dunas ofrece un descuento selectivo del precio al usuario que pretende migrar, con la única finalidad de igualar o mejorar el precio ofrecido por el competidor y excluirlo del mercado, pese a conocer que dicho competidor ya celebró un contrato de suministro con el referido usuario y únicamente se encuentra esperando la fecha para el inicio del suministro.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- Electro Dunas ofrece en los contratos de suministro que celebra con sus clientes una “cláusula de nación más favorecida” que solo aplica para sus usuarios libres. Concretamente, Electro Dunas afirma que no existen mejores condiciones de calidad para sus usuarios libres, pero les ofrece que, en caso el cliente detecte mejores condiciones ofrecidas a otro cliente, las mismas condiciones se le aplicarían inmediatamente.
 - Una vez alcanzado el objetivo de Electro Dunas de que el usuario libre termine su contrato con el competidor para permanecer como su cliente, Electro Dunas niega las lecturas del suministro de dicho usuario a su competidor, eliminando así toda posibilidad de que el competidor pueda contratar con el usuario, pese a que los usuarios libres pueden mantener una relación con dos o más suministradores.
3. Mediante Carta 1753-2019/ST-CLC-INDECOPI, del 22 de octubre de 2019, la Secretaría Técnica citó a Electro Dunas a una entrevista. El 30 de octubre de 2019 se llevó a cabo la referida diligencia.
 4. Mediante Carta 1756-2019/ST-CLC-INDECOPI, del 22 de octubre de 2019, la Secretaría Técnica remitió un requerimiento de información a Atria Energía, con el objeto de reunir mayores elementos de juicio en relación con su denuncia. El 28 de octubre de 2019, la empresa atendió el requerimiento de información.
 5. Mediante Carta 1793-2019/ST-CLC-INDECOPI, del 11 de noviembre de 2019, la Secretaría Técnica solicitó a Atria Energía aclarar determinados aspectos referidos a su escrito del 28 de octubre de 2019. El 14 de noviembre de 2019, la empresa atendió el requerimiento de información.
 6. Mediante Cartas 1872 y 1929-2019/ST-CLC-INDECOPI, del 17 de diciembre de 2019 y 6 de enero de 2020, la Secretaría Técnica citó a Mercurio a una entrevista. El 10 de enero de 2020 se llevó a cabo la referida diligencia.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

7. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de que Electro Dunas incurrió en un abuso de posición de dominio consistente en 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; incitar a terceros a no aceptar contratar bienes o servicios; y otras infracciones a la cláusula general, previstas en los artículos 1, 10.1 y 10.2 del literal b), g) y h) del TUO de la LRCA²; y si, en consecuencia, corresponde admitir a trámite la denuncia de Atria Energía.

² Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante Decreto Supremo 030-2019-PCM

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

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

III. CUESTIÓN PREVIA

3.1. Sobre la competencia de la Secretaría Técnica para iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de Electro Dunas

8. Como cuestión previa del presente pronunciamiento, resulta necesario analizar los alcances de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, aprobada mediante Ley 28832 (en adelante, Ley 28832), y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, aprobado mediante Decreto Supremo 022-2009-EM (en adelante, Reglamento de Usuarios Libres), y sus posibles efectos sobre la competencia de esta Secretaría Técnica para iniciar un procedimiento administrativo sancionador en relación con las conductas denunciadas. Ciertamente, tales normas establecen determinadas condiciones para la migración de usuarios regulados a usuarios libres, en el marco de los servicios de suministro de energía eléctrica.

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

9. La 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.
10. 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 objetivos fue incorporar mecanismos de libre competencia que aseguren, a costos eficientes, la suficiencia de la generación eléctrica y reducir la intervención administrativa del regulador para la determinación de los precios de generación, prefiriendo soluciones de mercado cuando éstas sean posible³.
11. 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

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 excluyente 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.

(...)

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

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.

³ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. Ver el siguiente link (Proyecto de Ley 14065/2005 CR):
<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>

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]

12. El 16 de abril de 2009 se publicó el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad 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 constitúan 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 eléctrico⁴.
13. 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:

«Artículo 4.- Requisitos y condiciones

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

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

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

4.3 El Usuario deberá contar con los equipos de medición 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».

14. Como se puede observar, lo que se buscó a través de la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad fue, entre otros, dinamizar el mercado de suministro de energía, permitiendo que los usuarios en el rango de 200 kW y 2500 kW puedan cambiar su condición de usuario regulado a usuario libre para tener la posibilidad de adquirir energía de las empresas generadoras o

⁴

Exposición de Motivos del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad. Ver el siguiente link
http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/PlantillaMarcoLegalBusqueda/DS-022-2009-EM.pdf

distribuidoras. Únicamente para estar habilitados a este cambio de condición debían cumplir los requisitos ya señalados.

De esta forma, las relaciones comerciales de los usuarios que optan por el cambio de condición se rigen por los mecanismos de libre competencia. Esta situación es reconocida en la Primera Disposición Complementaria del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad que dispone que para las relaciones comerciales en el mercado libre de electricidad resulta aplicable en TUO de la LRCA⁵.

15. En síntesis, la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad establecieron, entre otros, que las empresas generadoras y distribuidoras pueden ofrecer servicios de suministro de energía a aquellos usuarios que se encuentren en el rango de 200 kW y 2500 kW y que opten por cambiar su condición de regulado a libre. Estas relaciones comerciales entre los usuarios y las empresas generadoras o distribuidoras se basan en condiciones de competencia bajo un régimen de libertad de precios en el que resulta aplicable el TUO de la LRCA.

3.1.2. Ausencia de una exoneración explícita por la realización de una conducta que podría calificar como anticompetitiva

16. El artículo 3 del TUO de la LRCA ha limitado su aplicación sobre aquellas conductas que son consecuencia de una norma legal y que podrían resultar incompatibles con las normas de competencia o los fines que ellas promueven⁶. La existencia de un 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 consecuencia de lo dispuesto en una norma legal, situación prohibida expresamente por el artículo citado.

17. 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

⁵ Reglamentos 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.

⁶ Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo

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

limitación a la aplicación del TUO de la LRCA únicamente puede derivar de una aplicación estricta o literal de una norma legal. Al respecto, el referido precedente señala:

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

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

[Énfasis agregado]

18. En el presente caso, esta Secretaría Técnica ha podido observar que no existe una norma legal que autorice expresamente o incluso obligue a las empresas distribuidoras a realizar las conductas denunciadas.
19. En particular, el hecho de que las empresas distribuidoras, ofrezcan como parte de sus condiciones comerciales para brindar el servicio de suministro de energía, la exoneración de determinados 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; mientras que, por el contrario, exijan el cumplimiento de estos requisitos a aquellos usuarios que deciden contratar con un competidor, no ha sido autorizado por la Ley 28832 o el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.
20. En tal sentido, 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 y las exima de la aplicación del TUO de la LRCA.

3.1.3. Conclusión

21. En conclusión, ni la Ley 28832 ni el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad han establecido una excepción a favor de las distribuidoras que limite la aplicación del TUO de la LRCA. Más aún, las normas referidas buscan, por un lado, promover la competencia entre las empresas generadoras y distribuidoras en el suministro de energía a los usuarios que tienen la posibilidad de elegir cambiar su condición de regulado a libre; y por otro lado, que estas relaciones comerciales se basen en las reglas de competencia, siendo el rol del regulador residual pues deben preferirse las soluciones de mercado cuando estas son posibles.

En línea con ello, la Primera Disposición Complementaria del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad reconoce que para las relaciones comerciales en el mercado libre de electricidad es aplicable el TUO de la LRCA.

22. Por lo expuesto, esta Secretaría Técnica considera que las conductas materia de análisis en la presente resolución no están exentas de la aplicación del TUO de la LRCA. En tal sentido, esta Secretaría Técnica cuenta con plena competencia sobre las conductas materia de denuncia, debiendo iniciar un procedimiento administrativo sancionador de ser el caso que encuentre indicios razonables de infracción.

IV. MARCO TEÓRICO

4.1. Abuso de posición de dominio

23. El artículo 10.1 del TUO de la LRCA 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. El artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio a competidores en el mercado afectado para que se configure un abuso de posición de dominio.
24. De acuerdo con lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
- a. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - b. Que el supuesto infractor haya cometido una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia.
 - c. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
25. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad de afectar o distorsionar unilateralmente y en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del 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 abuso de posición de dominio.

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.

26. En lo que se refiere al segundo requisito, las restricciones indebidas a la competencia son aquellas conductas que, conforme a lo señalado en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, «impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica». Precisamente, el artículo 10.2 de la Ley desarrolla ejemplos típicos de abuso de posición de dominio, como la

negativa injustificada de trato (literal a), la discriminación (literal b) o las cláusulas de atadura (literal c).

En la calificación de este requisito, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en una justificación comercial válida, 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.

27. El tercer requisito establece que, para que se configure un abuso de posición de dominio, la conducta del presunto infractor debe haber producido un efecto exclusorio. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la conducta investigada 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 indirectos, afectando de esta manera el proceso competitivo⁷.

En otras palabras, debe verificarse 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).

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.

Finalmente, si el presunto infractor demostrase la introducción de eficiencias, éstas deberán ser contrastadas con los efectos restrictivos de la conducta. Si los efectos restrictivos son superiores a los posibles beneficios que podría generar dicha conducta, constituirá un abuso de posición de dominio.

28. 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.

4.2. La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes

29. La autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual⁸

⁷ Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, considerando 65.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, correspondiente al Expediente 4788-2005/PA/TC.

conforman la libertad de contratación, que se encuentra expresamente reconocida en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁹. No obstante, como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosos pronunciamientos¹⁰, 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 Constitución¹¹.

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.

30. 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. Este trato discriminatorio se encuentra recogido como una modalidad de abuso de posición de dominio en el literal b) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA 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.

31. 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

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

indirectos, colocándolos de manera injustificada en una situación desventajosa frente a otros.

32. 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 sancionable cuando dicho trato no se encuentre justificado y genere efectos anticompetitivos.

A manera de ejemplo, justificaciones válidas y reconocidas por el TUO de la LRCA 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 cuando se presenten condiciones comerciales equivalentes (p.e. compras en grandes cantidades, cumplimiento de metas en ventas, entre otros).

33. Finalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 del TUO de la LRCA, 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.

4.3. Incitar a terceros a no aceptar contratar bienes o servicios

34. El inciso g) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA recoge otra modalidad de abuso de posición de dominio, 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:

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

35. En relación con esta modalidad, puede observarse, en primer lugar, que se trata de una forma no coercitiva de generar un efecto exclusorio, en tanto «incitar a terceros» debe entenderse como «convencer», en contraposición con «imponer» u «obligar» a terceros a no sostener una relación comercial con un competidor. Tampoco implica necesariamente una relación contractual formal (un «acuerdo de exclusividad») ni exige un compromiso o promesa por parte del tercero de no proveer o demandar bienes o servicios. Estos últimos casos podrían constituir formas de exclusividad obtenidas contractualmente o impuestas mediante negativas de abastecimiento o de aplicación de condiciones desfavorables, modalidades también recogidas por la Ley en otros incisos del mismo artículo.
36. Ahora bien, no toda actuación dirigida a convencer a un tercero a dejar de proveer o demandar bienes o servicios de un competidor podría calificarse como anticompetitiva. Por el contrario, la gran mayoría de prácticas comerciales en escenarios competitivos se encuentran precisamente dirigidas a obtener este resultado, directa o indirectamente, a través de mecanismos legítimos como, por ejemplo, el ofrecimiento de mejores condiciones en calidad o precio, descuentos por volumen, beneficios promocionales o, simplemente, informando a

potenciales clientes acerca de las condiciones en que –objetivamente– se desenvuelve un competidor en el mercado.

37. En tal sentido, atendiendo a la exigencia legal de que la conducta investigada produzca una restricción indebida a la competencia que no se sustente en razones de eficiencia, para que la conducta calificada como «incitar a terceros a no proveer o demandar bienes o servicios» pueda considerarse anticompetitiva, en el sentido de involucrar un riesgo para la competencia y el bienestar de los consumidores, deben presentarse condiciones particulares que revelen su objetivo restrictivo.
38. Así, para ser calificada como una restricción «indebida», esta práctica debe responder a una estrategia del agente dominante que, en ejercicio de su posición de dominio, le permita realizar actuaciones u ofrecer condiciones que tengan la capacidad de influir en el comportamiento del cliente que es sujeto de la incitación, y lograr con ello afectar de forma indebida las condiciones de competencia.
39. Por otra parte, en tanto práctica sujeta a una prohibición relativa, la conducta restrictiva analizada, debe estar en capacidad de generar un daño efectivo o potencial sobre el competidor o competidores afectados, limitando su capacidad de mantenerse en el mercado, provocando su salida o limitando la entrada de competencia potencial.
40. En síntesis, la Secretaría Técnica considera que la agencia de competencia debe ser sumamente cuidadosa al investigar y sancionar este tipo de conductas, de manera tal que no se restrinja indebidamente prácticas comerciales que tienen un fin legítimo de influir en terceros a no aceptar los bienes o servicios de un competidor. Únicamente esta estrategia podría resultar anticompetitiva cuando un agente con posición de dominio instrumentaliza deliberadamente sus actuaciones para impedir, retrasar o encarecer de forma indebida el acceso o permanencia de sus competidores en el mercado.

4.4. Requisitos para admitir a trámite una denuncia por abuso de posición de dominio

41. De acuerdo con el literal b) del artículo 19 del TUO de la LRCA¹², la denuncia de parte sobre conductas anticompetitivas debe contener, entre otros requisitos, elementos de juicio que acrediten la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada.
42. Los indicios razonables son un conjunto de medios probatorios que demuestran una tesis creíble acerca de la existencia de una conducta anticompetitiva, en función de los elementos necesarios para su configuración.

¹² Texto Único de la 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.

43. La exigencia de este requisito responde a la necesidad de garantizar el derecho al debido procedimiento del denunciado. Esta protección implica, a su vez, la garantía de otros derechos, tales como: (i) que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta, y (ii) que el denunciado conozca todos los aspectos fácticos y jurídicos que sustentan los cargos que se le imputan desde el inicio del procedimiento.
44. En efecto, la autoridad no debe dar trámite a cualquier alegación sino solo a aquellas que se encuentren razonablemente sustentadas, de forma que pueda notificarse al denunciado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y las sanciones que éstas podrían generar.
45. De ahí que se requiera que las denuncias de parte sobre presuntas conductas anticompetitivas cumplan con presentar una descripción clara y precisa de la conducta denunciada, así como los medios probatorios pertinentes. Ello, sin perjuicio de las actuaciones previas que puedan realizarse de oficio para verificar la existencia de una posible infracción.
46. En tal sentido, para determinar si existen indicios razonables de que Electro Dunas incurrió en un abuso de posición de dominio en contra de Atria Energía consistente en 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; e incitar a terceros a no aceptar contratar bienes o servicios, se debe acreditar que existan indicios razonables de los siguientes requisitos:
- a. Que Electro Dunas gozaba de posición de dominio en el mercado relevante.
 - b. Que Electro Dunas realizó las conductas denunciadas. Específicamente, que durante el período investigado aplicó en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocaron a la competencia en una situación desventajosa; e incitó a terceros a no aceptar contratar con la competencia.
 - c. Que Electro Dunas ha obtenido beneficios y causado perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio).
47. Cabe recordar que los requisitos para la configuración de un abuso de posición de dominio son concurrentes. En consecuencia, para que se determine la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada, es necesario que se determine la existencia de indicios razonables de todos y cada uno de estos requisitos.

V. ANÁLISIS

48. En la presente sección se analizará la concurrencia de los requisitos para admitir a trámite la denuncia por abuso de posición de dominio de Atria Energía.

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

5.1.1. Identificación a nivel indiciario del mercado relevante

49. Según el artículo 6 del TUO de la LRCA, para definir el mercado relevante es necesario identificar el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante¹³.
50. La identificación del mercado de producto relevante y del mercado geográfico relevante, en el presente caso, debe partir del análisis de la conducta materia de denuncia. Para ello, es necesario explicar, en primer lugar, las actividades realizadas por las empresas involucradas.
51. Atria Energía, la denunciante, es una empresa dedicada a la generación y suministro de energía eléctrica mientras que Electro Dunas es una empresa que realiza actividades de distribución y suministro de energía eléctrica.
52. En general, entre las actividades que una empresa de generación eléctrica puede realizar – adicionales a la propia generación de energía - se encuentra el suministro de energía a otra empresa de generación a través de negociaciones en el mercado spot; el suministro de energía a usuarios libres¹⁴ 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 bilaterales¹⁵.
53. 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 regulados¹⁶ o libres. Dicho servicio es prestado por la empresa distribuidora de manera exclusiva en su área de concesión¹⁷. La empresa distribuidora suministra

¹³ Texto Único de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 6.- El mercado relevante. -

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

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

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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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 GPGP, LTD. y ISQ Global Fund II GP, LLC. para la adquisición del 100% de las acciones de Inkia Americas Ltd. Disponible en: <http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/competencia.seam>

¹⁶ 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.

¹⁷ Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas

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.

54. Cabe señalar que, en Perú las actividades de distribución y suministro de energía eléctrica a usuarios regulados son realizadas por las empresas de distribución¹⁸; y, hasta la fecha, no existen proveedores distintos a las empresas de distribución para el suministro de energía eléctrica. Las empresas de distribución están obligadas a suministrar electricidad a quien lo solicite en su área de concesión¹⁹.
55. Asimismo, una empresa generadora para suministrar energía a usuarios libres ubicados en las redes de distribución de una empresa distribuidora, requiere utilizar dichas redes de distribución.
56. En ese contexto, Atria Energía señala que Electro Dunas, aprovechando su condición de exclusividad en los mercados de distribución y de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en su zona de concesión, estaría realizando una serie de presuntas prácticas anticompetitivas que afectarían el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres (en especial, aquellos que pueden elegir su condición de usuarios regulados o libres).
57. Específicamente, Atria Energía denunció que Electro Dunas habría incurrido en un abuso de su posición de dominio mediante el siguiente hecho concreto:
- *«Indebida exoneración del plazo legalmente establecido para cambiar de condición de Usuario Regulado a Cliente libre que Electro Dunas aplica a los usuarios que contratan el suministro con ella y ofrecimiento de un descuento selectivo del precio al usuario que pretende migrar, con la única finalidad de igualar o mejorar el precio ofrecido por el competidor y excluirlo del mercado».*
58. Es necesario resaltar que, en el caso de los usuarios regulados que quieren cambiar de condición a usuarios libres, Electro Dunas, como suministrador de energía a usuarios regulados en su área de concesión, como se verá más adelante, tendría la posibilidad en la práctica de exigirles o exonerarles del plazo de preaviso que les permiten migrar a la condición de libres.

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

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

¹⁸ TAMAYO, Jesús; Julio SALVADOR; Arturo VÁSQUEZ y Ricardo DE LA CRUZ (Editores), La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país, Osinergmin. Lima-Perú. 2016 p. 42.

¹⁹ Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas

Artículo 34.- Los Distribuidores están obligados a:

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

59. En ese contexto, Electro Dunas, podría haber aprovechado su condición de exclusividad en los mercados de suministro y distribución de energía eléctrica a usuarios regulados, en su área de concesión, para obtener una ventaja indebida sobre Atria Energía, con quien compite en el mercado de suministro de energía a usuarios libres (en especial, usuarios que pueden elegir su condición de usuarios regulados o libres).
60. De este modo, Electro Dunas podría haber realizado las conductas denunciadas en los mercados relevantes de suministro y distribución de energía eléctrica a usuarios regulados, mercados que se definirán a continuación. Por otro lado, conforme se evaluará posteriormente, estas conductas, a su vez, podrían haber tenido efectos en el mercado de suministro de energía a usuarios libres.

a. Mercado de producto relevante

61. 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.
62. En ese sentido, dado que existen dos servicios involucrados en la conducta investigada, el de distribución y suministro de energía eléctrica a usuarios regulados ubicados en el área de concesión de Electro Dunas, se determinará si existen sustitutos adecuados a estos, en función a las necesidades que dichos servicios buscan satisfacer.

Suministro de energía eléctrica a usuarios regulados

63. Los usuarios regulados son aquellos que tienen una demanda máxima menor a 200 kW por punto de suministro, que corresponden a los hogares; y aquellos que, teniendo un consumo mayor a 200 kW y menor a 2500 kW, decidan mantenerse dentro del segmento regulado, que corresponde a los pequeños comercios e industrias.
64. 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 calefacción²⁰. Cabe señalar que, si bien estos artefactos podrían funcionar a base de energía distinta a la eléctrica, como, por ejemplo, a partir de gas natural, lo cierto es que esta fuente de energía aún no está masificada a nivel nacional, debido a que los hogares requieren de instalaciones específicas para acceder a ella, y no existirían incentivos suficientes para que estos asuman la inversión requerida ni para que las

²⁰ TAMAYO, Jesús et al., Óp. Cit. p. 17.

empresas busquen masificar el servicio.²¹ En ese sentido, no es posible afirmar que actualmente los hogares puedan reemplazar el uso de electricidad por otra fuente de energía.

65. Asimismo, los pequeños comercios e industrias utilizan la energía eléctrica dentro de sus procesos de producción como un insumo debido a que requieren de una fuente de energía continua y sostenible²². En general, este tipo de consumidores podrían buscar otro tipo de fuentes de energía diferentes a la electricidad como, por ejemplo, el gas; sin embargo, la decisión de cambiar de una fuente de energía a otra involucra la realización de inversiones en conexiones y contar con artefactos compatibles para el uso de una fuente de energía distinta a la eléctrica²³ (como en el caso del gas), por lo que la sustitución entre fuentes de energía sería limitada en este tipo de clientes. 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.
66. Ahora bien, estos clientes 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, esta alternativa tampoco resulta viable debido a que se requiere adquirir e instalar equipos tales como grupos electrógenos, turbinas o microturbinas²⁴, lo que involucra realizar inversiones que podrían no ser rentables para la mayoría de estos usuarios.
67. En conclusión, por el lado de la demanda no existiría un sustituto adecuado para la energía eléctrica que pueda cubrir las necesidades de los usuarios regulados. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica considera que es posible definir, a nivel indiciario, un primer mercado de producto relevante para el presente caso como el servicio de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados.

Distribución de energía eléctrica

68. 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

²¹ Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), a marzo de 2019, sólo el 8% de hogares tienen acceso al gas natural, lo que equivale a unas 800 mil viviendas en Perú, de las cuales el 90% están en Lima y Callao.

Ver: <https://revistaenergia.pe/inei-en-peru-solo-el-8-de-hogares-cuentan-con-gas-natural/>

²² TAMAYO, Jesús et al., Óp. Cit. p. 17.

²³ 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.calidda.com.pe/industria/Paginas/Aire-acondicionado-a-Gas-Natural.aspx#seccion>

²⁴ 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>

tensión. El servicio de distribución permite que los usuarios finales puedan consumir energía eléctrica producida por las centrales de generación.

69. Como se puede apreciar, el traslado de energía hacia los usuarios finales a través de las redes de transmisión y distribución no posee alternativas.
70. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica, considera que sería posible definir, a nivel indiciario, un segundo mercado de producto relevante para el presente caso como el servicio de distribución de energía eléctrica.

b. Mercado geográfico relevante

71. En relación con la delimitación geográfica del mercado, este se debe determinar en función de dónde se pueden encontrar proveedores alternativos, en atención a las características del producto relevante y a las condiciones de adquisición.

Suministro de energía eléctrica a usuarios regulados

72. 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 concesión²⁵, y que los únicos suministradores de energía para los usuarios regulados son las empresas de distribución, luego cada empresa distribuidora sería la única que podría ofrecer el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados en el área de concesión. Los usuarios regulados ubicados en el área de concesión de una empresa de distribución no tendrían proveedores alternativos a dicha empresa de distribución para el suministro eléctrico.
73. Así, esta Secretaría Técnica considera que el mercado geográfico relevante para el servicio de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados, se encontraría delimitado por el área de concesión de Electro Dunas.

Distribución de energía eléctrica

74. 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, 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 diferente a dicha empresa.

²⁵ 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.

75. En relación con lo anterior, la jurisprudencia comparada ha definido al mercado geográfico relevante como el área donde se ubica la red de distribución de la empresa²⁶.
76. Así, esta Secretaría Técnica considera que el mercado geográfico relevante para el servicio de distribución, se encontraría delimitado por el área de concesión de Electro Dunas.

c. Conclusión sobre el mercado relevante

77. Considerando el análisis realizado sobre los mercados de producto y geográfico relevantes, se considera que los mercados relevantes para el presente caso quedarían delimitados a nivel indiciario como (i) el servicio de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados en el área de concesión de Electro Dunas y (ii) el servicio de distribución de energía eléctrica en el área de concesión de Electro Dunas.

5.1.2. Indicios razonables de la posición de dominio de Electro Dunas

78. Habiendo definido indiciariamente los mercados relevantes, corresponde determinar si, en dichos mercados, habría existido posición de dominio por parte de Electro Dunas al momento de realizar las conductas presuntamente infractoras.
79. Como se ha señalado, de acuerdo con la Ley de Concesiones Eléctricas, la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica a usuarios finales solo puede ser desarrollada por una empresa de manera exclusiva en su área de concesión. De manera similar, hasta la fecha el único proveedor de suministro de energía eléctrica para usuarios regulados es la empresa de distribución en su área de concesión.
80. En ese sentido, en el mercado de distribución de energía eléctrica a usuarios regulados en el área de concesión de la red de distribución de Electro Dunas no opera ni podría operar otra empresa diferente a ella por lo que Electro Dunas no enfrentaría competencia actual ni potencial en este mercado.
81. Algo similar sucede en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en el área de concesión de Electro Dunas, ya que esta empresa, hasta la fecha, no enfrenta competencia, siendo el distribuidor el único que suministra energía eléctrica a los usuarios regulados en su área de concesión.
82. De acuerdo con la memoria anual de Electro Dunas del 2018, esta empresa desarrolla sus actividades en las provincias de Ica, Pisco, Chincha, Nasca y Palpa, en el departamento de Ica; Castrovirreyna y Huaytará en el departamento de Huancavelica; y Lucanas, Parinacochas, Paucar del Sara Sara y Sucre en el

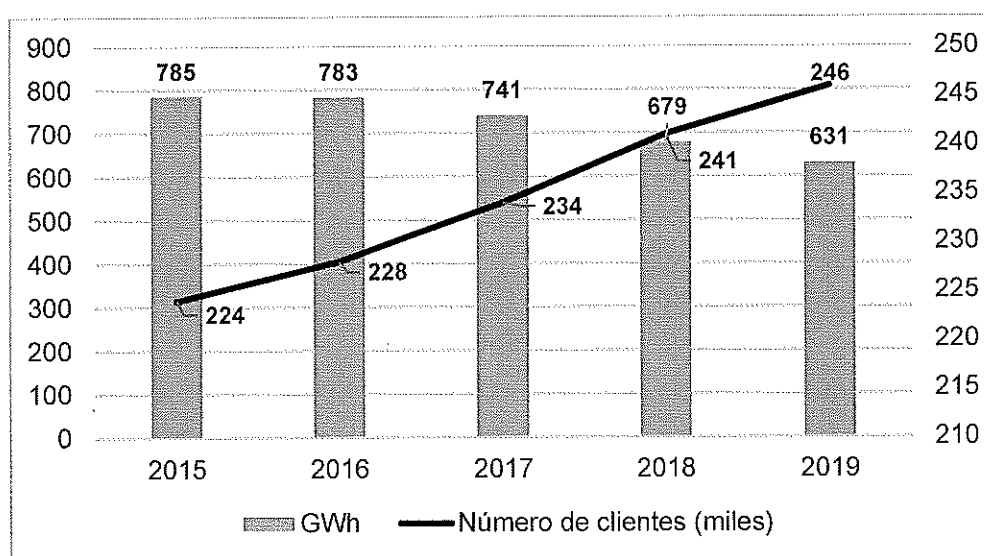
²⁶

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).

departamento de Ayacucho. En total cuenta con un área de distribución de 5,402 km² y brinda energía eléctrica a 240,981 usuarios²⁷.

83. Por otro lado, entre 2015 y 2019 el número de usuarios en el área de concesión de la red de distribución de Electro Dunas se incrementó en 9.8% pasando de 224 mil a 246 mil usuarios. En el indicado periodo, el consumo de energía de sus usuarios se redujo en 19.6% pasando de un consumo de 785.3 GWh al año a 631.1 GWh²⁸.

Gráfico 1: Número de usuarios (miles) de Electro Dunas y consumo (GWh) 2015-2019



Fuente: Osinergmin
Elaboración: Secretaría Técnica

84. De igual forma, según el sistema de información comercial de Osinergmin, Electro Dunas distribuye energía eléctrica a los usuarios regulados en 22 sistemas eléctricos, de los cuales el sistema eléctrico Ica agrupa al 33.3% de los usuarios de Electro Dunas y el 32.9% de la energía consumida en el 2018, seguido del sistema Chíncha con el 18.2% de los usuarios y el 15.9% de la energía.

[Cuadro en la siguiente página]

²⁷ Memoria Anual 2018 Electro Dunas. Disponible en: bvl.com.pe/hhii/B40013/20190306221501/MEMORIA32ANUAL322018.PDF

²⁸ Osinergmin. Información Comercial al mes de diciembre del 2019. Disponible en: http://www2.osinerg.gob.pe/Publicaciones/pdf/sicom/IC_2019_M12.xlsx (Última visita: 12 de marzo del 2020).

Cuadro 1: Número de usuarios de Electro Dunas y Gwh consumidos según sistema eléctrico. 2018

Sistema Eléctrico	Nombre	Número de clientes	Participación	GWh	Participación
SE0043	Chincha	43 811	18,2%	107,70	15,9%
SE0044	Ica	80 285	33,3%	222,99	32,9%
SE0046	Pisco	31 626	13,1%	68,84	10,1%
SE0047	Coracora	3 203	1,3%	2,31	0,3%
SE0049	Pausa	982	0,4%	0,81	0,1%
SE0051	Huaytará-Chocorvos	5 848	2,4%	3,11	0,5%
SE0053	Chaviña	571	0,2%	0,15	0,0%
SE0054	Incuyo	370	0,2%	0,14	0,0%
SE0056	Tambo Quemado	123	0,1%	0,03	0,0%
SE0246	Palpa Rural	7 035	2,9%	14,24	2,1%
SE0247	Puquio Rural	5 981	2,5%	2,66	0,4%
SE1043	Chincha Baja Densidad	9 271	3,8%	52,42	7,7%
SE1045	Nasca	13 730	5,7%	27,90	4,1%
SE1046	Pisco Urbano Rural	3 982	1,7%	6,14	0,9%
SE2044	Santa Margarita	18 065	7,5%	88,13	13,0%
SE2045	Nasca Rural	1 240	0,5%	26,10	3,8%
SE2046	Paracas	1 822	0,8%	25,47	3,8%
SE3044	Tacama	2 535	1,1%	18,59	2,7%
SE3045	Palpa	3 045	1,3%	4,69	0,7%
SE4045	Puquio	4 071	1,7%	2,91	0,4%
SR0040	Chincha Rural	3 253	1,4%	3,18	0,5%
SR0041	Nasca Rural	103	0,0%	0,06	0,0%
Total		240 952	100,0%	678,58	100,0%

Fuente: Osinergmin

Elaboración: Secretaría Técnica

85. Así, esta Secretaría Técnica considera, a nivel indiciario, que Electro Dunas habría ostentado posición de dominio en los mercados de distribución y suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados en su área de concesión.

5.1.3. Identificación del presunto mercado afectado

86. Cuando una presunta conducta anticompetitiva se presenta en mercados relacionados, el mercado relevante puede no coincidir con el mercado afectado.
87. En el presente caso, acorde con los términos de la denuncia, Electro Dunas habría exonerado del plazo de espera de un año a los usuarios regulados que cambien de condición a usuarios libres y permanezcan contratando con ella. De esta forma, según la hipótesis anticompetitiva de la denuncia, Electro Dunas habría aprovechado su condición como único proveedor en el mercado de distribución y de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en su área de concesión, para afectar la competencia en el suministro de energía eléctrica de los usuarios libres que provenían del mercado regulado.
88. Así, Electro Dunas habría utilizado su posición de dominio en los mercados relevantes para afectar el mercado de suministro a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados. En particular, los usuarios libres presuntamente afectados serían aquellos cuya máxima demanda anual sea mayor de 200 kW hasta 2500 kW. De esta forma, el mercado afectado sería el

del servicio de suministro a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados cuya máxima demanda anual sea mayor de 200 kW hasta 2500 kW, y que se encuentran en el área de concesión de Electro Dunas. Dichos usuarios corresponderían a pequeños comercios e industrias principalmente.

89. Como se señaló anteriormente, los pequeños comercios e industrias utilizan la energía dentro de sus procesos de producción como un insumo, requieren de una fuente de energía continua y sostenible. A pesar de que estos consumidores podrían buscar otro tipo de fuentes de energía diferentes a la electricidad como, por ejemplo, el gas; la decisión de cambiar involucra la realización de fuertes inversiones, básicamente relacionadas con los equipos a instalar tales como grupos electrógenos, turbinas o microturbinas, así como cambiar, de ser el caso, sus artefactos por otros que sean compatibles con la nueva fuente de energía, por lo que la sustitución entre fuentes de energía sería limitada. Así, para los pequeños comercios e industrias no sería factible el reemplazo de electricidad por otra fuente de energía en el corto plazo.
90. Por otro lado, los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuarios libres pueden optar por establecer contratos con empresas generadoras y distribuidoras para la adquisición de energía eléctrica²⁹. Estos agentes firman contratos bilaterales que reflejan las tarifas y otros aspectos del servicio, negociados entre las partes. En general, los usuarios libres ubicados en una determinada área de concesión pueden tener como proveedores a generadores cuyas centrales se encuentren ubicadas fuera del área de concesión³⁰.
91. En el presente caso, la conducta analizada implicaría un presunto aprovechamiento de Electro Dunas, de la condición de exclusividad que ostenta en los mercados relevantes, para captar, de forma presuntamente indebida, clientes que optan por cambiar a la condición de usuarios libres. En ese sentido, la conducta si bien se realizaría en los mercados relevantes, afectaría la competencia entre las empresas de generación (como es el caso de Atria Energía), distribución y Electro Dunas por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuarios libres dentro del área de concesión de Electro Dunas.
92. Así, el mercado afectado sería el de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuarios libres dentro del área de concesión de Electro Dunas.

²⁹

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.

³⁰

A modo de ejemplo, en el 2018, Engie Energía Perú S.A. tenía ocho centrales de generación ubicadas en los departamentos de Ancash, Lima, Moquegua y Pasco y abastecía a usuarios libres ubicados en los departamentos de Ancash, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Ica, La Libertad, Lima, Pasco, Puno, Tacna, Junín y Apurímac.

5.1. Indicios de la existencia de las conductas denunciadas

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

93. Atria Energía ha indicado que tiene ofertas competitivas para los usuarios regulados con un precio de suministro inferior al de Electro Dunas con la finalidad de que los referidos usuarios - ubicados en la zona de concesión de Electro Dunas y cuya demanda oscila entre los 200 kW y los 2500 kW – cambien su condición a usuarios libres y contraten el suministro de energía con ella.

Sin embargo, luego de que los referidos usuarios le comunicaban a Electro Dunas que habían decidido cambiar su condición a usuarios libres, así como su nuevo suministrador de energía (Atria Energía) y que la migración se haría efectiva en el plazo de un año establecido en el marco regulatorio, Electro Dunas les ofrecía un precio menor al ofrecido por Atria Energía y la aplicación inmediata de tal condición con la finalidad de que continúen en su cartera de clientes.

94. Concretamente, en 2017, Atria Energía celebró Contratos de Suministro de Electricidad con las empresas Mercurio, Brande y Procesadora Alonso³¹. Estas empresas tenían la condición de usuarios regulados y su suministrador de energía era Electro Dunas.

Luego que decidieron cambiar su condición a usuarios libres y contrataron con Atria Energía, las empresas Mercurio, Brande y Procesadora Alonso comunicaron a Electro Dunas esta situación a través de cartas del 5 de junio, 10 de julio y 4 de setiembre de 2017, indicando el nombre de su nuevo suministrador (Atria Energía) y la fecha a partir de la cual regiría la condición de libre, respetando el plazo de preaviso de un año establecido en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.

Ante ello, Electro Dunas habría ofrecido a Mercurio, Brande y Procesadora Alonso que, de mantenerse como sus clientes, les cobraría un precio menor que el ofrecido por Atria Energía y que su cambio a usuario libre sería inmediato³². De hecho, Mercurio pese a tener un contrato de suministro vigente con Atria Energía firmó un nuevo contrato con Electro Dunas, el cual empezó a aplicarse inmediatamente.

95. De este modo, de acuerdo con la denuncia, Electro Dunas habría abusado de su posición de dominio, favoreciendo a aquellos usuarios que optaban por cambiar a usuarios libres y mantenían el suministro de energía dentro de su cartera, en perjuicio de Atria Energía.

³¹ Los contratos de suministro de energía entre Atria Energía y Mercurio, Brande y Procesadora Alonso fueron suscritos, respectivamente, el 6 de junio, 7 de julio y 4 de setiembre de 2017.

³² De acuerdo con Atria Energía, el ofrecimiento de la exoneración del año se habría realizado a través de las cartas del 20 de junio de 2018 remitidas a Brande y Procesadora Alonso. En relación con Mercurio indicó que también se le habría realizado el mismo ofrecimiento debido a que la referida empresa celebró un nuevo contrato con Electro Dunas el 26 de febrero de 2018, el cual empezó a aplicarse el 1 de marzo de 2018.

96. A continuación, se analizará las condiciones comerciales que Electro Dunas habría aplicado u ofrecido a los clientes que optaban por migrar a la condición de usuarios libres, a fin de determinar si existen elementos probatorios que acrediten indiciariamente la conducta denunciada.
97. Atria Energía indicó que Electro Dunas ofrece un descuento selectivo del precio y la exoneración del plazo de preaviso al usuario regulado que pretende migrar a libre, con la única finalidad de igualar o mejorar las condiciones ofrecidas por el competidor y excluirlo del mercado, pese a conocer que dicho competidor ya celebró un contrato de suministro con el referido usuario y únicamente se encuentra esperando la fecha para el inicio del suministro.
98. Para sustentar su afirmación presentó las comunicaciones del 20 de junio de 2018 remitidas por Electro Dunas a Brande y Procesadora Alonso que evidenciarían el supuesto ofrecimiento para exonerarles del plazo de preaviso y los descuentos selectivos del precio. Adicionalmente, presentó el contrato entre Mercurio y Electro Dunas que revelaría que su suscripción fue el 26 de febrero de 2018 y el inicio del suministro de energía como usuario libre fue dos días después de ello (1 de marzo de 2018), y que además se le aplicó un precio menor al ofrecido por Atria Energía.
99. Al respecto, esta Secretaría Técnica ha podido observar que efectivamente, a nivel indiciario, las referidas cartas y contrato evidenciarían que Electro Dunas ofrecería o aplicaría la exoneración del plazo de preaviso cuando un usuario regulado que se ubica en su zona de concesión decide cambiar su condición a usuario libre manteniendo como su suministrador de energía a su empresa. Adicionalmente, se ha verificado que en los diversos contratos de suministro de energía vigentes entre Electro Dunas y sus clientes, la fecha de inicio del suministro coincide con la fecha de firma o es posterior solo con unos días de diferencia; o incluso, en determinados casos, la fecha de inicio de suministro es anterior a la fecha de firma del contrato³³.
100. Ahora bien, de acuerdo con lo señalado por el Osinergmin³⁴, los clientes de las empresas distribuidoras que optaban por migrar de usuario regulado a libre podían permanecer en la condición de regulado por el plazo de un (1) año, salvo que, en el marco de sus relaciones comerciales, las empresas distribuidoras les

³³ Los contratos vigentes de Electro Dunas analizados fueron con los siguientes clientes: Perú Metal Trading, Machu Picchu Foods 3, JM Metales, Aeropuertos del Perú, Agrícola la venta 3, Fundo San Fernando, Empresa Minera Fecma, Mercurio, Sierra Antapit, Agrícola la venta 2, Agrícola Carmen Luisa, Inversiones Prisco 1, Inversiones Prisco 2, Itálica Societa Minera del Perú, Agrolatina 2, Agrícola la venta 1, Minera Santa María y Machu Picchu Foods 2. Ver: <http://www.osinergmin.gob.pe/empresas/electricidad/generacion/contratos-de-usuarios-libres>

³⁴ En el Oficio 3086-2018-OS-DSE del 9 de octubre de 2018 remitido por Osinergmin como respuesta a la consulta realizada por la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal, se señala 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.»

permitieran liberarse de este plazo. Es decir, Electro Dunas podía exigirles a los usuarios regulados el cumplimiento del año de preaviso para migrar a usuarios libres; o decidir exonerar (o reducir) este plazo a sus clientes, siempre que dicha estrategia se produzca por razones vinculadas a una mayor eficiencia económica.

101. Debe considerarse también que de acuerdo con lo afirmado por Atria Energía, adicionalmente a la exoneración del plazo de preaviso, Electro Dunas ofrecería descuentos selectivos del precio al usuario que pretendía migrar, con la finalidad de igualar o mejorar el precio ofrecido por el competidor, pese a conocer que dicho competidor ya había celebrado un contrato de suministro con el referido usuario y únicamente se encuentra esperando la fecha para el inicio del suministro.
102. De una revisión preliminar, se ha observado que durante el 2018³⁵, la empresa que habría captado la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Electro Dunas con 18 usuarios, que representó el 43% del total de usuarios de dicho año. Estos usuarios consumieron 3 846 MWh en total, que representó el 40% del total de energía consumida por estos usuarios; le siguió Atria Energía con 13 usuarios (31% del total) con un consumo total de 1 691 MWh (18% del total) y Engie Energía Perú S.A. con 3 usuarios (7% del total) con un consumo total de 1 303 MWh (14% del total).
103. Asimismo, se ha observado que en promedio los precios de suministro de energía ofrecidos por Electro Dunas a los usuarios libres que antes eran usuarios regulados fueron inferiores a los precios cobrados por las empresas generadoras durante el 2018. En efecto, a manera de ejemplo, en el periodo indicado el precio medio cobrado por Electro Dunas por el servicio de suministro de energía ha sido en promedio S/ 14.54 céntimos por kWh, el cual era inferior en 8.6% al precio cobrado por Atria Energía (S/ 15.91 céntimos por kWh).
104. Durante el 2018, a criterio de esta Secretaría Técnica, Electro Dunas habría obtenido una participación importante del mercado de suministro de energía de usuarios regulados que tienen la posibilidad de cambiar su condición a usuario libre, pero no necesariamente como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso, pues como se puede observar, ofrecía precios competitivos que incluso eran los más bajos del mercado en comparación con los ofrecidos por algunas generadoras, factor que habría podido influir de forma determinante en los usuarios al momento de elegir a su proveedor de energía.

De hecho, los precios por el suministro de energía en este mercado constituyen una variable relevante para la decisión de un usuario pues precisamente tienen la opción de evaluar permanecer como usuario regulado o cambiar su condición a usuario libre, principalmente, por la diferencia de precios -y consecuente ahorro- que pueden percibir por mantenerse o cambiar de condición. Por ello, resulta lógico que una vez que deciden cambiar su condición a usuario libre,

³⁵ De acuerdo con lo declarado por Electro Dunas, su empresa no poseía provisionamiento de energía que le permitiera establecer contratos con usuarios libres hasta el año 2017. De hecho, de la información revisada, se observa que Electro Dunas suscribió un contrato de suministro para un solo usuario libre a partir de marzo de 2017, y recién inició el suministro de otros usuarios en marzo de 2018.

también busquen la opción más atractiva en cuanto a los precios que ofrecen los generadores o distribuidores que operan en el mercado.

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

Cuadro 2: Condiciones comerciales ofrecidas por Electro Dunas

Empresa	Fecha del contrato u ofrecimiento	Vigencia	Potencia S/ KW-Mes	Precio Base	Energía Hora Fuera de Punta Cts S/ KWh
				Energía Hora Punta Cts S/ KWh	
Mercurio E.I.R.L.	26/02/2018	01/03/2018 - 28/02/2021	20,17	9,26	9,09
Procesadora Alonso S.A.C.	20/06/2018	01/07/2018 - 30/04/2019	20,12	8,83	8,83
		01/05/2019 - 30/04/2020	20,12	9,16	9,16
		01/05/2020 - 30/06/2021	20,12	9,49	9,49
Cables Eléctrico Brande S.A.C.	20/06/2018	01/07/2018 - 30/04/2019	20,12	7,52	7,52
		01/05/2019 - 30/04/2020	20,12	8,50	8,50
		01/05/2020 - 30/06/2021	20,12	9,49	9,49

*Los precios de potencia y energía de Electro Dunas se encontraban en dólares (US\$), se ha convertido la moneda utilizando el tipo de cambio interbancario vigente durante el mes en el que se realizó el ofrecimiento.

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

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

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

por sus competidores pues, a diferencia de las empresas generadoras que producen la energía, Electro Dunas debía adquirir la energía de otras empresas para a su vez suministrarla a los clientes que decidían contratar con ella³⁶.

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

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

110. Atria Energía indicó que Electro Dunas ofrece un descuento selectivo del precio y la exoneración del plazo legal de preaviso al usuario que pretende migrar, con la única finalidad de igualar o mejorar las condiciones ofrecidas por el competidor y excluirlo del mercado, pese a conocer que dicho competidor ya celebró un contrato de suministro con el referido usuario y únicamente se encuentra esperando la fecha para el inicio del suministro. Afirmó que, como consecuencia de ello, Mercurio, pese a tener un contrato de suministro vigente con Atria Energía, firmó un nuevo contrato con Electro Dunas, el cual empezó a aplicarse inmediatamente.
111. Al respecto, en el supuesto de que la oferta realizada por Electro Dunas a Mercurio luego de que esta firmara un contrato con Atria Energía hubiese generado que Mercurio decidiera contratar el suministro de energía con Electro Dunas, a criterio de esta Secretaría Técnica, no es posible sustentar que tal acción resultó idónea para materializar un objetivo restrictivo ni podría atribuirse a Electro Dunas haber abusado de su posición de dominio, pues responde a una decisión adoptada por el cliente quien es responsable de sus decisiones y de las consecuencias legales que podría generar su conducta en relación con la suscripción de un nuevo contrato y el incumplimiento de otro contrato celebrado anteriormente con Atria Energía³⁷.
112. Adicionalmente, esta Secretaría Técnica observa que las condiciones ofrecidas por Electro Dunas supuestamente para instigar a determinados usuarios a no

³⁶ En algunos casos, la existencia de una empresa aguas abajo que adquiere un insumo, de una empresa aguas arriba, para su proceso productivo, induciría una distorsión en el precio que no se observaría si la empresa aguas arriba vendiera directamente a los consumidores finales. En este caso, ambas empresas agregan un cargo adicional o *mark-up* generando un incremento en el precio debido a una doble marginalización. Ver OECD. Restructuring Public Utilities for Competition. 2001. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/19635977.pdf>

³⁷ A manera de ejemplo, el hecho de que una empresa de telefonía móvil ofrezca al cliente de otra empresa una mejor oferta en el servicio u otras condiciones que incida en la decisión de este cliente a cambiar de operador móvil pagando previamente las penalidades respectivas, no implica que el nuevo operador móvil hubiese coaccionado o utilizado herramientas indebidas para generar tal decisión.

aceptar el suministro de energía de Atria Energía, corresponden a los mismos hechos analizados en la sección 5.2.1 de la presente resolución.

113. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que tampoco corresponde admitir a trámite la denuncia formulada por Atria energía contra Electro Dunas en este otro extremo referido a una presunta infracción de lo establecido en el literal g) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

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

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

114. Como se ha señalado, el 15 de marzo de 2019, Atria Energía presentó un escrito complementando su denuncia, indicando que una vez alcanzado el objetivo de Electro Dunas de lograr que el usuario libre termine su contrato con el competidor para permanecer como su cliente, Electro Dunas negaba las lecturas del suministro de dicho usuario a su competidor para que pudiera emitir la respectiva facturación, eliminado así toda posibilidad de que el competidor pueda ejecutar su contrato con el usuario libre, pese a que los usuarios libres tienen la facultad de mantener una relación con dos o más suministradores.
115. Para sustentar su afirmación, Atria Energía proporcionó una cadena de correos de agosto de 2018, en los cuales un funcionario de su empresa solicita a Electro Dunas remitir las mediciones y los cargos por transmisión y distribución de un conjunto de clientes, entre los cuales se encontraba Mercurio. Luego de proporcionarle la información requerida sobre los demás clientes, el funcionario de Electro Dunas le solicitó que respecto de Mercurio se coordinara con uno de los ingenieros de la empresa.
116. Al respecto, de la revisión de las comunicaciones, esta Secretaría Técnica ha podido observar que la información solicitada por Atria Energía era sobre sus 20 clientes libres que se encontraban en la zona de concesión de Electro Dunas, clientes cuyos inicios de sus suministros había sido entre enero de 2016 y julio de 2018³⁸.
117. De acuerdo con Atria Energía la información solicitada era necesaria para poder emitir la respectiva factura a nombre del usuario libre. Por ello, considerando que desde la fecha en la que tales usuarios (que se ubican en la zona de concesión de Electro Dunas) iniciaron su suministro de energía con Atria Energía, la referida empresa no habría recibido negativa alguna por parte de Electro Dunas sobre la información relevante que necesitaba para emitir la respectiva facturación a sus clientes, a criterio de esta Secretaría Técnica, no existirían

³⁸

La información solicitada fue de los siguientes clientes: Drokasa, Corporación Frutícola de Chíncha, Buendía Ploog Pablo Antonio, Icatom, Fundo San Luis, El Pedregal 2, Empacadora y Procesadora Huamani, Ipasa, El Pedregal 1, Agrícola Santiago Queirolo 1, Planta Procesadora Carolina del Sur, Mercurio, Hilados Especiales del Sur, Agro Paracas, Coexa, Compañía Agroindustrial Santa Fe de Lanchas, Ica Sur, Compañía Americana de Conservas, Agrisil, Hacienda El Monasterio.
Ver: <http://www.osinergmin.gob.pe/empresas/electricidad/generacion/contratos-de-usuarios-libres>

indicios sobre una estrategia adoptada por Electro Dunas dirigida a perjudicar o limitar el normal desarrollo de las actividades económicas de Atria Energía.

De hecho, incluso en las comunicaciones se puede observar que Electro Dunas también habría facilitado la información requerida sobre los últimos 5 clientes cuyos suministros de energía habían iniciado en julio de 2018³⁹ (un mes antes de la comunicación materia de análisis), desvirtuando algún tipo de estrategia por parte de Electro Dunas que por sí misma podría constituir un mecanismo idóneo para restringir la competencia o que evidenciaría un abuso de su posición de dominio como titular exclusivo de la red de distribución en su zona de concesión. Por el contrario, habría facilitado la información relevante que, a criterio de la propia Atria Energía, era necesaria para el desarrollo de sus actividades como suministrador de energía a usuarios libres.

118. Únicamente Electro Dunas no habría brindado información sobre Mercurio debido a que el suministro de energía por parte de Atria Energía en esa fecha se encontraba limitado o restringido pues este cliente a pesar de que tenía un contrato de suministro de energía con Atria Energía también habría celebrado un contrato con Electro Dunas. Dicha situación habría generado un conflicto privado entre Mercurio y Atria Energía, que incluso se puso de manifiesto en la comunicación remitida por esta última a Mercurio el 31 de julio de 2018 indicándole que *«requerimos a Mercurio que en un plazo de quince (15) días calendario, cumpla con su obligación de exclusividad contemplada en el Contrato y haga llegar a ESR pruebas suficientes que acrediten que el contrato de suministro suscrito con ED ha sido resuelto. En caso contrario, el contrato quedará resuelto por el incumplimiento de Mercurio, quedando a cargo de ésta el pago de ESR de la respectiva indemnización por daños y perjuicios, que adelantamos, no será menor de a la suma de S/. 1' 675, 067.00»*.
119. En ese sentido, esta Secretaría Técnica considera que, a la emisión de la presente decisión, no existen indicios razonables de que Electro Dunas haya infringido la cláusula general de abuso de posición de dominio, en los términos del literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

Sobre la promesa de trato diferenciado en la calidad del suministro respecto a los que contraten con terceros competidores

120. Adicionalmente, Atria Energía indicó que los contratos de suministro celebrados entre Electro Dunas y sus clientes libres incluía una cláusula que les aseguraba que las condiciones de calidad en sus suministros eran las mejores que se venían aplicando en el mercado, lo que revelaba una promesa de trato diferenciado respecto a los usuarios que contrataban el suministro de energía con sus competidores, pues únicamente Atria Energía les garantizaba a sus clientes que en caso detectaran mejores condiciones ofrecidas a otro de sus clientes, las mismas condiciones se le aplicarían inmediatamente al cliente que realizara tal observación.

³⁹ Agrícola Santiago Queirolo 1, Planta Procesadora Carolina del Sur, Mercurio, Hilados Especiales del Sur y Compañía Americana de Conservas.
Ver: <http://www.osinergmin.gob.pe/empresas/electricidad/generacion/contratos-de-usuarios-libres>

121. Concretamente, la cláusula materia de análisis de los contratos de suministro de energía de Electro Dunas y sus clientes libres, es la siguiente:

«13.1. Las partes acuerdan que las condiciones de calidad del Suministro que ELECTRODUNAS brindará a EL CLIENTE serán las mismas que se aplican a los suministros de Servicio Público de Electricidad, conforme a las normas vigentes, declarando que no existe actualmente mejores condiciones otorgadas a sus usuarios libres de electricidad.

13.2. Sin perjuicio de lo indicado en el numeral 13.1 precedente, queda establecido que si en caso ELECTRODUNAS pactara con algún tercero usuario libre mejores condiciones de calidad de suministro que las referidas en el referido numeral anterior, éstas se aplicarán inmediatamente al presente Contrato y reemplazarán las condiciones de calidad que en ese momento se estuvieran aplicando. Lo anterior ocurrirá cada vez que ELECTRODUNAS otorgue mejores condiciones que las otorgadas a EL CLIENTE durante la duración del presente Contrato.»

122. Como se puede observar, de acuerdo con el referido contrato, Electro Dunas en su calidad de suministradora ofrecía a sus clientes libres las mismas condiciones de «calidad de suministro» que aquellas que les ofrecía a los clientes regulados, conforme a las normas vigentes. Adicionalmente, les otorgaba la posibilidad a sus clientes libres, de que en caso detectaran mejores condiciones en la «calidad del suministro» en sus otros clientes libres, les aplicaría inmediatamente también dichas condiciones.
123. Al respecto, la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, establece que la calidad del servicio eléctrico a clientes libres, los límites de perturbaciones de estos clientes y las compensaciones a que hubiere lugar deben ser fijados por contrato y, en todo aquello que no se haya acordado, resultará aplicable la referida norma⁴⁰. Ahora bien, dicha norma establece que, entre los factores que forman parte de la calidad de los servicios eléctricos se encuentra la calidad del suministro que básicamente se refiere a la función de continuidad del servicio eléctrico; es decir, a la no interrupción del servicio eléctrico.
124. En el caso particular, en la cláusula analizada no se detalla expresamente qué condiciones ofrecería Electro Dunas sobre la calidad del suministro a sus clientes libres. Por tanto, no es posible determinar a nivel indiciario que Electro Dunas ofrecía condiciones indebidas en la calidad del suministro a sus clientes aprovechándose de su rol como distribuidor.
125. En efecto, los ofrecimientos que Electro Dunas podría realizar sobre la calidad del suministro únicamente sería en su calidad de suministrador de energía más

⁴⁰ Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, aprobada mediante Decreto Supremo 020-97-EM III. ALCANCES

La presente norma es de aplicación imperativa para el suministro de servicios relacionados con la generación, transmisión y distribución de la electricidad sujetos a regulación de precios y aplicable a suministros sujetos al régimen de libertad de precios, en todo aquello que las partes no hayan acordado o no hayan pactado en contrario.

3. OBLIGACIONES DEL SUMINISTRADOR, DEL CLIENTE Y DE TERCEROS

3.4 La calidad del servicio eléctrico a Clientes libres, los límites de emisión de perturbaciones de estos Clientes y las compensaciones a que hubiere lugar deben ser fijados por contrato. (...)

no como titular de la red de distribución pues como tal debe cumplir determinadas obligaciones que se establecen en la Ley de Concesiones Eléctricas y otras normas afines⁴¹, más aun si por el servicio de distribución pagan todos los usuarios ubicados en la zona de concesión de Electro Dunas independientemente de si el suministro de energía se contrata con dicha empresa o una empresa generadora.

126. Por ello, considerando que de la sola redacción de la cláusula materia de cuestionamiento no es posible concluir, a nivel indiciario, que Electro Dunas estaría aprovechando su titularidad exclusiva en el mercado de distribución para realizar ofrecimientos indebidos a sus usuarios libres como suministrador de energía, así como tampoco se ha presentado información adicional que evidencie que esta situación se produjo en los hechos, a criterio de esta Secretaría en base a la información aportada por Atria Energía, no se estaría generando una restricción indebida en el mercado de suministro de energía a usuarios regulados que tiene la opción de cambiar a usuarios libres.
127. En ese sentido, esta Secretaría Técnica considera que, a la emisión de la presente decisión, no existen indicios razonables de que Electro Dunas haya infringido la cláusula general de abuso de posición de dominio, en los términos del literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

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

RESUELVE: No admitir a trámite la denuncia presentada por Atria Energía S.A.C. contra Electro Dunas S.A.A y; en consecuencia, no iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra dicha empresa, al no haberse acreditado la existencia de indicios razonables acerca de un supuesto abuso de posición de dominio en las modalidades de 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; e incitar a terceros a no aceptar contratar bienes o servicios; ni de una infracción a la cláusula general, infracciones previstas, respectivamente, en los artículos 10.1 y 10.2, literales b), g) y h) del Texto Único de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en los mercados de distribución y suministro de energía eléctrica a usuarios regulados.



Hugo Figari Kahn
Secretario Técnico (e)
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

⁴¹

Ley de Concesiones Eléctricas

Artículo 34.- Los Distribuidores están obligados a:

(...)

c) Garantizar la calidad del servicio que fije su contrato de Concesión y las normas aplicables