



Expediente 005-2021/CLC

Resolución 006-2022/DLC-INDECOPI

22 de febrero de 2022

VISTOS:

El escrito de denuncia presentado el 17 de setiembre de 2021 por Esmeralda Corp. S.A.C. (en adelante, Esmeralda o la Denunciante) en contra de Luz del Sur S.A.A. (en adelante, Luz del Sur o la Denunciada); así como las actuaciones realizadas por la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, la Dirección, antes, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia¹) y demás actuaciones que obran en el expediente; y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 17 de setiembre de 2021, Esmeralda interpuso una denuncia contra Luz del Sur por un supuesto abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y en la negativa injustificada de acceder al pedido de ampliación de potencia de la empresa, conductas tipificadas en los literales a) y b) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas². La denuncia se sustentó en los siguientes argumentos:

a. Hechos denunciados

- Esmeralda suscribió tres (3) Contratos de Suministro de Servicio Público (incluyendo a sus tres puntos de suministro: 1454791, 344089, y 1518819), como usuario regulado de energía eléctrica con Luz del Sur, para la realización de actividades en la industria alimentaria.
- De acuerdo con lo regulado en la normativa vigente al momento de la controversia, existen tres tipos de usuarios de electricidad: (i) usuarios regulados que tienen una demanda máxima anual de energía eléctrica de 200

¹ Según lo establecido en el literal a) del artículo 97 del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia ejerce las funciones de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. El texto integrado del nuevo ROF fue aprobado por la Resolución 063-2021-PRE/INDECOPI del 4 de junio de 2021 y publicado en la plataforma del Estado Peruano el 10 de junio de 2021. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/1959220-reqlamento-de-organizacion-y-funciones-del-indecopi>

² Aprobada mediante Decreto Legislativo 1034 (2008) y modificada mediante Decretos Legislativos 1205(2015), 1396 (2018) y 1510 (2020). Las referencias a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas en el presente informe corresponden al Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 030-2019-PCM.



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

- En atención al incremento del consumo de energía de Esmeralda en uno de sus puntos de suministro (llegando a superar la cantidad de 2500 kW en el Suministro 1454791), el 18 de marzo de 2015 Luz del Sur envió una comunicación manifestando que dicho suministro debía pasar a la condición de Usuario Libre de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad³, solicitándole a Esmeralda iniciar los trámites correspondientes para el aumento de carga y el cambio de condición de su suministro, debiendo indicar los nuevos valores de potencia que demandará la planta industrial de Esmeralda.
- El 18 de agosto de 2015 Luz del Sur le planteó a Esmeralda firmar un contrato de Usuario Libre para sus tres puntos de suministro⁴. Dentro de dicha propuesta se recogían las potencias registradas de Esmeralda para sus tres puntos de suministro (4,406.1 kW en total) y la potencia límite que se proponía contratar (5,000 kW).

A través de dicha comunicación, Luz del Sur habría reconocido expresamente la condición de Esmeralda de Usuario Libre por imperio de la ley, ya que solo se puede ofrecer la suscripción de un contrato de suministro para usuario libre, conforme a ley, a quien legalmente ha adquirido dicha condición.

- El 16 de setiembre de 2015 Esmeralda envió una carta notarial a Luz del Sur, atendiendo la solicitud del 18 de agosto de 2015 y manifestando que procedería a cambiar de condición de Usuario Regulado a Usuario Libre respecto de sus tres (3) puntos de suministro. Asimismo, comunicó que resolvía de pleno derecho los tres (3) contratos suscritos para dichos suministros, ya que por ley no cabía mantener la vigencia de los contratos reservados para un mercado regulado.
- Una vez resueltos los contratos, Esmeralda suscribió un contrato de suministro de energía con **Engie Energía Perú S.A.** (en adelante, Engie) en setiembre de 2015, con fecha de inicio de suministro el 1 de octubre de 2015, indicando que con dicho contrato ahorraba más del 30% con respecto a la facturación que venía obteniendo con Luz del Sur.

³ Decreto Supremo 022-2009-EM - Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad
Artículo 3.- Rango de Máxima Demanda

3.3 Los Usuarios cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro sea mayor a 2500 kW, tienen la condición de Usuarios Libres, a excepción de lo señalado en el numeral anterior.

⁴ Anexo 1-E del escrito de denuncia.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

- Luego de recibir la carta notarial de Esmeralda, Luz del Sur cambió su posición e interpretó que la condición de usuario libre únicamente correspondería a uno de sus puntos de suministro (el de la comunicación del 18 de marzo de 2015) y no respecto de los otros dos.

En tal sentido, mediante carta del 18 de setiembre de 2015, Luz del Sur informó a Esmeralda que los otros dos suministros se encontraban sujetos al plazo de preaviso de un (1) año previsto en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad⁵, y que no era procedente el cambio de condición de los suministros, al no haberse formalizado dicho preaviso.

- De esta manera, Luz del Sur habría desconocido la calidad de usuario libre de Esmeralda y, consiguientemente, su derecho a contratar con terceros el suministro de energía eléctrica, a pesar de que en la realidad ya ostentaba dicha calidad y derecho por haber superado el consumo de 2500 kW, situación reconocida por Luz del Sur al momento de proponer y negociar la suscripción de un contrato por 5000 kW como usuario libre respecto de sus tres (3) puntos de suministro.
- Luz del Sur siguió emitiendo recibos por los dos puntos de suministro que, a su criterio, continuaban bajo la condición de Usuario Regulado.
- En virtud de lo anterior, el 21 de octubre de 2015 Esmeralda solicitó a Luz del Sur (i) ampliar la potencia conectada en su primer punto de suministro a 5 000 kW (para no consumir electricidad en los otros dos puntos de suministro), y (ii) dar de baja a sus otros dos suministros⁶. No obstante, Luz del Sur no cumplió con dicho requerimiento.
- Frente a la negativa de Luz del Sur de atender su solicitud, el 12 de octubre de 2016 Esmeralda solicitó al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergrmin) que dicte un mandato de conexión.

En ese sentido, mediante Resolución de Consejo Directivo 254-2016-OSD/CD del 10 de noviembre de 2016, Osinergrmin emitió un mandato de conexión a favor de Esmeralda, a fin de que efectúe el incremento de potencia solicitado, señalando que Luz del Sur no adecuó sus instalaciones para efectuar el incremento, y que debió haber realizado el incremento de potencia en los plazos establecidos por el Decreto Supremo 020-97-EM, que aprueba la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos⁷.

⁵ Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad

Artículo 4.- Requisitos y condiciones

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

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

⁶ Ver Anexo 1-H del escrito de denuncia.

⁷ Ver Anexo 1-I del escrito de denuncia.



- Desde octubre del 2015 a marzo del 2017, periodo en el que Luz del Sur negó la condición de Usuario Libre de Esmeralda y se resolvía la solicitud de mandato de conexión presentada por Esmeralda al Osinergmin, la Denunciada continuó facturando electricidad a Esmeralda por los otros dos suministros, emitiendo facturas por un total de S/ 2'237,607.90. Al respecto, Esmeralda remitió cartas a Luz del Sur a través de las cuales devolvió los recibos emitidos por los consumos de dichos suministros⁸.
- Luz del Sur persistió en cobrar a Esmeralda las facturas de octubre de 2015 a noviembre de 2016 más intereses e incluso amenazaba con cortar el suministro eléctrico en los dos puntos de suministro en caso no fuesen canceladas⁹. Al respecto, el 18 de julio de 2016 Osinergmin remitió una carta a Luz del Sur indicándole que, de conformidad con el Reglamento de Solución de Controversias del Osinergmin, no puede efectuar cortes o suspensiones del suministro por causas vinculadas al objeto de la controversia con Esmeralda.

El 9 de setiembre de 2021, Luz del Sur volvió a insistir con el pago de los dos suministros de energía eléctrica, por el periodo octubre 2015 a noviembre de 2016, por un monto de S/ 3'109,887.63; al haber agregado intereses compensatorios y moratorios.

b. Posición de dominio de Luz del Sur

- Luz del Sur cuenta con una posición de dominio en el mercado de suministro de energía eléctrica, toda vez que, en el mercado de distribución y suministro de energía, cuenta con la concesión por parte del Estado Peruano para ser el único distribuidor de energía eléctrica respecto en una zona geográfica específica del país.
- En ese sentido, para todo usuario ubicado en dicha zona, la distribución de electricidad se lleva a cabo únicamente a través de Luz del Sur. En otras palabras, en su área de concesión, Luz del Sur tiene el monopolio de la red de distribución y del suministro de energía para todos los clientes regulados.
- Dentro de la zona de concesión que goza Luz del Sur, se encuentra el distrito de San Juan de Miraflores, donde se ubica el predio de Esmeralda.
- Además, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) señaló, en la Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI, que Luz del Sur tiene la concesión de la actividad de distribución y comercialización de energía, calificándolo incluso como un monopolio.
- Por tanto, Luz del Sur tiene posición de dominio, en el mercado relevante de distribución y suministro de energía eléctrica, en tanto goza de una concesión conforme a la información que Luz del Sur indica en su página web.

⁸ Ver Anexo 1-J del escrito de denuncia.

⁹ Ver Anexo 1-K del escrito de denuncia.



c. Sobre la supuesta aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes

- Luz del Sur habría incurrido en un supuesto de abuso de posición de dominio en perjuicio de Esmeralda, al aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, debido a que en un primer momento Luz del Sur le ofreció tratarla como usuario libre siempre que la mantenga como distribuidora; sin embargo, al tomar conocimiento de que Esmeralda contrató con Engie, Luz del Sur cambió su posición y le dio a Esmeralda el tratamiento de usuario regulado, con condiciones más onerosas.
- Este cambio en la conducta de Luz del Sur no solo sería contrario a sus propios actos, sino a la legislación aplicable en el momento de la controversia. De acuerdo con Esmeralda, la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad definen al usuario como un sujeto. En ese sentido, un objeto como un punto de suministro no puede ostentar la calidad de usuario. Por ello, Esmeralda es el único usuario del servicio de suministro respecto de sus tres (3) puntos de suministro.
- A partir del cambio de tratamiento de Luz del Sur, la empresa comenzó a cobrar a Esmeralda importes adicionales como si tuviese la condición de usuario regulado, colocándola en una situación desventajosa ya que estaría obligándola a pagar dos veces por el mismo servicio, o en su defecto la estaría coaccionando para que no cambie de proveedor de energía. Dichos cobros colocarían a Esmeralda en una situación de desventaja frente a sus competidores, ya que se estaría encareciendo la ejecución de sus actividades por cobros que no corresponden a un servicio contratado con Luz del Sur.

En ese sentido, Luz el Sur estaría buscando obtener beneficios de manera injustificada en el marco de la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, ya que no tiene derecho alguno a considerar a Esmeralda como usuario regulado, siendo esta empresa cliente –en calidad de usuario libre– de la empresa Engie.

- Esmeralda solicitó a Luz del Sur las comunicaciones de preaviso de diversas empresas que habrían celebrado contratos de suministro como usuario libre y cuyos puntos de suministro no llegaban a consumir 2500 kW, encontrándose sujetas al plazo de preaviso de un (1) año para cambiar de condición¹⁰; sin

¹⁰ En el Anexo 1-P de su denuncia, Esmeralda solicita las comunicaciones de preaviso de las siguientes empresas:

- A.W. Faber Castell Peruana S.A.
- Industrias Nettelco S.A.
- IBM del Perú S.A.C.
- Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C.
- Industria Gráfica Cimagraf S.A.C.
- Laive S.A.
- Confecciones Lancaster S.A.
- Tejidos Jorgito S.A.C.
- Ideas Textiles S.A.C.
- Industrial Hilandera S.A.C.
- Algodonera Peruana S.A.C.
- Corporación Turística-Peruana S.A.C.
- Inmobideas S.A.C.
- Trastiendas Integradas S.A.C.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

embargo, Luz del Sur no accedió a dicha solicitud. Asimismo, Esmeralda indicó que varios de dichos clientes habrían suscrito contratos con Luz del Sur por una potencia superior a 2500 kW, dividida en varios puntos de suministro, indicando que, si ese fuese el caso, configuraría un claro supuesto de discriminación en su contra.

- Finalmente, Esmeralda indicó que sufrió un corte del suministro eléctrico el 13 de noviembre de 2016, remitiendo un reclamo a Luz del Sur vía correo electrónico. Al respecto, Luz del Sur indicó que el motivo habría sido un siniestro que produjo la caída de un poste de alta tensión cercano al predio de propiedad de Esmeralda. No obstante, Esmeralda pudo comprobar que, si bien no contaba con energía eléctrica, los inmuebles ubicados en sus inmediaciones sí tenían energía.

En ese sentido, Esmeralda se comunicó nuevamente con Luz del Sur vía correo electrónico buscando una explicación, frente a lo cual la distribuidora indicó que se encontraba experimentando «*limitaciones técnicas*» por las que los clientes no podían ser abastecidos de energía eléctrica, sin explicar cómo el resto de inmuebles ubicados en las inmediaciones del predio de Esmeralda sí contaban con electricidad y por qué, ante un evento extraordinario, Luz del Sur habría suministrado energía solo a sus clientes directos.

d. Sobre la supuesta negativa injustificada a la solicitud de incremento de potencia de Esmeralda

- Luz del Sur se negó sin motivo o justificación alguna a acceder a la solicitud de incremento de potencia formulada por Esmeralda el 21 de octubre de 2015, con la finalidad de evitar que la empresa pueda consumir toda la energía desde el punto de suministro abastecido por Engie.

e. Sobre el supuesto efecto anticompetitivo de la conducta de Esmeralda

- Luz del Sur continuó emitiendo recibos mensuales por los dos puntos de suministro que, a su criterio, continuaban en régimen de usuario regulado. Además, habría amenazado a Esmeralda con el corte de suministro de no pagar los supuestos montos adeudados.
- En ese sentido, el monto supuestamente adeudado a Luz del Sur constituiría un claro desincentivo en contra de Esmeralda para contratar con cualquier otro proveedor, por más que tuviese pleno derecho a hacerlo, configurándose el potencial beneficio anticompetitivo que configura una conducta exclusoria.
- Por otro lado, respecto de la negativa injustificada de la solicitud de incremento de potencia, Luz del Sur estaría incurriendo en un perjuicio anticompetitivo al dificultar la permanencia de otro proveedor (Engie) en el predio de Esmeralda, a pesar de que suscribieron un contrato.
- Por otra parte, Luz del Sur sostuvo que Esmeralda continuaba como usuario dentro de la franja de elección en relación con dos (2) de los tres (3) puntos de suministro que tenía en su predio y que, por tanto, estaba sujeta al preaviso de



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000185

un (1) año para el cambio de calidad de usuario, así como a los demás requisitos establecidos en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.

2. Mediante Oficio 045-2021/DLC-INDECOPI del 10 de noviembre de 2021, la Dirección solicitó al Osinergmin información sobre las implicancias de la agrupación de suministros en el marco de una negociación hipotética entre una empresa distribuidora y un usuario regulado para la migración de éste al mercado libre. Por Oficio 2604-2021-OS-DSE recibido el 19 de noviembre de 2021, el Osinergmin atendió dicha solicitud.
3. Mediante Oficio 046-2021/DLC-INDECOPI del 10 de noviembre de 2021, la Dirección solicitó al Ministerio de Energía y Minas (Minem) información sobre las implicancias de la agrupación de suministros en el marco de una negociación hipotética entre una empresa distribuidora y un usuario regulado para la migración de éste al mercado libre¹¹.
4. Mediante Resolución 032-2021/DLC-INDECOPI del 16 de diciembre de 2021, la Dirección decidió ampliar el plazo para la calificación de la denuncia presentada por Esmeralda, por un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles adicionales, conforme a lo previsto en el artículo 20 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹².

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

5. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si, a partir del análisis de la información que obra en el Expediente, se desprende la existencia de indicios razonables acerca de la realización de actos de abuso de posición de dominio por parte de Luz del Sur, en la forma de (i) la negativa injustificada del incremento de potencia para un punto de suministro solicitada por Esmeralda; (ii) la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, consistentes en la inclusión de diversos puntos de suministro en la oferta de migración de Esmeralda, dependiendo de si esta decidía continuar contratando con la empresa denunciada o con un competidor. Dichas conductas se encuentran tipificadas en los literales a), b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹³.

¹¹ Cabe señalar que, a la fecha de emisión de la presente resolución, el Minem no atendió el requerimiento de información.

¹² **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 20.- Actuaciones previas a la admisión a trámite por denuncia de parte
Presentada la denuncia de parte y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento de identificación y sanción de conductas anticompetitivas, la Secretaría Técnica podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas. Estas actuaciones previas se desarrollarán en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados desde la presentación de la denuncia, pudiendo extenderse por un plazo equivalente cuando la investigación lo amerite.

¹³ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-
10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Marco Teórico

3.1.1. Abuso de posición de dominio

6. El artículo 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico que goza de posición de dominio en el mercado relevante restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. En la misma línea, los artículos 10.2 y 10.5 reiteran la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio para que se configure un abuso de posición de dominio, no siendo suficiente el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales¹⁴.
7. La necesidad de probar el efecto exclusorio de las prácticas de abuso de posición de dominio exige distinguir aquellas conductas que buscan mantener la participación de mercado mediante la exclusión o impedimento de ingreso al mercado de competidores reales o potenciales («conductas exclusorias»), de aquellas que simplemente son el producto del ejercicio del poder de mercado («conductas explotativas»). Las primeras se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la ley, mientras que en el segundo tipo de prácticas se encuentran aquellas relacionadas con mecanismos de maximización de beneficios de los agentes económicos¹⁵, por ejemplo, a través de los denominados precios «excesivos», pero que no inciden directamente sobre el proceso competitivo¹⁶.

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

- a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.
- h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. [...]

¹⁴ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

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

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

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

¹⁵ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Organización Industrial. Universidad del Pacífico, 2006, BUP-CENDI. Lima, p. 69.

¹⁶ A nivel jurisprudencial, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha establecido que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no contempla las prácticas explotativas (por ejemplo, los precios excesivos o abusivos) como parte de las conductas de abuso de posición de dominio, limitándose a sancionar aquellas que generen efectos excluyentes. Ello, toda vez que el artículo 10.5 de la norma en mención establece que «no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

000186

8. Considerando lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
- Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - Que el supuesto infractor haya cometido una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia.
 - Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto anticompetitivo neto, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.
9. Con relación al **primer requisito**, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio en el mercado relevante, es decir, debe tener la capacidad de afectar o distorsionar unilateralmente y en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda en dicho mercado. Esta capacidad puede ser consecuencia de factores como una importante participación de mercado, un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial. Si un agente no contara con posición de dominio, no podría analizarse si su conducta constituye un ejercicio abusivo de tal posición.

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.

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

Al respecto, el artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas recoge ejemplos típicos de conductas abusivas, como la negativa de trato (literal a), la discriminación (literal b), las cláusulas de atadura (literal c), la imposición de contratos de exclusividad (literal e) y actos de boicot (literal g), entre otros.

Cabe señalar que el análisis del efecto restrictivo, las posibles justificaciones comerciales o de eficiencia que pueda esbozar la denunciada y el balance a cargo de la autoridad corresponden a la última etapa del análisis. Por ello, en esta segunda etapa corresponde a la autoridad únicamente acreditar la existencia de la conducta cuestionada (la negativa de trato, la existencia de un acuerdo de exclusividad o el tratamiento diferenciado, por ejemplo).

11. El **tercer y último requisito** exige que la conducta del presunto infractor le permita obtener beneficios y causar perjuicios a sus competidores reales o

reales o potenciales», siendo que las prácticas explotativas no afectan el proceso competitivo. Ver Resolución 708-2011/SC1-INDECOP del 16 de marzo de 2011.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio), por razones distintas a la mayor eficiencia económica. Es decir, debe producirse un efecto anticompetitivo neto.

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas exige la obtención de beneficios como explicación de la comisión de la conducta infractora, evitando perseguir aquellas conductas que no están en capacidad de reportarle beneficios al presunto infractor (conductas arbitrarias o irracionales). En esencia, estos beneficios derivan de que la presunta conducta abusiva restringió o pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas), en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos¹⁷ (es decir, que produjo un «efecto exclusorio»).

En otras palabras, para determinar la existencia de un efecto restrictivo, debe acreditarse que la conducta investigada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor o de alguna de sus empresas vinculadas (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o restringir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).

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

Ahora bien, incluso cuando la conducta cuestionada pueda generar un perjuicio a los competidores del agente dominante, esta será ilegal únicamente en ausencia de eficiencias procompetitivas o cuando tales eficiencias no estén en capacidad de superar o contrarrestar los efectos restrictivos observados. Corresponde al presunto infractor acreditar las eficiencias procompetitivas derivadas de su conducta.

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

Este balance de efectos es coherente con el artículo 10.4 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁸, que establece que los casos de abuso de posición de dominio deben ser analizados a la luz de la «prohibición relativa». La

¹⁷ Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, considerando 65.

¹⁸ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 10.- Del abuso de la posición de dominio.
10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- prohibición relativa exige, conforme al artículo 9 de la referida norma¹⁹, que, para configurarse la infracción, la autoridad debe probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.
13. Como se ha señalado, si los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la conducta analizada son superiores a los posibles beneficios que podría generar, esta constituirá un abuso de posición de dominio.
 14. 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.

3.1.2. Sobre la negativa injustificada de trato (LRCA, art. 10.2.a)

15. El literal a) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas identifica la negativa injustificada de trato como modalidad de abuso de posición de dominio, en tanto tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia:

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:

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

16. Las negativas de trato pueden presentarse de diversas maneras. Así, pueden presentarse en escenarios donde la empresa dominante se niega a proveer a determinado comprador si este, paralelamente, realiza compras a su competidor. La negativa podría mantenerse hasta que el comprador deje de abastecerse del referido competidor, es decir, hasta que se abastezca de manera exclusiva de la empresa que realiza la conducta.

Esta modalidad de abuso de posición de dominio puede tener lugar de manera explícita, mediante la manifestación expresa del agente dominante de su voluntad de no contratar o acceder a los requerimientos del agente afectado; pero también de manera implícita, mediante acciones materiales (p.e. rechazo a recibir propuestas) u omisiones (p.e. demoras en responder) que, de manera concluyente, permitan concluir dicha voluntad de no negociar o contratar con el afectado.

Asimismo, las negativas de trato también pueden ocurrir cuando la empresa dominante que realiza la práctica tiene una empresa vinculada operando en un nivel inferior de la cadena de producción, distribución o comercialización. Así, la negativa se produce cuando la empresa se niega a proveer a determinado

¹⁹ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 9.- Prohibición relativa.- En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

comprador, que es competidor de la empresa vinculada de aquella que realiza la conducta.

17. Como se puede apreciar, los tipos de negativa de trato tienen por efecto desplazar competidores del mercado, ya sea que se trate de competidores en el mismo nivel de la cadena en el que participa una de las empresas que implementan la conducta (competidores directos) o en un nivel inferior de la cadena (competidores indirectos)²⁰.

²⁰ Al respecto, el Instituto Americano de Competencia ha identificado en la jurisprudencia norteamericana estas formas de negativa, así como aquellas que derivan de la negativa a continuar con un esquema de colaboración previamente establecido lo siguiente:

«Algunas autoridades encuentran útil subdividir la negativa a contratar en tipos. Por ejemplo, un libro contemporáneo de antitrust identifica tres variaciones:

La primera categoría incluye casos en que una firma dominante amenaza cesar la cooperación, con un cliente o proveedor que está considerando tener una relación con los competidores de la firma dominante. La segunda categoría consiste en el desafío al intento de una firma dominante de terminar una relación contractual existente o imponer nuevos términos en una relación existente. La tercera categoría se refiere a la negativa de una firma dominante para proporcionar el acceso a una facilidad – algunas veces llamada una "facilidad esencial"– que un rival requiere para competir con la firma dominante.

En la primera categoría, ejemplificada por Lorain Journal v. U.S., el medio de comunicación dominante en Lorain, Ohio fue un periódico que había amenazado remover el espacio publicitario de sus clientes publicitarios quienes también colocasen publicidad con un nuevo entrante, una estación de radio local.

La segunda categoría involucra abandonar o modificar una relación existente, como en Aspen Skiing y Kodak. En Aspen Skiing, la estación de esquí dominante en la ciudad, Ski Co., después de años de un acuerdo beneficioso para los consumidores en el cual este vendía en común un ticket "Todo Aspen" junto con su competidor marginal, Highlands, decidió terminar su acuerdo, rechazando vender a Highlands incluso a su precio minorista regular.

Finalmente, en el ejemplar caso de facilidad esencial, Otter Tail, el dueño de la red de transmisión rechazó llevar electricidad a través de su área de servicio monopolizado a una compañía eléctrica municipal independiente, abusando de su posición de dominio como proveedor único de transmisión».

Traducción libre de:

Some authorities find it useful to subdivide refusals to deal into types. For example, a contemporary antitrust casebook identifies three variations:

The first category includes cases in which a dominant firm threatens to cease cooperation, with a customer or supplier that is considering forming a relationship with the dominant firm's competitors. The second category consists of challenges to a dominant firm's attempt to withdraw from an existing contractual relationship or to impose new terms on an existing relationship. The third category concerns the refusal of a dominant firm to provide access to a facility—sometimes called an "essential facility"—that a rival requires in order to compete with the dominant firm.

In the first category, exemplified by Lorain Journal v. U.S., the dominant media outlet in Lorain, Ohio was a newspaper that had threatened to withhold advertising space from its advertising customers who also placed advertisements with a new entrant, a local radio station.

The second category involves abandoning or altering an existing relationship, as in Aspen Skiing and Kodak. In Aspen Skiing, the dominant ski resort in town, Ski Co., after years of an arrangement beneficial to consumers in which it jointly sold an "All Aspen" ski-lift ticket together with its fringe competitor, Highlands, decided to terminate its arrangement, refusing to sell to Highlands even at its regular retail price.

Finally, in the exemplary essential facility case, Otter Tail, the transmission grid owner refused to wheel electricity through its monopolized service area to an independent municipal power company, abusing its position as sole transmission provider.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

18. En relación con el primer supuesto, de manera referencial, se puede citar la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos que declaró ilegal la negativa del diario Lorain Journal a publicar avisos de aquellos clientes que también hubiesen contratado avisos con una empresa radioemisora local²¹.

Al analizar el caso, la Corte Suprema consideró que el Lorain Journal (publicado en la ciudad de Lorain, Estado de Ohio) gozaba de posición de dominio en el mercado de publicidad al cubrir el 99% de familias de la localidad. En 1948, la instalación de una estación de radio, WEOL, incrementó la competencia en el mercado de avisos publicitarios. En respuesta, el referido diario condicionó la colocación de avisos en sus publicaciones a que los anunciantes no contrataran los espacios publicitarios ofrecidos por WEOL. La Corte Suprema concluyó que dicha conducta resultaba contraria a la normativa de libre competencia, pues interpretó que la negativa era un medio para mantener su monopolio en el mercado de medios publicitarios en la ciudad de Lorain.

19. Asimismo, cabe citar la decisión de la Corte Distrital de Delaware mediante la cual se declaró ilegal la política de Dentsplay International Inc. (en adelante, Dentsplay), que contaba con una participación en el mercado de producción de dientes artificiales superior al 70%, consistente en la negativa a sostener relaciones comerciales con los distribuidores de dichos productos en Estados Unidos que también comercializaban los dientes artificiales de sus competidores.
20. En el referido caso, la Corte Distrital de Delaware decidió que la conducta de Dentsplay constituía una conducta anticompetitiva que tenía por finalidad evitar el ingreso de otros productores de dientes artificiales en el mercado estadounidense, ello en vista de (i) el alto porcentaje de participación que tenía Dentsplay en el mercado de producción de dientes artificiales; (ii) que el acceso a la red de distribuidores era esencial para poder comercializar dientes artificiales en el mercado estadounidense debido a la importancia de los servicios que ofrecían los distribuidores a los laboratorios dentales, quienes constituían los principales consumidores de los dientes artificiales; y (iii) que la negativa de Dentsplay de vender sus productos a aquellos distribuidores que mantenían relaciones comerciales con sus competidores se realizó inmediatamente después de que dos nuevos competidores intentaron ingresar al mercado estadounidense²².

3.1.3. Sobre la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes (LRCA, art. 10.2.b)

21. La autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual²³

THE AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE. *Before the US Antitrust Modernization Commission Comments of the American Antitrust Institute Working Group on Exclusionary Conduct.* Ver: https://govinfo.library.unt.edu/amc/public_studies_fr28902/exclus_conduct_pdf/050715_AAI-Exclus_Conduct_rev.d.pdf

²¹ *Lorain Journal Co. vs. U.S.* 342 U.S., 143 (1951).

²² *U.S. vs. Dentsply International, Inc.* (2006). Consulta: 22 de febrero de 2022. Ver: <http://www.justice.gov/atr/cases/f218200/218215.htm>.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, correspondiente al Expediente 4788-2005/PATC.



conforman la libertad de contratación, que se encuentra expresamente reconocida en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú²⁴. No obstante, como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosos pronunciamientos²⁵, las libertades contractuales están sujetas a determinados límites o deben ejercerse en armonía con otros principios que rigen el sistema económico, como el principio de libre competencia, también reconocido por la Constitución²⁶.

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.

22. 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 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas en los siguientes términos:

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

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

b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

23. En relación con esta modalidad puede observarse que no se encontrarán prohibidos aquellos tratos diferenciados, incluso aquellos realizados por un agente con posición de dominio, cuando se sustenten en justificaciones comerciales objetivas, en particular aquellas que tienen por objeto introducir eficiencias que puedan estimular la competencia en beneficio de los consumidores. En cambio, será reprochable aquel tratamiento discriminatorio que tenga por finalidad restringir de manera indebida la competencia para obtener beneficios y perjudicar a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, colocándolos de manera injustificada en una situación desventajosa frente a otros agentes en una posición análoga.

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

00018

24. Como se puede apreciar, de manera similar a las otras modalidades de abuso de posición de dominio, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes se encuentra sujeta a una prohibición relativa (o «regla de la razón») pues únicamente resultará reprochable cuando dicho trato no se encuentre justificado, coloque a unos competidores en una situación desventajosa frente a otros y otorgue beneficios al agente dominante. .

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

25. Al evaluarse un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de trato diferenciado para prestaciones equivalentes, el agente dominante podrá introducir elementos de juicio que le permitan evidenciar que su decisión de realizar un trato diferenciado se encontraba justificada, en la medida que era razonable considerando los fines válidos de su negocio²⁷.
26. Finalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la conducta analizada, además de ser injustificada, tiene que producir un efecto exclusorio, es decir, que debe estar en capacidad de generar un daño efectivo o potencial sobre uno o más competidores, limitando su capacidad de mantenerse en el mercado, provocando su salida o, incluso, limitando la entrada de competencia potencial.

3.1.4. Principio de supletoriedad

27. Si bien la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no recoge una definición expresa sobre el Principio de Supletoriedad, el artículo 3 de la norma, que regula su **ámbito objetivo** de aplicación, establece que se encuentra fuera de aplicación de la referida Ley toda conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal²⁸.

En tal sentido, la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas queda subordinada a la existencia de una norma específicamente diseñada para permitir, regular o prohibir una conducta determinada, en particular, cuando existe una autoridad con competencias expresas para supervisar su cumplimiento o

²⁷ Resolución 042-2021/CLC-INDECOPÍ, considerando 26.

²⁸ **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. No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar del consumidor. [Énfasis agregado]



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

sancionar su vulneración (como es el caso de los organismos reguladores de los servicios públicos). En estos casos, la normativa sobre libre competencia tendrá un carácter supletorio, esto es, aplicable a situaciones no previstas en tal normativa.

28. Al respecto, Morón Urbina señala que *«[l]a **supletoriedad** es una calidad de las normas que están llamadas a operar únicamente a falta de una disposición especial en sentido contrario, creada por el legislador o las autoridades administrativas con capacidad reglamentaria, o sea cuando estos no han dispuesto expresamente otra cosa. Por lo tanto, suplen la inercia de ellos, ofreciendo una disciplina que se podría llamar de conjunción, que sirve para llenar los eventuales vacíos, buscando asegurar en los procedimientos especiales el núcleo común que es el inherente a la administración pública. Desde este punto de vista, la supletoriedad viene a constituirse en una técnica que busca asegurar la vigencia irrestricta del correspondiente debido procedimiento administrativo y tratamiento uniforme que la administración le debe brindar a todo ciudadano»*²⁹.
29. Con relación a la aplicación del principio de supletoriedad en los procedimientos en materia de libre competencia, a modo de ejemplo, mediante Resolución 006-2002-CLC/INDECOPI³⁰, se declaró la falta de competencia de la Comisión para pronunciarse sobre la supuesta negativa injustificada a contratar³¹ por parte de Edelnor S.A.A. en contra de la empresa Paneles Napsa S.A. En dicho pronunciamiento, se indicó lo siguiente:
- «11. [E]l Reglamento de OSINERG, en materia de regulación, contempla el **principio de supletoriedad** el cual establece que las normas de libre competencia se aplican de manera supletoria. Este principio (...) **privilegia la regulación y le da un carácter secundario a la aplicación de las normas de libre competencia.** Esto resulta consistente con el hecho que las disposiciones regulatorias sustituyen a las reglas del mercado y deja claro que donde no exista regulación se aplicarán las disposiciones de libre competencia.*
- 12. Ahora bien, **si el Estado, a través de OSINERG determinó la necesidad de regular un mercado, tomando la decisión por este, entonces, no sería posible aplicar normas de competencia, ya que el Estado decidió anticipar la solución a cualquier controversia a través de la regulación.** En consecuencia, una vez en conflicto regulación y competencia, es la regulación la que debe primar, (la situación en la que el Estado toma una decisión sobre la existencia de competencia), de allí que sean las normas de OSINERG las que primen sobre el Decreto Legislativo 701».*
30. En el caso referido, la Comisión consideró que cuando el Estado decide regular de manera específica cómo deben llevarse a cabo actividades dentro de un mercado determinado, sustituyendo las decisiones que pueden adoptar los

²⁹ MORÓN URBINA, J. C. Los efectos de la Ley del Procedimiento Administrativo General sobre los procedimientos especiales. Derecho & Sociedad, n. 20, p. 121-142, 3 mayo 2003. Énfasis agregado.

³⁰ Recaída en el Expediente 001-2002-CLC

³¹ De acuerdo con Napsa, Edelnor se habría negado injustificadamente a satisfacer su solicitud de proporcionarle el suministro de 0.30 kw, conexión en caja de poste de alumbrado público con porta fusible y aplicación de la tarifa BT6, para abastecer de energía a dos paneles publicitarios de su propiedad ubicados en las cuadras 12 y 13 de la Av. La Marina" de acuerdo al literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo N 701.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000100

individuos bajo circunstancias ordinarias y estableciendo una autoridad distinta a la agencia de competencia para supervisar el cumplimiento de dicha regulación, implícitamente desplaza la aplicación de la normativa sobre libre competencia, a fin de alcanzar la solución regulatoria deseada.

31. En esa misma línea, la Comisión consideró que la aplicación de la normativa sobre libre competencia había sido implícitamente desplazada por esquemas regulatorios específicos en otros casos similares³².
32. Asimismo, mediante Resolución 0479-2014/SDC-INDECOPI³³, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) emitió un Precedente de Observancia Obligatoria indicando que existen escenarios en que, por la existencia de regulación específica, la autoridad de competencia analizará si una norma sectorial (la «norma legal») autoriza una conducta (que de otro modo podría considerarse restrictiva de la competencia), otorgando a una autoridad distinta la competencia expresa para determinar si el ejercicio de esta conducta fue «excesivo» o «irrazonable». No obstante, la Sala enfatizó que este tipo de interpretaciones únicamente deben realizarse de una manera restrictiva o literal.

De esta manera, la Sala precisó que toda posible limitación a la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas únicamente puede derivar de una aplicación estricta o literal de una norma legal que así lo establezca. Al respecto, el referido precedente señala lo siguiente:

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

Asimismo, a efectos de la aplicación del artículo 3 referido, deberá entenderse que la interpretación de la «norma legal» en la que se basa la exención debe ser

³² Mediante la Resolución 005-2005-INDECOPI/CLC, de fecha 2 de febrero de 2005, recaída en el Expediente 014-2004/CLC, se declaró improcedente la denuncia presentada por Representaciones Tecnimotors E.I.R.L. contra Luz del Sur, por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa a contratar y trato discriminatorio en el mercado de distribución eléctrica.

En el referido caso, la denunciante mantenía una deuda con Luz del Sur, razón por la cual esta última se negó a suministrarle energía eléctrica. De acuerdo con el artículo 164 del Reglamento de la Ley 25844, el concesionario no atenderá solicitudes de nuevos suministros, a aquellos solicitantes que tengan deudas pendientes de pago. Como se puede apreciar, los derechos y obligaciones del servicio público de electricidad se encuentran regulados en las normas del sector energía y su aplicación le corresponde exclusivamente a Osinergmin.

Por otro lado, mediante la Resolución 015-2002-CLC/INDECOPI, de fecha 28 de agosto de 2002, se declaró improcedente la denuncia formulada por la empresa Practimar Ilo E.I.R.L. en contra de Enapu S.A en el extremo referido al supuesto abuso de posición de dominio por impedir el acceso para la prestación de servicios de amarre y desamarre de naves en el Terminal Portuario de Ilo; en la modalidad de establecimiento de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes según lo establecido en el inciso b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701; y, en el extremo referido a supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia según lo establecido en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

En dicho caso, la Comisión señaló que no tenía competencia para conocer la supuesta negativa de acceso por parte de Enapu S.A. para la prestación de servicios de amarre y desamarre de naves en el TPI, siendo que la denunciante Practimar Ilo E.I.R.L. debería formalizar su queja ante la instancia respectiva del OSITRAN y de acuerdo a lo establecido en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Uso Público.

³³ Recaída en el Expediente 002-2009/CLC.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

restrictiva o literal, es decir, la norma debe autorizar claramente la conducta bajo análisis y no debe aplicarse extensivamente a otras conductas.»

[Énfasis agregado]

33. En esta misma línea, el Reglamento General del Osinergmin³⁴ ha consagrado el principio de supletoriedad de las normas de libre competencia a las disposiciones sectoriales que dicte en ejercicio de sus competencias, cuya supervisión está a cargo del regulador. Dicha norma indica lo siguiente:

Artículo 12.- Principio de Supletoriedad

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones regulatorias y/o normativas que dicte OSINERG en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las normas de OSINERG.

[Énfasis y subrayado agregados]

34. En suma, cuando la regulación sectorial establece normas ostensiblemente dirigidas a permitir, regular o prohibir una conducta específica, sustituyendo las decisiones que en otros escenarios serían tomadas discrecionalmente por los agentes económicos y estableciendo una autoridad –distinta a la agencia de competencia– con facultades expresas para supervisar el cumplimiento o sancionar la vulneración de dicha normativa, no será posible la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

3.1.5. Requisitos para el inicio de un procedimiento por infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

35. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
36. En ese sentido, de acuerdo con el literal b) del artículo 19 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas³⁵, la denuncia de parte sobre la realización de conductas anticompetitivas debe contener, entre otros requisitos, elementos de juicio que acrediten la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada.
37. Los indicios razonables son un conjunto de elementos de juicio que demuestran, de manera preliminar o indiciaria, una tesis creíble acerca de la existencia de una conducta anticompetitiva, en función de los elementos necesarios para su configuración.

³⁴ Aprobado mediante Decreto Supremo 054-2001-PCM

³⁵ 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

38. 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.
39. Este razonamiento coincide con la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente 8125-2005-PHC/TC, que indicó lo siguiente:
- «[L]a obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a las procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.»*
40. En efecto, la autoridad no debe dar trámite a cualquier denuncia, sino solo a aquellas que se encuentren razonablemente sustentadas, de forma que puedan notificarse al denunciado los hechos que se le imputan a título de cargo, las infracciones que tales hechos podrían configurar y las sanciones que éstas podrían acarrear.
41. 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 la Dirección pueda realizar de oficio, en su función de órgano de investigación e instrucción, para verificar la existencia de indicios de una posible infracción.
42. En el presente caso, para determinar, a nivel indiciario, si Luz del Sur incurrió en un abuso de posición de dominio en los términos denunciados por Esmeralda, se debe acreditar –de manera concurrente– que existen indicios razonables de los siguientes elementos:
- a. La posición de dominio que Luz del Sur ostentaría en el mercado relevante.
 - b. La existencia de una conducta dirigida a restringir la competencia de parte de Luz del Sur en perjuicio de Esmeralda, a través de la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en las relaciones comerciales o de servicio.
 - c. Que la conducta indicada en (ii), permitió a Luz del Sur obtener beneficios y causar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos por razones distintas a la mayor eficiencia económica.



43. Cabe recordar que la ley exige que, para la configuración de un abuso de posición de dominio, estos requisitos se presenten de manera **concurrente**. 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.

3.2. Análisis de los hechos denunciados por Esmeralda

44. A continuación, se analizará si concurren los requisitos exigidos por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas para admitir a trámite la denuncia por abuso de posición de dominio formulada por Esmeralda.

3.2.1. Indicios de la existencia de la posición de dominio de Luz del Sur

45. Como se ha señalado, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio en el mercado relevante. Por ello, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que Luz del Sur presuntamente gozaría de dicha posición.

a. Identificación del mercado relevante

46. Según el artículo 6 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, para definir el mercado relevante es necesario identificar el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante³⁶.
47. 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.
48. Esmeralda, la denunciante, es una empresa de la industria alimentaria, que depende del suministro eléctrico de Luz del Sur para el funcionamiento de su negocio, mientras que Luz del Sur es una empresa que realiza actividades de distribución y suministro de energía eléctrica.
49. En general, las empresas de distribución brindan el servicio de distribución de energía eléctrica o transporte de energía a los usuarios finales que pueden ser regulados³⁷ o libres. Dicho servicio es prestado por la empresa distribuidora de

³⁶ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

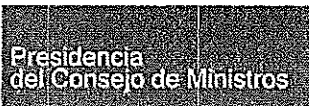
Artículo 6.- El mercado relevante.-

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.

³⁷ 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.



manera exclusiva en su área de concesión³⁸. La empresa distribuidora suministra energía eléctrica a usuarios libres a través de contratos bilaterales negociados entre las partes, y se encarga de suministrar energía eléctrica a los usuarios regulados que se encuentren dentro de su área de concesión.

50. Cabe señalar que, en Perú, las actividades de distribución y suministro de energía eléctrica a usuarios regulados son realizadas por las empresas de distribución³⁹. Hasta la fecha, no existen proveedores distintos a las empresas de distribución para el suministro de energía eléctrica en este segmento. Las empresas de distribución están obligadas a suministrar electricidad a quien lo solicite en su área de concesión⁴⁰.
51. En ese contexto, Esmeralda señala que Luz del Sur, aprovechando su condición de exclusividad en el mercado 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.

i. Mercado de producto relevante

52. 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.
53. En el presente caso, el servicio involucrado en la conducta investigada sería el de **suministro de energía eléctrica a usuarios regulados ubicados en el área de concesión de Luz del Sur**. Así, se determinará si existen sustitutos adecuados a estos, en función a las necesidades que dichos servicios buscan satisfacer.
54. De esta manera, la conducta investigada involucra al servicio de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados, debido a que la inclusión de los tres puntos

³⁸ **Ley de Concesiones Eléctricas**

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

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

³⁹ 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.

⁴⁰ **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;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

de suministro en la oferta de migración de Luz del Sur materia de análisis, se realizó mientras que el usuario era regulado y su suministrador de energía eléctrica era la empresa de distribución; siendo esta una etapa anterior al cambio de condición del usuario. En este sentido, quien tendría la posibilidad de incluir puntos de suministro en una propuesta de migración, sería únicamente el suministrador del usuario regulado, es decir la empresa de distribución.

55. Así, el servicio de suministro de energía eléctrica excluye a los usuarios libres en la medida que la denuncia versa sobre un supuesto trato diferenciado a usuarios regulados que alcanzan cierto nivel de consumo de energía que les permite migrar al régimen de usuarios libres, y no un trato diferenciado entre usuarios libres. Además; cabe resaltar que los usuarios libres se encuentran normativamente sujetos a condiciones de suministro y demanda de energía distintas a las estipuladas para los usuarios regulados. Finalmente, como se verá más adelante, el segmento de usuarios libres dentro del área de concesión de Luz del Sur que antes mantenían la condición de usuarios regulados integraría el mercado afectado
56. 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 2 500 kW, decidan mantenerse dentro del segmento regulado, que corresponde a los pequeños comercios e industrias.
57. 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 calefacción⁴¹. 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 empresas busquen masificar el servicio⁴². En ese sentido, no es posible afirmar que actualmente los hogares puedan reemplazar el uso de electricidad por otra fuente de energía.
58. Asimismo, los pequeños comercios e industrias –como sería el caso de Esmeralda– utilizan la energía eléctrica dentro de sus procesos de producción como un insumo debido a que requieren de una fuente de energía continua y sostenible⁴³. 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

⁴¹ TAMAYO, Jesús et al., Óp. Cit. p. 17.

⁴² 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/>

⁴³ TAMAYO, Jesús et al., Óp. Cit. p. 17.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000193

el uso de una fuente de energía distinta a la eléctrica⁴⁴ (como en el caso del gas), por lo que la sustitución entre fuentes de energía sería limitada en este tipo de usuarios. Así, los pequeños comercios e industrias no podrían reemplazar el uso de electricidad por otra fuente de energía en el corto plazo, en la medida que se requieren inversiones relevantes que limitarían la decisión de cambio.

59. 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 microturbinas⁴⁵, lo que involucra realizar inversiones que podrían no ser rentables para la mayoría de estos usuarios.
60. 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 Dirección considera que es posible definir el mercado de producto relevante, a nivel indiciario, como el de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW.
61. Sobre la base de las consideraciones planteadas, la Dirección concluye que, a nivel indiciario, es posible identificar como mercado de producto relevante al **suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW.**

ii. Mercado geográfico relevante

62. En relación con la delimitación geográfica del mercado relevante, esta se debe determinar en función de las fuentes de provisión alternativa del producto relevante, en atención a las características del producto relevante y a las condiciones de adquisición.
63. 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 concesión⁴⁶ y que los únicos suministradores de energía para los usuarios regulados son las empresas de distribución. De esta manera, se observa que cada empresa distribuidora sería la única que puede ofrecer el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados en el área de concesión.

⁴⁴ 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>

⁴⁵ 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>

⁴⁶ **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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

64. En tal sentido, los usuarios regulados ubicados en el área de concesión de una empresa de distribución solo podrían contratar el suministro de energía eléctrica en dicha área y con la empresa distribuidora que tiene la concesión. Así, los usuarios regulados no tendrían proveedores alternativos para obtener el suministro de energía eléctrica⁴⁷.
65. Así, esta Dirección 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 Luz del Sur**.

iii. Conclusión sobre el mercado relevante

66. Considerando el análisis realizado sobre los mercados de producto y geográfico relevantes, la Dirección concluye que en el presente caso el mercado relevante se encuentra constituido por el **suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de Luz del Sur**.

b. Indicios razonables de la posición de dominio de Luz del Sur

67. Habiendo definido indiciariamente el mercado relevante, corresponde determinar si, en dicho mercado, habría existido posición de dominio por parte de Luz del Sur al momento de realizar la conducta presuntamente infractora.
68. Como se ha señalado, de acuerdo con la Ley de Concesiones Eléctricas, la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica a usuarios en un área determinada se desarrolla exclusivamente por la empresa titular de la concesión en dicha área. Ahora bien, entre estos usuarios finales es posible distinguir a los usuarios regulados y los usuarios libres. En ese sentido, considerando que el mercado relevante está relacionado con los usuarios regulados en la zona de concesión de Luz del Sur, corresponde excluir otros tipos de usuarios del presente análisis.
69. Conforme al marco normativo vigente, para los **usuarios regulados** que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW, el único proveedor de suministro de electricidad es la empresa de distribución en su área de concesión. De esta manera, en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de la red de distribución de Luz del Sur, **no opera ni podría operar otra empresa diferente a ella**, por lo que Luz del Sur no enfrentaría competencia actual ni potencial en el mercado relevante.
70. Así, considerando que Luz del Sur ostenta el 100% de participación en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en su área de concesión, esta Dirección concluye que, **durante los hechos denunciados –entre 2015 y**

⁴⁷ De manera similar, la Comisión Europea ha considerado que mercado geográfico relevante se define como la red en sí misma debido a que la distribución se realiza de manera exclusiva en áreas de concesión definidas. Al respecto, véase: COMP/M.3440 - EDP / ENI / GDP (2004) o COMP/ M.6984 - EPH/ STREDOSLOVENSKA ENERGETIKA (2013).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

2021– Luz del Sur ha ostentado posición de dominio en el mercado relevante.

c. Identificación del presunto mercado afectado

71. Dependiendo de la conducta investigada, un abuso de posición de dominio puede tener efectos en el mercado relevante o en un mercado relacionado. En ese sentido, el mercado relevante puede no coincidir con el mercado afectado.
72. En el presente caso, considerando los términos de la denuncia, Luz del Sur habría incluido en su oferta de migración a los distintos puntos de suministro de los usuarios regulados que cambien de condición a usuarios libres y la mantengan como suministradora. Al respecto, como se mencionó, aquellos usuarios que tienen un consumo mayor a 200 kW y menor a 2 500 kW de potencia tienen la potestad de decidir si permanecen dentro del segmento regulado o del segmento libre, sujetos a diversas condiciones, incluyendo el plazo de preaviso de un (1) año; mientras que los usuarios cuya demanda supere los 2 500 kW de potencia tienen la condición de usuarios libres.
73. De esta forma, según la hipótesis anticompetitiva de la denuncia, Luz del Sur 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 dentro de su área de concesión.
74. Así, Esmeralda afirma que Luz del Sur habría utilizado su posición de dominio en el mercado relevante para impedir que ejerza la condición de usuario libre que supuestamente le correspondería en atención a la potencia demandada. De esta forma, el mercado afectado sería el de suministro a usuarios libres en el área de concesión de Luz del Sur.
75. Como se señaló anteriormente, los pequeños comercios e industrias utilizan la energía dentro de sus procesos de producción como un insumo, requiriendo de una fuente de energía continua y sostenible; y dichos consumidores no podrían, razonablemente, reemplazar su consumo de energía eléctrica con fuentes de energía diferentes a la electricidad, pues esta decisión involucraría la realización de inversiones significativas en instalaciones y artefactos que utilicen tales fuentes alternativas. Adicionalmente, si los usuarios superan una demanda de 2500 kW, debiendo cambiar de condición a usuario libre, podrían optar por celebrar contratos con empresas generadoras o distribuidoras para la adquisición de energía eléctrica⁴⁸.
76. En el presente caso, la conducta analizada implicaría un presunto aprovechamiento de Luz del Sur de la condición de exclusividad que ostenta en el mercado relevante, para mantener, de forma presuntamente indebida, clientes que adoptan la condición de usuarios libres. En ese sentido, si bien se realizaría

⁴⁸ 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

en el mercado relevante, la conducta denunciada afectaría la competencia entre las empresas de generación y Luz del Sur por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que cambian de condición a usuarios libres dentro del área de concesión de Luz del Sur. En conclusión, **el mercado afectado sería el de suministro de energía eléctrica a los usuarios libres dentro del área de concesión de Luz del Sur.**

3.2.2. Indicios de la existencia de la conducta denunciada

a. Negativa injustificada de trato

77. De acuerdo con lo indicado en su denuncia, Esmeralda señaló que Luz del Sur infringió el inciso a) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en la medida que la Denunciada se habría negado de manera injustificada a ampliar la potencia conectada a uno de sus puntos de suministro a 5000 kW.

Ante dicha negativa, Esmeralda requirió al Osinergmin que emita un mandato de conexión ordenando a Luz del Sur que cumpla su requerimiento de ampliación de potencia, situación finalmente atendida por el regulador a través de la Resolución de Consejo Directivo 254-2016-OSD/CD de fecha 10 de noviembre de 2016.

78. Al respecto, esta Dirección verifica que el 21 de octubre de 2015, Esmeralda solicitó a Luz del Sur que amplíe la potencia conectada al punto de suministro 1454791 a 5 000 kW; sin embargo, la Denunciada no cumplió con atender el referido requerimiento efectuado por Esmeralda, por lo que esta requirió al Osinergmin que emita un mandato de conexión. Dicha solicitud fue resuelta por el regulador mediante Resolución 254-2016-OS/CD del 10 de noviembre de 2016, en la cual el Osinergmin dictó un mandato de conexión a favor de Esmeralda, ordenando a Luz del Sur que incremente la potencia del suministro 1454791 a 5 000 kW.
79. En el referido mandato de conexión, Osinergmin reconoció que Luz del Sur no tenía justificación técnica ni legal válida para demorar el incremento de potencia en el punto de suministro 145479. Asimismo, el regulador reconoció que Luz del Sur debió de haber efectuado el incremento a más tardar el 22 de diciembre de 2015.
80. A pesar de haber obtenido dicho pronunciamiento favorable ante el Osinergmin, Esmeralda denunció a Luz del Sur también ante esta instancia, entre otros, por haberse negado a ampliar la potencia conectada al punto de suministro 1454791 a 5 000 kW, alegando un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada, conducta tipificada en el inciso a) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
81. Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 34 de la Ley de Concesiones Eléctricas ha previsto el principio del libre acceso a las redes, a través del cual se establece el libre uso de las redes eléctricas de las empresas de transmisión y distribución dentro de los supuestos establecidos en la regulación, siempre que se



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000195

cumplan los requisitos correspondientes⁴⁹. Asimismo, el artículo 62 de la mencionada norma establece la competencia expresa del Osinergmin para resolver las discrepancias que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes, es decir, asegura el cumplimiento del principio de libre acceso a redes⁵⁰.

Bajo este marco, mediante Resolución de Consejo Directivo 091-2003-OS/CD, se aprobó el Procedimiento para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los Sistemas de Transmisión y Distribución Eléctrica, con la finalidad de evitar condiciones discriminatorias de acceso y uso de las redes y, de esta manera, asegurar que el acceso a ellas se realice en condiciones de libre mercado. De igual forma, se implementó un procedimiento para que, en caso las partes no lleguen a un acuerdo, Osinergmin⁵¹ emita un Mandato de Conexión que establezca las condiciones de acceso a las redes.

82. Como puede apreciarse, la regulación específicamente diseñada para el sector eléctrico ha establecido que el Osinergmin sea la autoridad competente para resolver, precisamente, controversias que impliquen posibles vulneraciones a la normativa a la que están sujetas las empresas reguladas, como es el caso del principio de libre acceso a las redes y la negativa por parte de Luz del Sur de ampliar la potencia en uno de sus puntos de suministro solicitada por Esmeralda.
83. De esta forma, en virtud al principio de supletoriedad y toda vez que el Osinergmin ya se pronunció en la Resolución 254-2016-OS/CD respecto de la negativa por parte de Luz del Sur a ampliar la potencia en uno de los puntos de suministro de Esmeralda, emitiendo un mandato de conexión a fin de asegurar el acceso de esta última al servicio de suministro eléctrico en las condiciones solicitadas, no corresponde que esta Dirección emita un pronunciamiento sobre este extremo de la denuncia.
84. Adicionalmente, cabe señalar que, de acuerdo con información proporcionada por Esmeralda a esta Dirección, Luz del Sur cumplió de hecho con el incremento de potencia solicitado, luego de expedido el mandato de conexión. En efecto, mediante Carta SGNCE-16-1863 del 22 de noviembre de 2016, Luz del Sur informó a Esmeralda que el suministro eléctrico 1454791 se encontraba en condiciones de tomar los 5 000 kW de potencia conectada a partir de dicha fecha. Asimismo, le informó que el corte y retiro definitivo de los otros dos (2) suministros se realizaría dentro de la semana de recibida dicha comunicación.

⁴⁹ Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada mediante Decreto Ley 25844

Artículo 34.- Los concesionarios de distribución están obligados a:

d) Permitir la utilización de todos sus sistemas y redes por parte de terceros para el transporte de electricidad, excepto cuando tenga por objeto el suministro de electricidad a Usuarios Regulados dentro o fuera de su zona de concesión, en las condiciones establecidas en la presente Ley y en el Reglamento.

⁵⁰ Ley de Concesiones Eléctricas

Artículo 62.- [...] Las discrepancias que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto del Sistema Secundario de Transmisión como del Sistema de Distribución serán resueltas por OSINERG.

⁵¹ Procedimiento para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los Sistemas de Transmisión y Distribución Eléctrica, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 091-2003-OS/CD

Artículo 9.- Mandato de Conexión

9.1 Si las partes no hubiesen convenido los términos y condiciones del acceso a las redes, cualquiera de las partes podrá solicitar que OSINERG emita un mandato de conexión. En este sentido, el OSINERG comunicará a la otra parte involucrada sobre la solicitud recibida, otorgándole un plazo máximo de diez (10) días calendario para emitir su opinión al respecto. [Énfasis agregado]



85. En virtud de lo expuesto, en aplicación del principio de supletoriedad y considerando lo establecido por el artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, corresponde declarar improcedente el extremo de la denuncia referido a la negativa injustificada a satisfacer la demanda de Esmeralda, infracción que se encontraría tipificada en el inciso a) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en la medida que el Osinergmin es la entidad competente para resolver dicha controversia y, además, ha emitido un pronunciamiento vinculado con ella.

b. Aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes

86. Esmeralda también denunció a Luz del Sur por la supuesta aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en perjuicio de su empresa, específicamente por haber desconocido su calidad de usuario libre respecto de todos sus puntos de suministro al señalar que no cumplía con la demanda exigida por el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, a pesar de haberlo reconocido inicialmente cuando emitió una oferta contractual para la migración al mercado libre que incluía a todos los puntos de suministro. Por el contrario; Luz del Sur sí habría reconocido dicha condición de usuario libre a otros clientes que contaban con varios puntos de suministro con diversas demandas, con los cuales suscribió contratos de suministro.

87. En concreto, mediante carta notarial del 16 de septiembre de 2015 Esmeralda comunicó a Luz del Sur que procedería a cambiar su condición de usuario regulado a usuario libre respecto de sus tres (3) puntos de suministro. Asimismo, comunicó que resolvía de pleno derecho los tres (3) contratos suscritos para dichos suministros. Según la denunciada, una vez resueltos los contratos, suscribió un contrato de energía con Engie en setiembre de 2015, con fecha de inicio de suministro 1 de octubre de 2015.

Luego de recibir la carta notarial de Esmeralda, Luz del Sur le informó a través de la carta fechada el 18 de setiembre de 2015 que la condición de usuario libre sólo correspondía a un suministro (el suministro 1454791) y que los otros dos (2) suministros se encontraban sujetos al plazo de preaviso de un (1) año previsto en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad. Así, Luz del Sur siguió emitiendo recibos por los dos puntos de suministro que, a su criterio, continuaban bajo la condición de Usuario Regulado.

88. Al respecto, señala Esmeralda que la conducta de Luz del Sur resulta contraria a sus propios actos, como también contraria a la regulación aplicable, ya que la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Energía Eléctrica y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad definen al «usuario» como un sujeto, no como un objeto o cosa. En ese sentido, a decir de Esmeralda, los usuarios solo pueden ser sujetos de derecho, no objetos, siendo la Denunciante el único usuario del servicio de suministro de energía, y no así sus puntos de suministro.

89. Asimismo, indica Esmeralda que el cambio de criterio de Luz del Sur habría obedecido a que la Denunciante le comunicó que decidió contratar con Engie como suministradora de energía eléctrica. En ese sentido, Luz del Sur habría considerado a Esmeralda como usuario libre siempre que mantuviera la relación comercial, siendo que en el caso contrario cambió su posición y la calificó como



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

000196

usuario regulado. Por el contrario, indica Esmeralda que la Denunciada sí habría contratado con una serie de clientes considerando a varios puntos de suministro, varios de los cuales no superarían la demanda requerida por la regulación⁵².

90. Al respecto, esta Dirección ha podido notar, en primer lugar, que contrariamente a lo indicado por Esmeralda, **el Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin ha señalado expresamente que la regulación considera como usuario a cada punto de suministro individualmente considerado**, por lo que la condición de usuario regulado o libre se evaluará en función a los consumos registrados de cada uno:

«De esta forma, este Tribunal considera que, desde la vigencia de la Ley de Concesiones Eléctricas, publicada el 19 de noviembre de 1992, es el punto de suministro en el que se registran los consumos lo que determina si un cliente es un usuario libre o regulado. Por ello, no puede interpretarse que el artículo 3 del Reglamento de Usuarios Libres haya asociado la condición de usuario libre o regulado a la persona (natural o jurídica), como sostiene ESMERALDA, sino que por el contrario, dicha norma debe entenderse referida a que la condición de usuario libre o regulado está asociada a los suministros, tal como lo establecen el artículo 8 de la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento.

Si bien ESMERALDA, haciendo referencia a su caso, considera ilógico pretender que tiene capacidad de negociar únicamente respecto de un punto de suministro, careciendo de capacidad de negociación respecto de los demás puntos, esa es la consecuencia jurídica que se encuentra prevista en nuestro marco normativo. De esta forma, es perfectamente posible que un mismo usuario que sea titular de más de un suministro, tenga en uno la condición de usuario libre y en otro la condición de usuario regulado, lo que dependerá en última instancia de los consumos que registren dichos suministros.»⁵³

[Énfasis agregado]

91. Cabe señalar que dicho pronunciamiento se emitió en el marco del reclamo que Esmeralda formuló contra Luz del Sur ante el Osinergmin, a efectos de que se le reconozca la condición de usuario libre respecto de todos sus puntos de

⁵² La Denunciante hace referencia al Anexo 1-P de su escrito de denuncia, en la que señala que requirió a Luz del Sur la información sobre el cambio de condición de las siguientes empresas:

- A.W. Faber Castell Peruana S.A.
- Industrias Nettelco S.A.
- IBM del Perú S.A.C.
- Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C.
- Industria Gráfica CIMAGRAF S.A.C.
- Laive S.A.
- Confección Lancster S.A.
- Tejidos Jorgito S.A.C.
- Ideas Textiles S.A.C.
- Industrias Hilandera S.A.C.
- Algodonera Peruana S.A.C.
- Corporación Turística Peruana S.A.C.
- Inmobideas S.A.C.
- Trastiendas Integradas S.A.C.

⁵³ Resolución 007-2021-OS/TSC-98 del 26 de abril de 2021, recaída en el Expediente 98-2015-TSC-OSINERGMIN, p.17.



suministro⁵⁴. Dicho procedimiento concluyó con el reconocimiento de la calidad usuario libre únicamente respecto de uno (1) solo de los puntos de suministro, en función de la demanda registrada por cada uno:

«De acuerdo a lo señalado, este Tribunal concluye lo siguiente:

- *Respecto del suministro 1454791, al ser su máxima demanda anual mayor a 2,500 kW, ESMERALDA tiene la condición de Usuario Libre.*
- *Respecto de los suministros 344089 y 1518819, al encontrarse sus máximas demandas anuales entre 200 kW y 2,500 kW, ESMERALDA tiene derecho a elegir entre la condición de usuario regulado o de usuario libre, por lo que el cambio de condición debe sujetarse a las condiciones precedentes previstas por el Reglamento de Usuarios Libres.»*

92. En ese sentido, atendiendo a lo expuesto por el Tribunal del Osinergmin, el hecho de que inicialmente Luz del Sur haya considerado un conjunto de puntos de suministro de Esmeralda como un único usuario libre podría haber resultado incompatible con las normas sectoriales de electricidad mencionadas por dicho colegiado (a saber, la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento). En este punto, corresponde enfatizar que la determinación de diversos puntos de suministro del mismo cliente debe ser considerados como uno o diversos usuarios corresponde al Osinergmin en su calidad de ente regulador con competencias expresas para interpretar la normativa sectorial, no pudiendo ser analizada o cuestionada por este despacho bajo la normativa general de libre competencia.
93. Por este motivo, la supuesta negativa de Luz del Sur de respetar la condición de «usuario libre único» del conjunto de puntos de suministro de Esmeralda, no podría atribuirse a un tratamiento discriminatorio o injustificado, pues de acuerdo con lo indicado por el Tribunal del Osinergmin, cada punto de suministro debe recibir el tratamiento de un usuario independiente y su condición dependerá de las demandas de dichos puntos, individualmente considerados.

En otras palabras, a diferencia de lo planteado por Esmeralda, la conducta de Luz del Sur representa el cumplimiento de la normativa sectorial bajo el ámbito de supervisión del Osinergmin y no podría, por tanto, considerarse discriminatoria, injustificada o ilegal desde la perspectiva de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, pues no podría haber actuado de otra manera. Sostener lo contrario implicaría exigir que Luz del Sur incumpla la normativa específica del sector y asumir las posibles consecuencias sancionatorias en su contra.

94. Como se ha señalado, para la configuración de un abuso de posición de dominio, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas exige que los elementos de análisis se presenten de manera concurrente. En ese sentido, al no detectarse indicios razonables de una conducta discriminatoria por parte de Luz del Sur en contra de Esmeralda que esté dirigida a restringir la competencia, no corresponde continuar con el análisis para verificar la existencia de indicios de efectos anticompetitivos netos de la conducta, debiendo declararse improcedente la denuncia también en este extremo.

⁵⁴ Tramitado bajo el Expediente SIGED 201500138947.



3.3. Conclusiones

95. Con base en la información analizada, esta Dirección puede concluir lo siguiente:

- i. En el presente caso, el mercado relevante se encuentra constituido por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de Luz del Sur. Considerando que dicha empresa ostenta el 100% de participación en dicho mercado, esta Dirección concluye que, al momento de los hechos denunciados (entre 2015 y 2021), Luz del Sur ha ostentado posición de dominio en el mercado relevante.
 - ii. En relación con la supuesta **negativa injustificada** de incremento de potencia solicitado por Esmeralda a Luz del Sur, en aplicación del principio de supletoriedad, no corresponde a esta Dirección emitir un pronunciamiento, toda vez que la regulación específicamente diseñada para el sector eléctrico ha establecido que el Osinergmin sea la autoridad competente para resolver este tipo controversias, que involucran posibles vulneraciones a la normativa a la que están sujetas las empresas reguladas como Luz del Sur. Más aún, el Osinergmin atendió la solicitud de Esmeralda mediante la Resolución 254-2016-OS/CD y, en consecuencia, Luz del Sur cumplió con efectuar el incremento solicitado.
 - iii. En relación con la supuesta **aplicación de condiciones desiguales** para prestaciones equivalentes, la supuesta negativa de Luz del Sur de respetar la condición de «usuario libre único» del conjunto de puntos de suministro de Esmeralda no podría atribuirse a un tratamiento discriminatorio e injustificado, pues de acuerdo con lo expresamente resuelto por el Tribunal del Osinergmin, cada punto de suministro debe recibir el tratamiento de un usuario independiente y su condición dependerá de las demandas de dichos puntos, individualmente considerados (conforme al artículo 8 de la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento). De esta manera, el cumplimiento del marco normativo aplicable no podría ser atribuido a una conducta discriminatoria, pues Luz del Sur no estaba en capacidad de actuar de manera distinta.
96. Conforme a ley, la configuración de un abuso de posición de dominio exige que los elementos de análisis se presenten de manera concurrente. En ese sentido, al no detectarse indicios razonables de una negativa injustificada o de la aplicación de condiciones discriminatorias injustificadas por parte de Luz del Sur en contra de Esmeralda, no corresponde continuar con el análisis en ninguno de estos extremos denunciados.
97. Por consiguiente, no se verifican indicios razonables de que Luz del Sur hubiese incurrido en un abuso de posición de dominio a través de (i) la negativa injustificada del incremento de potencia para un punto de suministro de Esmeralda; o de (ii) la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, consistentes en la inclusión de diversos puntos de suministro en la oferta de migración para que los usuarios regulados pasen a tener la condición de clientes libres, dependiendo de si estos deciden continuar contratando con la empresa denunciada o con un competidor.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

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 Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia,

RESUELVE:

Declarar improcedente la denuncia presentada por Esmeralda Corp. S.A.C. contra Luz del Sur S.A.A. por un presunto abuso de posición de dominio a través de (i) la negativa injustificada del incremento de potencia para un punto de suministro solicitada por Esmeralda; (ii) la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, consistentes en la inclusión de diversos puntos de suministro en la oferta de migración de Esmeralda, dependiendo de si esta decidía continuar contratando con la empresa denunciada o con un competidor. En consecuencia, no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de dicha empresa, al no haberse acreditado la existencia de indicios razonables sobre las infracciones denunciadas.



Firma Digital

Firmado digitalmente por ESPINOZA
LOZADA Jesus Eloy FAU
20133646533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 25.02.2022 17:21:01 -05:00

Jesús Eloy Espinoza Lozada
Director

Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia