



Expediente 003-2022/CLC

**Resolución 067-2022/DLC-INDECOPI**

8 de agosto de 2022

**VISTAS:**

La denuncia presentada por Atria Energía S.A.C. (en adelante, Atria Energía) contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. (en adelante, Ensa), por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica; así como las actuaciones preliminares 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 Competencia); y

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES**

1. El 11 de abril de 2022, Atria Energía (antes Eléctrica Santa Rosa S.A.C.<sup>1</sup>) presentó una denuncia contra Ensa por un supuesto abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica en las regiones de Cajamarca y Lambayeque, conductas tipificadas en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>2</sup>. La denuncia se sustentó en los siguientes argumentos:

- En Perú existen dos mercados de suministro de energía eléctrica: (i) el mercado de distribución de energía a usuarios regulados, otorgado de forma exclusiva a un solo titular (distribuidor); y (ii) el mercado de suministro de electricidad a usuarios libres, en el que participan en igualdad de condiciones las empresas generadoras y distribuidoras.
- Asimismo, existen tres tipos de usuarios de electricidad: (i) usuarios regulados que tienen una demanda máxima anual de energía eléctrica de 200 kW y deben contratar el suministro de energía eléctrica con el distribuidor de la zona en la que están ubicados; (ii) usuarios libres que tienen una demanda anual de energía eléctrica mayor a 2500 kW y pueden contratar el suministro de

<sup>1</sup> El 22 de mayo de 2019, Eléctrica Santa Rosa S.A.C. modificó su denominación social a Atria Energía S.A.C., como consta en la Partida Electrónica 11269325 de la Oficina Registral de Lima.

<sup>2</sup> Aprobada mediante Decreto Legislativo 1034 y modificada mediante Decretos Legislativos 1205 (2015), 1396 (2018) y 1510 (2020). Las referencias a la Ley corresponden al Texto Único Ordenado, aprobado mediante Decreto Supremo 030-2019-PCM.



energía eléctrica con cualquier generador o distribuidor y (iii) usuarios que tienen una demanda anual de energía eléctrica mayor de 200 kW y menor a 2500 kW, quienes pueden decidir ser usuarios regulados (y, por tanto, solo contratar con el distribuidor de su zona) o libres (y, poder contratar con cualquier generador o distribuidor).

- Conforme al marco legal vigente, todos los usuarios de energía eléctrica (regulados y libres), ubicados dentro de una zona de concesión de un distribuidor, deben estar conectados a una red de distribución para recibir la electricidad. De este modo, si bien el usuario libre tiene libertad para elegir al suministrador de energía, debe conectarse a una red de distribución (operada por un distribuidor) para recibir la electricidad.
- Ensa es el titular de la concesión de distribución de electricidad en las **regiones de Cajamarca y Lambayeque**. Tanto los usuarios regulados como los usuarios libres ubicados en dicha zona de concesión deben estar conectados a la red de distribución de la referida empresa.
- Atria Energía realizaba ofertas competitivas a los usuarios regulados con un precio de suministro inferior al de Ensa con la finalidad de que el usuario – ubicado en la zona de concesión de Ensa y cuya demanda oscila entre los 200 kW y 2500 kW– cambie su condición a usuario libre y contrate el suministro de energía con ella. Sin embargo, luego de que los referidos usuarios le comunicaban a Ensa su decisión de cambiar su condición a usuarios libres y que la migración se haría efectiva en el plazo de un año de acuerdo con el marco regulatorio, Ensa les ofrecía la migración inmediata con la finalidad de que permanezcan en su cartera de clientes.
- De este modo, si bien la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la Comisión), a través de la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI del 9 de julio de 2021, declaró la responsabilidad de Ensa por la realización de dicha práctica anticompetitiva para el periodo comprendido entre el 2016 y 2019, a la fecha de presentación de la denuncia, Ensa continúa aplicando esta política de exoneración a sus clientes y negándosela a los clientes de Atria Energía. En efecto, los contratos suscritos por Ensa con sus clientes regulados desde el 2020 en adelante, evidencian que Ensa ha continuado aplicando esta política de exoneración a sus clientes regulados.
- Ensa ha suscrito contratos de suministros libres con las empresas Piladora Nuevo Horizonte S.A.C. y Huerto Génesis S.A.C., clientes que provienen del segmento regulado, sin respetar el plazo legal de preaviso toda vez que las fechas de suscripción de dichos contratos son posteriores a las fechas de inicio de los suministros en uno (1) y dieciocho (18) meses, respectivamente. Dicha situación evidenciaría que Ensa estaría aplicando descuentos de forma retroactiva a períodos que ya habrían sido facturados a dichas empresas como usuarios regulados como parte de su estrategia comercial para retenerlos y evitar que migren o contraten con sus competidores.
- Asimismo, de acuerdo con lo informado por Ensa en respuesta a una solicitud de acceso a la información pública, ésta se encontraría suministrando energía



a los clientes regulados que migraron al segmento libre, entre ellos, Molino Las Delicias S.A.C., Naya Perú E.I.R.L., Molino's Cristo Morado S.A.C. y Corp. Industrial Arrocería Ademmy del Norte S.A.C., pese a no haber suscrito ningún contrato de suministro eléctrico con estas empresas.

- Así, Ensa utiliza su posición de dominio en el mercado de distribución en su zona de concesión, para afectar negativa e ilegalmente las condiciones de competencia en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres, en el que compite con Atria Energía y otros generadores.
2. El 13 de abril de 2022, Atria Energía subsanó su denuncia, adjuntando el comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador por prácticas anticompetitivas, de conformidad con lo dispuesto por el literal d) del artículo 19 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>3</sup>.
  3. Mediante comunicación del 12 de mayo del 2022, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin) remitió a la Dirección información actualizada sobre el Sistema de Usuarios Libres – SICLI, correspondiente a los meses de noviembre y diciembre de 2021.
  4. Mediante Carta 609-2022/DLC-INDECOPI del 1 de junio de 2022, la Dirección requirió a Ensa que cumpla con presentar, dentro del plazo de quince (15) días hábiles, diversa información relacionada a los contratos de suministro de energía que mantenía y/o mantiene con las empresas generadoras para la atención de usuarios regulados y libres que se encontraban vigentes desde enero del 2020 hasta la actualidad. Asimismo, le solicitó que, en un plazo de tres (3) días hábiles, cumpla con fijar su domicilio procesal electrónico a efectos de la presente investigación.
  5. El 6 de junio de 2022, Ensa cumplió con fijar su domicilio procesal electrónico en el marco de la presente investigación.
  6. Mediante Resolución 051-2022/DLC-INDECOPI del 17 de junio de 2022, la Dirección prorrogó el plazo para la calificación de la denuncia interpuesta por Atria bajo el Expediente 003-2022/CLC, por treinta (30) días hábiles adicionales.
  7. Mediante Carta ENSA-GC-WMC-0962-2022 del 22 de junio de 2022, Ensa cumplió con remitir la información solicitada a través del requerimiento de información formulado por Carta 609-2022/DLC-INDECOPI.
  8. Mediante Carta 807-2022/DLC-INDECOPI del 8 de julio de 2022, la Dirección citó a Ensa a una reunión virtual el 13 de julio de 2022, a efectos de que proporcione mayores alcances respecto de la información remitida a través de la Carta ENSA-GC-WMC-0962-2022.

<sup>3</sup> **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:

d) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador. Esta tasa está exceptuada del límite en cuanto al monto establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

9. En atención a la coordinado en la reunión previamente citada, la Dirección remitió la Carta 842-2022/DLC-INDECOPI del 13 de julio de 2022, mediante la cual le requirió a Ensa que cumpla con precisar y proporcionar, dentro del plazo de tres (3) días hábiles, la información sustentatoria respectiva que acredite el segmento –regulados o nuevos clientes– del cual provienen los siguientes suministros de energía: (i) Piladora Nuevo Horizonte S.A.C.; (ii) Molino San Fernando 2; (iii) Azucarera Naylamp; (iv) Complejo Agroindustrial Beta 2; (v) Mall Aventura 5; (vi) Mall Aventura 6; (vii) Pesquera Marmar; (viii) Complejo Agroindustrial Beta 3; (ix) Grupo San Martín Trading; (x) Cerro Negro Peru; (xi) Consorcio Hotelero Walu; (xii) Industrias Master Group; (xiii) Reydinor; (xiv) Ladrillos Torre Fuerte; (xv) Broom Frio Holding Morrope.
10. Mediante comunicación del 18 de julio de 2022, Ensa cumplió con proporcionar la información sustentatoria respecto a los suministros de energía requeridos por la Dirección a través de Carta 842-2022/DLC-INDECOPI.

## II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

11. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de que Ensa incurrió en un abuso de posición de dominio consistente en aplicar, de manera injustificada, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en perjuicio de Atria Energía, infracción prevista en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>4</sup>; y si, en consecuencia, corresponde admitir a trámite la denuncia formulada por Atria Energía.

## III. CUESTIÓN PREVIA

### 3.1. Sobre la competencia de la Dirección para iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de Ensa

12. A criterio de esta Dirección, resulta pertinente hacer referencia a la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, aprobada mediante Ley 28832 (en adelante, Ley 28832), y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, aprobado mediante Decreto Supremo 022-2009-EM (en adelante,

<sup>4</sup> 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 excluyente tales como:

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

(...)

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.

Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad), que establecen determinadas condiciones para la migración de usuarios regulados a usuarios libres, en el marco de los servicios de suministro de energía eléctrica.

13. Específicamente, corresponde determinar, preliminarmente, el alcance de las referidas normas y sus posibles efectos sobre la competencia de esta Dirección para iniciar un procedimiento administrativo sancionador en relación con las conductas denunciadas.

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

14. La Ley 28832, publicada el 23 de julio de 2006, fue emitida con la finalidad de perfeccionar las reglas establecidas en el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y, de este modo, asegurar la generación eficiente de electricidad en el mercado peruano.
15. De acuerdo con su Exposición de Motivos, la referida norma buscó garantizar el desarrollo de la oferta y abastecimiento oportuno, seguro y eficiente de la energía eléctrica. De hecho, uno de sus principales objetivos fue corregir las deficiencias detectadas incorporando mecanismos de libre competencia que aseguren, a costos eficientes, la suficiencia de generación y reducir la intervención administrativa del regulador para la determinación de los precios de generación, prefiriendo soluciones de mercado cuando éstas sean posibles<sup>5</sup>.
16. En esa línea, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832 otorga a los usuarios la posibilidad de elegir la condición de usuario libre o regulado cuando su demanda máxima anual se encuentre comprendida dentro de un rango que se establecería en el Reglamento.

**«Primera.- Nueva opción para Usuarios Libres**

**Los Usuarios con una máxima demanda anual comprendida dentro del rango que se establezca en el Reglamento podrán acogerse, a su elección, a la condición de Usuario Libre o Usuario Regulado. El cambio de condición requerirá un preaviso con anticipación no menor a un (1) año, según los términos que establezca el Reglamento. En caso de que el Usuario cambie de condición deberá mantener esta nueva condición por un plazo no menor de tres (3) años».**

[Énfasis agregado]

17. El 16 de abril de 2009 se publicó el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad que dispone que los usuarios que tengan como límite inferior una potencia de 200 kW y como límite superior una potencia de 2500 kW, pueden elegir la condición de usuario libre o usuario regulado. De acuerdo con la referida norma, los usuarios que se encontraban en este rango podían ser atendidos en condiciones de competencia bajo un régimen de libertad de precios, además de que constituían un número suficientemente representativo de las actividades

<sup>5</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. Disponible en el siguiente enlace (Proyecto de Ley 14065/2005 CR): <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>

económicas y productivas del país, cuya migración de una condición a otra, contribuiría a crear mejores condiciones de competencia en el mercado eléctrico<sup>6</sup>.

18. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, los usuarios que se encuentran en el rango de 200 kW y 2500 kW deben cumplir con determinados requisitos para que puedan cambiar su condición de usuario regulado a usuario libre, tal como se detalla a continuación:

**«Artículo 4.- Requisitos y condiciones**

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

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

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

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

*4.4 El Usuario tiene la obligación de permanecer en la nueva condición durante un plazo mínimo de tres (03) años».*

19. Como se puede observar, la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad pretendieron –entre otros aspectos– dinamizar el mercado de suministro de energía, permitiendo que los usuarios que se encuentran en el rango de 200 kW y 2500 kW puedan cambiar su condición de usuario regulado a usuario libre para tener la posibilidad de adquirir energía de las empresas generadoras o distribuidoras con quienes podían negociar el precio de la energía o la potencia que consumirían. Únicamente para estar habilitados a este cambio de condición debían cumplir los requisitos mínimos que se establecen en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.
20. De esta forma, las relaciones comerciales de los usuarios que optan por el cambio de condición se rigen por los mecanismos de libre competencia. Esta situación es reconocida en la Primera Disposición Complementaria del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad que dispone que para las relaciones comerciales en el mercado libre de electricidad resulta aplicable la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>7</sup>.
21. En síntesis, la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad buscaron, entre otros aspectos, que las empresas generadoras y distribuidoras puedan suministrar energía ofreciendo sus servicios a aquellos usuarios que se encontraban en el rango de 200 kW y 2500 kW que optaban por cambiar su

<sup>6</sup> Exposición de Motivos del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad. Disponible en el siguiente enlace: [http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro\\_documental/PlantillaMarcoLegalBusqueda/DS-022-2009-EM.pdf](http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/PlantillaMarcoLegalBusqueda/DS-022-2009-EM.pdf)

<sup>7</sup> **Reglamentos de Usuarios Libres de Electricidad**  
**Primera.-** Para la relaciones comerciales en el mercado libre de electricidad, es de aplicación el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o el que lo sustituya.

condición de regulado a libre. Estas relaciones comerciales entre los usuarios y las empresas generadoras o distribuidoras se basaban en condiciones de competencia bajo un régimen de libertad de precios en el que resulta aplicable el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

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

22. El artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ha limitado la aplicación de las normas de competencia a aquellas conductas que son consecuencia de una norma legal y que podrían resultar incompatibles con las normas de competencia o los fines que ellas promueven<sup>8</sup>. La existencia de un límite a la aplicación de las normas de competencia se sustenta en la necesidad de evitar que se sancione a los agentes económicos por actuar conforme al ordenamiento jurídico.
23. En efecto, existen casos en los que las normas legales pueden permitir o incluso imponer determinados comportamientos que las normas de competencia consideran, en principio, sancionables. La aplicación de las normas de competencia en dichos supuestos podría llevar al absurdo de sancionar a un agente económico por realizar una conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal, situación prohibida expresamente por el artículo citado.
24. Ahora bien, de acuerdo con el Precedente de Observancia Obligatoria emitido por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi (en adelante, la Sala) mediante Resolución 0479-2014/SDC-INDECOPI, toda posible limitación a la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas únicamente puede derivar de una aplicación estricta o literal de una norma legal que así lo establezca. Al respecto, el referido precedente señala lo siguiente:

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

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

[Énfasis agregado]

25. En el presente caso, esta Dirección ha podido observar que no existe una norma legal que autorice expresamente o incluso obligue a las empresas generadoras o

<sup>8</sup> 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.



distribuidoras a realizar las conductas denunciadas. En efecto, la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad no autorizan expresamente a las empresas distribuidoras a aplicar condiciones diferentes a los usuarios regulados que desean migrar a usuarios libres y deciden contratar con dichas empresas. Por el contrario, las referidas normas únicamente han otorgado la posibilidad a los usuarios de elegir cambiar su condición de regulado a libre cumpliendo determinados requisitos.

26. El hecho de que las empresas distribuidoras ofrezcan como parte de sus condiciones comerciales para brindar el servicio de suministro de energía, por ejemplo, la exoneración de determinados requisitos establecidos en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad a aquellos usuarios que opten por el cambio de condición de usuario regulado a libre y que deciden continuar contratando con su empresa, mientras que, por el contrario, por el mismo servicio, exijan el cumplimiento de estos requisitos a aquellos usuarios que deciden contratar con un competidor (empresas generadoras), no ha sido autorizada por la Ley 28832 o el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.
27. En tal sentido, a criterio de esta Dirección, no es posible afirmar que exista una disposición normativa expresa o literal a favor de las empresas distribuidoras que les permita realizar las conductas denunciadas y las exima de la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

### 3.1.3. Conclusión

28. En suma, esta Dirección considera que la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad en sí mismas no establecen una excepción explícita a favor de Ensa que limite la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Más aún, las referidas normas lo que buscaban, por un lado, era promover la competencia entre las empresas generadoras y distribuidoras en el suministro de energía a los usuarios que tenían la posibilidad de elegir cambiar su condición de regulado a libre; y por el otro lado, que estas relaciones comerciales se basen en las reglas de competencia, siendo el rol del regulador residual pues debían preferirse las soluciones de mercado cuando estas son posibles.
29. De hecho, en línea con ello, la Primera Disposición Complementaria del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad reconoce que para las relaciones comerciales en el mercado libre de electricidad resulta aplicable la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
30. Por lo expuesto anteriormente, esta Dirección considera que la conducta materia de análisis de la presente Resolución no estaría exenta de la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En tal sentido, esta Dirección cuenta con plena competencia para iniciar un procedimiento administrativo sancionador en relación con la conducta materia de la presente denuncia.

### 3.2. Sobre el periodo investigado en el presente pronunciamiento

31. En el numeral 50 del escrito de denuncia presentado por Atria Energía, dicha empresa señaló que la conducta consistente en la exoneración indebida del plazo

de preaviso para el inicio del suministro en la nueva condición de usuario libre se continuaría verificando en los últimos contratos que ha suscrito Ensa desde el 2020 en adelante. Para estos efectos, Atria Energía adjuntó dos (2) contratos de suministros de energía suscritos por Ensa con Piladora Nuevo Horizonte S.A.C. y Huerto Génesis S.A.C., con **fechas de inicio de suministro del 1 de enero y 1 de junio del 2020**, respectivamente, así como un cuadro en el que presuntamente se verificaría un listado de clientes de Ensa a los cuales se les habría exonerado del plazo de preaviso para el inicio del suministro en la nueva condición de usuario libre, **correspondiente al periodo comprendido entre julio de 2021 a marzo 2022**.

32. Sobre el particular, cabe señalar que mediante Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI, la Comisión declaró la responsabilidad de Ensa por la realización de un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; en específico, por exonerar del plazo del preaviso de un año a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; y, por el contrario, exigir el cumplimiento de este requisito a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores; infracción tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En el referido procedimiento, confirmado en segunda instancia<sup>9</sup>, **el periodo analizado fue del 2016 al 2019**<sup>10</sup>.
33. Al respecto, cabe recordar que la garantía o principio de *non bis in ídem* forma parte del derecho al debido proceso, encontrándose reconocido implícitamente a nivel constitucional<sup>11</sup>. Este principio prohíbe imponer de manera conjunta o sucesiva una doble sanción o persecución (juzgamiento o procesamiento) a una misma persona por un mismo hecho y en función de un mismo fundamento<sup>12</sup>. De esta manera, el Tribunal Constitucional ha señalado que la garantía del *non bis in ídem* cuenta con dos vertientes o manifestaciones<sup>13</sup>:

<sup>9</sup> Mediante Resolución 0035-2022/SDC-INDECOPI, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, confirmó la Resolución 042-20217/CLC-INDECOPI del 9 de julio de 2021, en el extremo que halló responsable a Ensa por incurrir en un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes por los hechos previamente referidos y modificó la resolución de primera instancia en el extremo relativo a la sanción impuesta a Ensa.

<sup>10</sup> Ver considerando 110 de la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI.

<sup>11</sup> **Constitución Política del Perú**

**Artículo 139.** Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

<sup>12</sup> El Tribunal Constitucional indica que "*el principio ne bis in ídem, en tanto límite a la potestad sancionadora del Estado, se encuentra contenido implícitamente en el artículo 139° inciso 3) de la Norma Fundamental que consagra el derecho al debido proceso. Este se vulnera cuando recaen sobre la misma persona dos o más sanciones o juzgamientos y existe identidad de sujeto, hecho y fundamento*". Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 361-2010-PA/TC, así como los pronunciamientos recaídos en el Expediente 2050-2002-AA/TC y en el Expediente 2868-2004-AA/TC.

<sup>13</sup> Sobre esta doble configuración, revisar la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2050-2002-AA/TC, en la cual se indica (Fundamento Jurídico 19) que este principio "*tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal*:"

- **Material (o sustantiva)**, la cual proscribiera la posibilidad de que una persona sea sancionada dos o más veces por una misma infracción, en tanto exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.
- **Procesal (o formal)**, según la cual nadie puede ser procesado, juzgado o imputado dos o más veces por una misma infracción, siempre y cuando se observe en ambos casos la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

34. Este principio también ha sido reconocido a nivel legislativo tanto en sede penal como en sede administrativa, siguiendo las pautas establecidas por el Tribunal Constitucional. Al respecto, el Código Procesal Penal prohíbe los supuestos de doble sanción o procesamiento en los que concurren simultáneamente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento<sup>14</sup>. En la misma línea, el principio de *non bis in ídem* se encuentra regulado por el artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, ratificando que para su aplicación es indispensable que concorra de forma simultánea la citada triple identidad<sup>15</sup>.
35. Del marco legal y jurisprudencial descrito se observa entonces que, conforme a lo previsto por el Tribunal Constitucional y la legislación penal y administrativa, para aplicar este principio es indispensable que se produzca una situación de *bis in ídem*, supuesto que única y exclusivamente se configurará en caso exista la referida triple identidad de sujeto, hecho y fundamento<sup>16</sup>.

*En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.*

*En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)».*

De modo complementario, revisar la sentencia emitida por dicho órgano en el Expediente 2493-2012-AA/TC.

<sup>14</sup> **Código Procesal Penal**  
**Artículo III. Interdicción de la persecución penal múltiple.**- Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código.

<sup>15</sup> **Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS)**  
**Artículo 248. Principios de la potestad sancionadora administrativa.**- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)  
**11 Non bis in ídem.**- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

<sup>16</sup> Coincide también la doctrina al respecto. A modo de ejemplo, DEL REY indica que el principio de *non bis in ídem* «[P]rohibe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamentos». DEL REY GUANTER, Salvador, *Potestad Sancionadora de la Administración y Jurisdicción Penal en el Orden Social*, 1990; citado por NIETO Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Cuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 470.

36. A continuación, se contrasta el pronunciamiento emitido por la Comisión mediante la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI con los alcances de la denuncia analizada en la presente decisión:

**Tabla 1**  
**Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI vs. Denuncia de Atria Energía**

	Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI	Denuncia de Atria Energía del 11/04/2022
Sujeto investigado	Ensa	Ensa
Hecho denunciado	Aplicación de condiciones discriminatorias en el mercado de suministro de energía eléctrica en el área de concesión de Ensa (Lambayeque y Cajamarca) entre 2016 y 2019.	Aplicación de condiciones discriminatorias en el mercado de suministro de energía eléctrica en el área de concesión de Seal (Lambayeque y Cajamarca) entre enero de 2020 hasta marzo de 2022.
Fundamento	Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, artículo 10, literales b) y h)	Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, artículo 10, literales b) y h)

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

37. Como se puede observar, si bien se presenta identidad de sujeto y fundamento, no se aprecia coincidencia entre el periodo de la infracción denunciado por Atria Energía y el periodo objeto de pronunciamiento por parte de la Comisión mediante Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI.
38. En tal sentido, en estricto cumplimiento del principio de *non bis in idem*, esta Dirección estima conveniente señalar que **el presente pronunciamiento excluye del análisis la infracción denunciada por Atria Energía para el periodo comprendido por la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI.**
39. Lo señalado no impide que la Dirección analice un período mayor al denunciado por Atria Energía, siempre que no se encuentre comprendido por la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI. Por lo expuesto, sin perjuicio de evaluar el íntegro de la denuncia y los medios probatorios presentados por Atria Energía, **el periodo investigado para efectos del presente pronunciamiento comprende desde enero de 2020 hasta la fecha de emisión de la presente decisión (agosto de 2022).** Ello, sin perjuicio de que la determinación de los efectos de la posible infracción pueda comprender un período adicional.

#### IV. MARCO TEÓRICO

##### 4.1. Abuso de posición de dominio

40. 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. El artículo 10.2 de la

referida norma, reitera la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio a competidores en el mercado afectado para que se configure un abuso de posición de dominio.

41. 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 económicos<sup>17</sup>, por ejemplo, a través de los denominados precios «excesivos», pero que no inciden directamente sobre el proceso competitivo<sup>18</sup>.
42. De acuerdo con lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
  - a. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
  - b. Que el supuesto infractor haya cometido una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia.
  - c. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
43. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad de afectar o distorsionar unilateralmente y en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del mercado. Esta capacidad puede ser consecuencia de factores como una importante participación de mercado, un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial. Si un agente no contara con posición de dominio, no podría analizarse si su conducta constituye un abuso de posición de dominio.
44. 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.
45. En lo que se refiere al segundo requisito, corresponde a la autoridad verificar la existencia de la conducta supuestamente abusiva. Estas restricciones indebidas

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Organización Industrial. Universidad del Pacífico, 2006, BUP-CENDI. Lima, pág. 69.

<sup>18</sup> A nivel jurisprudencial, la Sala ha establecido que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no contempla las prácticas explotativas (por ejemplo, los precios excesivos o abusivos) como parte de las conductas de abuso de posición de dominio, limitándose a sancionar aquellas que generen efectos exclusorios. Ello, toda vez que el artículo 10.5 de la norma en mención establece que «no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales», siendo que las prácticas explotativas no afectan el proceso competitivo. Ver Resolución 708-2011/SC1-INDECOPI del 16 de marzo de 2011.

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».

46. Al respecto, el artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas recoge ejemplos típicos de conductas abusivas, como la negativa de trato (literal a), la discriminación (literal b), las cláusulas de atadura (literal c) y el abuso de procesos legales (literal f).
47. Cabe indicar que la evaluación del efecto restrictivo, las posibles justificaciones comerciales o de eficiencia que pueda sustentar la denunciada y el balance a cargo de la autoridad corresponden a la última etapa del análisis. Por ello, en esta etapa corresponderá a la autoridad únicamente acreditar la existencia de la conducta cuestionada.
48. El tercer y último requisito exige que la conducta del presunto infractor le permita obtener beneficios y causar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio), por razones distintas a la mayor eficiencia económica. Es decir, debe producirse un efecto anticompetitivo neto.
49. 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 indirectos<sup>19</sup> (es decir, que produjo un «efecto exclusorio»).
50. 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).
51. En la calificación de este requisito, deberá 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.
52. 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

<sup>19</sup> Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, considerando 65.

de superar o contrarrestar los efectos restrictivos observados. Corresponderá a la denunciada acreditar las eficiencias procompetitivas derivadas de su conducta.

53. 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 será 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.
54. Este balance de efectos es coherente con el artículo 10.4 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>20</sup>, que establece que los casos de abuso de posición de dominio deben ser analizados a la luz de la «prohibición relativa». La prohibición relativa exige, conforme al artículo 9 de la referida norma<sup>21</sup>, que para configurarse la infracción, la autoridad deberá probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.
55. Como se ha señalado, si los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la conducta analizada fuesen superiores a los posibles beneficios que podría generar, esta constituiría un abuso de posición de dominio.
56. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de manera **concurrente**. En tal sentido, bastará que no se acredite alguno de estos requisitos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

#### 4.2. Aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes (LRCA, art. 10.2.b)

57. La autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual<sup>22</sup> conforman la libertad de contratación, que se encuentra expresamente reconocida en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú<sup>23</sup>. No obstante, como ha

<sup>20</sup> **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.

<sup>21</sup> **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**  
**Artículo 9.- Prohibición relativa.-** En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, correspondiente al Expediente 4788-2005/PA/TC.

<sup>23</sup> **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.

señalado el Tribunal Constitucional en numerosos pronunciamientos<sup>24</sup>, las libertades contractuales están sujetas a determinados límites o deben ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico, como el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución<sup>25</sup>.

58. 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.
59. 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.*

60. 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.
61. 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

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> **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.

justificado, coloque a unos competidores en una situación desventajosa frente a otros y otorgue beneficios al agente dominante.

62. 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 concedan con carácter general cuando se presenten condiciones comerciales equivalentes (p.e. compras en grandes cantidades, cumplimiento de metas en ventas, entre otros).
63. 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.
- 4.3. Requisitos para admitir a trámite una denuncia por abuso de posición de dominio**
64. 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.
65. En ese sentido, de acuerdo con el literal b) del artículo 19 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>26</sup>, la denuncia de parte sobre conductas anticompetitivas debe contener, entre otros requisitos, elementos de juicio que acrediten la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada.
66. Los indicios razonables son un conjunto de medios probatorios que demuestran una tesis creíble acerca de la existencia de una conducta anticompetitiva, en función de los elementos necesarios para su configuración.
67. La exigencia de indicios razonables se explica en la medida en que la autoridad solo puede proceder a dar trámite a un procedimiento que se encuentre razonablemente sustentado, de forma que puedan notificarse al investigado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y la sanción que podrían generar.
68. Esta exigencia tiene como principal fundamento garantizar el derecho al debido procedimiento de los investigados. En efecto, este derecho implica que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a un administrado la comisión de una infracción sin que existan indicios

<sup>26</sup>

**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.



razonables de esta. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado<sup>27</sup>.

69. 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.*

70. En efecto, la autoridad no debe dar trámite a cualquier alegación sino solo a aquellas que se encuentren razonablemente sustentadas, de forma que pueda notificarse al denunciado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y las sanciones que éstas podrían generar.
71. De ahí que se requiera que las denuncias de parte sobre presuntas conductas anticompetitivas cumplan con presentar una descripción clara y precisa de la conducta denunciada, así como los medios probatorios pertinentes. Ello, sin perjuicio de las actuaciones previas que puedan realizarse de oficio para verificar la existencia de una posible infracción.
72. En tal sentido, para determinar si existen indicios razonables de que Ensa incurrió en un abuso de posición de dominio en contra de Atria Energía consistente en aplicar en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, se debe acreditar que existan indicios razonables de los siguientes requisitos:
- Que Ensa gozaba de posición de dominio en el mercado relevante.
  - Que Ensa realizó la conducta denunciada. Específicamente, que durante el periodo investigado aplicó en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocaron a la competencia en una situación desventajosa.
  - Que Ensa ha obtenido beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio).

<sup>27</sup>

**Ley del Procedimiento Administrativo General**

**Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades esta regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

**9. Presunción de licitud.-** Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

73. Cabe recordar que los requisitos para la configuración de un abuso de posición de dominio son **concurrentes**. En consecuencia, para que se determine la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada, es necesario que se determine la existencia de indicios razonables de todos y cada uno de estos requisitos.

## V. ANÁLISIS

74. A continuación, en base al marco teórico expuesto, se analizará la concurrencia de indicios razonables de la infracción denunciada por Atria Energía.

### 5.1. Indicios de la existencia de la posición de dominio de Ensa

#### 5.1.1. Mercado relevante

75. Según el artículo 6 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, para definir el mercado relevante es necesario identificar el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante<sup>28</sup>.
76. 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.
77. Atria Energía, la denunciante, es una empresa dedicada a la generación y suministro de energía eléctrica mientras que Ensa es una empresa que realiza actividades de distribución y suministro de energía eléctrica.
78. En general, entre las actividades que una empresa de generación eléctrica puede realizar –adicionales a la propia generación de energía– se encuentra el suministro de energía a otra empresa de generación a través de negociaciones en el mercado spot; el suministro de energía a usuarios libres<sup>29</sup> a través de contratos bilaterales negociados entre las partes; y por último, el suministro de energía a empresas de distribución eléctrica para el suministro de sus usuarios a través de licitaciones o negociaciones bilaterales<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> De acuerdo con lo establecido por la Ley de Concesiones Eléctricas y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, los usuarios libres son aquellos cuya demanda máxima es superior a 2 500 KW por punto de suministro; adicionalmente, los usuarios que consumen entre 200 y 2 500 KW por punto de suministro tienen la opción de elegir su condición de usuario libre o regulado.

<sup>30</sup> Según lo expuesto en la sección 3.2.1 de la Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI que autoriza sin condiciones la operación de concentración empresarial en el sector eléctrico presentada por ISQ Global Fund GPGP, LTD. y

79. Por otro lado, las empresas de distribución brindan el servicio de distribución de energía eléctrica o transporte de energía a los usuarios finales que pueden ser regulados<sup>31</sup> o libres. Dicho servicio es prestado por la empresa distribuidora de manera exclusiva en su área de concesión<sup>32</sup>. 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.
80. Cabe señalar que, en Perú, las actividades de distribución y suministro de energía eléctrica a usuarios regulados son realizadas por las empresas de distribución<sup>33</sup>. A la fecha, no existen proveedores distintos a las empresas de distribución para el suministro de energía eléctrica en este segmento. Por ello, las empresas de distribución están obligadas a suministrar electricidad a quien lo solicite en su área de concesión<sup>34</sup>.
81. Asimismo, para suministrar energía a usuarios libres ubicados en las redes de distribución de una empresa distribuidora, una empresa generadora requiere utilizar dichas redes de distribución.
82. En ese contexto, Atria Energía señala que Ensa, aprovechando su condición de exclusividad en los mercados de distribución y de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en su zona de concesión, estaría realizando una serie de presuntas prácticas anticompetitivas que afectarían el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres (específicamente, a aquellos que pueden elegir su condición de usuarios regulados o libres).

---

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

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> **Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas**

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

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

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> **Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas**

**Artículo 34.-** Los Distribuidores están obligados a:

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

83. De esta manera, Atria Energía denunció que Ensa habría incurrido en un abuso de su posición de dominio en los siguientes términos<sup>35</sup>:

*«En cualquier caso, lo cierto es que la exoneración ilícita del plazo de preaviso para el inicio del suministro como usuario libre se continúa verificando en los contratos que ha suscrito ENSA desde el 2020 en adelante, sumándole ahora el ofrecimiento de descuentos con aplicación retroactiva derivados del cambio de condición».*

84. Como se verá más adelante, en el caso de los usuarios regulados que requieren cambiar de condición a usuarios libres, como suministrador de energía a usuarios regulados en su área de concesión, Ensa tendría la posibilidad en la práctica de exigirles o exonerarles del plazo de preaviso que les permite migrar a la condición de libres.
85. En ese contexto, Ensa podría haber aprovechado su condición de exclusividad en los mercados de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en su área de concesión para obtener una ventaja indebida sobre Atria Energía, con quien compete en el mercado de suministro de energía a usuarios libres (en especial, usuarios que pueden elegir su condición de usuarios regulados o libres).
86. De este modo, la conducta de Ensa debe analizarse en el mercado relacionado con el suministro de energía eléctrica a usuarios regulados, punto de partida para la definición del mercado relevante que se realiza a continuación.

**a. Mercado de producto relevante**

87. 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.
88. En el presente caso, el servicio involucrado en la conducta investigada sería el de **suministro de energía eléctrica**. Así, se determinará si existen sustitutos adecuados a este, en función de las necesidades que dichos servicios buscan satisfacer.
89. En primer lugar, debe observarse que la conducta investigada involucra al servicio de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados debido a que la exoneración del plazo de preaviso, para que un usuario regulado cambie de condición a usuario libre, se realizaba mientras que el usuario tenía la condición de regulado y su suministrador de energía eléctrica era la empresa de distribución; siendo esta una etapa anterior al cambio de condición del usuario. En este sentido, quien tendría la posibilidad de exonerar del plazo de preaviso, sería el suministrador del usuario regulado, es decir la empresa de distribución.

<sup>35</sup> Escrito de denuncia del 11 de abril de 2022, pp. 17.

90. Así, el servicio de suministro de energía eléctrica, para efectos del presente pronunciamiento, excluye a los usuarios libres, en la medida que la denuncia versa sobre un posible trato diferenciado a usuarios regulados que manifiestan su intención de migrar al régimen de usuarios libres, y no un trato diferenciado entre usuarios libres. Además, cabe resaltar que los usuarios libres se encuentran normativamente sujetos a condiciones de suministro y demanda de energía distintas a la de los usuarios regulados. Finalmente, como se verá más adelante, el segmento de usuarios libres dentro del área de concesión de Ensa que antes mantenían la condición de usuarios regulados integraría el mercado afectado.

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

91. Los usuarios regulados son aquellos que tienen una demanda máxima menor a 200 kW por punto de suministro, que corresponden a los hogares; y aquellos que, teniendo un consumo mayor a 200 kW y menor a 2500 kW, decidan mantenerse dentro del segmento regulado, que corresponde a los pequeños comercios e industrias.

92. La demanda de electricidad de los hogares es derivada de los requerimientos de energía de los artefactos que estos poseen, los cuales les proporcionan iluminación, refrigeración, ventilación y calefacción<sup>36</sup>. 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 servicio<sup>37</sup>. En ese sentido, no es posible afirmar que actualmente los hogares puedan reemplazar el uso de electricidad por otra fuente de energía.

93. Asimismo, los pequeños comercios e industrias utilizan la energía eléctrica dentro de sus procesos de producción como un insumo debido a que requieren de una fuente de energía continua y sostenible<sup>38</sup>. En general, este tipo de consumidores podrían buscar otro tipo de fuentes de energía diferentes a la electricidad como, por ejemplo, el gas. Sin embargo, la decisión de cambiar de una fuente de energía a otra involucra la realización de inversiones en conexiones y contar con artefactos compatibles para el uso de una fuente de energía distinta a la eléctrica<sup>39</sup> (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

<sup>36</sup> TAMAYO, Jesús et al., Óp. Cit. p. 17.

<sup>37</sup> 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. Al respecto, consultar el siguiente enlace: <https://revistaenergia.pe/inei-en-peru-solo-el-8-de-hogares-cuentan-con-gas-natural/>

<sup>38</sup> TAMAYO, Jesús et al., Óp. Cit. p. 17.

<sup>39</sup> 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 el siguiente enlace: <https://www.calidda.com.pe/industria/Paginas/Aire-acondicionado-a-Gas-Natural.aspx#seccion>

la medida que se requieren inversiones relevantes que limitarían la decisión de cambio.

94. Ahora bien, estos clientes podrían tener otras fuentes de energía eléctrica distintas 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 microturbinas<sup>40</sup>, lo que involucra realizar inversiones que podrían no ser rentables para la mayoría de estos usuarios.
95. 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.**

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

96. 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.

**b. Mercado geográfico relevante**

97. En relación con la delimitación geográfica del mercado, este se debe determinar en función de dónde se pueden encontrar proveedores alternativos, en atención a las características del producto relevante y a las condiciones de adquisición.
98. 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 concesión<sup>41</sup>, y que los únicos suministradores de energía para los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW son las empresas de distribución; se observa que cada empresa distribuidora sería la única que puede ofrecer el suministro de energía eléctrica a dichos usuarios regulados en el área de concesión.
99. En tal sentido, los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW ubicados en el área de concesión de una empresa de distribución no

<sup>40</sup> 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>

<sup>41</sup> **Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas**  
**Artículo 30.-** La actividad de distribución de Servicio Público de Electricidad en una zona determinada, solo puede ser desarrollada por un solo titular con carácter exclusivo. La concesión de distribución no puede ser reducida sin autorización del Ministerio de Energía y Minas.



tendrían proveedores alternativos ubicados en zonas distintas al área de concesión de dicha empresa de distribución, para el suministro eléctrico<sup>42</sup>.

100. Por tanto, esta Dirección considera que el mercado geográfico relevante para el servicio de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW se encontraría, en el presente caso, delimitado por el área de concesión de Ensa, esto es, los departamentos de Cajamarca y Lambayeque<sup>43</sup>.

▪ **Conclusión sobre el mercado relevante**

101. Considerando el análisis realizado, la Dirección concluye que el mercado relevante en el presente procedimiento 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 Ensa.**

**5.1.2. Posición de dominio de Ensa**

102. Habiendo definido indiciariamente el mercado relevante, corresponde determinar si, en dicho mercado, habría existido una posición de dominio por parte de Ensa al momento de realizar la conducta presuntamente infractora.

103. 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. No obstante, considerando que el mercado relevante está relacionado con los usuarios regulados en la zona de concesión de Ensa, corresponde excluir de la determinación de la posición de dominio de Ensa a otros tipos de usuarios.

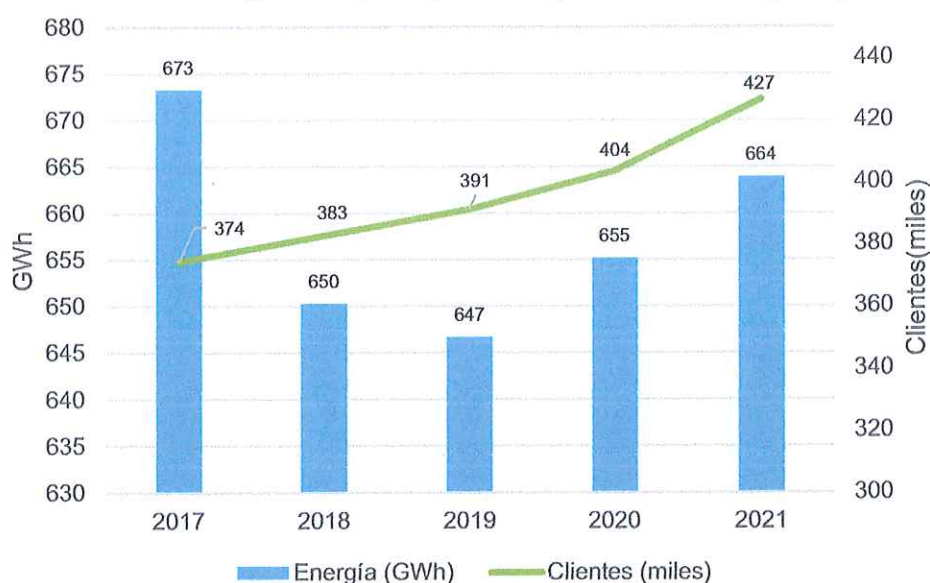
104. En efecto, conforme al marco normativo vigente, para los **usuarios regulados** que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW, el único proveedor de suministro de electricidad es la empresa de distribución en su área de concesión. De esta manera, en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de la red de distribución de Ensa, no opera ni podría operar otra empresa diferente a ella, por lo que Ensa no enfrentaría competencia actual ni potencial en el mercado relevante.

<sup>42</sup> 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).

<sup>43</sup> Cabe indicar que, mediante Resolución Suprema 003-95-EM se otorgó a favor de Ensa la concesión definitiva para desarrollar actividades de distribución de energía eléctrica y se suscribió el Contrato de Concesión 029-94. Posteriormente, a través de Resolución Suprema 019-2014-M se amplió la zona de concesión de distribución de energía eléctrica. Además, de acuerdo con la Memoria Anual del 2020 de Ensa, esta desarrolla sus actividades en un área de concesión de 4315 km<sup>2</sup> comprendidos en las regiones de Cajamarca y Lambayeque. Disponible en: <https://www.distriluz.com.pe/transp/ftp/ensa/Otros/Memorias/Memoria-Ensa-2020.pdf>

105. De acuerdo con su Memoria Anual del 2020, Ensa desarrolla sus actividades en dos regiones del país: Lambayeque y Cajamarca, siendo su área de concesión de 4,315.18 km<sup>2</sup>.<sup>44</sup>
106. Por otro lado, entre 2017 y 2021, el número de usuarios regulados en el área de concesión de la red de distribución de Ensa se incrementó en 14%, pasando de 374 mil a 427 mil usuarios. En el mismo periodo, el consumo anual de energía de sus usuarios regulados se redujo en 1.4%, pasando de 673.24 GWh a 663.9 GWh<sup>45</sup>.

**Gráfico 1**  
**Número de usuarios regulados (miles) de Ensa y consumo total (GWh) 2017-2021**



Fuente: Osinergrmin

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

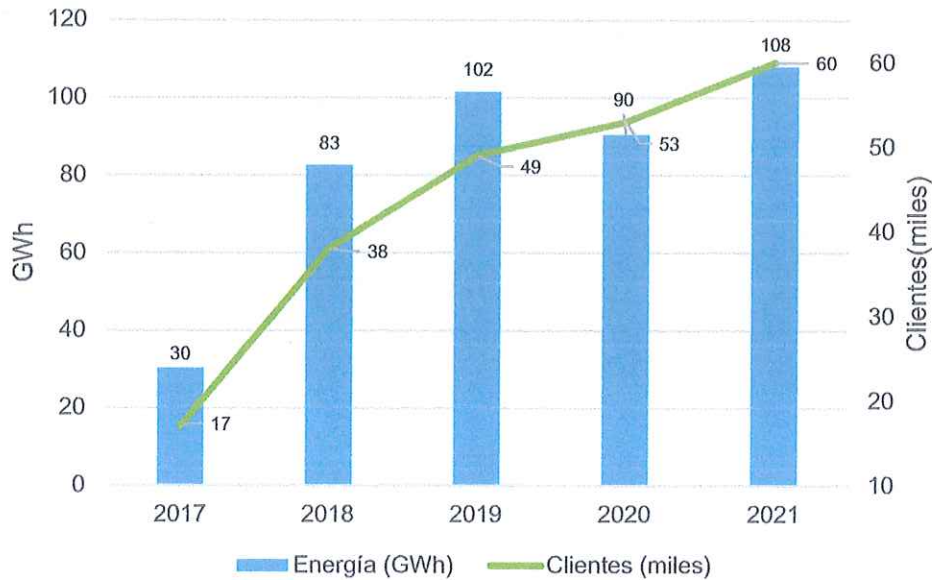
107. Adicionalmente, el Gráfico 2 muestra que el número de usuarios libres de Ensa, entre 2017 y 2021, se multiplicó 3.5 veces, al pasar de diecisiete (17) usuarios libres en 2017 a sesenta (60) en 2021. En el periodo señalado, el consumo de energía de estos usuarios libres se multiplicó por 3.6 veces, al pasar de 30.3 GWh a 108 GWh.

[Ver Gráfico en la siguiente página]

<sup>44</sup> Memoria Anual de Ensa. Disponible en el siguiente enlace:  
<https://www.distiluz.com.pe/ensa/images/nosotros/docs/MEMORIA-ENSA-2020.pdf>

<sup>45</sup> Osinergrmin. Información Comercial al mes de diciembre del 2021. Disponible en el siguiente enlace:  
[https://www2.osinergrmin.gob.pe/publicacionesgrt/pdf/sicom/IC\\_2021\\_M12.rar](https://www2.osinergrmin.gob.pe/publicacionesgrt/pdf/sicom/IC_2021_M12.rar)

**Gráfico 2**  
**Número de usuarios libre de Ensa y consumo total (GWh) 2017-2021**



Fuente: Osinergmin

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

108. De igual forma, según el sistema de información comercial de Osinergmin, Ensa distribuye energía eléctrica a los usuarios regulados en 18 sistemas eléctricos, de los cuales el sistema eléctrico Chiclayo agrupa al 46.6% de todos sus usuarios y el 63.3% de la energía consumida en el 2021. El sistema eléctrico Chiclayo Baja Densidad agrupa el 17.6% de todos sus usuarios y el 15.8% de la energía consumida en el mismo año. Los 16 sistemas eléctricos restantes concentran el 35.8% de usuarios y el 20.9% del consumo de energía.

**Tabla 2**  
**Número de usuarios de Ensa y GWh consumidos según sistema eléctrico durante 2021**

Código Sistema Eléctrico	Sistema Eléctrico	Cientes	Participación (%)	GWh	Participación (%)
SE0094	Chiclayo	199,039	46.6%	488.48	63.3%
SE0227	Chiclayo Baja Densidad	74,981	17.6%	122.16	15.8%
SR1099	Sistema Eléctrico Rural Bambamarca	31,955	7.5%	6.19	0.8%
SE1227	Olmos	24,700	5.8%	94.65	12.3%
SR1100	SER Cutervo	24,072	5.6%	4.26	0.6%
SR1199	Sistema Eléctrico Rural Chota	12,255	2.9%	1.05	0.1%
SE0100	Cutervo	10,687	2.5%	9.54	1.2%
SE0098	Chongoyape	9,272	2.2%	10.51	1.4%
SE0099	Chota	8,416	2.0%	11.51	1.5%
SE2099	Bambamarca Rural	7,833	1.8%	3.34	0.4%
SE1099	Bambamarca	5,444	1.3%	5.85	0.8%
SE0109	Niepos	5,238	1.2%	3.72	0.5%
SR0227	Chiclayo Baja Densidad Rural	3,553	0.8%	1.72	0.2%

Código Sistema Eléctrico	Sistema Eléctrico	Clientes	Participación (%)	GWh	Participación (%)
SE3099	Chota Rural	3,414	0.8%	4.87	0.6%
SR0098	Sistema Eléctrico Rural Chongoyape	2,517	0.6%	0.34	0.04%
SR1094	Sistema Eléctrico Rural Chiclayo	2,094	0.5%	1.69	0.2%
SR1109	Sistema Eléctrico Rural Niepos	740	0.2%	0.18	0.02%
SE0106	Querocoto	533	0.1%	1.88	0.2%
Total		426,743	100%	771.94	100.0%

Fuente: Osinergmin

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

109. Teniendo en cuenta lo expuesto, al tener el 100% de cuota de participación en relación con los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión, y que no enfrenta competencia potencial en este segmento desde que inició operaciones en dicha área, esta Dirección considera, a nivel indiciario, que Ensa habría ostentado posición de dominio en el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión durante el periodo analizado en el presente procedimiento (enero 2020 – agosto 2022).

### 5.1.3. Identificación del presunto mercado afectado

110. 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.
111. En el presente caso, considerando los términos de la denuncia, Ensa habría exonerado del plazo de espera de un (1) año a los usuarios regulados que cambien de condición a usuarios libres y permanezcan contratando el suministro de energía con ella, sumándole el ofrecimiento de descuentos con aplicación retroactiva derivados del cambio de condición. 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.
112. De esta forma, según la hipótesis anticompetitiva de la denuncia, Ensa habría aprovechado su condición como único proveedor en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en su área de concesión, para afectar la competencia en el suministro de energía eléctrica de los usuarios libres que provenían del mercado regulado.
113. Así, Atria Energía afirma que Ensa habría utilizado su posición de dominio en el mercado relevante para afectar el mercado de suministro a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados. De esta forma, **el mercado afectado sería el de suministro a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de Ensa.** Dichos usuarios corresponderían principalmente a pequeños comercios e industrias.

114. Como se señaló anteriormente, los pequeños comercios e industrias, usuarios que podrían cambiar su condición de usuario regulado a libre, utilizan la energía dentro de sus procesos de producción como un insumo, requiriendo de una fuente de energía continua y sostenible. Además, como se indicó, estos consumidores no podrían, razonablemente, reemplazar su consumo de energía eléctrica con fuentes de energía diferentes a la electricidad, pues esta decisión involucraría la realización de inversiones significativas en instalaciones y artefactos que utilicen tales fuentes alternativas.
115. Por otro lado, los usuarios regulados que están en condiciones de cambiar de condición a usuario libre pueden optar por celebrar contratos con empresas generadoras o distribuidoras para la adquisición de energía eléctrica<sup>46</sup>. Estos agentes suscriben contratos bilaterales que reflejan las tarifas y otros aspectos del servicio que, a diferencia de los contratos con usuarios regulados, son negociados entre las partes. En general, los usuarios libres ubicados en una determinada área de concesión pueden tener como proveedores a empresas generadoras cuyas centrales de generación se encuentran ubicadas fuera del área de concesión de la empresa encargada de la distribución.
116. En el presente caso, la conducta analizada implicaría un supuesto aprovechamiento de Ensa de la condición de exclusividad que ostenta en el mercado relevante, para captar, de forma presuntamente indebida, clientes que optan por cambiar a la condición de usuarios libres. En ese sentido, si bien se realizaría en el mercado relevante, la conducta denunciada afectaría la competencia entre las empresas de generación (como es el caso de Atria Energía) y Ensa por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuarios libres en el área de concesión de Ensa.

## 5.2. Sobre la conducta denunciada

117. En su denuncia, Atria Energía señaló que Ensa continuaría ofreciendo a aquellos clientes que deseaban migrar de usuarios regulados a libres, la exoneración del plazo del preaviso de un (1) año exigido en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, siempre que contrataran el suministro de energía con su empresa; mientras que, por el contrario, en la misma situación, exigía el cumplimiento de este requisito a aquellos usuarios que decidían contratar dicho servicio con un competidor.
118. Atria Energía indicó que los Contratos de Suministro de Electricidad Libre que Ensa ha suscrito a partir de enero de 2020 con los usuarios que permanecieron en su cartera de clientes<sup>47</sup> constituyen claramente una prueba de que Ensa

<sup>46</sup> **Decreto Supremo 022-2009-EM, Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad**

**Artículo 1.- Definiciones**

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

<sup>47</sup> Atria Energía presentó en su denuncia los Contratos de Suministro suscritos por Ensa con los clientes libres Piladora Nuevo Horizonte S.A.C. y Huerto Génesis S.A.C.

Adicionalmente, Atria Energía presentó respuesta de Ensa del 29 de marzo de 2022 ante solicitud de acceso a la información pública, mediante la cual se indica los usuarios regulados que migraron con Ensa: Molino Las

continuaría abusando de su posición monopólica al hacer efectivo el cambio de condición sin esperar el plazo de un año de preaviso únicamente respecto de sus clientes, e incluso aplicándose efectos retroactivos en la vigencia de dichos contratos.

119. Asimismo, Atria Energía adjunto a su denuncia la Carta ATR-LGL-2021-000010 del 18 de enero de 2021, mediante la cual solicitó a Ensa exonerar a EMDECOSEGE S.A. y Ladrillos Tyson S.A.C. del plazo de preaviso, indicando que a los usuarios que se mantuvieron en su cartera de clientes –una vez se trasladaron de usuarios regulados a libres– no se les habría aplicado dicha condición. En respuesta, mediante Carta ENSA-GR-0101-2021, Ensa se negó a la exoneración del plazo legal y manifestó que hace más de un año había decidido como política comercial no exonerar a ningún cliente (propio o de terceros) de aplicar dicha condición. En palabras de Atria Energía, esta afirmación resultaría falsa puesto que existen contratos de suministros en los que se habría obviado el plazo de preaviso.
120. De este modo, de acuerdo con la denuncia, Ensa habría abusado de su posición de dominio, favoreciendo a aquellos usuarios que optaban por cambiar a usuarios libres y mantenían el suministro de energía dentro de su cartera, en perjuicio de Atria Energía.
121. Al respecto, cabe recordar que, en razón del pronunciamiento emitido por la Comisión mediante Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI, corresponde a esta Dirección restringir su análisis sobre la eventual conducta discriminatoria de Ensa a partir de enero de 2020 y hasta agosto de 2022<sup>48</sup>.
122. Para efectos del análisis, mediante Cartas 609 y 842, la Dirección le requirió a Ensa información sobre usuarios regulados y libres y, en particular, que precisen información sobre los usuarios regulados que habrían comunicado a Ensa su decisión de migrar al mercado libre. Asimismo, se le solicitó información sustentatoria acerca del segmento (regulado o nuevos clientes) del cual provienen estos suministros de energía.
123. Producto del análisis de la información remitida por Ensa, esta Dirección ha podido observar que, efectivamente, durante el periodo investigado Ensa no habría ofrecido u otorgado la exoneración del plazo de preaviso a ningún usuario regulado ubicado en su zona de concesión que decidió cambiar su condición a usuario libre manteniendo como su suministrador de energía a su empresa.
124. En efecto, se ha verificado que respecto de los cinco (5) clientes libres de Ensa suscritos a partir de enero de 2020 que provenían del sector regulado, entre la fecha de preaviso y el inicio de su suministro habría transcurrido el plazo de, por lo menos, un (1) año. De esta manera, contrariamente a lo señalado por Atria

---

Delicias S.A.C., Naya Perú E.I.R.L., Molino's Cristo Morado S.A.C., Corporación Industrial Arrocera Ademmy del Norte S.A.C. Sin embargo, a la fecha de la emisión de la presente Resolución, no se ha encontrado contratos de suministro suscritos entre Ensa y las mencionadas empresas en la página web de Osinergmin.

<sup>48</sup> Para más detalles, véase la sección 3.2 de la presente resolución.

Energía, no se evidenciaría la supuesta exoneración del plazo denunciada para el caso de los clientes de Ensa, conforme al siguiente detalle<sup>49</sup>:

**Tabla 3**  
**Relación de nuevos clientes libres de Ensa que antes eran regulados**

Nº	Cliente	Fecha de preaviso	Fecha de inicio del suministro	Tiempo entre preaviso e inicio del suministro
1	Huerto Génesis S.A.C.	30/05/2019	01/06/2020	368 días
2	Molino Las Delicias S.A.C.	26/06/2020	01/07/2021	370 días
3	Naya Perú E.I.R.L.	28/10/2020	01/11/2021	369 días
4	Molino's Cristo Morado S.A.C.	20/02/2021	01/03/2022	374 días
5	Piladora La Merced S.R.L.	21/07/2021	01/08/2022	376 días

Nota 1: Se considera que aquellos usuarios libres que firmaron contrato con Ensa desde el año 2020 serían los que migraron del segmento regulado. Se han excluido a aquellos que siendo usuarios libres decidieron cambiar de suministrador y a aquellos que iniciando sus operaciones comerciales tuvieron la posibilidad de elegir entre usuario libre o regulado y optaron por la condición de libre. El Cuadro fue elaborado en base a la información remitida por Ensa mediante escrito del 22 de junio de 2022.

Nota 2: No se ha considerado a Piladora Nuevo Horizonte S.A.C. en tanto dicha empresa formó parte del análisis realizado mediante Resoluciones 042-2021/CLC-INDECOPI y 035-2022/SDC-INDECOPI.

Fuente: Osinergmin, Ensa

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

125. Como puede observarse, en todos estos casos los clientes que migraron al segmento de usuarios libres habrían cumplido con el plazo de preaviso de un (1) año. De esta manera, no se habría presentado el tratamiento preferencial y discriminatorio denunciado por Atria Energía en estos casos.
126. Por otro lado, esta Dirección también ha advertido por lo menos seis (6) casos, a partir de enero de 2020 (fecha de inicio del suministro), en que los usuarios regulados de Ensa que decidieron contratar el suministro de energía con Atria Energía al pasar a la modalidad de libre cumplieron con el plazo de preaviso de por lo menos un (1) año. De acuerdo con la revisión efectuada de los contratos de usuarios libres, este sería el caso de los clientes de Ensa que se listan en la siguiente tabla<sup>50</sup>:

**Tabla 4**  
**Relación de clientes regulados de Ensa que migraron al mercado libre con Atria Energía**

Nº	Cliente	Fecha de preaviso	Fecha suscripción del contrato	Fecha de inicio del suministro	Tiempo entre preaviso e inicio del suministro
1	Importaciones Savoy E.I.R.L.	26/09/2019	26/09/2019	01/10/2020	371 días
2	Gandules INC SAC	24/10/2019	03/10/2019	01/11/2020	374 días
3	Piladora Doña Carmela S.A.C.	26/11/2019	30/11/2019	01/12/2020	371 días

<sup>49</sup> De acuerdo con respuesta de Ensa al requerimiento de información formulado por esta Dirección por Carta 609-2022/DLC-INDECOPI. Esto fue contrastado con la información pública disponible en la página web de Osinergmin.

<sup>50</sup> De acuerdo con respuesta de Ensa al requerimiento de información formulado por esta Dirección por Carta 609-2022/DLC-INDECOPI. Esto fue contrastado con la información pública disponible en la página web de Osinergmin.

Nº	Cliente	Fecha de preaviso	Fecha suscripción del contrato	Fecha de inicio del suministro	Tiempo entre preaviso e inicio del suministro
4	Ladrillos Tyson S.A.C.	03/09/2020	03/09/2020	01/10/2021	393 días
5	Negociación Agrícola Yotita S.A.	30/11/2020	30/11/2020	01/01/2022	397 días
6	RM Packing & Service S.A.C.	26/07/2021	05/08/2021	01/08/2022	371 días

Fuente: Osinergmin

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

127. Por lo expuesto, en base a la información obrante en el Expediente, es posible concluir que no existen indicios razonables que permitan sostener que Ensa, a partir de enero de 2020 y hasta la fecha, ha aplicado a los usuarios regulados que, al migrar a la condición de libres, aceptaban permanecer en su cartera de clientes, la exoneración del plazo de preaviso previsto en el Reglamento de Usuarios Libres. Por el contrario, esta Dirección ha verificado que tanto aquellos usuarios regulados que se mantenían en su cartera de clientes como aquellos que contrataban con sus competidores (como Atria Energía) habrían cumplido con formular el preaviso de (1) un año o más, antes de migrar efectivamente al mercado libre. En ese sentido, esta Dirección observa que la conducta de Ensa no podría haber configurado un abuso de posición de dominio bajo la modalidad de aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica.

128. Sin perjuicio de que se ha verificado que no existen indicios de que Ensa haya implementado la política de exoneración de plazo denunciada por Atria Energía, esta Dirección considera pertinente en este punto esbozar un análisis sobre el comportamiento de la oferta y la demanda en el presunto mercado afectado, a efectos de verificar el desempeño de Ensa en el periodo posterior al investigado mediante la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI.

#### a. Desempeño de Ensa

129. Conforme ha sido señalado en la sección 3.2 de la presente resolución, mediante Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI, la Comisión determinó la responsabilidad de Ensa por la aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que deciden migrar a usuarios libres durante el periodo comprendido entre el 2016 al 2019.

Cabe señalar que mediante Resolución 035-2022/SDC-INDECOPI, la Sala confirmó la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI del 9 de julio de 2021, en el extremo que halló responsable a Ensa por incurrir en un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y modificó la resolución de primera instancia en el extremo relativo a la sanción impuesta a Ensa.

130. En su resolución, la Comisión observó que Ensa registró la mayor participación en el número de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados entre el 2016 y 2019, así como su participación en el porcentaje de potencia que estos

nuevos usuarios contrataron<sup>51</sup>. Con base en los hallazgos de la Comisión, a efectos analizar el desempeño de Ensa en el mercado afectado por la presunta conducta anticompetitiva, en la presente sección se toma en consideración la información relativa al año 2020 en adelante. Al respecto, cabe precisar que, debido a la disponibilidad de información, actualmente sólo es posible analizar la información correspondiente a los años 2020 y 2021<sup>52</sup>.

131. Así, para el año 2020, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Atria Energía, con tres (3) usuarios, que representaron el 75% del total de nuevos usuarios de dicho año. Estos usuarios contrataron 1 430 KW de potencia en total, lo cual representó el 59% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. Atria Energía captó un (1) usuario (25%) del total, con una potencia total de 1 000 KW (49% del total).
132. Para el año 2021, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Ensa, con dos (2) usuarios, que representaron el 67% del total de nuevos usuarios de dicho año. Estos usuarios contrataron 780 KW de potencia en total, lo cual representó el 71% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres que eran regulados. Por su parte, Atria Energía captó un (1) usuario (33%) del total, con una potencia total de 320 KW (29% del total).
133. El Gráfico 3 muestra la distribución de los nuevos usuarios libres y la potencia contratada por suministrador entre 2020 y 2021.

[Ver Gráfico en la siguiente página]

2

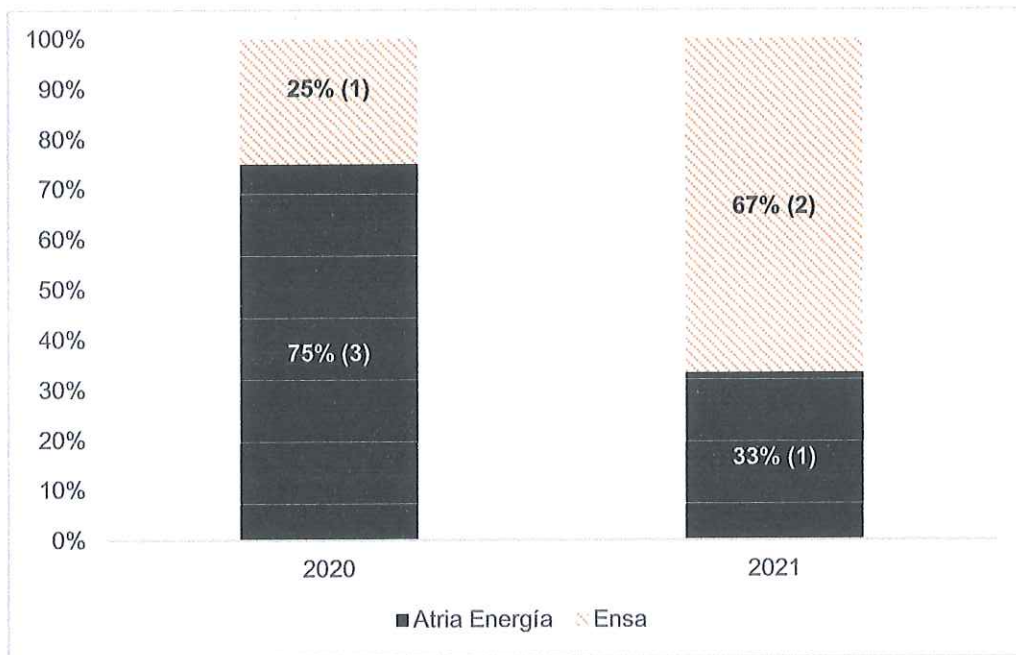
<sup>51</sup> Ver considerando 95 de la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI.

<sup>52</sup> Si bien, de acuerdo con la información disponible, existen cuatro (4) nuevos usuarios libres que antes eran regulados con inicio de suministro durante el año 2022, sólo existe, a la fecha de emisión de esta resolución, información para uno (1) de ellos en lo que respecta a los precios efectivamente pagados, así como el consumo de energía. Estos cuatro (4) suministros que ya habrían concretado su migración son los siguientes:

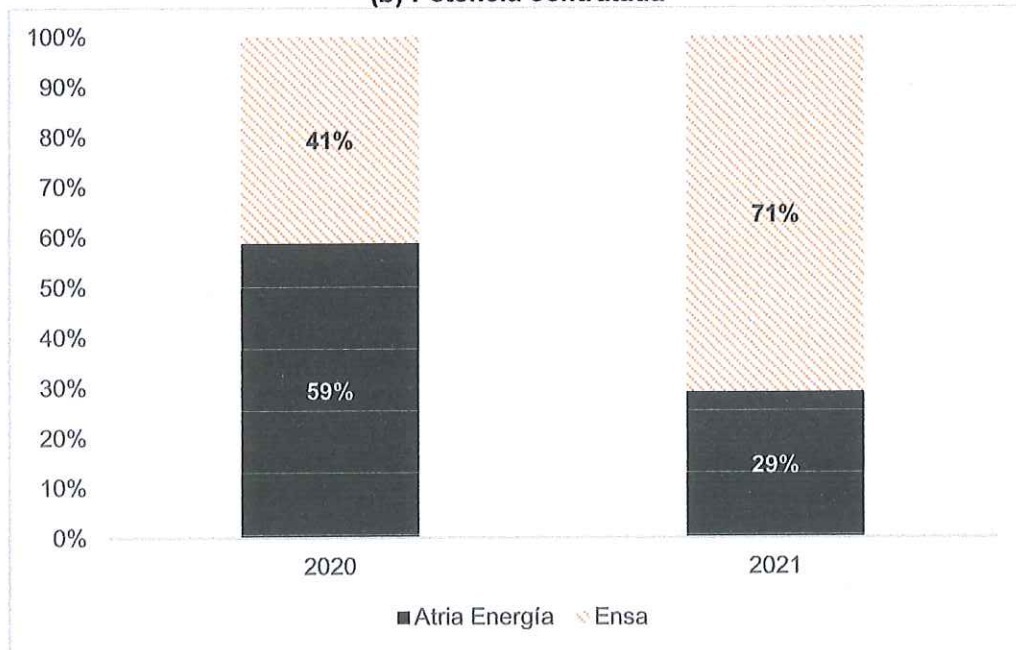
Razón Social	Fecha de inicio de suministro	Potencia contratada (KW)	Suministrador
Negociación Agrícola Yotita S.A.	2022-01-01	400	Atria Energía
Molino's Cristo Morado S.A.C.	2022-03-01	360	Ensa
Piladora La Merced S.R.L.	2022-08-01	400	Ensa
RM Packing & Service S.A.C.	2022-08-01	400	Atria Energía

**Gráfico 3**  
**Número de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados y su potencia contratada total en el área de concesión de Ensa, por empresa suministradora (2020-2021)**

**(a) Número de nuevos usuarios**



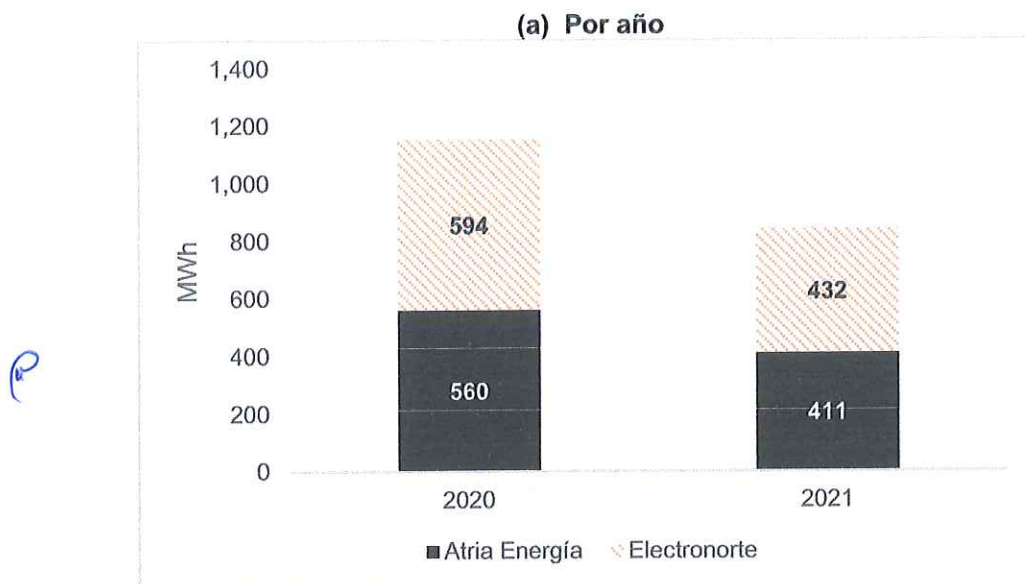
**(b) Potencia contratada**



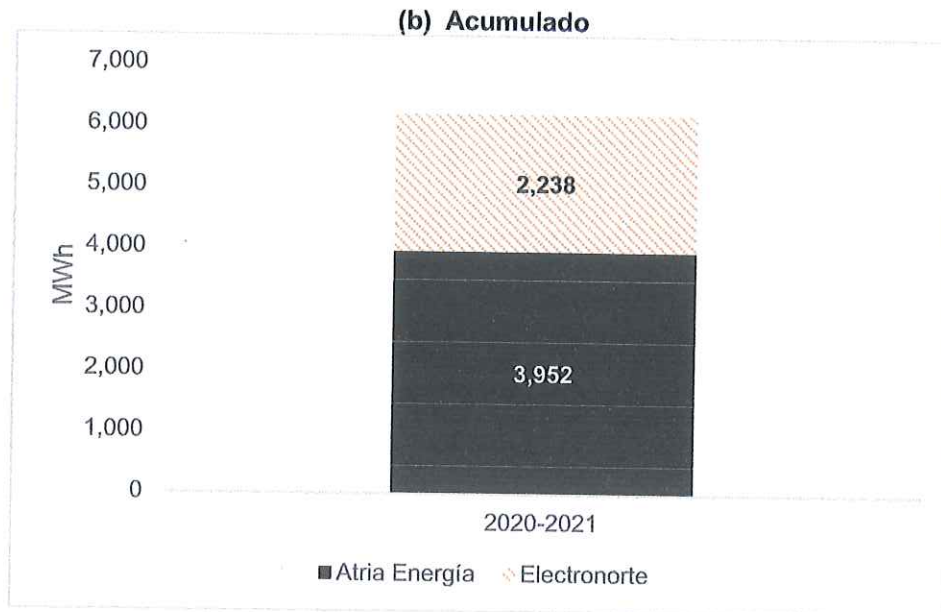
Fuentes: Osinergmin, Ensa  
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

134. En lo que respecta al consumo de energía de los nuevos usuarios libres que antes eran regulados, Ensa concentró un total de 594 MWh para el año 2020 (51.5% del total en su área de concesión), y un total de 843 MWh el año 2021 (51.3% del total en su área de concesión). En términos acumulados, considerando todos los nuevos usuarios libres que antes eran regulados que iniciaron suministro entre enero del 2020 y diciembre del 2021, Atria Energía obtuvo una participación del 64% del total de energía consumida (de un total acumulado de 6 191 MWh), mientras que Ensa participó del 36% (2 238 MWh). El Gráfico 4 muestra la información de los consumos de energía por año y los consumos de energía acumulados durante el periodo señalado.

**Gráfico 4**  
**Consumo de energía (MWh) de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados en el área de concesión de Ensa, por empresa suministradora (2020-2021)**



[Gráfico continúa en la siguiente página]



Fuentes: Osinergmin, Ensa

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

135. En suma, a partir de la información disponible, se observa que durante el período investigado Ensa obtuvo una cuota de mercado cambiante año a año (con relación a la cantidad de usuarios y potencia contratada), registrando una cuota de mercado acumulada menor a la del principal suministrador, Atria Energía (respecto al consumo de energía).

**b. Sobre los precios ofrecidos por Ensa**

136. Como se ha señalado, en la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI, la Comisión observó que Ensa obtuvo beneficios significativos en el segmento de usuarios libres que antes eran regulados a partir de la implementación de un trato diferenciado, pues ello le permitió, entre 2016 y 2019, cobrarle a dichos usuarios mayores precios promedio superiores en 36.6% al precio ponderado cobrado por los demás suministradores<sup>53</sup>.

137. Con base en estas consideraciones, en el presente caso se analiza el comportamiento de los precios ofrecidos a los nuevos usuarios libres que antes era regulados.

138. Al respecto, esta Dirección ha realizado un análisis sobre el comportamiento de los precios ofrecidos por Ensa en relación con Atria Energía dentro de su área de concesión para los años 2020 y 2021. Así, se ha tomado en cuenta la información

<sup>53</sup> En el considerando 209 de la Resolución 035-2022-/SDC-INDECOPI se señala que a pesar de que Ensa no ofreció los precios más competitivos del mercado, pudo atraer a más clientes libres que antes eran regulados debido a la exoneración del plazo de preaviso. Una vez concluido el plazo inicial del contrato de suministro con tales clientes, y sin poder ofrecer nuevamente un beneficio como la referida exoneración, Ensa mejoró su oferta de precios a fin de poder renovar estos contratos. Esto demuestra la importancia de la exoneración del plazo de preaviso para atraer a los usuarios.

periódica que publica el Osinergmin y que comprende hasta diciembre de 2021. La Tabla 5 muestra estadísticos descriptivos de los precios ofrecidos a los nuevos usuarios libres que antes eran regulados en el área de concesión Ensa durante el año 2020 (se muestra el valor medio, la mediana, así como los valores máximos y mínimos)<sup>54</sup>:

**Tabla 5**  
**Estadísticos descriptivos de precios ofrecidos a nuevos usuarios libres que antes eran regulados en el área de concesión de Ensa (2020)**

Empresa	Media	Mediana	Máximo	Mínimo
Atria Energía	16.36	16.21	22.24	<b>16.21</b>
Ensa	14.05	14.05	<b>14.05</b>	14.05

Fuente: Osinergmin

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

139. A partir de la información disponible, se observa que los precios ofrecidos por Ensa, durante el año 2020, fueron menores a los que ofreció Atria Energía. En efecto, el precio máximo ofrecido por Ensa fue inferior al precio mínimo ofrecido por Atria Energía.
140. En lo que respecta al año 2021, se observan resultados similares. Es decir, los precios ofrecidos por Ensa a los nuevos usuarios libres que antes eran regulados no superaron, en ningún caso, a los ofrecidos por Atria Energía:

**Tabla 6**  
**Estadísticos descriptivos de precios ofrecidos a nuevos usuarios libres que antes eran regulados en el área de concesión de Ensa (2021)**

Empresa	Media	Mediana	Máximo	Mínimo
Atria Energía	19.30	19.30	19.30	<b>19.30</b>
Ensa	15.50	16.97	<b>16.97</b>	13.39

Fuente: Osinergmin

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

141. De esta manera, conforme al análisis realizado por esta Dirección sobre los precios ofrecidos por Ensa y Atria Energía a los nuevos usuarios libres que antes eran regulados en el área de concesión de Ensa, se observa que, durante el periodo evaluado, los precios ofrecidos por Ensa fueron inferiores a los ofrecidos por Atria Energía.
142. En ese sentido, considerando la evolución en el mercado durante el periodo evaluado, no se hallan indicios de que Ensa habría obtenido beneficios y/o

<sup>54</sup>

Los precios ofrecidos analizados corresponden a los precios medios ponderados por potencia que se calculan de manera mensual para cada usuario. Los precios medios se calculan a partir de la siguiente fórmula:

$$\text{Precio medio} = \text{Precio Potencia } \$/\text{ por Kw-mes} / (7,2 * 0,8) + \text{Precio Energía Hora Punta } \text{cts } \$/\text{ por Kwh} * 0,2 \\ + \text{Precio Energía Fuera Punta } \text{cts } \$/\text{ por Kwh} * 0,8$$

La cual es la que utiliza el Osinergmin para poder obtener el precio promedio ponderado de licitaciones y compararlo con los precios teóricos en el marco de los procesos de regulación de los precios en barra.

generado perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, en el mercado afectado.

143. En suma, esta Dirección puede verificar, con base en la información obrante en el expediente, que no existen indicios de que, desde enero del 2020 hasta la fecha de la presente resolución, Ensa haya aplicado de manera discriminatoria la exoneración del plazo de preaviso de un (1) año previsto en el Reglamento de Usuarios Libres, beneficiando a los usuarios regulados que decidían migrar a la condición de usuarios libres y permanecer en su cartera de clientes, respecto de aquellos que decidían contratar a un suministrador distinto. Asimismo, en este mismo período Ensa habría estado en capacidad de ofrecer precios competitivos en el mercado.

### 5.3. Conclusiones

144. De la información analizada por esta Dirección, se puede concluir que:

- (i) Ensa ostentaría posición de dominio en el mercado relevante, 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 Ensa (departamentos de Lambayeque y Cajamarca).
- (ii) Con base en la información obrante en el expediente, no existen indicios razonables que permitan sostener que Ensa, a partir de enero de 2020 y hasta la fecha, ha aplicado a los usuarios regulados que, al migrar a la condición de libres, aceptaban permanecer en su cartera de clientes, la exoneración del plazo de preaviso previsto en el Reglamento de Usuarios Libres. Por el contrario, esta Dirección ha verificado que tanto aquellos usuarios regulados que se mantenían en su cartera de clientes como aquellos que contrataban con sus competidores (como Atria Energía) habrían cumplido con formular el preaviso de (1) un año o más, antes de migrar efectivamente al mercado libre.
- (iii) En ese sentido, esta Dirección observa que la conducta de Ensa no podría haber configurado un abuso de posición de dominio bajo la modalidad de aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica.
- (iv) Sin perjuicio de lo señalado, esta Dirección ha verificado que en este mismo período, Ensa habría estado en capacidad de ofrecer precios competitivos en el mercado.

145. Estas conclusiones no enervan la posibilidad de que esta Dirección, con base en elementos de juicio distintos o de la investigación de hechos adicionales, pueda encontrar indicios razonables de la conducta denunciada u otras conductas prohibidas por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

146. Por consiguiente, no corresponde iniciar contra Ensa un procedimiento administrativo sancionador por un supuesto abuso de posición de dominio consistente en la aplicación injustificada de condiciones desiguales para



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que deciden migrar a usuarios libres en su área de concesión y en el periodo comprendido entre enero de 2020 y agosto de 2022, conducta tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>55</sup>.

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 interpuesta por Atria Energía S.A.C. contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A.; y, en consecuencia, no iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de dicho agente económico, al no haberse acreditado la existencia de indicios razonables acerca de un presunto abuso de posición de dominio consistente en la aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en su área de concesión y en el periodo comprendido entre enero de 2020 y agosto de 2022, infracción prevista en los literales b) y h) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.



**Jesús Eloy Espinoza Lozada**  
Director

Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

<sup>55</sup>

**Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

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

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

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

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.