



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO N° 003-2019/CLC**



**PRESENTADO POR
VANESSA SAMANTHA CUSICANQUI GUILLEN**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**LIMA – PERÚ
2023**

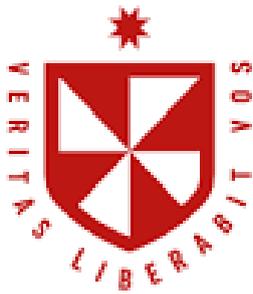


CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad
de Derecho

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada

Informe Jurídico sobre Expediente N° 003-2019/CLC

<u>Materia</u>	:	Libre competencia
<u>Entidad</u>	:	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
<u>Bachiller</u>	:	Vanessa Samantha Cusicanqui Guillen
<u>Código</u>	:	2015111747

LIMA – PERÚ

2023

La prestación del servicio eléctrico se realiza a través de los servicios de generación, transmisión y distribución. Mediante la **generación** se produce energía eléctrica, mediante la **transmisión** se lleva la energía producida hasta las líneas de distribución o hasta los **usuarios libres** conectados a las líneas de transmisión, y, finalmente, mediante la **distribución** se transporta la energía desde las líneas de transmisión hasta los **usuarios regulados** o algunos **usuarios libres** ubicados en la zona de distribución. Como podemos ver, los usuarios libres pueden estar conectados directamente al sistema de transmisión o a un sistema de distribución determinado.

Ahora bien, mientras que los usuarios regulados solo pueden comprar energía de la empresa distribuidora concesionaria de su zona, los usuarios libres ubicados en dicha zona pueden elegir comprarle a la empresa distribuidora o a cualquier empresa generadora del sistema. Por lo que, las empresas generadoras tienen que competir con dicha empresa distribuidora para el suministro de energía eléctrica al usuario libre.

La calificación de un usuario como libre o regulado depende de su consumo. Los usuarios que consumen menos de 200 kW solo pueden ser usuarios regulados, y los que consumen más de 2500 kW solo pueden ser usuarios libres. Los que consumen entre 200 kW y 2500 kW pueden elegir entre ser usuarios libres o usuarios regulados. Si un usuario, en ese rango de consumo, está calificado como usuario regulado y quiere pasar a ser usuario libre, tiene que avisar a su empresa distribuidora, con anticipación de un (1) año.

En el presente caso, la distribuidora denunciada exoneraba del plazo de preaviso de un (1) año solo a aquellos usuarios regulados que se comprometieran a mantenerla como suministradora, es decir, a seguir comprándole energía, al migrar al mercado libre. Sin embargo, mantenía el plazo de preaviso de un (1) año para aquellos usuarios regulados que decidieran empezar a comprarle la energía a alguna empresa generadora, en su migración al mercado libre. Esta conducta suponía, de acuerdo con la denunciante, una ventaja ilegítima frente a las empresas generadoras que tuvieran la intención de contratar con tales usuarios, pues solo la distribuidora tenía la capacidad de efectuar tal exoneración.

De acuerdo a ello, en el presente caso, la infracción denunciada fue el abuso de posición de dominio de la empresa distribuidora, en las modalidades previstas en los literales b) y h) del numeral 10.2 del artículo 10 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, "LRCA"). Ello debido a la aplicación de un trato desigual en la exoneración de un plazo de preaviso, exigido normativamente, para la migración de usuarios regulados al mercado libre. Dicho razonamiento fue compartido por la Comisión y la Sala, que declararon fundada la denuncia interpuesta, aunque, a nivel de segunda instancia, se dispuso la reducción de la multa.

NOMBRE DEL TRABAJO

CUSICANQUI GUILLEN.docx

RECUENTO DE PALABRAS

11238 Words

RECUENTO DE PÁGINAS

26 Pages

FECHA DE ENTREGA

Oct 5, 2023 10:20 AM GMT-5

RECUENTO DE CARACTERES

60343 Characters

TAMAÑO DEL ARCHIVO

85.6KB

FECHA DEL INFORME

Oct 5, 2023 10:20 AM GMT-5**● 20% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos

- 20% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 8% Base de datos de trabajos entregados
- 3% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



USMP FACULTAD DE DERECHO
Dr. GINO RIOS PATIO
Director del Instituto de Investigación Jurídica

GRP/
REB

ÍNDICE

I. RELACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO	4
1.1. DENUNCIA	4
1.2. RESOLUCIÓN DE ADMISIÓN	5
1.3. DESCARGOS	5
1.4. ALEGATOS	7
1.5. RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA	8
1.6. RECURSO DE APELACIÓN	8
1.7. RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA	9
II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE	10
2.1. ¿Cuál es el mercado relevante de la conducta denunciada? Análisis de los cuestionamientos de ENSA	10
2.2. ¿La Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres afectaban la aplicación de la LRCA?	15
2.3. ¿Evitar pérdidas económicas de una empresa con responsabilidades públicas constituye una justificación suficiente? ...	21
III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS	24
IV. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS	25
V. CONCLUSIONES	25
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	26

I. RELACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO

1.1. DENUNCIA

El 28 de marzo de 2018, ELÉCTRICA SANTA ROSA S.A.C., hoy ATRIA ENERGÍA S.A.C. (en adelante, “ATRIA” o la “denunciante”) interpuso una denuncia por abuso de posición de dominio en las modalidades previstas en los literales b), g) y h) del numeral 10.2 del artículo 10 de la LRCA contra la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD DEL NORTE S.A. (en adelante, “ENSA” o la “denunciada”), bajo la siguiente línea argumentativa.

- ENSA ostenta posición de dominio en el mercado de distribución en su zona de concesión (la ciudad de Chiclayo), debido al monopolio legal establecido en virtud del artículo 30 del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, “LCE”).
- ENSA traslada ilegalmente las ventajas que ostenta en el mercado de distribución al mercado de suministro de electricidad a usuarios libres en la ciudad de Chiclayo, donde compite con ATRIA y otras generadoras. Este último mercado constituye el mercado relevante. En ese sentido, el mercado de suministro a clientes libres y el mercado de distribución son mercados conexos.
- ATRIA tomo conocimiento de una serie de conductas de ENSA en la contratación de sus clientes, en virtud de comunicaciones efectuadas a las empresas Comercial Molinera San Luis S.A. (en adelante, “COMOLSA”), Molinera Tropical del Norte (en adelante, “TROPICAL”) y Molinera del Centro S.C.R.L (en adelante, “MOLICENTRO”), quienes suscribieron contratos de suministro de electricidad con ATRIA en el año 2017 y para tal fin comunicaron a ENSA su intención de variar su condición de usuario regulado a usuario libre.
- ENSA respondió dichas comunicaciones ofreciendo una serie de facilidades que configuran infracciones a la LRCA. En primer lugar, la infracción prevista en el literal b) del numeral 10.2 del artículo 10, referida a la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalente, por la indebida exoneración del plazo de preaviso para variar de condición de usuario, previsto en Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (en adelante, “Ley 28832”) y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-EM (en adelante, “Reglamento de Usuarios Libres”). Además, porque la distribuidora ofrecía condiciones preferentes en la prestación del servicio de distribución para los usuarios que la mantuvieran como suministradora de energía eléctrica.
- En segundo lugar, se configuraría la infracción prevista en el literal g) del numeral 10.2 del artículo 10, referida a incitar a terceros a no aceptar servicios de otros agentes, debido a que ENSA habría remitido sendas comunicaciones a los clientes que contrataron con ATRIA, señalando que, si permanecían en su cartera como clientes libres, les iba a brindar una atención preferencial.

1.2. RESOLUCIÓN DE ADMISIÓN

El 30 de setiembre de 2019, la Secretaría Técnica emitió la Resolución N° 026-2019/ST-CLC-INDECOPI, disponiendo admitir a trámite la denuncia e iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra ENSA por la exoneración del plazo de preaviso de un (1) año. De acuerdo con la Secretaría Técnica, ni la Ley 28832 ni el Reglamento de Usuarios Libres autorizan a ENSA a realizar a la referida conducta, por lo que esta no se encuentra eximida de la aplicación de la LRCA.

En este caso, se determina que el mercado relevante es el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en el área de concesión de ENSA¹, donde dicha empresa no enfrenta competencia, en atención a lo dispuesto por la LCE. Del mismo modo, se determina que el mercado afectado sería el de suministro de usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuario libre. En ese sentido, se acreditan indicios suficientes de la existencia de posición de dominio.

Asimismo, se acreditan indicios suficientes del efecto exclusorio, en tanto que ENSA fue la principal empresa de suministro a usuarios libres que previamente fueron regulados en el periodo 2016 a 2018 y en todos sus contratos se verificó que no se cumplió con el año de preaviso, condición que solo podía ofrecer ENSA y no podía ser replicada por otro competidor, constituyendo una ventaja comercial importante, a pesar de que sus precios fueran más altos.

Sin embargo, no se admitió la denuncia interpuesta por la aplicación de condiciones diferentes, entre sus clientes y los clientes de otras empresas, en la atención de nuevos suministros y ampliaciones de potencia, así como de emergencias y problemas de calidad del servicio. Asimismo, tampoco se admitió la denuncia por incitación a terceros a no aceptar el suministro de energía eléctrica de la denunciante. En ambos casos, se rechazó la denuncia por no haberse acreditado la existencia de indicios razonables.

1.3. DESCARGOS

El 16 de diciembre de 2019, ENSA presentó sus descargos a la denuncia de ATRIA, argumentando lo siguiente:

- ENSA no ostenta posición de dominio en el mercado relevante, pues este, en realidad, está constituido por el mercado de suministro de energía eléctrica a los clientes regulados que tienen una demanda entre 200 kW y 2500 kW por punto de suministro ubicados en el área de concesión de ENSA (mercado de producto), quienes pueden contratar con ofertantes en todo el territorio nacional peruano (mercado geográfico), pues las empresas de generación pueden ofertar a cualquier usuario libre ubicado en el país. En dicho mercado, ENSA tiene una participación insignificante.
- En el supuesto negado que ENSA ostente posición de dominio, la conducta cuestionada es justificable comercialmente. De acuerdo con el funcionamiento y la lógica del mercado eléctrico peruano, las

¹ Si bien el numeral 90 (conclusión sobre los mercados relevantes) también hace referencia al mercado de distribución de energía eléctrica, en el numeral 72 se aprecia que este mercado se encontraría relacionado con las otras conductas denunciadas.

empresas distribuidoras no pueden responder de la misma manera ante las fluctuaciones de precios en el mercado a tiempo real pues, por ejemplo, no pueden acudir al mercado spot. Asimismo, tampoco pueden ofrecer un menor precio de energía a la que pagan a sus generadores en atención a sus propios contratos de suministro. En ese orden, no se puede esperar que distribuidoras y generadoras estructuren su oferta de igual forma, como tampoco se puede impedir que hagan uso de aquellos derechos que le han sido reconocidos (como la facultad de exoneración del plazo cuando no se ha cambiado de suministrador).

- La demanda que migra del mercado regulado ocasiona que las empresas de distribución deban pagar por la potencia firme pese a que su demanda cada vez es menor. Teniendo en cuenta la imposibilidad de evitar la migración, reducir la potencia fija contratada o competir por precios, las empresas Distribuidoras se han visto obligadas a participar de manera más activa en el mercado libre y hacer uso de sus facultades normativas a efectos de menguar las pérdidas.
- En tanto la facultad prevista legalmente es un derecho patrimonial a favor de las distribuidoras, es perfectamente válido que ENSA disponga de este, pudiendo exigir plazos menores o incluso dispensar del mismo a los usuarios. Tanto el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, "OSINERGMIN"), como la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, "CCD") han establecido la legalidad de la exoneración de este plazo, en la medida que se ha establecido en favor de las distribuidoras. Así, las distribuidoras pueden incorporar válidamente esta característica en su oferta.
- La conducta cuestionada no restringe la competencia pues, como respuesta a la exoneración, ATRIA aplica mejores precios, con lo que ENSA no puede competir. Así, la conducta de ENSA genera que existan mayores beneficios en favor de los usuarios que deciden cambiar su condición regulatoria.
- No se han generado perjuicios a ATRIA, pues en los últimos años ha incrementado su participación en el mercado libre. ATRIA durante el periodo 2016 a 2020 ha tenido un crecimiento sostenido, mientras que ENSA únicamente ha mantenido su crecimiento.
- La información de la Secretaría Técnica, respecto al crecimiento económico de ENSA, no es precisa debido a que diversos usuarios considerados fueron usuarios que ya contaban con la condición de usuarios libre y aun así optaron por tener a ENSA como suministrador. Asimismo, durante dicho periodo, no todos los usuarios regulados que migraron al mercado libre optaron por tener a ENSA como suministrador. Por su parte, en el año 2020, diversos usuarios comunicaron su decisión de cambiar de suministrador en el año 2020, de los cuales cuatro (4) se irían con ATRIA.
- No se puede concluir que ATRIA ha sufrido un menoscabo económico, ni mucho menos que este perjuicio inexistente se haya debido a la conducta de ENSA, ya que en un mercado ampliamente competitivo el daño concurrencial puede deberse a diversos factores.

- Los beneficios económicos obtenidos por ENSA únicamente han servido para mitigar sus pérdidas, generadas por la sobrecontratación de potencia y energía para el mercado regulado y la abrumante migración al mercado libre, siendo que incluso en ese supuesto, ENSA es una empresa que se encuentra en decrecimiento económico.

1.4. ALEGATOS

El 13 de enero de 2021 y 23 de febrero de 2021, ENSA presentó escritos de alegatos, desarrollando los siguientes argumentos adicionales:

- No es necesario hacer uso de la teoría de mercados conexos pues, en este caso, la conducta se desarrolla y despliega sus efectos en el mercado libre. El hecho de que la oferta se realice cuando el cliente está aún en el mercado regulado, no supone que la conducta se realice en este. La evaluación de las ofertas y su prestación efectiva luego de que el cliente opte por la migración se da en el mercado libre íntegramente.
- La exoneración del preaviso no fue un factor determinante pues, si esto fuera así, los clientes hubieran contratado con ENSA solo por el plazo de tres (3) años para obtener el beneficio de la exoneración y, posteriormente, disfrutar de las mejores condiciones que presuntamente ofrecen nuestros competidores, sin embargo, se puede apreciar que la gran mayoría de contratos son de cinco (5) años, existiendo contratos por plazos de hasta doce (12) años.
- El precio es solo uno de los elementos que los clientes tienen en cuenta, en la medida que los contratos también establecen quién asume el riesgo de determinados eventos. ATRIA traslada varios riesgos, de contenido patrimonial, que ENSA no traslada, y ello es una variable que los clientes toman en cuenta a la hora de optar por una u otra opción (más allá del precio). Asimismo, ATRIA impone cláusulas que le otorgan un derecho de preferencia una vez culmine el contrato (cláusula inglesa), con el propósito final de excluir a ENSA pues ATRIA siempre podrá mejorar su precio.

Por su parte, los días 15 de enero de 2021, 4 de marzo de 2021 y 2 de junio de 2021, ATRIA también presentó escritos de alegatos, con los siguientes argumentos adicionales:

- El cumplimiento del plazo de preaviso es un requisito para que se haga efectiva la migración, por lo que la exoneración de ENSA no es una conducta que se desarrolle en el mercado libre, todo lo contrario, se trata de una condición que únicamente puede otorgar ENSA a los usuarios regulados en su zona de concesión.
- La justificación de ENSA es la necesidad de paliar la sobrecontratación, lo cual constituye una justificación financiera y comercial, y no se trata de una justificación económica o de bienestar de los consumidores.
- El motivo por el cual para ENSA es tan importante defender que la exoneración es su derecho y es una de las características de su oferta, es porque, con ese ofrecimiento de traspaso inmediato al mercado libre, retienen al cliente, cobran precios 93,8% más altos para obtener ganancias y compensar la pérdida de otro mercado. En otras palabras, un subsidio cruzado.

- El argumento de ENSA es contradictorio toda vez que, por un lado, ha afirmado que, por precios, le resulta imposible competir con los generadores; no obstante, luego afirma que la razón determinante por la que los usuarios deciden contratar con ella no es la exoneración del plazo de preaviso, sino la asunción de riesgos que los generadores no asumen. Es falso y tendencioso afirmar que ATRIA siempre traslada riesgos a sus clientes. ATRIA no tiene posición de dominio y negocia con cada uno de sus clientes de manera distinta.
- En las licitaciones para el suministro del mercado regulado, el distribuidor es el conductor de la licitación y, por ende, quien tiene la facultad de establecer los requisitos y modalidades de compra de potencia y energía, así como los plazos contractuales a licitar, tal como lo establece el artículo 4 de la Ley 28832. En ese orden, es ENSA quien define o redacta los términos de la licitación y del contrato, siguiendo los parámetros establecidos en las normas, luego de lo cual OSINERGMIN aprueba u observa lo presentado en el marco de la legalidad.
- ENSA no es víctima de la regulación, pues nunca se vio obligada a sobre contratar, y tampoco se vio impedida de buscar una solución a estos problemas, en los que busca amparar su conducta discriminatoria. Al respecto, el artículo 18 del Reglamento de Licitaciones de Suministro de Electricidad, aprobado por Decreto Supremo N° 052-2007-EM prevé la posibilidad de modificar los contratos de suministro.
- ENSA ha señalado que su conducta discriminatoria generó que ATRIA tuviera que bajar sus precios y que, desde el inicio del procedimiento y la adopción de su política voluntaria de no exoneración, los precios para los usuarios libres volvieron a subir, demostrándose supuestamente el efecto positivo de su conducta. Al respecto, ATRIA no tiene posición de dominio y si ha crecido en número de clientes, lo ha hecho compitiendo con otros generadores, que ofrecían menores precios, según lo afirmado por la propia ENSA; sin embargo, la única empresa que sí creció con efecto exclusorio fue ENSA, a través de la exoneración.

1.5. RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 9 de julio de 2021, la Comisión emitió la Resolución N° 042-2021/CLC-INDECOPI, estableciendo la responsabilidad de ENSA por la comisión de las infracciones tipificadas en los literales b) y h) del numeral 10.2 del artículo 10 de la LRC.

1.6. RECURSO DE APELACIÓN

El 10 de agosto de 2021, ENSA presentó un recurso de apelación contra la resolución emitida por la Comisión, reiterando los argumentos presentados en primera instancia y añadiendo principalmente lo siguiente:

- La Comisión no ha incluido en su análisis las posibles fuentes alternativas que los referidos usuarios optativos tienen para el suministro de energía eléctrica. En realidad, la oferta o fuentes de aprovisionamiento son todas aquellas empresas distribuidoras y generadoras que decidan participar en el mercado de suministro de electricidad a usuarios libres. Ya sea que este análisis se incorpore al

momento de analizar el mercado geográfico o al determinar la posición de dominio, el resultado es el mismo, que existe plena competencia por los usuarios optativos que pueden contratar con cualquier suministrador en el corto plazo.

- La Comisión debió explicar en qué casos debe entenderse una afectación a un mercado relacionado. En este caso, es innecesaria la referencia a un mercado conexo en la medida que el mercado incluye el suministro de energía a los clientes optativos que se ubican en el área de concesión de ENSA, que pueden acceder a otras fuentes de suministro (generadores) en el corto plazo (1 año).
- La intención del Reglamento de Usuarios Libres es bastante clara, pues se busca proteger al suministrador actual. Entonces, tanto la Ley 28832 como el Reglamento de Usuarios Libres, hacen referencia a que el plazo de preaviso es obligatorio al cambio de suministrador, pero en estricto no se dispone la misma obligación para los casos en que el usuario que migra no cambia de suministrador, es decir, opta por contratar con la distribuidora. Es bajo esta lógica que se debe analizar si efectivamente nos encontramos frente a prestaciones equivalentes, pues la exoneración del plazo obedece a que optaron por continuar con su mismo suministrador.
- Ante la existencia de diversos pronunciamientos y conclusiones sobre la conducta investigada, efectuados por el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, "MINEM"), OSINERGMIN, la CCD y la Comisión en la resolución impugnada, el administrado debe concluir que su conducta es lícita, siendo de aplicación el eximente de responsabilidad establecido en el artículo 257 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, "T.U.O. de la LPAG") aunado al principio de licitud previsto en el artículo 248 de la misma norma.
- Para efectuar los cálculos de la multa, la Comisión ha considerado el cálculo de ventas de los reportes estadísticos mensuales del mercado libre de OSINERGMIN, que ha considerado errores, pues involuntariamente ENSA ha reportado a OSINERGMIN los precios de energía y potencia en barra de referencia de generación (Precios en Barra) y no los precios de venta fijados a sus usuarios libres, que son precios menores. Asimismo, se han considerado ventas a usuarios que no fueron exonerados. El monto correcto de ingresos, luego de identificar las ventas realizadas a los usuarios a los que sí se les otorgo la exoneración, es de S/ 30'622,440.68.

1.7. RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

El 3 de marzo de 2022, la Sala emitió la Resolución N° 0035-2022/SDC-INDECOPI, declarando fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por ENSA, en el extremo de la multa impuesta.

II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

2.1. ¿Cuál es el mercado relevante de la conducta denunciada? Análisis de los cuestionamientos de ENSA

En todo caso de conductas anticompetitivas, por abuso de posición de dominio, la definición del mercado relevante constituye el punto de partida del análisis (Ruiz, 2011, pág. 165). Precisamente, la identificación de dicho mercado permitirá verificar, luego, la existencia o no de posición de dominio del agente investigado, que constituye el presupuesto indispensable para incurrir en tales infracciones.

En esa misma línea, Quintana (2013) señala:

Para que una empresa pueda incurrir en actos de abuso de posición de dominio debe contar con esta posición en el mercado. Para determinar si una empresa cuenta con posición de dominio es necesario definir si puede imponer las condiciones de compra o venta, con independencia de la reacción de sus clientes, proveedores o competidores. (...) Por ello se utiliza el concepto de mercado relevante que **permite identificar los alcances del mercado en que se desenvuelve el agente económico investigado.** (...) La idea de definir un mercado relevante es **evaluar si existen o no alternativas para el cliente o consumidor o, en otras palabras, si éste se encuentra “cautivo” de su proveedor habitual. Si la respuesta es afirmativa, entonces se podrá concluir que dicho proveedor tiene posición de dominio.** (Énfasis agregado) (págs. 18-19)

De acuerdo con lo citado, el mercado relevante constituye, entonces, el espacio donde se desenvuelve el agente económico, por lo que su delimitación resultará determinante para llevar a cabo la investigación e imponer una eventual sanción, de corresponder. Tan es así que, de incurrir en una definición demasiado amplia, se podría desechar la posibilidad de investigar y sancionar a determinadas empresas, al concluir que no ostenta posición de dominio, cuando realmente sí la ostentan y, de incurrir en una definición muy estrecha, se podría investigar y sancionar empresas que, en realidad no son actores dominantes del mercado (Figari, Gómez, & Zuñiga, 2005, pág. 160). En ese sentido, el análisis que debe realizarse es sumamente fino y deberá responder al funcionamiento de cada sector o industria.

En nuestra legislación, la LRCA ha establecido, en su artículo 6, que el mercado relevante se encuentra compuesto por el mercado de producto relevante y el mercado geográfico. De acuerdo con dicha norma, el mercado de producto estará constituido, por lo general, por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos, y el mercado geográfico será el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. En ese orden, según Quintana (2013), la extensión del mercado relevante dependerá de la posibilidad que tenga el consumidor de adquirir otros bienes o servicios en sustitución y de la ubicación de otros proveedores que puedan ofrecer el mismo producto o sus sustitutos (pág. 19).

Ahora bien, en el marco de la investigación de las conductas anticompetitivas, las autoridades de competencia de diversos países han advertido que, si bien el mercado relevante es el espacio donde se desenvuelve el agente económico que presuntamente desarrolla la conducta anticompetitiva, dicho mercado no necesariamente es el espacio donde recaen los efectos de la conducta, es decir, no constituye el denominado “mercado afectado”. En efecto, si bien dichos mercados pueden coincidir, en ciertas situaciones podrían tratarse de mercados distintos, tal como lo ilustran Stucchi y Ballón (2019):

Existen supuestos en los cuales el mercado en que participa el presunto competidor afectado (mercado afectado), coincide con el mercado relevante, en el cual actúa el presunto competidor dominante. (...). Por otro lado, existen mercados que, por sus características, requieren de una especial definición del mercado relevante (...). En este tipo de casos, en particular donde se analizan posibles colusiones verticales, el análisis de mercado relevante no debe dejar de lado las preferencias de los consumidores y la sustituibilidad por el lado de la demanda, sino que exige un análisis más complejo en atención a las características particulares del caso concreto. **En situaciones como estas el mercado relevante, donde actúa el agente al cual se atribuye dominio, podría ser distinto al mercado afectado donde se evalúen los posibles efectos de una posible conducta abusiva bajo análisis.** (Énfasis agregado) (págs. 31-32)

Ahora bien, se debe tener en consideración que la definición del mercado relevante dependerá de las condiciones de cada realidad y cada mercado, en el análisis de los componentes antes descritos (Stucchi, 2008, pág. 317). En el presente caso, la conducta se llevó a cabo en el sector eléctrico y, precisamente en atención a su funcionamiento, en el marco de la investigación se postularon diferentes análisis respecto a la delimitación del mercado relevante, tanto a nivel del mercado de producto como del mercado geográfico, e incluso respecto a la existencia o no de un mercado afectado distinto al mercado relevante.

Por un lado, la denunciante² y ambas instancias, afirmaron que el mercado relevante se encontraba determinado por el suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que poseían una demanda máxima anual en cada punto de suministro mayor de 200 kW hasta 2500 kW (mercado de producto) en el área de concesión de ENSA (mercado geográfico), el cual no coincidía con el mercado afectado, en tanto que los efectos de la conducta recaían en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres que previamente fueron usuarios regulados dentro del área de concesión de ENSA.

Por otro lado, ENSA postuló que el mercado relevante y el mercado afectado coincidían, pues ambos se encontraban determinados por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados con una demanda máxima anual mayor de 200 kW hasta 2500 kW en cada punto de

² Posición final y uniforme desde su escrito de alegatos del 15 de enero de 2021.

suministro ubicados en su área de concesión (mercado de producto), que podían contratar con ofertantes en todo el territorio nacional peruano (mercado geográfico).

A efectos de analizar los argumentos y el razonamiento detrás de cada postura, corresponde tener en consideración algunos aspectos del funcionamiento del sector eléctrico. En este sector, el suministro de energía eléctrica puede dividirse en atención a la condición del usuario, formándose dos grandes grupos: el mercado regulado y el mercado libre.

En el mercado regulado, las distribuidoras suministran energía a usuarios que son denominados “regulados”, debido a que el pago es efectuado bajo una tarifa establecida³. Los usuarios mantienen esta calidad de forma obligatoria si cuentan con una máxima demanda anual igual o menor de 200 kW⁴; sin embargo, si superan dicho límite y no exceden los 2500 kW, cuentan con la opción de migrar al mercado libre o mantenerse en el mercado regulado.

En el mercado libre, tanto las distribuidoras, como las generadoras, suministran energía a usuarios que son denominados “libres”, debido a que el precio es pactado libremente por las partes⁵.

Ahora bien, en el marco de la migración de usuario regulado a libre, se llevan a cabo una serie de actuaciones. Primero, se debe confirmar que el usuario supera el límite de la demanda exigida por la norma. Luego, pacta los nuevos precios con la misma distribuidora que lo atendía como usuario regulado, o, en caso decida cambiar de suministrador, con la empresa de generación elegida. . El pacto se realiza en esta instancia a efectos de determinar la fecha efectiva en que se realizará el cambio de la condición. Posterior a ello, comunica su decisión por escrito a su suministrador actual, instancia en la que el suministrador verificará el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres. Entre ellas, conforme al numeral 4.1, que el usuario comunique “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”.

Nótese entonces que, para el cómputo del plazo de anticipación de un (1) año, la norma hace referencia a una fecha en la que “se haga efectivo el cambio de condición”. Para la determinación de tal fecha, no es poco razonable que los usuarios lleven a cabo contratos previos con el suministrador, bajo el régimen al que se efectuará la migración, que contendrá la fecha efectiva del cambio. De lo contrario, no podría establecerse una fecha real respecto de la cual computar el plazo de anticipación.

Ahora bien, como es evidente, cuando dichos contratos son suscritos, el cliente aún cuenta con la condición de usuario regulado. Es en la fecha de inicio del suministro que se hará efectivo el contrato y el cambio de

³ Véase el artículo 8, el literal e) del artículo 43 y el artículo 63 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, “LCE”), así como la definición contenida en el numeral 38 del artículo 1 de la Ley 28832.

⁴ Véase el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM (en adelante, “Reglamento LCE”).

⁵ Véase el artículo 8 de la LCE, así como la definición contenida en el numeral 37 del artículo 1 de la Ley 28832.

condición del usuario, respetando el plazo de anticipación requerido.

Por ejemplo, en el Contrato de Suministro suscrito entre ELÉCTRICA SANTA ROSA S.A.C. (hoy, ATRIA) y TROPICAL⁶, la fecha de inicio del suministro, según su Cuarta Cláusula, es pactada para el día 1 de junio de 2018, no obstante, la fecha de suscripción es del 19 de mayo de 2017, oportunidad en la que TROPICAL aún mantenía la condición de usuario regulado. Precisamente, en la misma fecha, mediante Carta S/N, TROPICAL comunica a ENSA, con el plazo de anticipación requerido, su intención de migrar al mercado libre, desde el 1 de junio de 2018, fecha a partir de la cual su suministrador sería ATRIA⁷.

En atención a tales circunstancias, ENSA postula que las conductas analizadas se realizan y despliegan sus efectos en el mercado libre pues, aunque los usuarios contarán con la condición de regulados, se encontraban en capacidad de contratar con cualquier suministrador del mercado libre, sin perjuicio de hacer efectivo el suministro y el cambio de condición en oportunidad posterior. Así, la exoneración del plazo de preaviso supondría un elemento de la oferta de ENSA en el mercado de suministro libre.

Debe tenerse en consideración que, en el mercado de suministro a usuarios regulados, es indiscutible la posición de dominio de ENSA, pues legalmente se ha establecido la exclusividad de la concesión por zonas geográficas⁸. Sin embargo, si se considerara que la conducta fue llevada a cabo en el mercado de suministro a usuarios libres, el poder de mercado de ENSA se vería sumamente reducido, en atención a la competencia con muchas otras generadoras. Cabe resaltar que, de acuerdo con ENSA, el mercado geográfico en este caso alcanzaría incluso a todo el territorio nacional, debido a la posibilidad de contratar con generadoras ubicadas en cualquier locación del Perú, debido a la existencia de líneas de transmisión.

No obstante, como se aprecia en la doctrina, el mercado relevante delimita los alcances en donde el agente económico lleva a cabo su conducta. Siendo ello así, adoptar la posición de ENSA implicaría afirmar que la discriminación del plazo de preaviso fue realizada en el mercado libre, situación completamente ajena a la realidad, toda vez que la aplicación de dicha exoneración exigía, en el presente caso, que la relación entre el suministrador y el usuario se encuentre bajo el mercado regulado (precisamente para, luego, poder migrar al mercado de suministro libre).

Sin embargo, es evidente que la realización de dicha conducta en el mercado de suministro regulado no afecta dicho mercado, sino las relaciones y transacciones comerciales que se llevan a cabo paralelamente en el mercado de suministro libre. En ese sentido, en el presente caso, se identifica un mercado afectado que no coincide con el mercado relevante, posición que ha sido adoptada por la Comisión y la Sala.

Al respecto, en su recurso de apelación, ENSA sostuvo que la Comisión debió explicar en qué casos debía entenderse que existía una afectación a un mercado relacionado. De acuerdo con el denunciado, para evitar la

⁶ Anexo 1-J de la denuncia.

⁷ Anexo 1-D de la denuncia.

⁸ Véase el artículo 30 de la LCE.

interpretación abstracta y genérica de la conexidad, en el derecho comparado se habrían establecido criterios restrictivos para su análisis, pues una utilización indiscriminada de esta figura supondría perjudicaría las estrategias competitivas de diversas empresas en el mercado y generaría inseguridad jurídica. En concreto, se exigiría complementariedad entre ambos mercados, determinada por una relación consecencial y de codependencia, conforme a lo expresado por la autoridad de competencia colombiana, en los extractos citados por la empresa denunciada.

La Sala se pronunció indicando que la jurisprudencia comparada no establece un estándar de prueba estricto, sino que el análisis debe realizarse según las circunstancias de cada caso en concreto, como habría sido establecido por la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia emitida el 17 de febrero de 2011 en el marco de procedimiento entre la Autoridad de Competencia de Suecia y TeliaSonera Sverige AB y Tele2 Sverige AB:

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

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

Como puede apreciarse, dicho pronunciamiento se sustenta, a su vez, en la sentencia del asunto entre Tetra-Pak Internacional, S.A. y la Comisión de las Comunidades Europeas.

En ese sentido, la denunciante sustenta su posición en los pronunciamientos de la autoridad de la competencia colombiana y la Sala en la jurisprudencia comunitaria europea. En efecto, en estos casos la aplicación de derecho comparado es de suma utilidad. En esa línea, Lerner (2004) reflexiona:

La importancia del derecho comparado es clara, no solo nos ayuda a entender mejor el derecho como creación cultural si no que proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis de distintos sistemas jurídicos, lo que en definitiva ayuda también a entender e interpretar el propio. (pág. 920)

Ahora bien, para la realización de un correcto análisis de las posiciones, deben tenerse en cuenta los antecedentes de la figura jurídica analizada, es decir, los mercados conexos. De la revisión de la resolución emitida por la Sala, esta figura tendría origen en el “*monopoly leveraging*” norteamericano (véase fundamentos 106 al 109).

Sin embargo, esta figura no se ha desarrollado exclusiva ni principalmente en Norteamérica. De hecho, la denominación “teoría de abuso en un

mercado vecino” surge en el derecho comunitario europeo, sin perjuicio del antecedente norteamericano. En esa línea, Díez Estella (2003) comenta lo siguiente:

Especialmente ilustrativa y acertada nos parece la **interpretación de la teoría del *monopoly leveraging* como el antecedente norteamericano de lo que en versión europea se conoce como abuso en mercados vecinos, o viceversa**, hechas naturalmente las oportunas salvedades. (...) Este mercado la doctrina europea anglosajona lo conoce como *ancillary market* o mercado auxiliar; **en el ámbito de la Unión Europea esta construcción recibe la denominación de “abuso en un mercado vecino”, y el equivalente principal en Estados Unidos es –como hemos tenido oportunidad de ver- el *monopoly leveraging***. (Énfasis agregado) (págs. 7-12)

Siendo ello así, se aprecia la relevancia de la jurisprudencia comunitaria europea a efectos de delimitar los alcances de la aplicación de la referida figura. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en consideración que, de acuerdo con Ugarte (2013), “tanto en las legislaciones antitrust norteamericana y europea, se aplican los mismos criterios de aplicación de la teoría [de los mercados conexos]” (pág. 254).

Debe tenerse en consideración que ello no implica el descarte automático de jurisprudencia o referencias provenientes de otras jurisdicciones, como bien podría ser la colombiana; sin embargo, resultaría contraproducente ceñirse a una posición jurisprudencial sumamente restrictiva en la aplicación de una figura que, como hemos visto, cuenta con manifestaciones en diversos sistemas jurídicos y, por ende, deberá ser objeto de evolución constante.

2.2. ¿La Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres afectaban la aplicación de la LRCA?

En el presente caso, la conducta investigada guardaba relación directa con la aplicación de una norma de rango legal (Ley 28832) y una norma reglamentaria (Reglamento de Usuarios Libres). Estas normas fueron objeto de interpretación por diversas entidades (MINEM, OSINERGMIN y la CCD), las cuales formaron parte de la estrategia de defensa de la empresa denunciada.

Estos hechos generaron que se llevara a cabo un debate respecto a los efectos de dichas interpretaciones en la aplicación de las normas de competencia. A nivel de primera instancia, fue analizada la existencia o no de una exención legal a las normas de competencia, conforme a lo previsto en el artículo 3 de la LRCA. Por su parte, en la segunda instancia, se analizó si se configuraba la exoneración de responsabilidad por error inducido por la Administración, previsto en el literal e) del numeral 1 del artículo 257 del T.U.O. de la LPAG.

En el primer caso, la Comisión concluyó que ni el marco normativo, ni el organismo regulador habían reconocido que dicha prerrogativa pueda ejercerse de manera discriminatoria o contraviniendo la LRCA, por lo que no se observaba la existencia de una norma legal que autorice

expresamente u obligue a las empresas a realizar la conducta denunciada⁹. Del mismo modo, y bajo argumentos similares, en el segundo caso, la Sala señaló que no se apreciaba que las entidades alegadas hubieran aconsejado u opinado que ENSA podía llevar a cabo la conducta investigada, aunado al hecho de que los pronunciamientos eran posteriores al inicio de la realización de la diferenciación imputada, por lo que no era de aplicación el eximente de responsabilidad indicado¹⁰.

En ese sentido, corresponderá analizar si las interpretaciones de la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres, en realidad, afectan o no la aplicación de las normas de competencia al presente caso, ya sea debido a la configuración de una exención legal o de un eximente de responsabilidad.

En todo ordenamiento jurídico pueden establecer exenciones a la aplicación de dichas normas. En ese sentido, Calderón López (2011) señala que las exenciones son “supuestos en los que la intervención estatal (a través de normas, actos administrativos o actuaciones materiales) exonera a un determinado [agente] del cumplimiento de la norma antitrust” (pág. 138). Es decir, pueden establecerse exenciones normativas o exenciones administrativas.

En el caso peruano, la LRCA solo permite la aplicación de exenciones normativas (específicamente, legales), conforme a lo expuesto en su artículo 3, según el cual “se encuentra fuera de aplicación de la [LRCA] aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal (...)”

Siendo ello así, el único supuesto permitido para la inaplicación de la LRCA es la configuración de una exención legal, pues la conducta debe ser “consecuencia de lo dispuesto en una norma legal”, no de lo dispuesto en un acto administrativo o mediante una actuación material de la administración.

Ahora bien, de acuerdo con el autor previamente referido, para la constitución de una exención legal, debe ser evidente la intención de excluir la norma de competencia por parte del legislador:

Para que sea válida una exención legal debe ser claro que la intención del legislador ha sido la de excluir la aplicación de la norma de competencia. En este sentido, debe descartarse como opción que una entidad pública cree una exención únicamente porque tiene una habilitación legal para normar o regular las condiciones de un determinado mercado o una práctica comercial en concreto. (Énfasis agregado) (Calderón López, 2011, pág. 158)

En esa línea, mediante la Resolución 0479-2014/SDC-INDECOPI, la Sala ha interpretado los alcances del citado artículo 3, estableciendo el siguiente precedente de observancia obligatoria:

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**

⁹ Ver fundamentos 117 al 131.

¹⁰ Ver fundamentos 18 al 29.

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. (...)

Como puede apreciarse, la exención establecida en la LRCA exige que la conducta se encuentre expresamente autorizada por la norma alegada, o incluso suponga una obligación para el administrado. De lo contrario, la conducta no se encontrará excluida del ámbito de aplicación objetivo de la ley y podrán aplicarse las sanciones respectivas, de verificarse la configuración de una infracción.

En atención a lo expuesto, corresponderá analizar el texto de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, así como del numeral 4.1 del artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres que, supuestamente, avalarían la realización de la conducta.

Primero, la Ley 28832 recoge lo siguiente:

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).

Luego, el Reglamento de Usuarios Libres desarrolla la disposición antes citada:

Artículo 4.- Requisitos y condiciones

(...) 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.** (Énfasis agregado).

De la revisión del texto de ambos dispositivos normativos, se aprecia exclusivamente la exigencia de un (1) año de preaviso. En ningún extremo de las normas se autoriza al suministrador actual a disponer de la exoneración de dicho plazo, a efectos de que el usuario opte por mantenerlo como suministrador. En ese sentido, las normas expuestas por ENSA no permiten excluir a sus conductas del ámbito de aplicación objetivo de la LRCA.

Sin embargo, como fue mencionado previamente, dichos dispositivos han sido objeto de interpretación por diversas entidades autorizadas. Al

respecto, si bien la LRCA no recoge las exenciones administrativas, y solo permite la exclusión de la aplicación de las normas de libre competencia en atención a una exención legal, lo cierto es que el ordenamiento jurídico peruano no deja en desprotección al administrado que, confiando en el criterio expuesto por la Administración, llevó a cabo conductas que, posteriormente, configuraron un supuesto de infracción.

En ese sentido, el literal e) del numeral 1 del artículo 257 del T.U.O. de la LPAG prevé, como eximente de la responsabilidad administrativa, “el error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal”.

Morón Urbina (2019) comenta lo siguiente sobre las actuaciones administrativas que pueden conllevar a su configuración:

Estas actuaciones administrativas que inducen al administrado al error **pueden manifestarse, por ejemplo, con el otorgamiento de información equivocada, consultas mal absueltas** —como sucede cuando se consulta si se requiere o no autorización o licencia para una determinada actividad o sobre la determinación de competencia de la autoridad para emitir la autorización o licencia—, **por actuaciones reiteradas en similares supuestos, por mandatos confusos o por la mera inactividad de la Administración Pública.**

Estas actuaciones **deben ser concluyentes, lo que implica que deben ser capaces de generar en el administrado la convicción de la licitud de su actuar.** (Énfasis agregado) (pág. 520)

En atención a ello, procederemos a analizar los pronunciamientos de las entidades aludidas. En el caso de OSINERGMIN, el primer pronunciamiento que obra en el expediente es el Oficio N° 3086-2018-OS-DES del 9 de octubre de 2018, que fue presentado por ENSA el 24 de enero de 2019, en calidad de Anexo 1-B, mediante Carta S/N dirigida a la Secretaría Técnica.

Mediante este oficio, OSINERGMIN absuelve una consulta efectuada por el Secretario Técnico de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, referida a la obligatoriedad respecto al cumplimiento del plazo de anticipación, indicando lo siguiente:

Esta anticipación representaría **un derecho del Suministrador 1 para mantener al cliente por un año**, dándole la posibilidad para adecuar su generación y demanda a la nueva situación; a través, por ejemplo, de modificaciones a sus contratos (traslados de potencia entre mercados).

En tal sentido, el Suministrador 1 tiene la facultad, incluso si el Usuario Regulado será posteriormente su propio Usuario Libre (o viceversa), de exigirle la permanencia de un año en su primera condición.

No obstante, **en concordancia con el Principio de Razonabilidad, y teniendo en cuenta que las normas que establecen obligaciones o restringen derechos deben interpretarse de la forma menos lesiva posible**, se considera que, tratándose de un régimen de liberad y

competencia (del nuevo Usuario Libre), el Suministrador 1 y el nuevo Usuario Libre podrían acordar liberarse del plazo establecido por norma. (Énfasis agregado).

En resumen, esta declaración de OSINERGMIN implica que el plazo de preaviso, en primer lugar, supone un derecho del suministrador actual y, en segundo lugar, que puede ser exonerado en atención a lo que acuerden las partes. Sin perjuicio de ello, nótese que fue emitida en el mes de octubre de 2018 y el periodo investigado inicia en el 2016.

La segunda declaración de OSINERGMIN, contenida en el expediente, es la contenida en el Oficio N° 395-2019-OS-DSE del 7 de febrero de 2019. Esta comunicación responde a una consulta efectuada, en el marco de la investigación del caso, por la Secretaría Técnica de la Comisión de la Defensa de la Libre Competencia. En este caso, se remite directamente al oficio antes citado, por lo que la posición es constante y uniforme.

La tercera y última declaración de OSINERGMIN se encuentra constituida por la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 007-2016-OS/CC-98, que fue presentada por ENSA en su recurso de apelación. El extracto citado por la empresa denunciada fue el siguiente:

Cabe precisar que el requisito de preaviso de un año al que hace referencia el numeral 4.1 del mencionado artículo 4° del Reglamento de Usuarios Libres es exigible solo en el supuesto de libre decisión del usuario de cambiarse de condición -que no es el caso-, tal como expresamente lo dice el propio dispositivo al señalar que deberá el usuario avisar a su suministrador su voluntad de cambiar de condición; es decir, cuando depende de la voluntad del usuario. (Énfasis agregado)

Esta resolución fue emitida por la primera instancia, en los procedimientos de solución de controversias ante OSINERGMIN, en el mes de marzo del año 2016, que coincidiría con el inicio del periodo investigado; sin embargo, el texto no permite concluir que OSINERGMIN hubiera establecido, en dicha oportunidad, la posibilidad de realizar exoneraciones al plazo de preaviso. En realidad, en la resolución citada, se analizaba la exigencia del plazo de preaviso en los casos en que el usuario excedía en su demanda máxima los 2500 kW establecidos por la norma para migración obligatoria al mercado libre.

En ese sentido, el pronunciamiento de OSINERGMIN que favorecería la posición de ENSA es emitido, recién, en octubre del 2018 (Oficio N° 3086-2018-OS-DES).

A diferencia de la opinión del organismo regulador, el 16 de mayo de 2019, mediante Oficio N° 654-2019-MINEM/DGE, el MINEM remitió su Informe N° 171-2019-MEM/DGE, afirmando que la normativa vigente no establecía excepciones sobre el plazo de preaviso:

3.1 La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, Ley para asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, y el artículo 4 del Decreto Supremo 022-2009-EM que aprueba el Reglamento de Usuarios Libres no han previsto supuestos de excepción, referidas al tiempo de anticipación de un (1) año para notificar el preaviso, cuando decida elegir el cambio

de condición de Usuario.

Sin embargo, luego indica que, en casos como el analizado, puede suceder que el usuario realice el preaviso con una anticipación de tiempo menor y esto sea aceptado por el suministrador:

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

Esta comunicación también fue dirigida al Secretario Técnico de la Comisión de Defensa de Libre Competencia, en el marco de las consultas de la investigación.

Finalmente, en el caso de la CCD, se aprecia el siguiente pronunciamiento, expuesto en la Resolución N° 238-2018-CCD/INDECOPI del 26 de diciembre de 2018:

En ese sentido, aun en el caso de que Ensa hubiera ofrecido a los clientes la migración inmediata de usuario regulado a cliente libre – lo cual no ha sido acreditado – **no se verifica que este haya brindado un ofrecimiento de carácter ilegal, en la medida que al ser la empresa, la suministradora actual y pretendida suministradora futura, no se cumplirían los presupuestos fijados por el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad (suministrador actual diferenciado del suministrador futuro) y por tanto dicha norma no resultaría aplicable**, es decir, no correspondería que el usuario comunique 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. (Énfasis agregado).

Como puede apreciarse, la CCD considera que el ofrecimiento de exoneración del plazo de preaviso no es ilegal, pues el requisito de anticipación mínima de un (1) año sería aplicable exclusivamente a los supuestos en que el suministrador actual sea diferente al suministrador futuro. Cabe resaltar que, en dicho proceso, se analizó la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de sabotaje empresarial, supuesto establecido en el artículo 15 de la Decreto Legislativo N° 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En atención a lo expuesto, en primer lugar, se aprecia que ninguno de los pronunciamientos presentados por ENSA fue previo a la comisión de la conducta. En ese sentido, se descarta la posibilidad de que el proceder de dicha empresa haya sido generado por una convicción generada por las declaraciones de las entidades. En ese sentido, no es de aplicación el eximente analizado pues, como ha sido recogido en la doctrina, por el autor citado con anterioridad, “el requisito para la aplicación de este eximente es que la acción infractora cometida esté estrechamente vinculada con la convicción generada por estas actuaciones” (Morón Urbina, 2019, pág.

520).

Sin perjuicio de ello, respecto del fondo de los pronunciamientos presentados, se aprecia que las declaraciones de OSINERGMIN y la CCD sí avalaban la conducta expuesta por ENSA. En el caso de OSINERGMIN, afirma la legalidad respecto a que el suministrador actual y el nuevo usuario libre puedan acordar liberarse del plazo establecido por norma. Si bien, ello no autoriza expresamente la conducta cuestionada, debe tenerse en consideración que, el caso presentado es, razonablemente y salvo alguna excepción particular, el único supuesto en el que un distribuidor decidiría acordar con un cliente que pretende migrar al mercado libre, la exoneración o reducción del plazo de preaviso, debido a que sería el único supuesto en que le favorecería realizar la exoneración.

Por su parte, en el caso de la CCD, se indica expresamente que, en casos como el analizado, el requisito de anticipación ni siquiera sería aplicable, por lo que no habría, en ningún sentido, ilegalidad de la conducta presentada. Debe tenerse en consideración que el análisis realizado por la CCD es una interpretación normativa general de los requisitos del Reglamento de Usuarios Libres y no se encontraba condicionada o relacionada con los elementos configuradores de la infracción imputada en dicho caso (actos de sabotaje).

En ese sentido, si bien dichos pronunciamientos no permiten la configuración de un eximente de responsabilidad, lo cierto es que mínimamente avalaron la conducta respecto del año 2019 (último año del periodo analizado), por lo que la Sala sí debió tenerlos en consideración, por ejemplo, a efectos de la determinación y graduación de la multa. Sin embargo, contrariamente a lo expuesto, la Sala consideró que las declaraciones no debían tener efecto alguno en el presente caso, toda vez que no autorizaban expresamente la realización de la conducta denunciada.

2.3. ¿Evitar pérdidas económicas de una empresa con responsabilidades públicas constituye una justificación suficiente?

De acuerdo con el numeral 10.4 del artículo 10 de la LRCA, las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas. Esto quiere decir que, como recoge el artículo 9, para la configuración de una infracción administrativa, “la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores”.

El establecimiento de la prohibición relativa en la LRCA, como bien comenta Gagliuffi (2011), ha consagrado la aplicación de la regla de la razón en el análisis de estos casos:

Precisamente con la finalidad de evitar un posible escenario de ambigüedad jurisprudencial respecto de la regla bajo la cual deberían analizarse las conductas anticompetitivas, el legislador ha consagrado y definido de manera expresa en el DL 1034 a la regla per se bajo la denominación “prohibición absoluta”, de conformidad con su Artículo 8º, así como a la regla de la razón bajo la denominación “prohibición relativa”, de conformidad con su Artículo 9º. (Énfasis agregado) (pág. 158)

Este mismo autor, explica la regla de la razón en los siguientes términos:

En contraste, la regla de la razón se opone en esencia a la regla per se, pues no juzga de manera automática a una concertación de precios como ilegal, sino que **analiza la razonabilidad de la práctica, es decir, si la misma afecta o no la eficiencia y la competencia o, en todo caso, si la práctica es beneficiosa para éstas.** En otras palabras, **bajo la regla de la razón no se considera que una determinada conducta** (por ejemplo, la concertación de precios) **sea inherentemente ilegal, sino que la autoridad de competencia debe analizar la razonabilidad de la práctica, desde el punto de vista de la competencia y la eficiencia, así como determinar si sus efectos fueron apreciables en el mercado.** (Énfasis agregado) (Gagliuffi Piercechi, 2011, págs. 153-154)

En esa misma línea, en la resolución final del presente caso, estableció el uso de la regla de la razón, bajo los siguientes términos:

III.3.4. Análisis de eficiencias **(Regla de la razón)**

246. De acuerdo con la metodología de análisis desarrollada previamente, **una vez determinado el efecto exclusorio de la práctica analizada, corresponde verificar si el agente imputado ha sustentado que esta conducta genera eficiencias y beneficios al consumidor,** los cuales resulten mayores a la restricción generada a la competencia. Ello, **pues las conductas de abuso de posición de dominio están sujetas a prohibición relativa.** (Énfasis agregado).

Siendo ello así, en el análisis de abusos de posición de dominio, pese a que la autoridad de competencia verifique la configuración de una conducta presuntamente anticompetitiva, los agentes tendrán la oportunidad de justificarla en atención a los efectos positivos que esta haya podido tener en la competencia y los consumidores. En esa línea, Bullard (2003) reflexiona lo siguiente:

Una empresa de ciertas dimensiones, con una inversión importante de capital y con una participación importante en el mercado puede tener una serie de ventajas para competir con otras empresas que no gozan de tal posición. **Mientras el uso de su posición sea utilizado para generar eficiencia y con ello un mayor bienestar para los consumidores, dicho uso no debería ser cuestionado.** (Énfasis agregado) (pág. 699)

En el caso materia de análisis, se encontraba plenamente acreditada la realización de la conducta presuntamente anticompetitiva, encontrándose admitida por la propia ENSA. En ese orden, la empresa denunciada presentó diversas justificaciones a efectos de evitar su punibilidad.

Como uno de los argumentos de su estrategia de defensa, ENSA postuló que las ganancias obtenidas tuvieron como exclusiva finalidad mitigar las pérdidas económicas incurridas como consecuencia de la migración masiva de usuarios regulados al mercado libre. Luego, añadió que dicha mitigación resultaba razonable y eficiente al encontrarse destinada a cautelar los recursos que debían ser destinados a mejorar las redes de

transmisión y distribución, existiendo un beneficio que trascendía los intereses propios de ENSA¹¹.

Al respecto, según lo desarrollado previamente, la justificación de las conductas derivadas de abusos de posición de dominio puede sustentarse en dos supuestos, estos son, la mayor eficiencia en el mercado y el mayor bienestar de los consumidores. En ese sentido, resultará de utilidad analizar si dicho argumento en particular constituía una justificación suficiente.

Sobre el análisis de la mayor eficiencia en el mercado, Quintana (2011) comenta lo siguiente:

(...) lo que usualmente se hace es definir si la práctica empresarial amenaza con restringir la competencia. Si existe tal amenaza, se evalúa cuán probables son las ganancias significativas de eficiencia y si la restricción a la competencia es razonablemente necesaria para alcanzarlas. Si la respuesta a cualesquiera de estas cuestiones es negativa, la referida práctica es condenada. (...). (Énfasis agregado) (pág. 45)

En el presente caso, el argumento analizado no guarda relación con este criterio, pues la mitigación de pérdidas económicas constituye, frente al resto de empresas que compiten en el mismo mercado, un “beneficio” exclusivamente a favor de ENSA, sin perjuicio del análisis, a continuación, de la existencia o no de mayores beneficios a los consumidores.

Por su parte, para la medición del bienestar de los consumidores, el citado autor explica lo siguiente:

El bienestar del consumidor se mide a través del excedente del consumidor, como beneficio neto agregado que reciben los consumidores por comprar un bien particular en un determinado mercado (la disposición a pagar o valoración total menos el costo de adquirir el bien).

En el presente caso, podría encontrarse una relación entre el mayor bienestar de los consumidores y el hecho de que los recursos cautelados estarían destinados a mejorar las redes de transmisión y distribución. Sin embargo, dicha interpretación no sería coherente con lo expresado previamente, toda vez que la mejora de redes no constituye un beneficio “agregado” a los consumidores, sino que se trata de una responsabilidad de carácter público, en el marco de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1208, Decreto Legislativo que promueve el desarrollo de Planes de Inversión en las empresas distribuidoras bajo el ámbito de FONAFE y su financiamiento. En ese orden, dicha argumentación no se subsume en el supuesto de mayor bienestar a los consumidores.

Por lo tanto, una justificación sustentada en la mitigación de pérdidas económicas de una empresa con responsabilidades públicas no configura ninguno de los supuestos descritos y necesarios para que la conducta cuestionada no configure infracción administrativa. Así fue recogido en la resolución final del presente caso (véase el fundamento 257).

¹¹ Así fue argumentado en los alegatos presentados por ENSA en segunda instancia.

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

El *primer problema jurídico* identificado se encontró referido a la determinación del mercado relevante de la conducta denunciada, en atención los cuestionamientos de ENSA al respecto. Los principales argumentos de ENSA fueron la coincidencia del mercado relevante y el mercado afectado, y la necesidad de establecer la vinculatoriedad entre los mercados conexos identificados.

Sobre la coincidencia de los mercados, se verificó que, si bien el razonamiento de ENSA, respecto a que los usuarios regulados, antes de variar su condición, realizan contrataciones en el mercado libre, resultaba coherente con las transacciones llevadas a cabo en el sector, debido a la exigencia de determinar una fecha efectiva de migración para el cómputo del plazo de anticipación previsto en el numeral 4.1 del artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres. Lo cierto es que, tal argumentación carece de relevancia a efectos de la determinación del mercado relevante, pues la doctrina es expresa al señalar que este debe delimitar los alcances del mercado donde el agente económico lleva a cabo su conducta, y en este caso la conducta no fue llevada a cabo en el mercado libre, sino en el regulado

Por su parte, respecto al establecimiento de la vinculatoriedad entre los mercados conexos identificados, ENSA postulaba un estándar de prueba estricto, donde debía verificarse una complementariedad determinada por una relación consecencial y de codependencia, en atención a pronunciamientos emitidos por la autoridad de competencia colombiana. Sin embargo, de la revisión de la doctrina especializada, se concluyó que la jurisprudencia comunitaria europea resultaba de especial relevancia a efectos de delimitar la figura analizada, y esta establecía que dicho análisis debía realizarse según las circunstancias de cada caso.

El *segundo problema jurídico* fue el impacto de las interpretaciones efectuadas por diversas entidades de la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres, en la aplicación de las normas de libre competencia. Específicamente, se analizó la configuración o no de un supuesto de exención legal, en atención a lo previsto en el artículo 3 de la LRCA, o, en su defecto, de un eximente de responsabilidad por error inducido por la administración, conforme a lo previsto en el literal e) del numeral 1 del artículo 257 del T.U.O. de la LPAG. No obstante, frente al análisis de la doctrina y los pronunciamientos emitidos por la autoridad de competencia, se concluyó que ni el texto de las mencionadas normas, ni las interpretaciones efectuadas por las entidades permitían configurar alguna de las figuras jurídicas analizadas. No obstante, se aprecia que tales pronunciamientos mínimamente avalaron la conducta respecto del año 2019 (último año del periodo analizado), por lo que la Sala sí debió tenerlos en consideración, por ejemplo, a efectos de la determinación y graduación de la multa.

Finalmente, el *tercer problema jurídico* identificado analizó si las pérdidas económicas de una empresa con responsabilidades públicas constituyen una justificación suficiente para la realización de la conducta, en atención a su calificación como prohibición relativa. Sin embargo, se verificó que tal

justificación no configuraba ninguno de los supuestos descritos y necesarios para que la conducta cuestionada no configure infracción administrativa, es decir, otorgar mayor eficiencia al mercado o mayor bienestar a los consumidores, más aún cuando los supuestos mayores beneficios expuestos (mejoras en las redes de distribución y transmisión) constituirían una obligación para tales empresas, establecida con anterioridad a nivel normativo.

IV. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS

La conclusión de la *resolución emitida por la Comisión*, respecto a la configuración de la infracción, se encuentra conforme a derecho. Sin embargo, se aprecian omisiones e imprecisiones en los fundamentos, que impiden brindar un pronunciamiento cabal sobre los argumentos presentados por las partes, considerando el real funcionamiento del sector eléctrico, tal como lo postulado por ENSA para alegar una supuesta coincidencia entre el mercado relevante y el mercado afectado, o respecto al sentido de la interpretación efectuada por OSINERGMIN al numeral 4.1 del artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres, que han sido debidamente analizado en los problemas jurídicos identificados.

Del mismo modo, en el caso de la *resolución emitida por la Sala*, se aprecia un ajuste correcto a la multa impuesta, en atención a las precisiones a la información presentadas, así como una correcta conclusión respecto a la configuración de la infracción. Sin embargo, mantiene las omisiones e imprecisiones efectuadas por la Comisión, en adición a lo correspondiente al pronunciamiento sobre la interpretación efectuada por la CCD, que también ha sido analizada en los problemas jurídicos identificados.

V. CONCLUSIONES

- A pesar los argumentos de ENSA respecto a la posible coincidencia entre el mercado relevante y el afectado, así como sobre las exigencias para la vinculatoriedad de mercados conexos, se confirma que el mercado relevante del presente caso se encuentra determinado por el suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que posean una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW en el área de concesión de ENSA y el mercado afectado por el suministro de energía eléctrica a usuarios libres que anteriormente eran regulados en el área de concesión de ENSA.
- Ni el texto de la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres, ni las interpretaciones efectuadas por las entidades al respecto, permiten configurar un supuesto de exención legal o un eximente de responsabilidad por error inducido por la Administración.
- Las pérdidas económicas de una empresa con responsabilidades públicas no constituyen una justificación suficiente para la realización de la conducta, en atención a su calificación como prohibición relativa, pues no se subsumen en los supuestos de mayor eficiencia en el mercado o mayor bienestar a los consumidores.
- Las conclusiones de la Comisión y la Sala, en sus resoluciones, se encuentran conformes a derecho; no obstante, se identifican omisiones e imprecisiones en la fundamentación que impiden brindar un

pronunciamiento cabal sobre los argumentos presentados por las partes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Bullard, A. (2003). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- Calderón López, A. (2011). Estado versus Estado: las exenciones a la aplicación de la Ley de Libre Competencia. *Revista de Derecho Administrativo*(10), 137-168.
- Díez Estella, F. (2003). La doctrina del abuso en los mercados conexos del "monopoly leveraging" a las "essential facilities". *Revista de Derecho Mercantil*(248).
- Figari, H., Gómez, H., & Zuñiga, M. (2005). Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 1(1), 154-187.
- Gagliuffi Piercechi, I. (2011). La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 7(13), 139-162.
- Lerner, P. (2004). Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37(111), 919-966.
- Morón Urbina, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (14° ed., Vol. Tomo II). Lima: Gaceta Jurídica.
- Quintana, E. (2011). El objetivo de la ley de competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 7(13), 19-59.
- Quintana, E. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Libre Competencia*. Lima: INDECOPI.
- Ruiz, G. (2011). La nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas: acotando la discrecionalidad de la autoridad de competencia. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 7(13), 163-182.
- Stucchi, P. (2008). El nuevo diseño del control de conductas para la defensa de la libre competencia: apuntes sobre el decreto legislativo 1034 - Ley de represión de conductas anticompetitivas (LRCA). *THEMIS Revista De Derecho*(56), 309-330.
- Stucchi, P., & Ballón, F. (2019). Síntesis de la defensa de la libre competencia en el Perú: Contenido y aplicación del Decreto Legislativo N° 1034.- Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA). *Revista De Derecho*, 18(1), 9-73.
- Ugarte Soto, A. (2013). Facilidades esenciales y abuso de posición dominante. *Revista de Derecho*, 20(2), 233-268.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
DENUNCIANTE : ATRIA ENERGÍA S.A.C.
DENUNCIADO : EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE
 ELECTRICIDAD DEL NORTE S.A.
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
 ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO
 MERCADO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA
ACTIVIDAD : GENERACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA
 ELÉCTRICA

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI del 9 de julio de 2021, en el extremo que halló responsable a la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. por incurrir en un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres que provenían del mercado de usuarios regulados. En específico, esta conducta anticompetitiva consistió en exonerar del plazo de preaviso de un año a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar dicho suministro de energía con su empresa; y, por el contrario, exigir el cumplimiento de este requisito a aquellos usuarios que contrataron con empresas competidoras, entre los años 2016 y 2019. Cabe señalar que dicha conducta está tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Al respecto, se ha verificado que el tratamiento diferenciado realizado por la empresa denunciada no se encuentra justificado en alguna diferencia objetiva prevista en la normativa aplicable al cambio de condición de usuarios regulados a usuarios libres (en particular, en la Ley 28832 ni en el Decreto Supremo 022-2009-EM). Por tanto, se trata de una práctica discriminatoria.

Esta conducta ha generado un efecto exclusorio en el mercado, pues durante el período investigado (años 2016 a 2019), las empresas generadoras que ofertaban un precio menor a la denunciada tuvieron que retirarse del mercado afectado por la referida práctica discriminatoria. Cabe señalar que dichas empresas no podían equiparar la exoneración del plazo de preaviso que la denunciada (en función a su posición de dominio en el respectivo mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados) ofrecía para atraer a los usuarios.

Finalmente, se ha corroborado que las justificaciones propuestas por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. no resultan suficientes para sustentar que la actuación cuestionada responde a



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

critérios de eficiencia y genera beneficios a los consumidores. Siendo así, en aplicación de la regla de la razón (prohibición relativa), la conducta denunciada resulta pernicioso para la competencia, configurándose la infracción imputada.

Asimismo, se MODIFICA la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI del 9 de julio de 2021 en el extremo relativo a la sanción impuesta a la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S. A., la cual queda establecida en una multa de quinientos treinta y tres y 21/100 Unidades Impositivas Tributarias.

MULTA: 533.21 (QUINIENTOS TREINTA Y TRES Y 21/100) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS

Lima, 3 de marzo de 2022

I. ANTECEDENTES

1. El 28 de marzo de 2018, Atria Energía S.A.C. (en adelante Atria o la denunciante) denunció a la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. (en adelante Ensa) ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante la Secretaría Técnica de la Comisión)¹ por la presunta comisión de prácticas de abuso de posición de dominio en las modalidades de aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y de incitación a terceros para dejar de contratar con su empresa, supuestos previstos en los literales b), g) y h) del artículo 10 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas)².

¹ Cabe indicar que actualmente la Secretaría Técnica de la Comisión se denomina Dirección Nacional de Investigación y Promoción de Defensa de la Libre Competencia.

² **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

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

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

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

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

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
(...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

2. Al respecto, la denunciante señaló lo siguiente:
- (i) En el Perú existen dos mercados de suministro de electricidad: (i) el mercado de suministro de energía a usuarios regulados, otorgado de manera exclusiva a un solo titular -el distribuidor-; y, (ii) el mercado de suministro de energía a usuarios libres, en el que participan los generadores y distribuidores.
 - (ii) Existen además tres tipos de usuarios de energía eléctrica: (i) usuarios regulados, con una demanda máxima anual de hasta 200 kW de energía, quienes solo pueden contratar con el distribuidor ubicado en su zona; (ii) usuarios libres, cuya demanda máxima anual es mayor a 2500 kW de energía, quienes pueden contratar con los generadores o con el distribuidor de su zona; y, (iii) usuarios cuya demanda es mayor a 200 kW pero menor a 2500 kW de energía, quienes pueden elegir entre ser usuarios regulados (y contratar con el distribuidor de su zona) o usuarios libres (y contratar con los generadores o el distribuidor de su zona).
 - (iii) De acuerdo con la legislación vigente, todos los usuarios de energía eléctrica ubicados dentro de la zona de concesión de un distribuidor deben estar conectados a una red de distribución para recibir electricidad por medio de dicha red.
 - (iv) Ensa es titular de la concesión de distribución de energía eléctrica en la ciudad de Chiclayo. Por ello, los usuarios regulados y libres ubicados en esa ciudad están conectados a la red de esta empresa.
 - (v) Si un usuario regulado, cuyo consumo oscila entre los 200 kW y los 2500 kW desea migrar a la condición de usuario libre, Ensa le ofrece condiciones que solo esta empresa puede otorgar, dada su posición de dominio en el mercado de distribución de energía en la ciudad de Chiclayo: (a) exoneración del plazo legal previsto para cambiar la condición de usuario regulado a usuario libre; (b) atención preferencial para nuevos suministros y ampliaciones de potencia; y, (c) atención preferencial en casos de emergencia y problemas de calidad originados en la red de distribución.
3. Mediante Resolución 026-2019/ST-CLC-INDECOPI del 30 de septiembre de 2019, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia de Atria contra Ensa e imputó a esta última la presunta comisión de un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados, con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optan por cambiar



su condición a usuarios libres. En específico, la conducta investigada habría consistido en exonerar del plazo de 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. Esta presunta infracción estaría tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

4. El 13 de diciembre de 2019, Ensa presentó sus descargos señalando lo siguiente:

- (i) El precio de la energía eléctrica para los usuarios regulados se establece mediante regulación tarifaria, mientras que en el caso de los usuarios libres este precio es el resultado de la negociación entre las empresas generadoras o distribuidoras y dichos usuarios. Por otro lado, determinados usuarios regulados pueden optar por cambiar su condición a usuario libre.
- (ii) La provisión de energía eléctrica a los usuarios regulados se hace exclusivamente por medio de la empresa distribuidora que tiene la concesión de la zona, la cual no puede generar energía eléctrica. Es por ello que las empresas distribuidoras realizan transacciones con las empresas generadoras para asegurar el suministro de energía para sus usuarios regulados.
- (iii) En el caso de los usuarios libres, estos pueden negociar directamente con las generadoras o con la distribuidora que tiene la concesión en su zona geográfica. Esta última, para satisfacer la demanda de energía de los usuarios libres, debe tener contratos con las generadoras. En tal sentido, si bien existe competencia entre las generadoras y distribuidoras en el mercado de usuarios libres, estos agentes económicos presentan características distintas debido a la regulación del sector eléctrico. Por ejemplo, a diferencia de las empresas generadoras, las distribuidoras no pueden generar energía eléctrica.
- (iv) El mercado relevante sería el suministro de energía eléctrica a los usuarios "optativos" que tienen una demanda de 200 kW a 2500 kW y están ubicados en el área de concesión de Ensa, quienes pueden contratar con ofertantes en el territorio nacional peruano, estando habilitados para elegir entre permanecer en el mercado regulado o migrar al mercado libre. Dicho escenario muestra que Ensa no tiene posición de dominio en el referido mercado.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

- (v) Al analizar la conducta cuestionada se debe considerar el contexto en el cual se desarrolla dicha práctica, pues tiene la finalidad de obtener mayores eficiencias en beneficio de los consumidores.
- (vi) De acuerdo con el artículo 34 del Decreto Ley 25884 – Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante la Ley de Concesiones Eléctricas), las distribuidoras se encuentran obligadas a tener contratos vigentes con las generadoras que le garanticen su requerimiento total de potencia y energía por los siguientes veinticuatro (24) meses -o dos años- como mínimo.
- (vii) Los precios declarados por las generadoras en el mercado de corto plazo (o mercado *spot*) no reflejan los verdaderos costos de la generación de energía eléctrica, mostrando precios más bajos artificialmente. Esto motiva a los usuarios regulados que tienen una demanda entre los 200 kW y 2500 kW para solicitar su cambio de condición a usuarios libres.
- (viii) Lo anterior afecta a las distribuidoras, pues no pueden competir con los precios del mercado *spot*, ya que cuentan con un precio fijo en virtud del contrato mínimo de dos años de duración que celebran con las generadoras en virtud del artículo 34 de la Ley de Concesiones Eléctricas. Esta migración masiva de usuarios regulados a usuarios libres ocasiona que las distribuidoras tengan capacidad de energía contratada que no pueden utilizar para atender a sus usuarios regulados en el mercado, lo cual le ha generado pérdidas por 16.57 millones de soles entre los años 2016 y 2019.
- (ix) Esta situación justifica que en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres se contemple que, cuando los usuarios regulados decidan migrar a la condición de usuarios libres y cambiar de suministrador, las distribuidoras tengan el derecho de exigirles la notificación de su decisión al menos con un año de anticipación.
- (x) La exigencia del preaviso de un año es un derecho de las distribuidoras y lo emplean para mitigar los efectos producidos por la excesiva migración de usuarios regulados a usuarios libres que cambian de suministrador de energía eléctrica (contratando con las generadoras).
- (xi) Esta práctica no perjudicó a Atria, pues en los últimos años ha tenido un crecimiento sostenido. Por ejemplo, en el año 2018, sus ingresos fueron de 67.5 millones de soles, mientras que, a junio de 2019, sus ingresos fueron de 84.1 millones de soles. Ello se debió a que Atria obtuvo 65 nuevos contratos.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

5. Mediante Informe 073-2020/ST-CLC-INDECOPI del 20 de noviembre de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió su opinión con relación al procedimiento seguido por Atria contra Ensa, señalando lo siguiente:
- (i) El mercado relevante se encuentra constituido por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados en el área de concesión de Ensa. Durante el período analizado (2016 a 2019), Ensa ha ostentado posición de dominio en ese mercado.
 - (ii) El mercado afectado es el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar su condición a usuarios libres dentro del área de concesión de Ensa.
 - (iii) Se encuentra acreditada la existencia de un trato diferenciado por parte de Ensa a los usuarios regulados que migraron a la condición de usuarios libres, al exonerar del plazo de preaviso de un año previsto en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres a aquellos usuarios que permanecían como clientes de Ensa, mientras que exigía el cumplimiento de este plazo a los usuarios que decidían cambiar de suministrador.
 - (iv) Dicha conducta generó beneficios a Ensa y perjuicios a sus competidoras en el mercado de usuarios libres que provienen del mercado regulado en el área de concesión de Ensa, por razones distintas a la eficiencia económica. Este efecto exclusorio carece de justificaciones.
 - (v) Se recomienda declarar fundada la imputación contra Ensa, sancionarla con una multa ascendente a 1 287.08 (mil doscientos ochenta y siete y 08/100) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UIT) y que se ordene como medida correctiva que Ensa adopte un documento accesible a los potenciales interesados que recoja los criterios a considerar para una aplicación general y no discriminatoria de la exoneración o reducción del plazo de preaviso en la migración de usuarios regulados al mercado libre.
6. El 13 de enero de 2021, Ensa presentó sus alegatos respecto del Informe 073-2020/ST-CLC-INDECOPI del 20 de noviembre de 2020 y solicitó el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.
7. El 15 de enero de 2021, Atria presentó sus alegatos respecto del Informe 073-2020/ST-CLC-INDECOPI del 20 de noviembre de 2020 y solicitó el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.
8. El 19 de mayo de 2021 se llevó a cabo la audiencia de informe oral, en la cual las partes reiteraron sus alegatos expuestos a lo largo del procedimiento.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

000934

9. El 2 y el 4 de junio de 2021, Atria y Ensa presentaron sus alegatos finales, respectivamente.
10. Mediante Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI del 9 de julio de 2021 (en adelante la Resolución Final), la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante la Comisión) resolvió lo siguiente:
 - (i) Declarar la responsabilidad de Ensa por incurrir en un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optaban por cambiar su condición a usuarios libres. En específico, la conducta anticompetitiva consistió en exonerar del plazo de 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.
 - (ii) Sancionar a Ensa con una multa de 673.36 UIT.
11. Los fundamentos de la Comisión fueron los siguientes:
 - (i) El mercado relevante es el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2500 kW en el área de concesión de Ensa. Considerando el marco regulatorio vigente, para los usuarios regulados el único proveedor de suministro de electricidad es la empresa de distribución en su área de concesión.
 - (ii) Al tener el 100% de participación en el mercado relevante, sin enfrentar competencia potencial desde que inició operaciones en su área de concesión, Ensa ha ostentado posición de dominio durante el período analizado (2016 al 2019).
 - (iii) Una conducta de abuso de posición de dominio puede tener efectos en el propio mercado relevante o en un mercado relacionado, por lo que estos no siempre coincidirán. En el presente caso, Atria denuncia que Ensa abusaría de su posición de dominio en el mercado de clientes regulados para afectar la competencia en el mercado de clientes libres que provienen de aquel mercado.
 - (iv) De esta forma, el mercado afectado sería el de suministro de energía eléctrica a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de Ensa.

7/100

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

- (v) Ensa ha reconocido haber exonerado del plazo de preaviso de un año a aquellos clientes regulados que optaban por migrar a la condición de usuarios libres, en tanto contrataran el suministro de energía con su empresa. En consecuencia, dicha conducta se encuentra acreditada.
- (vi) De la revisión de la información obrante en el expediente, se observa que entre los años 2016 y 2019, Ensa aumentó su participación en el número de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados, así como en el porcentaje de potencia que dichos nuevos usuarios contrataron. Estos resultados favorables habrían sido resultado, principalmente, de la exoneración del plazo de preaviso otorgada por Ensa a sus clientes.
- (vii) Al negar la exoneración del plazo de preaviso a los clientes que optaban por contratar el suministro de energía con otro proveedor, Ensa generaba un condicionamiento que -para un número significativo de clientes- constituía un incentivo decisivo para contratar con dicha empresa inclusive a precios superiores, con tal de obtener dicha exoneración. Este condicionamiento no era producto de mayores eficiencias de Ensa, sino únicamente por causa de su posición de dominio en el mercado y la imposibilidad de las competidoras de otorgar el mismo beneficio por el marco regulatorio aplicable. En tal sentido, se observa que existió un efecto exclusorio en el mercado.
- (viii) A diferencia de lo alegado por Ensa, el Reglamento de Usuarios Libres no faculta a las distribuidoras a aplicar el plazo de preaviso de forma discriminatoria entre los usuarios regulados que desean migrar al mercado libre.
- (ix) De la revisión del Reglamento de Usuarios Libres, así como de lo mencionado por el Osinergmin, se observa que tanto el legislador como el propio regulador consideran que el plazo de preaviso es una prerrogativa a favor del distribuidor, establecida con la finalidad de reorganizar su demanda de energía frente a los posibles desbalances generados por la mitigación de clientes. Sin embargo, no se ha reconocido que esta facultad pueda ejercerse de manera discriminatoria.
- (x) Las pérdidas señaladas por Ensa corresponden no solo a los clientes regulados que migraron a la condición de usuarios libres y optaron por cambiar de suministrador, sino a todos aquellos que cambiaron su condición, con independencia del suministrador escogido. En la medida que la energía contratada para atender la demanda de usuarios regulados no puede redireccionarse hacia los usuarios libres, siempre que un usuario migre al mercado libre existirá un desbalance de energía.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

- (xi) En otras palabras, no existe una relación intrínseca entre la exoneración del plazo de preaviso para determinados usuarios y la mitigación de los efectos de la migración masiva de usuarios, pues la empresa distribuidora continúa siendo responsable por la energía previamente contratada para satisfacer la demanda en el mercado de usuarios regulados.
- (xii) La conducta cuestionada únicamente se ha realizado para mitigar las pérdidas económicas que Ensa tiene producto de la migración de usuarios regulados a libres, pero no está orientada a un manejo más eficiente de la potencia contratada para la atención de los usuarios regulados.
- (xiii) Las pérdidas económicas derivadas de las decisiones contractuales de las empresas no justifican la adopción de una práctica anticompetitiva.
- (xiv) Se ha acreditado que Ensa realizó un trato discriminatorio a los clientes regulados que optaban por migrar al mercado libre y contratar con otro suministrador de energía, siendo que dicha conducta generó más perjuicios que beneficios en el mercado.
- (xv) Para la determinación de la multa se considera que el beneficio ilícito está representado por las ganancias que Ensa recibió por las ventas de energía eléctrica realizadas producto de la exoneración del plazo de preaviso a los usuarios regulados que decidieron cambiar su condición a usuarios libres. Siendo así, en primer lugar, se determinan las ventas realizadas a los nuevos usuarios libres, para luego calcular el factor de exoneración, el cual representa el porcentaje de las ventas que Ensa obtuvo como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso.
- (xvi) El factor de exoneración corresponde a la proporción de usuarios libres que originalmente fueron beneficiados por la exoneración del plazo de preaviso y que, una vez culminados sus contratos con Ensa (entre julio de 2019 y abril de 2021), decidieron cambiar de suministrador. Dicho porcentaje fue del 57%.
- (xvii) Considerando el factor de exoneración, así como el margen de utilidad operativa (que en el presente caso asciende al 14%) y las ventas de Ensa, se tiene que la multa base es de S/ 2'962,764.84.
- (xviii) La probabilidad de detección es de 90%, considerando que Ensa no ha desarrollado acciones para ocultar el trato diferenciado analizado en el presente caso, así como la transparencia de información en este mercado.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

- (xix) Tomando en cuenta que Ensa ha reconocido la conducta material objeto de imputación, que la imputada cesó la conducta en el año 2020 e implementó un programa de cumplimiento y que esta infracción está sujeta a prohibición relativa, se aplica un atenuante del 10% de la multa.
 - (xx) En consecuencia, corresponde calificar la conducta como grave y sancionar a Ensa con una multa de 673.36 UIT.
 - (xxi) A diferencia de lo propuesto por la Secretaría Técnica de la Comisión, se considera que Ensa no está en la capacidad de fijar criterios objetivos para la aplicación de la exoneración del plazo de preaviso. Por ello, se solicita al Osinergmin y al Ministerio de Energía y Minas (en adelante Minem) que analicen la pertinencia o necesidad de introducir o modificar la regulación aplicable a las conductas como la analizada en el presente caso.
12. El 10 de agosto de 2021, Ensa interpuso recurso de apelación contra la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI, bajo los siguientes fundamentos:

Sobre el mercado relevante y la posición de dominio

- (i) Con relación a la determinación del mercado relevante, debe analizarse la existencia de fuentes alternativas de abastecimiento para los usuarios regulados que pueden migrar a la condición de usuarios libres, como lo son las empresas pertenecientes al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante SEIN). En tal sentido, debería modificarse el mercado geográfico, al existir oferta alternativa para este tipo de usuarios.
- (ii) La legislación vigente ha dispuesto que los usuarios que demanden potencias entre los 200 kW y los 2500 kW pueden optar por ser usuarios libres, por lo que no solo pueden contratar con Ensa, sino también con las empresas generadoras, siendo estas competidoras potenciales.
- (iii) Dichos usuarios no incurren en mayores costos al migrar a la condición de usuarios libres, por lo que no existen barreras legales, económicas ni tecnológicas que impidan a los generadores suministrar energía eléctrica a estos clientes. Por tanto, Ensa no goza de posición de dominio en el mercado relevante.
- (iv) La Comisión utiliza la teoría de los mercados conexos. Sin embargo, no se ha explicado por qué las empresas dominantes en un mercado deben respetar la competencia en mercados conexos. El estándar internacional señala que, para aplicar esta hipótesis, debe existir una complementariedad en los mercados, lo cual no ha sido explicado ni sustentado por la primera instancia.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

- (v) En el presente caso no es aplicable la teoría de los mercados conexos, pues el propio mercado relevante comprende también a aquellos usuarios intermedios que desean ser usuarios libres.

Sobre la configuración de la conducta cuestionada

- (vi) El artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres dispone que los usuarios regulados que desean cambiar de condición a usuarios libres deben avisar de tal decisión a su distribuidor en un plazo no menor a un año. La intención de la norma es proteger al distribuidor, debido a que tiene una cantidad de electricidad asegurada para el cliente regulado y, cuando este último cambie a usuario libre, dicha energía se quedaría sin demanda.
- (vii) Bajo esa lógica, se aprecia que tales prestaciones no son equivalentes, ya que por un lado los usuarios optan por mantener a su suministrador, mientras que, en el otro supuesto, los usuarios deciden cambiarlo. Por ende, tanto el ordenamiento jurídico vigente, como el Osinergmin en su Resolución de Cuerpo Colegiado 007-2016-OS/CC-98 han dispuesto que el año de preaviso es obligatorio para aquellos usuarios que cambian de suministrador. De hecho, la propia norma hace referencia a que el preaviso se realiza al "suministrador actual", lo que demuestra que es aplicable para el cambio de proveedor.

Sobre el efecto exclusorio

- (viii) Con relación al presunto efecto exclusorio, la Comisión consideró que Ensa había vendido energía a un precio 41% mayor al ponderado cobrado por los demás suministradores. Para ello, la primera instancia empleó la información obrante en el Reporte Estadístico Mensual del mercado libre de electricidad publicado por el Osinergmin.
- (ix) Por error, la empresa apelante reportó al Osinergmin los precios de energía y potencia en barra de referencia de generación y no los precios fijados a sus usuarios libres, siendo los primeros más elevados. Para acreditar este punto, se presentan las facturas emitidas, así como una carta dirigida al Osinergmin informando de tal circunstancia.
- (x) Considerando la información correcta, su empresa no ha sido la opción más onerosa para los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuarios libres. Por lo tanto, la exoneración del plazo de preaviso no fue un factor determinante para que dichos usuarios opten por Ensa.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

- (xi) La Comisión ha considerado erróneamente que el factor precio es el único por el cual los usuarios que migran de condición eligen a un proveedor en particular. Dentro de su análisis, la primera instancia no ha considerado que los usuarios tienen en cuenta los riesgos que se trasladan del suministrador al cliente libre. Por ejemplo, Ensa asume riesgos que Atria traslada a sus clientes, lo cual encarece los contratos de la empresa denunciante.
- (xii) No es posible concluir que los clientes permanecen con Ensa únicamente por la exoneración del plazo de preaviso, sino también porque sus precios son más económicos y por las condiciones de sus contratos.
- (xiii) Existen casos de usuarios libres que cambiaron de suministrador a Ensa y no se vieron beneficiados con la exoneración del plazo de preaviso, lo cual demuestra que quienes eligen a su empresa como suministradora lo hacen por elementos distintos a dicho beneficio.
- (xiv) La Comisión también indicó que varias empresas que fueron beneficiadas con la exoneración del plazo de preaviso optaron por cambiar de suministrador una vez culminado su contrato con Ensa, lo que -a su criterio- demostraría que solo eligieron dicha empresa por el referido beneficio. Ello no es cierto, pues el cambio de suministrador es una práctica usual en el mercado.
- (xv) De los ocho (8) clientes cuyos contratos con Ensa vencieron y fueron incluidos en el análisis efectuado por la primera instancia, siete (7) permanecieron en el mercado libre, mientras que uno salió del mercado. Sin embargo, dos de esos ocho (8) clientes no fueron exonerados del plazo de preaviso. En ese sentido, es necesario excluir del análisis a las dos empresas antes indicadas, por lo que la muestra usada por la Comisión se vería reducida a seis (6) clientes (considerando también a la empresa que salió del mercado).
- (xvi) Por otra parte, la Sala debería incluir a aquellos clientes que durante el periodo investigado accedieron directamente al mercado libre y respecto a los cuales, Ensa no pudo brindar la exoneración (cinco clientes), en tanto no provenían del mercado regulado. En ese sentido, el examen respectivo no debería realizarse sobre la base de seis usuarios, sino de once (11) usuarios.
- (xvii) De esos once (11) usuarios, se aprecia que tres (3) decidieron contratar con un suministrador distinto a Ensa una vez culminado su contrato con esta empresa, siete (7) renovaron sus contratos con Ensa sin condicionamientos y uno (1) desapareció del mercado. Lo anterior

12/100



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/GLC

demuestra que no existió afectación al mercado y, por tanto, no hubo efecto exclusorio.

Sobre las justificaciones a la conducta investigada

- (xviii) El preaviso de un año se estableció para proteger a las distribuidoras por la migración masiva de usuarios regulados al mercado libre. Esta migración había generado una sobrecontratación de energía con las generadoras, ya que las distribuidoras contratan una determinada potencia para los usuarios regulados que no se puede trasladar a los usuarios libres.
- (xix) Las distribuidoras no pueden reaccionar ante la reducción de los precios en el mercado *spot*, ya que los precios se fijan en contratos determinados con las generadoras, por lo que las distribuidoras no pueden ofrecer a sus clientes precios más bajos. Lo que sí pueden hacer las distribuidoras es ofrecer la exoneración del plazo de preaviso y así generar mayor competencia en el mercado libre.
- (xx) Durante el período de exoneración, los usuarios regulados que cambiaron su condición a usuarios libres se vieron beneficiados pues dejaron de pagar los precios correspondientes al mercado de usuarios regulados. Además, los demás agentes económicos ofrecieron precios menores para competir, lo cual también generó un beneficio al mercado.
- (xxi) La conducta investigada se sustenta en criterios de eficiencia, pues a través de la exoneración del plazo de preaviso se busca compensar los gastos de sobrecompra de potencia en el mercado regulado, debido a que las cláusulas *take or pay* conllevan a que las distribuidoras deban hacer uso de la potencia contratada inicialmente o pagar en caso no la asuman. Lo anterior implica que, en caso un cliente regulado deje de serlo, la potencia contratada para dicho usuario deberá mantenerse con la distribuidora así no la vaya a emplear.
- (xxii) La conducta investigada se ha ejecutado únicamente con el fin de mitigar las pérdidas ocasionadas mes a mes como consecuencia de la sobrecontratación de potencia para atender a los usuarios regulados. Si bien la sola mitigación de pérdidas no es una justificación válida para la conducta, debe interpretarse en el contexto de crisis del mercado eléctrico y considerar que se está generando mayor competencia en el mercado libre.
- (xxiii) Pese a que se argumentó que la conducta investigada se ejecuta debido a la imposibilidad de renegociar los contratos con las generadoras, la



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

Comisión ha asumido incorrectamente que todas las distribuidoras han podido revertir las condiciones contractuales referidas a las cláusulas *take or pay*. De hecho, solo unas pocas empresas han conseguido la renegociación de sus contratos.

- (xxiv) Inclusive, la primera instancia señaló que en el año 2018 debió intervenir el Estado para solucionar el problema antes mencionado, emitiendo el Decreto Supremo 022-2018-EM, que modifica el reglamento de licitaciones del suministro de electricidad. Cabe señalar que la conducta investigada se habría cometido desde el año 2016, antes de la emisión de la referida norma.

Sobre la aplicación de un eximente de responsabilidad

- (xxv) Las autoridades estatales han emitido su opinión respecto a la legalidad de la exoneración del plazo de preaviso, teniendo consideraciones diversas. En tal sentido, un administrado puede concluir que su conducta es lícita, pues ante una contradicción entre una norma que permite una conducta y otra que la sanciona, debe primar la primera.
- (xxvi) Debe tenerse en cuenta el eximente de responsabilidad contenido en el literal e) del artículo 236.1 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante la Ley del Procedimiento Administrativo General), referido al error inducido por la administración. Ello, pues diversas entidades estatales emitieron opinión sobre la conducta, con lo cual Ensa consideró que era lícita.

Sobre la graduación de la sanción

- (xxvii) Al graduar la sanción se debe tener en consideración que, una vez iniciado el procedimiento sancionador, Ensa implementó un programa de cumplimiento en materia de libre competencia, cesó la conducta investigada y cooperó con la investigación efectuada por la autoridad.
- (xxviii) Respecto al beneficio ilícito, la Comisión ha considerado en lo concerniente a ingresos, un monto que figura en los reportes estadísticos mensuales del mercado libre del Osinergmin. Sin embargo, dicha información contiene montos correspondientes a los costos de transmisión de la energía, pues se envió información errada, tal como fue explicado previamente.
- (xxix) La Comisión ha utilizado en su cálculo los ingresos obtenidos por usuarios que no fueron beneficiados con la exoneración, por lo que no deberían ser parte de la determinación de la multa en el presente caso.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

000738

- (xxx) Respecto de la probabilidad de detección, debe tenerse en cuenta que el sector eléctrico es uno de los más regulados en el país, existe información pública, por lo que hay transparencia en el mercado y se ha coadyuvado en el procedimiento. Por tanto, la probabilidad de detección debería ser del 100%.
- (xxxii) Sobre el factor de exoneración, este debería ser de 30%, considerando únicamente a los nuevos clientes libres cuyos contratos concluyeron y que, a su término, cambiaron de suministrador.
- (xxxii) Presenta un informe técnico contable que sustenta que su margen operativo es de 12.15%, lo cual solicita se considere al graduar la sanción.
13. El 25 de octubre y el 18 de noviembre de 2021, Atria absolvió el recurso de apelación presentado por Ensa, en donde reiteró los argumentos expuestos en el procedimiento. Asimismo, solicitó el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.
14. El 15 de febrero de 2022 se llevó a cabo la audiencia de informe oral, en la que participaron los representantes de las partes intervinientes, quienes reiteraron los argumentos expuestos en el procedimiento.
15. El 22 de febrero de 2022, Atria presentó sus alegatos finales, en donde expuso nuevamente los argumentos presentados en el transcurso del procedimiento.
16. Por su parte, el 22 de febrero Ensa presentó sus alegatos finales, en donde incluyó un Informe Económico de EA Consultores. En dichos documentos, reiteró diversos argumentos planteados en el procedimiento y, adicionalmente, alegó lo siguiente:
- (i) La actividad de distribución está regulada, por lo que no es posible "apalancarse" en esta actividad para impedir la competencia de otras empresas.
 - (ii) Ensa no habría obtenido beneficios extraordinarios, lo cual sería necesario -entre otros aspectos- para acreditar la existencia de una práctica anticompetitiva. Ello, en tanto únicamente mitigó sus pérdidas.
 - (iii) En el Anexo A del Informe Económico elaborado por EA Consultores, se verifica que Osinergmin admitió la solicitud de Ensa de corrección de los precios reportados relativos al suministro de energía en el mercado libre



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

de electricidad, para lo cual abrió los módulos PRIE³ y SICLI⁴. Asimismo, en dicho Anexo se verifica que Osinergmin realizó el ajuste solicitado sobre los mencionados precios reportados por Ensa, en sus bases de datos.

- (iv) Atria es una empresa ineficiente, lo cual hace que sus costos estén sujetos a fluctuaciones. Esta denuncia se interpuso porque la conducta de Ensa afecta específicamente a Atria y no al resto de generadores, pues el hecho de que otros suministradores no la hayan denunciado implica que la denunciante sería la única afectada con la exoneración del plazo de preaviso, lo que mostraría que no existe un daño al proceso competitivo, sino a un competidor en particular.
- (v) Por otro lado, con relación a los clientes captados por Ensa, es importante considerar que la denunciada no traslada riesgos a sus clientes y les ofreció servicios adicionales post venta.
- (vi) Para el cálculo de la multa, se debe utilizar el margen de utilidad neta, en la medida que este indicador considera el pago de impuesto a la renta, a diferencia del margen de utilidad operativa. Lo contrario implicaría sobreestimar el beneficio ilícito que habría obtenido Ensa.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

17. De acuerdo con los antecedentes expuestos, se debe determinar lo siguiente:

- (i) Si Ensa incurrió en un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; y,
- (ii) de ser el caso, si corresponde confirmar la sanción a Ensa.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Cuestión previa: sobre el eximente de responsabilidad alegado

18. En su recurso de apelación, Ensa señaló que correspondería que se aplique el eximente de responsabilidad contenido en el literal e) del artículo 236.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual señala lo siguiente:

LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL (modificado por el Decreto Legislativo 1272)

Artículo 236.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

³ Portal de Remisión de Información Energética.

⁴ Sistema de Información Comercial de Clientes Libres.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000939
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

- 1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:
(...)
e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.
(...)
19. A criterio de la recurrente, el Osinergmin, el Minem y la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal habrían emitido pronunciamientos respecto a la aplicación del artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres, sosteniendo que los distribuidores pueden diferenciar el trato que brindan a los usuarios regulados que migran al mercado libre, entre aquellos que mantienen a su suministrador (exonerándolos del plazo de preaviso) y aquellos que lo cambian (sin que puedan acceder a dicha exoneración). De acuerdo con la recurrente, en virtud de estos pronunciamientos habría realizado el trato desigual cuestionado, por lo que no correspondería que se le atribuya responsabilidad por los hechos cuestionados.
20. Al respecto, el eximente invocado por la recurrente tiene estrecha vinculación con el principio de predictibilidad o confianza legítima, que consiste en que la autoridad administrativa brinda a los ciudadanos información veraz, completa y confiable⁵. Bajo este tipo de eximente, aquel administrado que haya actuado considerando que su accionar ha sido lícito en virtud de una declaración de la Administración Pública, no será hallado responsable⁶.
21. Sobre el particular, la doctrina refiere que en este supuesto se encuentra el caso en que la Autoridad respectiva aconseja a los administrados a actuar de una determinada manera, caso en el cual estos últimos obrarían en la legítima confianza de que actuaban de forma correcta⁷, por lo que luego no podrían ser sancionados por dicha conducta.
22. En el presente caso, Ensa hizo referencia a: (i) el Oficio 3086-2018-OS-DSE del 9 de octubre 2018 remitido por el Osinergmin⁸; (ii) el Informe 171-2019-

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décimo Quinta Edición. Gaceta Jurídica. Lima: 2020. Página 520.

⁶ *Ibíd.*

⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Quinta Edición, Tecnos, Madrid: 2012. Página 362.

⁸ Emitido por el Osinergmin ante la consulta hecha por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi mediante Oficio 086-2018/CCD-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

MEM/DGE del 10 de abril de 2019⁹; y (iii) la Resolución 238-2018/CCD-INDECOPI del 26 de diciembre de 2018¹⁰.

23. Al respecto, en este caso en particular se observa que los pronunciamientos aludidos por Ensa fueron posteriores al inicio de la realización de la diferenciación imputada, por lo que carece de asidero sostener que realizó esta conducta guiada por los referidos pronunciamientos y que fue inducida por la Administración Pública a incurrir en la conducta investigada.
24. Ciertamente, la conducta imputada en el presente caso se habría llevado a cabo a partir del año 2016, mientras que las opiniones que, según Ensa, habrían orientado su conducta se emitieron más de dos años después del inicio de la referida conducta.
25. Además, la Sala observa que el Osinergmin, el Minem ni la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal aconsejaron u opinaron que Ensa podía llevar a cabo la conducta materia de imputación en el presente procedimiento, esto es, brindar un trato diferenciado o discriminatorio entre los clientes que cambiaron de suministrador de energía y los que permanecían como clientes de Ensa, al pasar del régimen de usuarios regulados al régimen de usuarios libres.
26. Ciertamente, las consultas hechas a las referidas entidades versaban sobre la aplicación del régimen contenido en el artículo 4 del referido reglamento y en las respuestas de tales entidades (en donde el Minem precisaba que el plazo de preaviso es aplicable para todas las solicitudes de cambio de condición, mientras que el Osinergmin señalaba que la exoneración de dicho plazo podía ser facultativa), no se establece que corresponda a los distribuidores ejercer la exoneración del plazo de preaviso, con el objetivo o finalidad de crear dos condiciones diferentes de migración al mercado libre: (i) una forma inmediata y expeditiva para quienes acepten continuar con dicha empresa, y (ii) un traspaso diferido, con una espera necesaria de un año, para aquellos clientes que opten libremente por escoger a otro suministrador de energía eléctrica.
27. Por otra parte, el pronunciamiento de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal fue emitido en el marco del análisis de una presunta

⁹ Emitido por el Minem en el marco de la tramitación del presente procedimiento en virtud de una consulta realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión en el año 2019.

¹⁰ Emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal en el marco de la tramitación de la denuncia formulada por Atria (antes Eléctrica Santa Rosa S.A.C.) contra Ensa por la presunta realización de actos de competencia desleal en la modalidad de sabotaje empresarial (Expediente 044-2018/CCD).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

infracción distinta a la imputada en el presente caso¹¹. Dicho procedimiento se trató de un caso de sabotaje empresarial, cuya eventual configuración requería constatar la existencia de amenaza o mecanismos de presión que pudieran incidir sobre las relaciones comerciales entre el agente presuntamente saboteado y terceros, lo cual no se verificó en aquel caso.

28. Siendo así, la presunta infracción examinada por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal es distinta a la evaluada en el presente caso, en donde se discute si -por medio de la exoneración del plazo de preaviso a unos usuarios y a otros no- la empresa imputada ha abusado de una posición dominante en el mercado relevante correspondiente y si esta conducta unilateral ha generado un efecto anticompetitivo que restrinja la competencia en el mercado afectado.
29. Las razones expuestas permiten desvirtuar que la recurrente habría llevado a cabo la conducta materia de imputación al ser inducida a error por la Administración Pública, por lo que no se verifica el eximente de responsabilidad previsto en el literal e) del artículo 236.1 de la Ley 27444 y, en consecuencia, corresponde desestimar este argumento.

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

30. El artículo 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹² establece que existe abuso de posición de dominio 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, lo que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición dominante.

¹¹ En la Resolución 238-2018/CCD-INDECOPI, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal evaluó si el agente imputado había cometido un acto de competencia desleal en la modalidad de sabotaje empresarial conforme a lo previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 1044, mientras que -en el presente caso- se evalúa si la imputada incurrió en un presunto acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, conducta tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO del Decreto Legislativo 1034.

¹² **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

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

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

(...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

31. En similar sentido, el artículo 10.2 del mismo cuerpo normativo establece que los supuestos de abuso de posición de dominio únicamente podrán consistir en conductas de efecto exclusorio, las cuales afectan directamente la dinámica de la competencia pues impiden el acceso de competidores de la dominante al mercado o dificultan su permanencia.
32. Ahora bien, el referido artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas contiene un catálogo enunciativo de conductas de efecto exclusorio en las que pueden manifestarse los actos de abuso de posición de dominio, contemplando en su literal b) la modalidad de discriminación. En este último supuesto, se sanciona la aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que colocan a un competidor en una situación desventajosa frente a otros.
33. Al respecto, el artículo 2.14 de la Constitución Política del Perú recoge la libertad contractual, bajo la cual los ciudadanos cuentan con autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la materia objeto de regulación contractual¹³.
34. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional “*si bien la autonomía de la libertad es la base para el ejercicio del derecho fundamental a la libre contratación, esta no puede ser considerada como una libertad absoluta*”¹⁴. Ciertamente, se está ante una manifestación de la voluntad particular que busca crear una norma jurídica privada¹⁵, sin embargo “*en virtud de este ejercicio de la autonomía privada no puede justificarse la vulneración de otros derechos fundamentales ya que, como cualquier otro derecho, tiene límites*”¹⁶. En tal sentido, la libertad contractual tiene como límite la afectación al contenido protegido de otros derechos fundamentales¹⁷.
35. De otro lado, el supremo intérprete de la Constitución ha manifestado que “*la libertad de empresa, **junto con los derechos a** [la] libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y **la libre competencia**, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como*

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005 recaída en el Expediente 4788-2005-PA/TC.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de julio de 2021 recaída en el Expediente 1796-2020-PA/TC, fundamento jurídico 11.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006 recaída en el Expediente 0047-2004-PI/TC, fundamento jurídico 44.

¹⁶ Ver nota al pie 12.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de marzo de 2014 recaída en el Expediente 03682-2012-PA/TC, fundamentos jurídicos 4 a 7.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

garantía de una sociedad democrática y pluralista"¹⁸ (subrayado, resaltado y corchetes agregados).

36. Precisamente por ello, se reconoce que *"el Estado debe remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia"*¹⁹.
37. Por tanto, es posible afirmar que la libre competencia no es únicamente un bien jurídico protegido por la Constitución derivado de la libertad de empresa, sino que se trata de un derecho en sí mismo, el cual debe ser tutelado y promovido por el Estado.
38. Considerando ello, el derecho a la libertad de contratación no puede vulnerar, entre otros, el contenido esencial de los derechos a la libertad de empresa y libre competencia, siendo uno de sus pilares la autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica²⁰, esto es, que sean los propios agentes económicos quienes decidan iniciar o mantener una determinada actividad empresarial y que no se vean excluidos por conductas anticompetitivas realizadas por sus competidores reales o potenciales.
39. Por dichos motivos, en la celebración de contratos no es legítimo que un agente económico con posición de dominio en un mercado imponga a sus contratantes condiciones desiguales pese a que las prestaciones brindadas sean equivalentes y -mediante esta diferenciación- afecte a la libre competencia, de manera que los competidores no ingresen o no se mantengan en el mercado

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 10 de agosto de 2009 recaída en el Expediente 03116-2009-PA/TC, fundamento jurídico 7.

¹⁹ *Ibid.* fundamento jurídico 8.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2004 recaída en el Expediente 0018-2003-PI/TC, en donde se menciona específicamente lo siguiente:

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

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

a) *La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica. Dicho supuesto no se encuentra afectado por los alcances de la Ley N.° 27633.*

b) *La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.). Dicho supuesto tampoco se ve quebrantado por los alcances de la Ley N.° 27633.*

c) *La igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación). Dicho supuesto debe ser necesariamente concordado con el concepto de diferenciación e igualdad real de oportunidades anteriormente expuesto."*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

en donde el agente económico ostenta posición de dominio o en aquél donde este busque trasladar dicha condición.

40. Sobre este último supuesto corresponde indicar que la doctrina²¹ y jurisprudencia comparada²² en materia de libre competencia contemplan la posibilidad de que un agente con posición de dominio en un mercado pueda realizar conductas que produzcan efectos exclusorios en un mercado distinto, trasladando su poder a este último mercado.
41. Es importante precisar que la figura bajo análisis, recogida en el literal b) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, dispone que la aplicación de las condiciones desiguales debe ser injustificada. Ello implica que los agentes económicos pueden brindar tratamientos distintos entre sus clientes o proveedores, siempre que ello se sustente en situaciones objetivas que justifiquen de forma suficiente y razonable dicha diferencia.
42. En atención a lo previamente desarrollado y a la jurisprudencia de la Sala sobre actos de abuso de posición de dominio²³, la metodología de análisis que se seguirá para el tipo infractor imputado en el presente procedimiento es la siguiente:
 - (i) Determinar el mercado relevante (y, de ser el caso, el mercado afectado) y si la empresa imputada cuenta con posición de dominio en el respectivo mercado relevante.
 - (ii) Identificar la práctica presuntamente discriminatoria y verificar si la diferenciación se encuentra justificada.

21

"La posición dominante, el abuso y los efectos del abuso pueden darse en diferentes mercados. No es necesario que el dominio, el abuso y los efectos del abuso estén en el mismo mercado. En un caso sencillo, X puede ser dominante en el mercado de artilugios y cobrar precios altos para explotar a los consumidores o reducir sus precios para eliminar competidores del mercado de artilugios: claramente el artículo 102 puede aplicarse a esta conducta. Sin embargo, situaciones más complejas pueden ocurrir. X puede estar presente tanto en el mercado de artilugios como en el mercado aguas debajo de artilugios de dióxido, y puede actuar en uno de estos mercados de modo que genere un beneficio en el otro: como hemos podido ver, puede haber un cierre de mercado horizontal o vertical."

Traducción libre de: "the dominant position, the abuse and the effects of the abuse may be in different markets. It is not necessary for the dominance, the abuse and the effects of the abuse all to be in the same market. In a simple case, X may be dominant in the market for widgets and charge high prices to exploit its costumers or drop its prices in order to eliminate competitors from the widget market: clearly Article 102 can apply to this behavior. However more complex situations may occur. X might be present on both the widget market and the downstream widget dioxide market, and may act on one of those markets in order to derive a benefit in the other: as we have seen, there may be a horizontal or vertical foreclosure of the market"

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

22

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

23

Ver Resoluciones 0589-2015/SDC-INDECOPI y 0460-2016/SDC-INDECOPI.

22/100



- (iii) Analizar los efectos exclusorios generados por la práctica materia de evaluación.
- (iv) Analizar las justificaciones económicas planteadas por el agente imputado y ponderarlas con los efectos perjudiciales a la competencia previamente identificados (regla de la razón).

III.3. Análisis del presente caso

III.3.1. Posición de dominio de Ensa en el mercado relevante e identificación del mercado afectado

A) Actividades que realizan las empresas involucradas en el procedimiento

- 43. Antes de identificar el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante en el presente caso, corresponde explicar las actividades económicas que realizan las empresas involucradas en el procedimiento.
- 44. Atria (la denunciante) es una empresa que se dedica a la generación y suministro de energía eléctrica, mientras que Ensa (la denunciada) es una empresa que realiza actividades de distribución y suministro de energía eléctrica.
- 45. Es importante señalar que entre las actividades que una empresa de generación eléctrica puede realizar, adicionales a la propia generación de energía, se encuentran: el suministro de energía a otra empresa de generación a través de negociaciones en el mercado de corto plazo -también llamado mercado *spot*-; el suministro de energía a usuarios libres²⁴ 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 bilaterales²⁵.
- 46. En cuanto a las empresas de distribución, estas brindan el servicio de distribución de energía eléctrica, transporte y en algunos casos suministro de energía a los usuarios finales que pueden ser regulados²⁶ o libres.

²⁴ De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas y en el artículo 3 del Reglamento de Usuarios Libres, 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 kW y 2 500 kW por punto de suministro tienen la opción de elegir la condición de usuario libre o regulado.

²⁵ Al respecto, ver artículos 2, 3, 4 y 11 de la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

²⁶ De acuerdo con lo establecido por el artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas y el artículo 3 del Reglamento de Usuarios Libres, los usuarios regulados son aquellos que tienen una demanda máxima menor a 200 kW por punto de



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

47. En cuanto al mercado de clientes regulados, las actividades de suministro y distribución de energía eléctrica se encuentran integradas y son realizadas exclusivamente por la empresa de distribución. Es decir, no existen proveedores alternativos para el suministro de energía eléctrica de estos usuarios (regulados). Por esta razón, conforme al marco normativo, las empresas de distribución están obligadas a suministrar electricidad a quien lo solicite en su área de concesión²⁷.
48. Respecto al mercado de clientes libres, si bien es la distribuidora quien brinda el servicio de distribución, el suministro puede ser provisto por la empresa distribuidora o por generadores a través de contratos bilaterales negociados entre las partes.
49. En otras palabras, si bien las generadoras pueden participar en el suministro de energía a usuarios libres ubicados en el área de influencia de una empresa distribuidora, en todos los casos, dichas empresas generadoras deberán utilizar las redes de la empresa distribuidora²⁸.

B) Definición del mercado relevante

50. De acuerdo al 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 relevante²⁹.

suministro y aquellos que, teniendo un consumo mayor a 200 kW y menor a 2500 kW, decidan mantener dicha condición.

²⁷ 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.

²⁸ 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;

(...)

²⁹ DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.

Artículo 6.- El mercado relevante.-

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

Mercado de producto relevante

51. Conforme a lo señalado por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas el mercado de producto relevante está compuesto por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Así, la Comisión indicó que la determinación del producto relevante requiere identificar las necesidades que el bien o servicio busca satisfacer para reconocer, en función de dichas necesidades, qué productos o servicios podrían ser adquiridos de manera alternativa. En ese sentido, para el análisis de sustitución, la Comisión evaluó, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores, así como las características, usos y precios de los posibles sustitutos.
52. De acuerdo con la primera instancia, el servicio involucrado en la conducta investigada sería el suministro de energía eléctrica a usuarios regulados ubicados en el área de concesión de Ensa. Seguidamente, la Comisión analizó si existían sustitutos adecuados a este servicio, en función a las necesidades que busca satisfacer.
53. Al respecto, la primera instancia excluyó de su análisis a los usuarios libres, indicando que la denuncia versa sobre un posible trato diferenciado entre usuarios regulados que manifiestan su intención de migrar al régimen de usuarios libres y no un trato diferenciado entre usuarios libres. Adicionalmente, señaló que los usuarios libres se encuentran normativamente sujetos a condiciones de suministro y demanda de energía distintas a las de los usuarios regulados.
54. Los usuarios regulados son aquellos cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro es igual o menor a 200 kW³⁰ (hogares).
55. Asimismo, aquellos usuarios con una demanda máxima anual en cada punto de suministro mayor a 200 kW y menor a 2500 kW, pueden decidir mantenerse dentro del segmento regulado (pequeños comercios e industrias). Estos últimos son los que tendrían la opción de cambiar de condición a usuarios libres³¹.

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.

³⁰ El kW (kilovatio) es una unidad de medida que se utiliza para cuantificar la potencia de energía eléctrica. Asimismo, determina la potencia contratada y el término fijo que se paga por la energía eléctrica. Al respecto ver: <https://dle.rae.es/kilovatio>. Fecha de última visita: 3 de marzo de 2022.

³¹ **DECRETO SUPREMO 009-93-EM. REGLAMENTO DE LA LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.**
Artículo 2.- Valor de límites de potencia

El límite de potencia para los suministros sujetos al régimen de regulación de precios es fijado en 200 kW. Aquellos usuarios cuya demanda se ubique dentro del rango de potencia establecido en el Reglamento de Usuarios Libres de



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

56. En general, este tipo de consumidores (conformado por pequeños negocios e industrias que emplean la energía como insumo en sus procesos de producción) podrían buscar fuentes de energía alternativas a la electricidad como, por ejemplo, el gas natural. Sin embargo, el cambio de una fuente de energía a otra involucra la realización de inversiones en conexiones y en artefactos compatibles para el uso de una fuente de energía distinta a la eléctrica³², razón que limita significativamente la sustitución entre fuentes de energía para este tipo de usuarios en el corto plazo.
57. En ese sentido, del lado de la demanda, no existiría un sustituto adecuado para la energía eléctrica que pueda cubrir las necesidades de tales usuarios regulados (con una demanda máxima anual mayor a 200 kW y menor a 2500 kW) debido a que el cambio de una fuente de energía a otra involucra la realización de inversiones en conexiones y en artefactos compatibles para el uso de una fuente de energía distinta a la eléctrica, lo que limita significativamente la sustitución entre fuentes de energía para este tipo de usuarios.
58. Al respecto, la Sala coincide con el análisis de sustitución llevado a cabo por la primera instancia, pues no existe producto que razonablemente sustituya a la energía eléctrica y pueda ser utilizada por los usuarios regulados para el funcionamiento de sus negocios. Asimismo, la recurrente no ha planteado argumentos ante esta instancia que cuestionen dicha determinación del mercado de producto relevante.

Electricidad, tienen derecho a optar entre la condición de Usuario Regulado o Usuario Libre, conforme a lo establecido en la Ley N° 28832 y en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.
En los Sistemas Aislados, todos los suministros están sujetos a regulación de precios.

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

Disposiciones Generales

(...)

Artículo 3.- Rango de Máxima Demanda

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

3.2 Los Usuarios cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro sea mayor de 200 kW, hasta 2500 kW, tienen derecho a elegir entre la condición de Usuario Regulado o de Usuario Libre, cumpliendo los requisitos y condiciones establecidos en el Reglamento. Los Usuarios Regulados cuya máxima demanda mensual supere los 2500 kW, mantendrán dicha condición por el plazo de un (1) año, contado a partir del mes en que superó dicho tope, salvo acuerdo entre partes.

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

³² Por ejemplo, las medidas de prevención y los pasos a seguir para la ejecución de trabajos de instalación de gas natural denotan la inversión que debe realizarse para utilizar esta fuente de energía. Al respecto, consultar <https://www.calidda.com.pe/industria/Paginas/Aire-acondicionado-a-Gas-Natural.aspx#seccion>. Fecha de última visita: 3 de marzo de 2022.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

59. Por lo tanto, se define el mercado de producto relevante como el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW³³.

Mercado geográfico relevante

60. En relación con la delimitación geográfica del mercado, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que esta se debe determinar en función de las fuentes de provisión alternativa, en atención a las características del producto relevante y a las condiciones de adquisición.
61. La primera instancia indicó que la Ley de Concesiones Eléctricas establece que la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica es desarrollada por una sola empresa de manera exclusiva en su área de concesión³⁴ y que los únicos suministradores de energía para los usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW son las empresas de distribución; por lo que cada empresa distribuidora es la única que podría ofrecer el suministro de energía eléctrica a dichos usuarios regulados en el área de concesión. Por ende, la Comisión concluyó que los usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW ubicados en el área de concesión de una empresa de distribución no tendrían proveedores alternativos a dicha empresa de distribución para el suministro eléctrico³⁵.
62. Por este motivo, la primera instancia delimitó al mercado geográfico relevante como el área de concesión de Ensa.
63. Sobre este punto, Ensa alegó en su escrito de apelación que la Comisión no ha incluido en su análisis las posibles fuentes alternativas que los usuarios optativos (es decir los usuarios regulados que pueden migrar a la condición de usuarios libres) tienen para el suministro de energía eléctrica. Por ello, la recurrente consideró razonable que se incluyan a todas las empresas del SEIN que puedan suministrar energía a los usuarios optativos del área de concesión de Ensa, independientemente de donde se encuentren.

³³ Es importante señalar que los usuarios regulados con una demanda menor a 200 kW no se incluyen debido a que no se encuentran en posibilidad de migrar a la categoría de usuarios libres. Asimismo, la inferior potencia que requieren dichos usuarios denota que su demanda de energía cuenta con características claramente diferenciables a las de aquellos que constituyen el mercado relevante en el presente caso.

³⁴ Ver nota al pie 27 de la presente Resolución.

³⁵ De manera similar, la Comisión Europea ha considerado que el mercado geográfico relevante se define como la red en sí misma, debido a que la distribución se realiza de manera exclusiva en áreas de concesión definidas. Al respecto, véase: COMP/M.3440 - EDP / ENI / GDP (2004) o COMP/ M.6984 - EPH/ STREDOSLOVENSKA ENERGETIKA (2013).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

64. A decir de la apelante, el mercado geográfico relevante estaría dado por todas las empresas de generación y distribución a nivel nacional, pues Ensa no sería la única alternativa de suministro de energía para estos usuarios³⁶.
65. Al respecto, es importante recordar que los usuarios optativos son usuarios regulados que tienen la posibilidad de migrar a la condición de usuario libre. Si bien estos usuarios podrían cambiar de suministrador al pasar a ser usuarios libres, hasta que no se efectúe dicho cambio continúan siendo usuarios regulados. En consecuencia, el único proveedor que puede brindarles el suministro de energía que requieren mientras tengan la condición de usuarios regulados, es el distribuidor ubicado en su área de influencia.
66. Además, de acuerdo con el artículo 30 de la Ley de Concesiones Eléctricas³⁷ la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica es desarrollada por una sola empresa de manera exclusiva en su área de concesión.
67. Si bien existe la posibilidad de que estos usuarios puedan migrar al mercado de clientes libres, existen ciertos factores importantes a tener en cuenta: (i) el proceso de migración está en manos del distribuidor y deben cumplirse los requisitos establecidos del artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres³⁸, en ese sentido, quien evalúa el cumplimiento de dichos requisitos es precisamente el distribuidor; y, (ii) la migración no es automática, pues debe transcurrir al menos un año para que se haga efectivo el cambio de condición de cliente regulado a cliente libre. Por lo tanto, el único suministrador de energía que puede atender de forma oportuna a los usuarios regulados que poseen una demanda mayor a 200 kW y menor a 2500 kW es la empresa de distribución monopólica que opera en la correspondiente área de concesión.
68. Es importante señalar que el mercado eléctrico está conformado por cuatro etapas: generación, transmisión, distribución y comercialización. En el presente caso, la conducta se habría llevado a cabo en la etapa de comercialización o

³⁶ En esa misma línea, Ensa en su escrito de alegatos finales señaló que el mercado de suministro de energía de clientes que demandan entre 200 kW y 2500 kW, a diferencia del mercado de distribución, no es monopólico y por ende dichos clientes pueden elegir entre diferentes suministradores.

³⁷ Ver nota al pie 27 de la presente Resolución.

³⁸ **DECRETO SUPREMO 022-2009-EM. REGLAMENTO DE USUARIOS LIBRES DE ELECTRICIDAD.**

Artículo 4.- Requisitos y condiciones El cambio de condición solo puede ser efectuado a solicitud expresa del Usuario manifestada por escrito. El cambio de condición se hará efectivo en la fecha señalada por el Usuario una vez cumplidos los siguientes requisitos:

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

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

suministro de energía a clientes regulados. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que -normativamente- las etapas de distribución y comercialización de energía eléctrica se encuentran integradas en el mercado de clientes regulados, pues una misma empresa brinda ambas etapas del servicio.

69. Adicionalmente, los clientes regulados que demanden una potencia igual o mayor a 200 kW no pueden cambiar de comercializador (suministrador) a menos que cumplan con una serie de requisitos, como establece el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres.
70. Lo anterior desvirtúa el argumento de Ensa, respecto de que los referidos usuarios regulados con una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW tendrían una fuente alternativa de suministro de energía eléctrica en tanto su demanda podría ser atendida por cualquier suministrador del SEIN. Por tanto, se desestima lo alegado por la recurrente sobre este punto.
71. En consecuencia, este Colegiado coincide con lo señalado por la Comisión respecto a que el mercado geográfico relevante se encuentra delimitado por el área de concesión de Ensa³⁹.
72. En conclusión, el mercado relevante se encuentra constituido por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW en el área de concesión de Ensa.

C) Posición de dominio de Ensa

73. Corresponde determinar si en el mercado relevante, Ensa ostentaba posición de dominio durante el periodo analizado en el presente procedimiento (2016 – 2019).
74. La Comisión indicó que, de acuerdo con la Ley de Concesiones Eléctricas, la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica a usuarios finales en un área determinada se desarrolla exclusivamente por la empresa titular de la concesión en dicha zona.
75. La primera instancia agregó que 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, concluyó que correspondía excluir en la evaluación de la posición de Ensa a otros tipos de usuarios.

³⁹ De acuerdo con la Memoria Anual del 2019 de Ensa, esta desarrolla sus actividades en un área de concesión que comprende los departamentos de Lambayeque y Cajamarca. Al respecto ver: <https://www.distriluz.com.pe/ensa/images/nosotros/docs/memoria-ENSA-2019.pdf>. Fecha de última visita 3 de marzo de 2022.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

76. En efecto, la Comisión señaló que, conforme al marco normativo vigente, para los usuarios regulados que demandan una potencia mayor de 200 kW hasta 2500 kW, el único proveedor de suministro de electricidad es la empresa de distribución en su área de concesión. De esta manera, la Comisión señaló que en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 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.
77. Por lo tanto, la Comisión concluyó que al tener Ensa el 100% de cuota de participación en relación con los usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW en su área de concesión, sin enfrentar competencia potencial en este segmento desde que inició operaciones, tal empresa ostentó posición de dominio en el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW en su área de concesión durante el período de análisis (2016-2019).
78. Sobre este punto, Ensa alegó que la Comisión debió incluir en su análisis las posibles fuentes alternativas que los usuarios optativos (los cuales poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW) tienen para el suministro de energía eléctrica. Siendo así, la recurrente sostuvo que las fuentes de aprovisionamiento serían todas aquellas empresas distribuidoras y generadoras que decidan participar en el suministro de electricidad a usuarios libres.
79. En tal sentido, a decir de la empresa apelante, existe competencia por los usuarios optativos y el hecho de que un usuario se encuentre en el mercado regulado no debe llevar a concluir que no pueda buscar otras ofertas al cambiar de condición de regulado a libre. Por ello, Ensa señaló que no ostenta posición de dominio pues, ante cualquier abuso en que pudiera incurrir, los usuarios optativos responderían eligiendo otro suministrador⁴⁰.
80. Asimismo, dicha empresa sostuvo que durante el periodo investigado se produjo una masiva migración de usuarios regulados a la categoría de usuario libre, lo que evidencia la existencia de competencia real en este mercado.
81. Al respecto, como se ha indicado, en el marco normativo vigente para los usuarios regulados que demandan una potencia mayor de 200 kW hasta 2500 kW, el único proveedor de suministro de electricidad es la empresa de distribución que opera en la respectiva área de concesión. En el caso particular de Ensa, a los usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW

⁴⁰ En su escrito de alegatos finales agregó que la actividad de distribución está regulada, por lo que no sería posible "apalancarse" en esta actividad para impedir la competencia de otras empresas.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

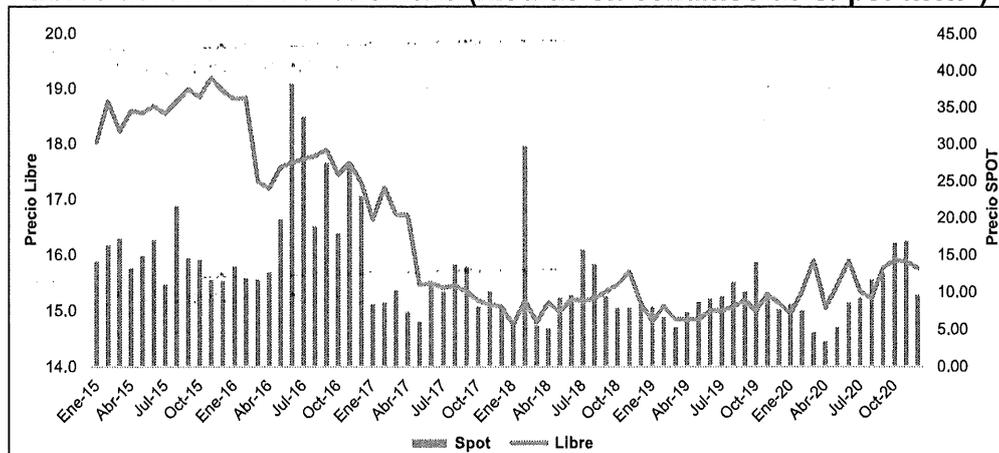
hasta 2500 kW que se ubican en el área de concesión respectiva (denominados usuarios optativos por la apelante) la única empresa que puede abastecerles de electricidad es la distribuidora Ensa, por lo que no opera ni podría operar otra empresa diferente a ella.

82. Es importante mencionar que el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres representa una barrera legal para migrar del mercado de usuarios regulados al mercado de usuarios libres, pues se establecen requisitos para que este cambio de condición sea posible. Dichas exigencias representan costos económicos para aquel cliente regulado que desee migrar a la condición de usuario libre.
83. Del mismo modo, dado que el distribuidor es quien controla el proceso de migración, este podría establecer barreras estratégicas que limiten o dilaten dicho traspaso. En tal sentido, no existe plena libertad para los usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW a fin de que puedan cambiar de suministrador de manera inmediata, lo que evidencia que los presuntos suministradores alternativos aludidos por la recurrente no pueden ejercer presión competitiva efectiva en el transcurso del proceso de migración.
84. Por lo tanto, se descarta la posibilidad de competencia actual y potencial en el mercado relevante.
85. En ese sentido, al tener Ensa el 100% de participación en relación con los usuarios "optativos" en su área de concesión, sin enfrentar competencia en este segmento desde que inició operaciones y ante la presencia de barreras en el proceso de migración, se puede concluir que Ensa ha ostentado posición de dominio en el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados con una demanda entre 200 kW y 2500 kW (denominados por la recurrente como "optativos") en su área de concesión durante el periodo analizado (2016-2019).
86. Respecto a la alegada migración masiva de clientes ocurrida durante el periodo investigado, es importante señalar que se llevó a cabo un traslado de diversos usuarios regulados al segmento libre; lo cual cobró especial importancia en el año 2016⁴¹.
87. Esta migración respondió a la reducción del precio promedio de la energía en el mercado libre, como consecuencia de la reducción del costo marginal del mercado *spot*. De esta manera, la brecha entre los precios para usuarios regulados y el precio medio ofrecido a usuarios libres fue mayor, pues los

⁴¹ El BCRP mediante el Reporte de Inflación correspondiente al mes de junio del año 2019 (Recuadro 7) señaló los factores que explicaron la reducción del costo marginal en el Mercado de Corto Plazo. Al respecto ver: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2019/junio/ri-junio-2019-recuadro-7.pdf>. Fecha de última visita: 3 de marzo de 2022.

precios regulados se explican principalmente por licitaciones de largo plazo, mientras que los precios a usuarios libres se ven influenciados por el precio del Mercado de Corto Plazo (o mercado *spot*), los cuales tuvieron una tendencia a la baja en dicho periodo, como se puede observar en el Gráfico 1⁴².

Gráfico 1
Evolución del precio *spot* y del precio medio de la energía a usuarios libres del año 2015 al año 2020 (medido en céntimos de S/ por kWh⁴³)



Fuente: Osinergmin y Coes
Elaboración: ST-SDC

88. Sin embargo, este hecho no desvirtúa que los usuarios regulados con una demanda de 200 kW hasta 2500 kW, tienen como único proveedor de electricidad a la empresa de distribución en su área de concesión, la cual - además - es la única que puede realizar la migración de estos usuarios a la condición de usuarios libres, ya que en el área de concesión de la red de distribución de Ensa no opera ni podría operar otra empresa diferente de ella. En ese sentido, si bien los clientes regulados antes mencionados podían solicitar su cambio de condición y elegir otro suministrador, esta migración no es inmediata y el proceso se encuentra a cargo de la distribuidora.
89. Por lo tanto, corresponde desestimar los argumentos de Ensa sobre este extremo.
90. La recurrente también alegó que el hecho de que sea la única empresa habilitada a otorgar el beneficio de exoneración del año de preaviso no es razón suficiente para que la conducta se analice en función al mercado regulado. En esa línea, señaló que dicho beneficio les corresponde a las distribuidoras por

⁴² Ver nota al pie 41 de la presente resolución.

⁴³ El kilovatio hora (kWh) es la unidad que expresa la relación entre energía y tiempo, la cual se utiliza para medir el consumo de energía en kilovatios por hora. Al respecto ver: <https://tarifasgasluz.com/faq/diferencia-kw-kwh#que-es-kw>. Fecha de última visita: 3 de marzo de 2022.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

un tema regulatorio y que escapa del ámbito de decisión de Ensa, equiparándola a la situación de las empresas generadoras, las cuales tienen la posibilidad de acceder al mercado *spot* a diferencia de las empresas distribuidoras.

91. Al respecto, es importante indicar que el mercado relevante es el suministro de energía a usuarios regulados con una demanda mayor de 200 kW hasta 2 500 kW en el área de concesión de Ensa y que la conducta denunciada habría tenido lugar en dicho mercado. En ese contexto, el artículo 30 de la Ley de Concesiones Eléctricas⁴⁴ establece que el mercado antes mencionado es atendido por una sola empresa de manera exclusiva y se encuentra integrada a la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica.
92. Finalmente, de acuerdo con el artículo 10.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁴⁵, esta norma es aplicable incluso cuando la posición de dominio deriva de una ley, reglamento o contrato.
93. En ese sentido, la existencia un monopolio en el mercado de usuarios regulados debido a decisiones regulatorias (concesión de la distribución a un solo operador e integración con el servicio de suministro de energía) no desvirtúa la conclusión respecto a la posición de dominio de Ensa en el mercado relevante⁴⁶.

D) Sobre el mercado afectado

94. La primera instancia señaló que una conducta de abuso de posición de dominio puede tener efectos en el mercado relevante o en un mercado relacionado. En ese sentido, sostuvo que el mercado relevante puede no coincidir con el mercado afectado.

⁴⁴ Ver nota al pie 27 de la presente Resolución.

⁴⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

(...)

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

⁴⁶ Con relación al supuesto privilegio de las empresas generadoras para acceder al mercado *spot* (o mercado de corto plazo), alegado por Ensa, este argumento no desvirtúa que dicha empresa ostente posición de dominio en el mercado relevante.

Sin perjuicio de ello, es importante mencionar que con la entrada en vigor del Decreto Supremo 026-2016-EM, Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad, las distribuidoras también pueden participar como compradores para atender la demanda de sus usuarios libres hasta por el 10% de su demanda máxima. Por ende, considerando este parámetro, las empresas distribuidoras pueden realizar transacciones de energía de manera inmediata en el mercado de corto plazo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

95. La Comisión indicó que, en el presente caso, Ensa habría aprovechado la condición de exclusividad que le otorgaba posición de dominio en el mercado relevante para afectar la competencia en el suministro de energía eléctrica a los usuarios libres que provenían del mercado regulado.
96. De acuerdo con la resolución impugnada, los usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW son los pequeños comercios e industrias y estos utilizan la energía como un insumo, por lo que requieren que la fuente de energía sea continua y sostenible. Por este motivo, estos clientes no podrían 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.
97. La Comisión agregó que los usuarios regulados que están en condiciones de cambiar a usuarios libres pueden optar por celebrar contratos con empresas generadoras o distribuidoras para la adquisición de energía eléctrica⁴⁷. Dichos usuarios suscriben contratos bilaterales que reflejan las tarifas y otros aspectos del servicio que, a diferencia de los contratos con usuarios regulados, son negociados entre las partes. En general, los usuarios libres ubicados en una determinada área de concesión pueden tener como proveedores a empresas generadoras cuyas centrales se encuentren ubicadas fuera del área de concesión de la empresa encargada de la distribución⁴⁸.
98. En base a lo expuesto, la Comisión sostuvo que la conducta analizada habría implicado un supuesto aprovechamiento de Ensa de la condición de exclusividad que ostenta en el mercado relevante, para retener de forma presuntamente indebida, a aquellos usuarios que optan por cambiar a la condición de usuarios libres. En ese sentido, si bien la conducta habría tenido lugar en el mercado relevante antes señalado, esta afectaría la competencia entre Ensa y las empresas de generación (como es el caso de Atria) en el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuario libre dentro del área de concesión de Ensa.
99. Así, la Comisión concluyó que el mercado afectado sería el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuarios libres dentro del área de concesión de Ensa.

⁴⁷ **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.

⁴⁸ A modo de ejemplo, la Comisión indicó que en el año 2019, Engie Energía Perú S.A. tenía ocho centrales de generación ubicadas en los departamentos de Ancash, Lima, Moquegua y Pasco, y abastecía a usuarios libres ubicados en los departamentos de Ancash, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Ica, La Libertad, Lima, Pasco, Puno, Tacna, Junín y Apurímac.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

100. Sobre este punto Ensa alegó que la Comisión habría hecho referencia a la teoría de los mercados conexos, relacionados o vecinos, sin motivar adecuadamente las razones por las que decidió extender el mercado afectado a un mercado distinto al correspondiente a los usuarios regulados. Agregó que el estándar internacional exige probar el nivel de relación o complementariedad entre los mercados presuntamente relacionados y no solamente hacer una referencia genérica.
101. Con relación a la presunta falta de motivación en la Resolución Final al identificar el mercado afectado, la Sala observa que en los numerales 53 a 62 de dicho acto administrativo, la Comisión expuso los fundamentos por los que considera que el presunto abuso de posición de dominio habría tenido efectos en un mercado distinto al mercado relevante.
102. De esta manera, la Comisión sostuvo que Ensa habría aprovechado la condición de exclusividad que ostenta en el mercado relevante para captar a los usuarios que optan por cambiar a la condición de usuarios libres. En tal sentido, la primera instancia estimó que el mercado afectado fueron los usuarios libres procedentes del mercado regulado.
103. De este modo, la Sala no advierte que la Comisión haya incurrido en un defecto de motivación al sustentar las razones por las cuales el presunto acto de abuso de posición de dominio imputado habría afectado la competencia en un mercado relacionado al mercado relevante.
104. Sin perjuicio de lo expuesto, a continuación, la Sala evaluará la determinación del mercado afectado realizada por la primera instancia.
105. La doctrina reconoce la posibilidad de que un agente con posición de dominio traslade dicha posición hacia otro mercado en donde participa (mercado adyacente, relacionado o conexo), consiguiendo así restringir la competencia en este último mercado⁴⁹.
106. Dicha conducta, conocida en la doctrina y en la jurisprudencia comparada como *monopoly leveraging* (o "apalancamiento del monopolio"), consiste en que un agente monopolista o con posición de dominio realice una conducta que pueda afectar a otro mercado donde dicho agente también participe, con el propósito de generar una afectación a la competencia en el mercado relacionado.
107. El origen de esta figura a nivel comparado se remonta a la aplicación de la Sección Segunda del *Sherman Act.* por parte de la Corte Suprema de los

⁴⁹ BUSTOS ROMERO, Federico. "El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español". En: Revista CES Derecho. Volumen 6, número 1. Enero – Junio 2015. P. 117.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

Estados Unidos de América en el asunto *United States v. Griffith*, en donde se indicó que “*el poder monopólico no puede ser usado para crear otro monopolio*”⁵⁰. Sin embargo, es recién en el asunto *Alaska Airlines v United States* en el que una autoridad judicial fija los requisitos previstos para la aplicación de la teoría del *monopoly leveraging*: (i) la existencia de posición de dominio; (ii) emplear dicha posición con la finalidad de perjudicar a la competencia, ganar una ventaja competitiva o eliminar la competencia en un mercado distinto; y, (iii) que dicha conducta provoque un daño efectivo.

108. Como puede observarse, las exigencias fijadas en este último pronunciamiento resultan acorde con el análisis de una conducta de abuso de posición de dominio bajo la legislación peruana, en la cual no solo se verifica la existencia de una posición de dominio, sino también debe identificarse una conducta que genere un efecto exclusorio (afectación a la competencia) y que ello sea más perjudicial que las posibles justificaciones formuladas (daño efectivo).
109. Esta figura ha dado origen a conductas más específicas, como las ventas atadas, el abuso de posición de dominio en mercados complementarios e incluso el concepto de facilidad esencial. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que bajo la figura del “*monopoly leveraging*”, se pueden analizar aquellas conductas en las que un agente con posición de dominio realiza una conducta que pueda afectar otro mercado en donde dicho agente también participa.
110. Ahora bien, en cuanto a la identificación del mercado afectado y su nivel de relación con el mercado relevante, la jurisprudencia comparada no establece un estándar de prueba estricto, como sostiene la recurrente, sino que contempla que la identificación del mercado en el que se produce el abuso y su relación con el mercado relevante respectivo debe dilucidarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso en concreto⁵¹.

⁵⁰ Traducción libre de “*The monopoly power cannot be used to beget monopoly*”. Cita del caso *United States v. Griffith*, 344 U.S. 100, 108 (1948).

⁵¹ Al respecto, la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo lo siguiente:

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

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

Sentencia emitida el 17 de febrero de 2011 en el marco del procedimiento entre la Autoridad de Competencia de Suecia y TeliaSonera Sverige AB y Tele2 Sverige AB. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0052&from=ES> (fecha de consulta: 3 de marzo de 2022).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

111. Según el análisis de la primera instancia, Ensa habría utilizado la posición de dominio en el mercado relevante para afectar el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de Ensa. Dichos usuarios han sido identificados principalmente como pequeños comercios e industrias que poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2 500 kW.
112. Si bien la conducta investigada se habría llevado a cabo en el mercado relevante, resultaría pasible de afectar la competencia entre Ensa y las empresas de generación (como es el caso de Atria) en el suministro de energía eléctrica a los usuarios libres que tenían la condición de regulados dentro del área de concesión de Ensa.
113. Como se ha indicado anteriormente, existe un grado de interrelación y dependencia entre los referidos usuarios libres procedentes del mercado regulado y el distribuidor en su área de concesión debido a que, de acuerdo con el artículo 30 de la Ley de Concesiones Eléctricas⁵², la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica es desarrollada por una sola empresa de manera exclusiva en su área de concesión (la empresa distribuidora), la cual también se encarga de controlar el cumplimiento de los requisitos para el proceso de migración de los clientes regulados al segmento libre.
114. Por este motivo, el mercado afectado sería el de suministro de energía eléctrica a los usuarios libres que previamente fueron usuarios regulados dentro del área de concesión de Ensa⁵³.
115. La Sala concuerda con la primera instancia en que el mercado afectado no necesariamente coincide con el mercado en que se habría desarrollado la conducta. En este caso en particular, se verifica que la conducta podría generar efectos sobre la competencia en el mercado de suministro de clientes libres que anteriormente eran regulados en el área de concesión de Ensa. Ello debido a que eventuales barreras para migrar a la condición de usuario libre (impuestas por el distribuidor desde su posición de dominio en el mercado de usuarios regulados en su zona de concesión), podrían afectar la captación de aquellos clientes libres que procedan del mercado regulado por parte de potenciales suministradores distintos a la empresa distribuidora (Ensa). Por lo tanto, se desvirtúa el argumento formulado por el apelante.

III.3.2. Materialización de la conducta dirigida a restringir la competencia

⁵² Ver nota al pie 27.

⁵³ Sobre este punto es importante señalar que en el mercado de clientes libres participan distribuidores y comercializadores de energía. Sin embargo, a diferencia del mercado regulado, la comercialización (o suministro) puede ser atendida por un proveedor distinto del distribuidor. Por ende, el mercado afectado está conformado por la comercialización (suministro) de energía a clientes libres que provienen del segmento regulado.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

116. La Comisión señaló que, de acuerdo con las afirmaciones realizadas por Atria en su denuncia, por lo menos desde el año 2016, Ensa había venido ofreciendo a aquellos clientes que deseaban migrar de la condición de usuarios regulados a libres, la exoneración del plazo del preaviso de un (1) año previsto en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres, en tanto no cambien de suministrador. Por el contrario, a los usuarios que decidían contratar dicho servicio con un competidor, les exigía el cumplimiento del plazo de preaviso de un (1) año antes indicado⁵⁴.
117. Para tales efectos, la denunciante hizo mención al ofrecimiento de exoneración del plazo de preaviso antes indicado, efectuado por Ensa a Comercial Molinera San Luis S.A.C., Molinera Tropical del Norte S.A.C. y Molinera del Centro S.R.L., quienes –a pesar de la propuesta– continuaron siendo clientes libres de Atria debido a que ya tenían contratos suscritos con ella. No obstante, la denunciante señaló que, por lo menos, en diez (10) de los contratos de Ensa con usuarios libres que son de acceso público a través del portal del Osinergmin, observó que entre la suscripción de los contratos y el inicio del suministro solo transcurrían unos pocos días y no un (1) año, a diferencia de lo que Ensa habría exigido a clientes que migraban al régimen de usuarios libres con otras empresas.
118. Por lo anterior, la Comisión consideró que la posición de Ensa como la única empresa que operaba en el mercado relevante, le permitía elegir las condiciones que aplicaría a aquellos usuarios regulados que decidían migrar a usuarios libres y contratar el suministro de energía con una empresa generadora, en comparación con aquellos usuarios que decidían continuar las relaciones comerciales con su empresa. Siendo así, esta decisión podría involucrar un aprovechamiento de su posición de dominio para dificultar la permanencia de sus competidores en el mercado afectado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
119. Adicionalmente, la primera instancia resaltó lo indicado por el Osinergmin respecto de que los clientes de las empresas distribuidoras que deciden migrar de la condición de usuario regulado a libre podían permanecer en la condición de regulados por el plazo de un (1) año, salvo que, en el marco de sus relaciones comerciales, las empresas distribuidoras les permitieran liberarse de

54

De acuerdo con Atria, la distinta aplicación del plazo de preaviso se acreditaría en los ofrecimientos que Ensa cursó a Molinera San Luis, Molinera Tropical y Molicentro, luego de que estas le comunicaran su intención de cambiar de suministrador (todas habían suscrito contratos de suministro con Atria).

El ofrecimiento de la exoneración del año de preaviso se habría realizado a través de las Cartas del 26 de junio y 24 de julio de 2017, remitidas por Ensa a Molinera San Luis y Molinera Tropical, respectivamente. En relación con Molicentro, la denunciante asume que también Ensa le habría realizado el mismo ofrecimiento debido a que la referida empresa (Molicentro) le remitió la Carta del 14 de noviembre de 2017 en la que le comunica que había recibido una mejor propuesta que podría ser provista de manera inmediata.

38/100

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

este plazo⁵⁵. De esta manera, la Comisión sostuvo que Ensa tenía la posibilidad de evaluar las estrategias comerciales que aplicaría, en función al plazo de preaviso, a los usuarios regulados que optaban por cambiar su condición a usuarios libres.

120. Por tanto, la Comisión concluyó que estaba acreditado que Ensa llevó a cabo un trato diferenciado entre los clientes que cambiaron de proveedor de energía y los que permanecían como clientes de Ensa, al pasar del régimen de usuarios regulados a usuarios libres. Asimismo, indicó que dicho trato diferenciado podría haber colocado en desventaja a los competidores de Ensa en el mercado de usuarios libres que provienen del mercado regulado, por razones distintas a una mayor eficiencia económica.
121. Al respecto, Ensa alegó que en el mercado libre de suministro de electricidad concurren empresas generadoras y distribuidoras, las cuales no pueden competir en igualdad de condiciones. La principal razón es que las empresas distribuidoras, como Ensa, no pueden reaccionar a variaciones en el precio de la misma forma que las empresas generadoras, ya que las distribuidoras tienen que suscribir contratos de largo plazo en el mercado aguas arriba y acordar precios con las generadoras, es decir, con sus propios competidores en el mercado de usuarios libres.
122. La recurrente agregó que la migración de usuarios al mercado libre ha perjudicado a los distribuidores, ya que estos tienen que reservar capacidad para el mercado regulado, pese a que dichos usuarios pueden migrar al mercado libre. A criterio de Atria, lo antes indicado habría motivado que la regulación busque proteger a los distribuidores de esta migración y, por ello, el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres establece el preaviso al proveedor en el mercado regulado y que esa obligación no es aplicable cuando los usuarios regulados deciden migrar al mercado libre sin cambiar de proveedor (es decir, cuando siguen contratando con la distribuidora).

⁵⁵ Mediante Oficio 395-2019-OS-DSE del 7 de febrero de 2019, el Osinergmin atendió el requerimiento de la Secretaría Técnica formulado mediante Oficio 066-2018/ST-CLC-INDECOPI y remitió como parte de su respuesta el Oficio 3086-2018-OS-DSE que previamente habría sido enviado a la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal del Indecopi, donde indicó lo siguiente:

«El Suministrador 1 tiene la facultad, incluso si el usuario regulado será posteriormente su propio usuario libre (o viceversa), de exigirle la permanencia de un año en su primera condición.»

No obstante, en concordancia con el Principio de Razonabilidad, y teniendo en cuenta que las normas que establecen obligaciones o restringen derechos deben interpretarse de la forma menos lesiva posible, se considera que, tratándose de un régimen de libertad y competencia (del nuevo usuario regulado) el Suministrador 1 y el nuevo usuario libre podrían acordar liberarse del plazo establecido por norma.»
[Énfasis agregado]



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

123. Ensa indicó que las distribuidoras, al captar a sus propios clientes en el mercado libre, pueden mitigar los riesgos asociados al cambio del régimen regulatorio de tales usuarios.
124. Asimismo, la empresa recurrente alega que no se trata de prestaciones similares, debido a que la situación jurídica y comercial de quienes cambian de suministrador es distinta de aquellos que mantienen el mismo suministrador. Esta diferenciación se encontraría recogida en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres, por lo que el Osinergmin y el Minem (en sus respuestas a las consultas de la Secretaría Técnica de la Comisión) habían recogido tal interpretación, lo cual también había sido sostenido por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi en la Resolución 238-2018/CCD-INDECOPI del 26 de diciembre de 2018.
125. Conforme a lo expuesto, se aprecia que Ensa busca justificar su conducta indicando que no se trata de un supuesto de discriminación, sino de un trato diferenciado previsto en la normativa aplicable, en particular en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832 y el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres. En tal sentido, corresponde verificar si dichas normas contemplan que las situaciones mencionadas por la recurrente aludan a prestaciones diferentes con consecuencias distintas o si facultan a los distribuidores para realizar la diferenciación materia de cuestionamiento.
126. En primer lugar, se observa que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, así como el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres disponen lo siguiente:

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

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES.

Primera.- Nueva opción para Usuarios Libres

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

DECRETO SUPREMO 022-2009-EM. REGLAMENTO DE USUARIOS LIBRES DE ELECTRICIDAD, modificado por el Decreto Supremo 018-2016-EM⁵⁶.

Artículo 4.- Requisitos y condiciones.

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

⁵⁶ Cabe señalar que la modificatoria realizada mediante Decreto Supremo 018-2016-EM no alteró la redacción del requisito previsto en el artículo 4.1 del reglamento de Usuarios Libres.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

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.

127. Como se puede apreciar, tanto la Ley 28832 como el Reglamento de Usuarios Libres contemplan que los usuarios regulados que pretendan cambiar su condición a usuarios libres deben realizar un preaviso en un plazo no menor a un año antes de hacer efectivo dicha variación. Sin embargo, las referidas normas no realizan alguna distinción o precisión en la que se consigne que el respectivo preaviso sea exigible o aplicable solo para determinados usuarios (por ejemplo, únicamente para aquellos usuarios que decidan contratar con un proveedor distinto al distribuidor respectivo).
128. Lo anterior también ha sido sostenido por el Minem, entidad que, ante la consulta realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión, señaló que el plazo de preaviso es exigible para todos los usuarios que soliciten el referido cambio de condición, agregando que el suministrador actual (el distribuidor) de estos usuarios podría aceptar la reducción del plazo de preaviso para el cambio de condición:

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

“La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica y el artículo 4 del Decreto Supremo 022-2009-EM que aprueba el Reglamento de Usuarios Libres no han previsto supuestos de excepción, referidos al tiempo de anticipación de un (1) año para notificar el preaviso, cuando decida elegir el cambio de condición de usuario.

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

129. Ciertamente, las disposiciones evaluadas por el Minem no distinguen entre la situación del usuario regulado que desea migrar al mercado libre y continuar contratando el suministro de energía eléctrica con la empresa distribuidora de aquel que desea contratar el suministro de energía eléctrica con otro agente (generador), ni establecen que los distribuidores solo puedan liberar del plazo de preaviso sobre el cambio de condición a los primeros.
130. Por su parte, el Osinergmin ha indicado que el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres debe interpretarse considerando el principio de razonabilidad, por lo que puede darse la situación en la que el suministrador actual acepte un plazo menor de preaviso. Ello se puede apreciar a continuación:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

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

"(...)

En tal sentido, el Suministrador 1 tiene la facultad, incluso si el usuario regulado será posteriormente su propio usuario libre (o viceversa) de exigirle la permanencia de un año en su primera condición.

No obstante, en concordancia con el Principio de Razonabilidad, y teniendo en cuenta que las normas que establecen obligaciones o restringen derechos deben interpretarse de la forma menos lesiva posible, se considera que, tratándose de un régimen de libertad y competencia (del nuevo usuario libre), el suministrador 1 y el nuevo usuario libre podrían acordar liberarse del plazo establecido por norma."

(Subrayado agregado).

131. En tal sentido, el plazo de preaviso previsto en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, así como en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres, es aplicable a todos los usuarios regulados que desean migrar al mercado libre. Asimismo, de acuerdo con la opinión formulada por el Minem y el Osinergmin, los distribuidores tienen la facultad de exceptuar de este plazo a los usuarios -en el marco de su libertad empresarial- y determinar cuál es el plazo para hacer efectivo el cambio de condición solicitado.
132. En consecuencia, lo antes desarrollado permite identificar dos momentos diferentes en la migración de usuarios regulados al mercado libre:
 - (i) La presentación del preaviso que realizan los usuarios regulados a su suministrador actual (copiando a su suministrador futuro, de ser el caso) respecto de su cambio de condición, lo cual se encuentra previsto en la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres, disposiciones que contemplan como requisito que el usuario informe al menos con un año de anticipación su voluntad de cambiar de condición.
 - (ii) La permanencia del usuario en el mercado regulado hasta que se haga efectivo su cambio de condición. Sin embargo, ni el Reglamento de Usuarios Libres ni la Ley 28832 establecen que el distribuidor se encuentre obligado a mantener en el mercado regulado durante el plazo de preaviso (no menor a 1 año) a los usuarios que comunican su voluntad de migrar al mercado libre. Por ello, en atención al principio de razonabilidad, dentro de un régimen de libertad comercial y competencia, el distribuidor tiene la facultad de decidir si libera de dicho plazo de permanencia a aquellos usuarios que manifiestan su voluntad de migrar al mercado libre.
133. Por otro lado, si bien el Osinergmin agregó que la exoneración del plazo de permanencia (1 año) sería aplicable a aquellos casos en donde el usuario que cambia de condición opta por mantener a su distribuidor como suministrador, lo



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

cierto es que la normativa aplicable no contiene alguna distinción para el otorgamiento o no de dicha exoneración. De hecho, como se puede apreciar previamente de la cita efectuada del Oficio 3086-2018-OS-DSE, el propio regulador reconoció que no es una situación que se encuentre expresamente contemplada en el Reglamento de Usuarios Libres, sino que este razonamiento tiene como origen la invocación al principio de razonabilidad y el hecho de que *“las normas que establecen obligaciones o restringen derechos deben interpretarse de la forma menos lesiva posible”*.

134. En tal sentido, al margen de este aspecto de la opinión expresada por parte del Osinergmin, lo cierto es que la normativa invocada por Ensa como sustento de la presunta licitud de su conducta, no contiene la diferenciación objeto de imputación en este procedimiento entre los clientes regulados que buscan cambiar de condición, pero manteniéndose con el distribuidor y aquellos que pretenden migrar a otro proveedor de energía en el mercado libre.
135. Ahora bien, como se ha explicado en el marco normativo desarrollado en la presente resolución, el ejercicio de la libertad contractual tiene como límite la vulneración al contenido esencial de los derechos fundamentales, como lo son la libertad de empresa y la libre competencia. En tal sentido, aquellos distribuidores que opten por liberar a sus usuarios del plazo de permanencia para hacer efectivo su cambio de condición, al ejercer esta facultad no pueden establecer condiciones discriminatorias entre sus usuarios que restrinjan injustificadamente la competencia.
136. Cabe reiterar que las empresas que ostentan posición de dominio en un mercado determinado tienen una responsabilidad especial de cautelar que su conducta no genere una distorsión en la competencia. En ese sentido, si bien Ensa puede exonerar del plazo de permanencia a los usuarios regulados que manifiestan su voluntad de cambiar de condición, al ejercer esta facultad no puede llevar a cabo tratos discriminatorios cuyo objeto o efecto sea la restricción de la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a sus competidores, pues tales conductas pueden constituir un acto de abuso de posición de dominio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
137. Con relación a la Resolución 238-2018/CCD-INDECOPI del 26 de diciembre de 2018⁵⁷, es preciso indicar que los fundamentos citados por la recurrente, emitidos por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal no han sido objeto de evaluación por la Sala en el expediente respectivo, por lo que a continuación se verificará si la interpretación del artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres que consta en dicha resolución -invocada por Ensa en su

⁵⁷ Ver nota al pie 8.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

recurso de apelación- resulta acorde con lo desarrollado en el presente pronunciamiento.

138. Sobre el particular, se observa que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal señaló que el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres no es aplicable al caso en que el usuario que manifiesta su voluntad de cambiar de condición mantendrá como su suministrador a la empresa distribuidora.

RESOLUCIÓN 238-2018/CCD-INDECOPI DEL 26 DE DICIEMBRE DE 2018.

“Considerando lo anterior, la opinión de Osinergmin se centra en los presupuestos de lo establecido en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, señalando que esta requiere de un suministrador actual, diferente del suministrador futuro, por ello hace referencia al cambio de suministrador de energía. De ello se desprende que ante la ausencia de uno de los presupuestos (suministrador futuro diferente al suministrador actual), la comunicación previa con anticipación no menor de un (1) año no resulta exigible.

Por su parte, la opinión del MINEM se centra en el requisito exigido por la norma (comunicación previa), respecto a otro de los presupuestos (el usuario), refiriendo que este debe comunicar previamente a su suministrador actual su voluntad de cambiar de condición, siendo que esta no fija excepciones. Ergo, las opiniones emitidas por Osinergmin y el MINEM no resultan contradictorias, sino complementarias, debiéndose centrar el análisis en primer lugar en el cumplimiento de los presupuestos, para luego determinar el cumplimiento de los requisitos, sin excepción alguna.

En ese sentido, aun en el caso de que Ensa hubiera ofrecido a los clientes la migración inmediata de usuario regulado a cliente libre – lo cual no ha sido acreditado – no se verifica que este haya brindado un ofrecimiento de carácter ilegal, en la medida que al ser la empresa, la suministradora actual y pretendida suministradora futura, no se cumplirían los presupuestos fijados por el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad (suministrador actual diferenciado del suministrador futuro) y por tanto dicha norma no resultaría aplicable, es decir, no correspondería que el usuario comunique 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.”

139. Como se puede advertir, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal no ha reparado en que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832 y el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres no exceptúan textualmente del requisito de preaviso previo en caso el usuario regulado que manifiesta su voluntad de migrar al mercado regulado siga contratando el suministro de energía eléctrica con la empresa distribuidora. Por el contrario, la referida disposición complementaria de la Ley 28832 establece -sin hacer distinción alguna- que el cambio de condición requerirá del preaviso con una anticipación no menor a un (1) año; mientras que el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres establece que el usuario deberá efectuar este preaviso a su suministrador actual con copia a su suministrador futuro “de ser el caso”, por lo



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

que este requisito sería aplicable incluso si el usuario decide seguir contratando con su suministrador actual.

140. Asimismo, el referido artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres tampoco establece que el distribuidor únicamente pueda exonerar del plazo de permanencia de un año a los usuarios regulados que opten por seguir contratando el suministro de energía eléctrica con esta empresa. Ciertamente, en tanto las disposiciones previamente citadas solo contemplan el requisito de presentar el preaviso de cambio de condición con una anticipación mínima de un año, la decisión de exonerar o no del referido plazo de permanencia corresponde al distribuidor en el marco de su libertad empresarial.
141. En tal sentido, el razonamiento de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal excede el propio tenor literal de las normas aplicables al cambio de condición de los usuarios regulados a usuarios libres, por lo que no desvirtúa el análisis efectuado en los párrafos anteriores del presente pronunciamiento. En consecuencia, se desestima el alegato de Ensa en este extremo.
142. Por todo lo expuesto, esta Sala coincide con la primera instancia al concluir que Ensa estableció un trato discriminatorio para los usuarios que optaban por variar su condición y cambiar de suministrador, a quienes no les exoneró del plazo de un año de permanencia previo a la efectivización de su cambio de condición.
143. En consecuencia, este Colegiado continuará con el análisis de la conducta imputada, correspondiendo verificar la existencia o no de un efecto anticompetitivo en la actuación de Ensa.

III.3.3. Efecto anticompetitivo

144. La Comisión concluyó que Ensa, aprovechando su posición como única empresa suministradora de energía eléctrica a los usuarios regulados, estableció un trato diferenciado entre los usuarios que cambiaron de suministrador y aquellos que permanecían con dicha distribuidora al pasar del régimen regulado al libre.
145. Por este motivo, la Comisión procedió a examinar si dicho trato diferenciado perjudicó injustificadamente a sus competidores. Asimismo, evaluó las justificaciones brindadas por Ensa a fin de determinar si se ha producido un efecto anticompetitivo neto.

A) Efecto anticompetitivo (efecto exclusorio)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

146. Luego de determinar la posición de dominio de Ensa en el mercado relevante, y de haber corroborado que dicho agente económico realizó una conducta discriminatoria no justificada, corresponde verificar si esta práctica generó un efecto perjudicial en el mercado afectado, conforme a lo detallado previamente.
147. Al respecto, la Comisión indicó que el trato discriminatorio establecido por Ensa habría afectado el mercado de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuarios libres dentro del área de concesión de Ensa. Así, la primera instancia señaló que la recurrente habría capturado una proporción importante del mercado antes señalado como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso y que dicha exoneración no pudo ser replicada por ningún otro competidor de Ensa.
148. A continuación, esta Sala realizará una reseña de las conclusiones de la primera instancia con relación al efecto exclusorio detectado en la Resolución Final.

Respecto al desempeño de Ensa durante el periodo investigado

149. Sobre este punto, la primera instancia señaló que el plazo de preaviso cobró especial importancia a partir del año 2016, debido a que en dicho periodo se registró un gran incremento de usuarios libres a consecuencia de la caída en los precios de energía en este mercado. Lo anterior habría permitido que los precios en el mercado libre fueran más atractivos para los usuarios regulados que tenían la posibilidad de cambiar de condición.
150. A partir de la información presentada por Ensa, la Comisión observó que entre 2016 y 2019 se incrementó significativamente la migración al régimen de usuarios libres de clientes que provenían del mercado regulado en su área de concesión, siguiendo la tendencia observada a nivel nacional.
151. Asimismo, la Comisión señaló que Ensa incrementó su participación en términos de la cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados entre 2016 y 2019, así como su participación en términos de la potencia que estos nuevos usuarios contrataron. En ese sentido, la Comisión observó que Ensa logró posicionarse como la empresa más importante en el mercado afectado.

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

152. Sobre este punto la Comisión señaló que los resultados que Ensa obtuvo en el mercado afectado habrían respondido principalmente a la exoneración de plazo de preaviso que la denunciada otorgó a sus clientes en el mercado regulado



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

que aceptaban continuar siendo sus clientes al migrar a la condición de clientes libres, entre los años 2016 y 2019.

153. Dicho condicionamiento realizado por Ensa significó un incentivo decisivo para un gran número de clientes, quienes prefirieron contratar con Ensa a precios superiores a los que ofrecían otras suministradoras en el mercado. Sin embargo, este condicionamiento no se sustentaba en la mayor eficiencia económica en la oferta de la denunciada, sino más bien en su posición dominante y en la imposibilidad de otras empresas de ofrecer el mismo beneficio debido a que el marco regulatorio lo impedía.
154. Es importante señalar que la primera instancia empleó la información de precios de suministro de energía a usuarios libres contenida en el reporte estadístico mensual del mercado libre de electricidad publicado por Osinergmin, correspondiente al periodo comprendido entre enero de 2016 y diciembre de 2019^{58 59}. De este modo, la Comisión determinó que los precios de suministro de energía eléctrica que Ensa cobró a los usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en su área de concesión, fueron significativamente superiores a los precios cobrados por los demás suministradores.
155. Pese a lo anterior, la primera instancia sostuvo que los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuarios libres habrían preferido contratar con Ensa por considerarla una opción más beneficiosa debido a la exoneración ofrecida respecto al plazo de preaviso. Sobre el particular, la Comisión determinó que la comparación del pago acumulado actualizado de cambiar de condición a usuario libre de manera inmediata con Ensa sería menor que el pago que hubieran realizado dichos usuarios en caso esperaran un año para cambiar de condición, con otro suministrador⁶⁰.

⁵⁸ Antes de utilizar esta información, la Comisión advirtió que la data presentada por Ensa no estimaba adecuadamente los precios cobrados a los usuarios libres, ya que en los contratos había componentes para el cálculo del precio de la potencia y energía que no fueron considerados, tales como el factor de actualización (incorpora la evolución del precio del gas natural y los índices al productor en Estados Unidos). Por tal motivo, la primera instancia empleó como fuente de información los precios de suministro de energía a usuarios libres de los reportes estadísticos mensuales del mercado libre de electricidad publicado por Osinergmin y a partir de dicha información llevó a cabo un tratamiento previo. Este consistía en corregir los valores de consumo de potencia que registraban un valor igual a cero, eliminar aquellos consumos de potencia y energía que reportaban de manera conjunta valores iguales a cero, y corregir los precios de potencia y energía que fueron registrados en centavos de dólar, convirtiéndolos en centavos de sol.

Además, la Comisión indicó que el precio de potencia contenía cargos vinculados al peaje de transmisión principal, por lo que se restó al precio reportado por Ensa el valor del precio del peaje de transmisión secundaria publicado por Osinergmin, correspondiente a Ensa en los reportes mensuales de los peajes secundarios. El detalle de dichas correcciones se encuentran detalladas en el Anexo 1 de la Resolución Final.

⁶⁰ Para efectos del ajuste realizado por la Comisión, dicha autoridad tomó en cuenta lo siguiente: (i) el usuario regulado que cambia de condición tendría un consumo mensual de 200 Mwh, que corresponde al consumo promedio mensual de energía de los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuario libre en el área de concesión de Ensa entre 2016 y 2019; (ii) el precio de la energía que pagaba como usuario regulado en 2016 fue de S/ 27.56 céntimos por kWh; (iii) el precio promedio cobrado por Ensa en el mercado libre en 2016 fue de S/ 17.63 céntimos por kWh; y (iv) el precio promedio cobrado por los demás suministradores en 2016 fue de S/ 15.31 céntimos por kWh. Al respecto, ver numeral 105 de la Resolución Final de la Comisión.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

156. La Comisión señaló que, por lo menos, el 57%⁶¹ de usuarios que se mantuvieron en el mercado libre decidió no renovar su contrato con Ensa y buscó celebrar sus nuevos contratos con otros suministradores. Dicha situación, a criterio de la primera instancia, reflejaría que la principal razón por la cual estos usuarios habrían decidido contratar originalmente con Ensa fue la exoneración del plazo de preaviso que Ensa condicionó a la celebración de contratos de suministro con ella y no con otras empresas.
157. Finalmente, la Comisión observó que el precio de la energía que estos usuarios pagaron entre enero de 2020 y abril de 2021 con suministradores distintos a Ensa fue 41% menor que el promedio ponderado de los precios ofrecidos por Ensa.

Conclusión de la Comisión sobre el efecto exclusorio observado

158. La Comisión señaló que el tratamiento favorable ofrecido por Ensa –consistente en exonerar del plazo de preaviso previsto en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres a los clientes que desean migrar del régimen de usuarios regulados al de usuarios libres, condicionado a que se mantengan como clientes suyos y excluyendo a otros suministradores- le habría permitido a Ensa incrementar su participación en el mercado afectado, correspondiente al suministro de usuarios libres dentro de su área de concesión, tanto en lo que se refiere al porcentaje de usuarios nuevos como a la potencia total contratada.
159. Asimismo, la Comisión señaló que Ensa había obtenido beneficios significativos en dicho segmento de usuarios libres a partir de la implementación de este trato diferenciado, que le había permitido, entre 2016 y 2019, cobrarles precios promedio superiores en 36.6% al precio promedio ponderado cobrado por los demás suministradores.
160. Por lo anterior, la Comisión concluyó que la razón esencial por la que un grupo significativo de clientes decidió contratar el suministro de energía eléctrica con Ensa bajo el régimen de usuarios libres respondía a la aplicación discriminatoria de la exoneración del plazo de preaviso a favor de los usuarios que mantenían a Ensa como suministrador, pues una vez vencidos dichos contratos, el 57% de los clientes que se mantuvieron en el mercado de usuarios libres decidieron cambiar de suministrador y beneficiarse de los menores precios ofrecidos por estos otros competidores⁶².

⁶¹ Este porcentaje se obtuvo de dividir el número de clientes que cambiaron de suministrador una vez vencido su contrato con Ensa (4) entre el total de contratos de Ensa que finalizaron entre julio 2019 y abril 2021 (7).

⁶² Cabe precisar que, una vez que el contrato de suministro de estos usuarios finaliza, estos tienen la opción de cambiar de suministrador inmediatamente. En tal sentido, el plazo de preaviso de al menos un (1) año, previsto en la Primera



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

161. De esta manera, la Comisión consideró que se habría acreditado la existencia de un efecto exclusorio derivado del tratamiento diferenciado adoptado por Ensa, aprovechando su posición de dominio en el mercado relevante, para obtener beneficios a costa de sus competidores en el mercado afectado.

Argumentos en apelación presentados por Ensa

Respecto a los precios reportados por la recurrente a Osinergmin

162. En apelación, Ensa alegó que, si bien la Comisión efectuó una corrección sobre los precios reportados por dicha empresa a Osinergmin antes de analizar dicha información, aún habría errores en la información utilizada pues en los reportes estadísticos de Osinergmin empleados por la Comisión no se consignan los precios reales que fueron facturados a los usuarios libres por dicha empresa⁶³, lo cual habría causado que la Comisión llegue a conclusiones erróneas en su análisis. Asimismo, alegó que los reportes de Osinergmin utilizan como insumo información remitida por Ensa, la cual había estado reportando erróneamente a Osinergmin los precios de energía y potencia en barra de referencia de generación (Precios en Barra) y no los precios de venta fijados a sus usuarios libres.
163. Ensa añadió que comunicó dicho error al regulador con la finalidad de que actualice sus bases de datos y reportes⁶⁴ con los precios de venta efectivos fijados a sus usuarios libres, los cuales pueden contrastarse con las facturas que fueron emitidas durante el periodo investigado a sus clientes libres⁶⁵.
164. Sobre el particular, esta Sala revisó la nueva información de precios de potencia y energía brindada por el apelante, la cual permite constatar que la información remitida inicialmente a Osinergmin -y que fue empleada por la Comisión- no sería exacta.

Disposición Complementaria Final de la Ley de Generación Eficiente y el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, no aplicarían en este caso ya que sólo es exigible para los nuevos usuarios libres que efectúan la migración del mercado regulado.

En ese sentido, dicha obligación no se verificaría al realizar un cambio de suministrador dentro del mercado libre, salvo que las estipulaciones contractuales entre las partes dispongan lo contrario.

⁶³ En su escrito de apelación, Ensa adjuntó el Anexo 12-A que contiene comentarios sobre el Anexo 1 de la Resolución Final.

⁶⁴ En el Anexo 12 – D de su escrito de apelación, Ensa adjuntó la Carta ENSA-GC-WMC-0804-2021 del 9 de agosto de 2021, remitida a Osinergmin señalando el mencionado error.

⁶⁵ Ensa en el Anexo 12-C de su escrito de apelación, remitió una serie de facturas emitidas a sus usuarios libres por consumo de energía y potencia durante el periodo de investigación.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

165. Esto se corroboró al contrastar los precios unitarios cobrados a los clientes libres que aparecen en el reporte publicado por Osinergmin con los precios unitarios que constan en las facturas presentadas por Ensa, observándose una diferencia sustancial entre ambas. En particular, se ha observado que los precios publicados por Osinergmin son significativamente superiores a los determinados en función a las facturas presentadas por Ensa⁶⁶.
166. Asimismo, se ha verificado que el Osinergmin ha actualizado los precios en sus bases de datos con la nueva información remitida por Ensa⁶⁷, lo que permite concluir que, en efecto, los precios reportados anteriormente y empleados por la Comisión no fueron los efectivamente cobrados por Ensa.
167. Tomando en cuenta la información proporcionada por Ensa, este Colegiado considera pertinente el empleo de esta nueva data como base para calcular los precios unitarios que el apelante habría cobrado a sus clientes libres que antes eran regulados durante el periodo de investigación (2016 - 2019). De esta manera, los precios reportados inicialmente por Ensa al Osinergmin serán reemplazados con esta nueva información; manteniéndose la fuente empleada por la primera instancia para determinar los precios cobrados por los demás suministradores.
168. No obstante, a partir de la información de precios proporcionada por Ensa y la consignada en los reportes de Osinergmin, esta Sala ha detectado -en algunos datos- lo siguiente: (i) valores con leves diferencias con relación a lo observado en las facturas, en el caso de Ensa; y, (ii) valores iguales a cero o valores atípicos como consecuencia de presentarse en otra moneda (dólares) y unidad de medida⁶⁸, respecto de los otros suministradores. Por ende, resulta necesario

⁶⁶ Por ejemplo, en setiembre del 2017, Ensa reportó a Osinergmin que había cobrado a la empresa Quicornac S.A.C. un precio de potencia en hora punta de 53.11 céntimos de sol por kW-mes; mientras que en los recibos remitidos por Ensa a esta Sala se observa que dicho precio fue de 22.32 céntimos de sol por kW-mes. Asimismo, Ensa había reportado a Osinergmin que el precio unitario cobrado a dicha empresa por concepto de consumo de energía en hora punta y hora fuera de punta fue de 18.87 y 14.80 céntimos de sol por kWh, respectivamente; mientras que en el recibo presentado consta que el precio cobrado por dichos conceptos fue en realidad fue de 9.00 céntimos de sol por kWh.

⁶⁷ De acuerdo con lo expuesto en el Anexo A del Informe Económico presentado por Ensa en su escrito de alegatos finales, el Osinergmin (a través del oficio N° 844-2021-GRT) admitió la solicitud de Ensa a fin de que se corrijan los precios reportados por el suministro de energía en el mercado libre de electricidad, para lo cual abrió los módulos PRIE y SICLI. Asimismo, en dicho Anexo se verifica que Osinergmin realizó la corrección de los mencionados precios reportados por Ensa en sus bases de datos.

⁶⁸ En particular, se identificó que algunas observaciones en las series no se encontraban dentro de rangos normales. Por ejemplo, en el mes de febrero de 2019, Atria reportó que habría cobrado un precio potencia de 68.61 centavos de sol por kW-mes al usuario El Molino del Agricultor S.A.C. Al respecto, se observa que dicho precio resulta atípicamente alto en relación a lo cobrado normalmente por Atria durante dicho mes a otros usuarios (por ejemplo, el precio potencia cobrado a Comercial Molinera San Luis S.A.C fue de 20.76 centavos de sol por kW-mes durante el mismo mes).

Al respecto, se advierte que dicho precio reportado se encontraría en una unidad distinta a la reportada normalmente en la base datos de Osinergmin. De esta manera, el referido monto se habría reportado en dólares por MW-mes y no en centavos de sol (S/) por kW-mes como debió reportarse. Teniendo en cuenta ello y una vez transformado el precio reportado a centavos de sol (S/) por kW-mes, se obtiene que el precio efectivamente cobrado por potencia a El Molino



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

realizar un tratamiento previo a dicha información con la finalidad de que permita reflejar adecuadamente la dinámica de precios y consumos de los usuarios libres que antes fueron regulados en el mercado afectado. Al respecto, en el **Anexo 1** de la presente resolución se detalla el procedimiento que ha seguido esta Sala para tal efecto.

169. Ahora bien, una vez determinados los precios que serán considerados en el análisis, corresponde verificar si -a partir de dichos precios- las conclusiones señaladas por la primera instancia son correctas respecto a la existencia de un efecto anticompetitivo.

Respecto al efecto anticompetitivo identificado por la Comisión

170. Sobre este punto Ensa alegó que, empleando los precios correctos, se podría corroborar que el precio de su empresa se encuentra 2.1% por debajo del promedio de precios facturados por otros competidores a usuarios libres. Por tanto, sostiene que su participación habría generado un beneficio a los clientes y a la competencia en la medida que los suministradores habrían respondido con ofertas más competitivas, generado así menores precios y que ello se vería reflejado en sus participaciones de mercado. A decir de la recurrente, lo anterior descartaría la existencia de un efecto anticompetitivo como lo señala la primera instancia y, por el contrario, mostraría beneficios sobre el proceso competitivo.
171. Al respecto, es importante señalar que si bien es un derecho de los clientes regulados que presentan una demanda de 200 kW hasta 2 500 kW elegir migrar del mercado regulado al mercado libre, dicho proceso es controlado por los distribuidores y, en este contexto, es posible que exista un comportamiento estratégico dirigido a incrementar las barreras para cambiar de segmento y/o para incentivar que permanezcan con el actual suministrador, extendiendo su poder de mercado sobre los usuarios regulados hacia los clientes libres.
172. Sobre el particular, la teoría económica señala que dentro de las barreras a la entrada al mercado, se pueden verificar: las barreras naturales o estructurales y las barreras estratégicas o artificiales. Las primeras corresponden a características propias del sector, las cuales a veces generan monopolios naturales como (economías de escala, efectos de red, propiedad de recursos o materia prima clave). De otro lado, las segundas surgen del comportamiento de empresas establecidas que pueden aumentar las barreras estructurales o levantar nuevas barreras, disminuyendo la probabilidad de entrada o permanencia a otros agentes económicos ya que el potencial entrante percibe que el beneficio de instalarse en el mercado es negativo. Un ejemplo son los

del Agricultor S.A.C. por parte de Atria fue de 22.78 centavos de sol (S/) por kW-mes, monto cercano al precio de potencia cobrado a Comercial Molinera San Luis S.A.C durante dicho mes (febrero).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

planes de fidelización que consisten en otorgar beneficios a clientes para que se queden con las empresas establecidas y que desincentiva la entrada de nuevos competidores.

173. En ese sentido para verificar si existe una barrera estratégica implementada por la denunciada, consistente en la exoneración del plazo de preaviso, la Sala considera necesario realizar un análisis de la evolución de la participación de mercado de Ensa y sus competidores, así como de la evolución de precios para verificar si, como indica la apelante, no existió efecto exclusorio y se favoreció el proceso competitivo.
174. En términos de la participación de mercado se observa que, a partir del año 2016, se registró un gran incremento de usuarios libres como consecuencia de la caída en los precios de la energía eléctrica en este mercado, debido a la fuerte reducción en el precio de energía del precio *spot* (ver Gráfico 1 sobre la evolución del precio *spot* y del precio para clientes libres).
175. En ese sentido, la reducción del precio de energía a los usuarios libres habría incentivado a migrar a un significativo número de usuarios regulados al segmento de usuarios libres. Cabe indicar que el plazo de preaviso de un año sería un aspecto importante para los usuarios regulados que podían cambiar de condición a usuarios libres, en la medida que determinaba el momento en que podían empezar a beneficiarse de la reducción de precios.
176. De acuerdo con la información presentada por Ensa, en el Gráfico 2 se observa que entre los años 2016 y 2019 se produjo una migración importante de clientes regulados al mercado libre. En el año 2016, catorce (14) usuarios que antes tenían la condición de regulados migraron al mercado de clientes libres, lo que equivale a una potencia contratada de 12,919 kW. En el año 2017, veinte (20) usuarios regulados cambiaron su condición a usuarios libres, equivalente a una potencia contratada de 14,114 kW. En el año 2018, ingresaron treinta y ocho (38) usuarios regulados al mercado libre, lo que equivale a una potencia contratada de 24,673 kW. Finalmente, en 2019 catorce (14) clientes que antes eran regulados cambiaron su condición a usuarios libres, equivalente a una potencia contratada de 7,820 kW.⁶⁹

Gráfico 2

Número de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados y su potencia contratada total en el área de concesión de Ensa (2016-2019)

⁶⁹ Cabe señalar que durante el periodo investigado migraron 85 empresas al mercado libre. Sin embargo, al contabilizar el total figuran 86 debido a que la empresa Molinera Tropical del Norte cuenta con dos números de suministro.



PERÚ

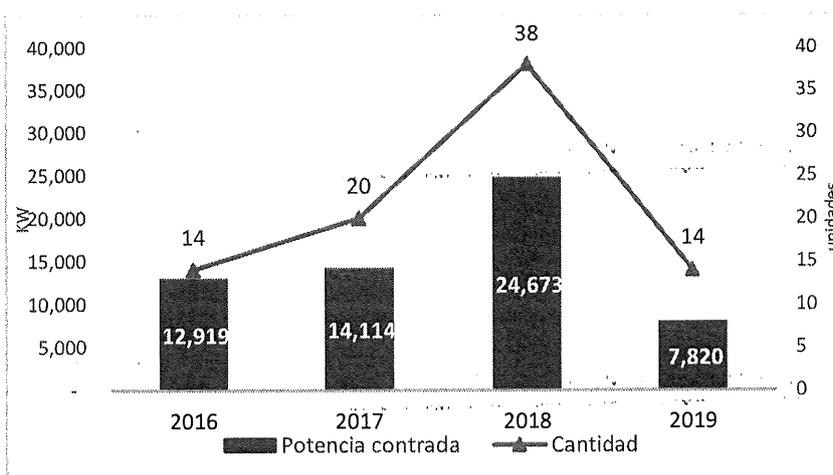
Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC



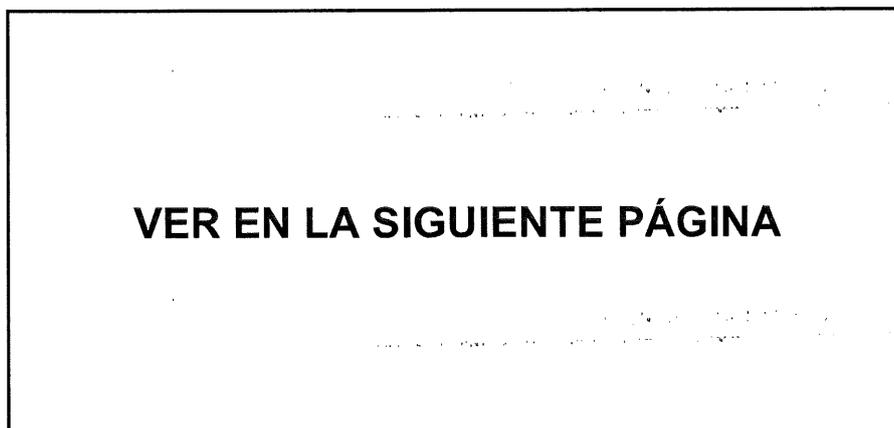
Fuente: Información proporcionada por Ensa
Elaboración: ST-SDC

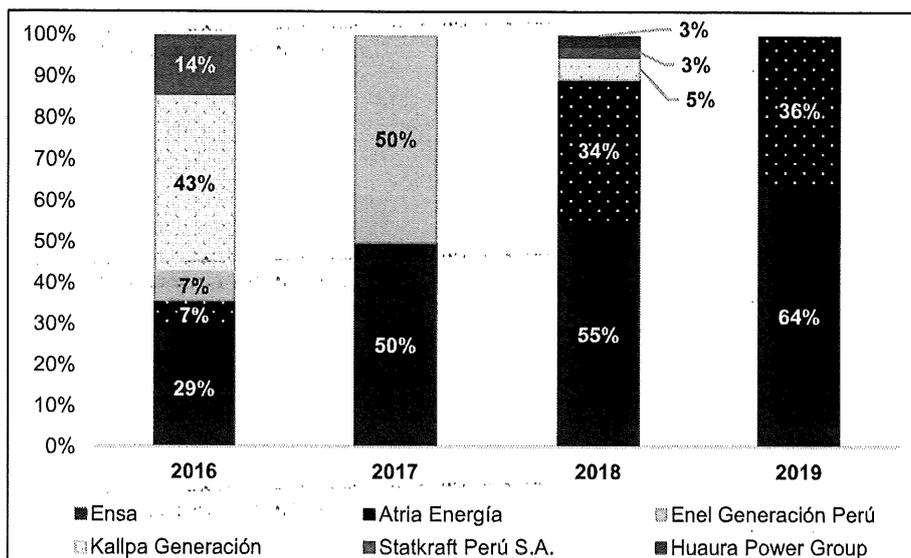
177. Esta Sala observa una tendencia creciente entre 2016 y 2018, similar a la tendencia a nivel nacional (señalada en el numeral 86); mientras que en el año 2019 se reduce el número de nuevos usuarios libres provenientes del mercado regulado, a niveles similares al año 2016. Asimismo, en términos de potencia contratada total, se presenta un comportamiento similar.
178. Ahora bien, los nuevos clientes libres que antes eran regulados suscribieron contratos con Ensa y con distintas empresas de generación eléctrica. En los siguientes gráficos se puede observar los resultados de los contratos celebrados por dichos clientes entre los años 2016 y 2019.

Gráfico 3

Participación de mercado de usuarios libres que antes eran usuarios regulados en el área de concesión de Ensa, por empresa suministradora (2016-2019)

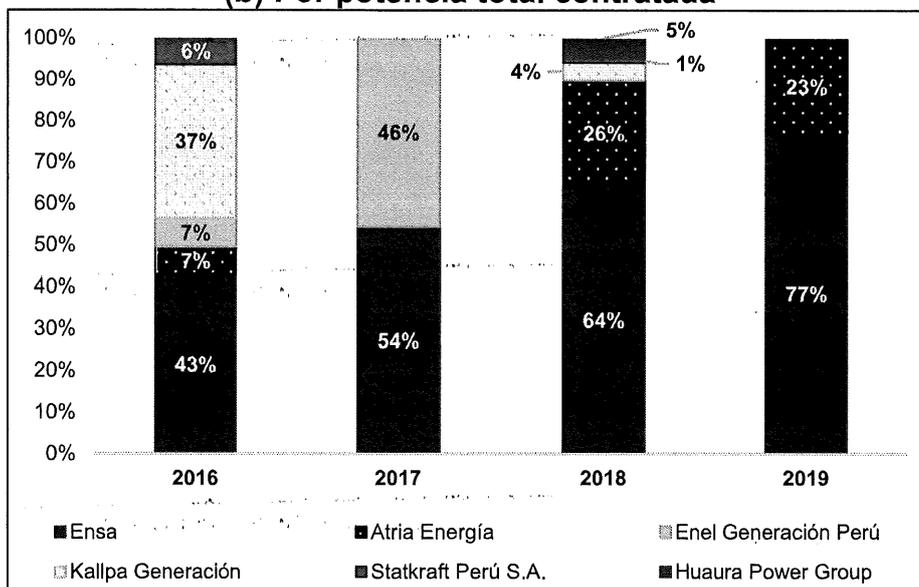
(a) Por cantidad de nuevos usuarios





Fuente: Información proporcionada por Ensa
Elaboración: ST-SDC

(b) Por potencia total contratada



Fuente: Información proporcionada por Ensa
Elaboración: ST-SDC

179. De acuerdo con la recurrente, otras empresas como Kallpa o Enel y la propia Atria pudieron captar clientes. Sin embargo, más allá de la variante y circunstancial participación de otros agentes económicos (que se abordará en los siguientes párrafos), lo que se aprecia es que Ensa consolidó su participación de mercado durante el periodo en que aplicó la exoneración del plazo de preaviso.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

180. Siendo así, el número de clientes libres que antes eran regulados que contrataron con Ensa entre el 2016 y 2019 creció notablemente, superando el 50% entre los años 2017 y 2019, lo que conllevó a que este último año, la empresa denunciada obtuviera un 64% de participación. En el mismo sentido, se observa que su participación en términos de potencia contratada también se incrementó mientras se llevó a cabo la exoneración, observándose una tendencia creciente hasta alcanzar una cuota del 77% en el año 2019. Lo anterior evidencia que Ensa logró posicionarse como la empresa más importante en el mercado afectado, especialmente durante el último año analizado.
181. Ahora bien, para determinar si existió un efecto exclusorio, es pertinente analizar dichas participaciones de mercado, de forma conjunta con la evolución de los precios. Al respecto, es importante recordar que se emplearán los precios presentados por Ensa (con los ajustes detallados en el Anexo 1) debido a que dichos precios corresponden a los precios facturados por la empresa denunciada durante el periodo investigado (2016-2019).
182. A continuación, en el Gráfico 4 constan los precios promedio ponderado⁷⁰ de energía cobrados por Ensa y las empresas de generación⁷¹ a los usuarios regulados que migraron al mercado libre en el área de concesión de Ensa. Se observa que entre 2016 y 2019, Ensa cobró en promedio 14.17 céntimos de sol por kWh; mientras que los otros suministradores en el mercado afectado cobraron -en promedio- 13.53 céntimos de sol por kWh.
183. Sobre el particular, se advierte que los precios promedio cobrados por las empresas generadoras eran distintos, estando -en su mayoría- por debajo del precio de Ensa durante el periodo de investigación. Así, el precio cobrado por Atria fue de 15.30 céntimos de sol por kWh, monto que fue mayor al precio cobrado por Ensa durante el periodo de investigación. Sin embargo, en el caso de las empresas generadoras Enel, Kallpa y Statkraft, el precio cobrado fue de 12.17, 14.04 y 12.13 céntimos de sol por kWh, respectivamente, entre los años 2016 y 2019.

⁷⁰ El precio ponderado está formado por el precio para la potencia (PP), un precio de la energía en hora punta (PEHP) y un precio de la energía fuera de punta (PEFP). Para calcular el precio ponderado se utiliza la siguiente fórmula:

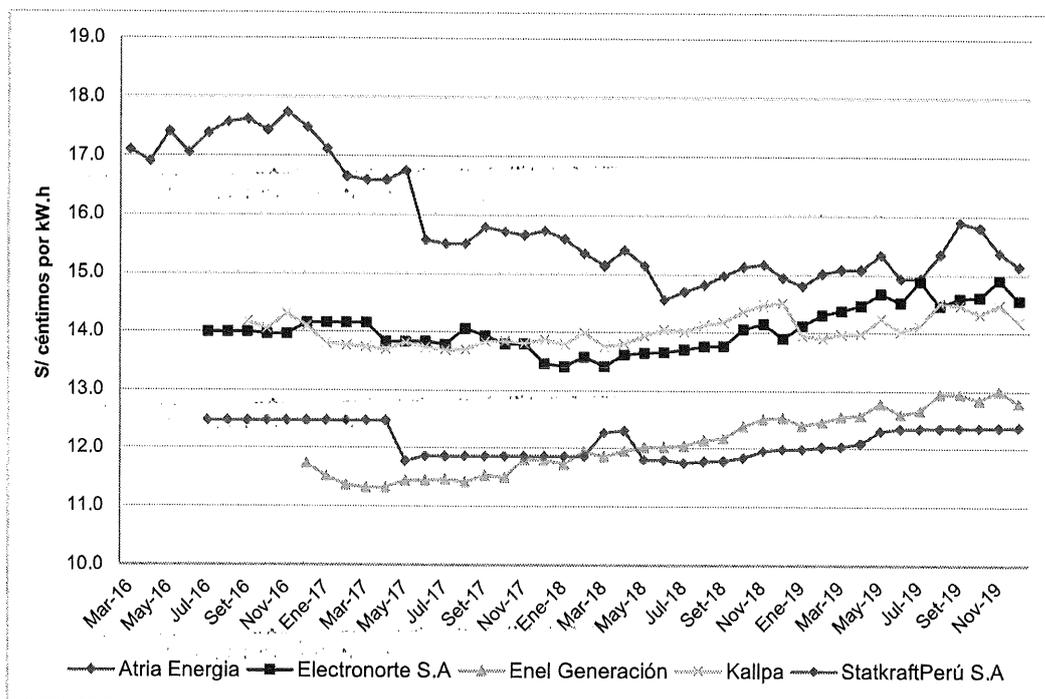
$$\text{Precio ponderado} = \text{PP} / (7,2 * 0,8) + \text{PEHP} * (0,2) + \text{PEFP} * (0,8)$$

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

⁷¹ Cabe resaltar que, en su escrito de alegatos finales, Ensa indicó que la información de precios de Atria correspondiente al año 2019 utilizada por la Comisión sería incorrecta. Al respecto, la Sala verificó que la Comisión le dio un tratamiento a los datos de esta empresa en dicho año, lo cual ha sido detallado en el Anexo 1 de la presente resolución.

Gráfico 4

Evolución de los precios promedio de energía de Ensa y otros suministradores a usuarios libres que migraron del mercado regulado, en el área de concesión de Ensa (2016-2019)



Fuente: Información proporcionada por Ensa
Elaboración: ST-SDC

184. De lo anterior se observa que, como ha alegado la apelante, los precios promedio de Ensa no fueron los más altos del mercado. Sin embargo, también es importante anotar que durante todo el periodo analizado existieron competidores con precios significativamente menores que Ensa (como Statkraft y Enel) o similares a los de dicha empresa (como Kallpa).
185. Ahora bien, al observar los precios de manera conjunta con la participación de mercado se evidencia que, al término del periodo analizado, las empresas con los precios más competitivos fueron desplazadas del mercado afectado (ver Gráfico 3), en contraste con Ensa, la cual estuvo inmersa en un proceso en el que consolidó su participación respecto de los usuarios libres que procedían del mercado regulado. Esto resulta revelador, pues muestra que los clientes habrían optado mayoritariamente por Ensa, en detrimento de otras empresas que cobraban precios claramente menores o similares, en la medida que la denunciada ofrecía la exoneración del plazo de preaviso a quienes se mantuvieran con dicha empresa como suministradora.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

186. En el presente caso, Ensa utilizó la exoneración del plazo como una barrera estratégica para impedir o dificultar la permanencia de sus competidores en el mercado afectado. Asimismo, se advierte que la mencionada exoneración de plazo maximizó la cantidad de clientes que permanecerían con Ensa y, a la vez, ocasionó que el mercado sea menos dinámico, limitando o desincentivando el ingreso de otros suministradores. Cabe señalar que lo anterior solo fue posible en la medida que la denunciada ostentaba posición de dominio sobre el mercado de clientes regulados con una demanda mayor de 200 kW hasta 2 500 kW en su área de influencia.
187. En particular, al verificar lo ocurrido en el mercado afectado en cada año del periodo investigado, se observa lo siguiente:
- En el año 2016, el principal competidor de Ensa en el mercado afectado fue Kallpa, siendo que los precios de ambas empresas tuvieron un comportamiento similar (oscilando alrededor de los 14 soles por kWh). Sin embargo, se observa que Kallpa fue desplazada de este mercado el siguiente año, al no proveer el suministro de energía eléctrica a ninguno de los nuevos usuarios libres que cambiaron de condición en ese año.
 - Para el año 2017, la empresa que ocupó el lugar de Kallpa fue Enel, cuyos precios eran inferiores a los precios de Ensa. Si bien luego el precio de Enel comenzó una leve tendencia al alza, se mantuvo significativamente por debajo de Ensa. No obstante, al año siguiente dicho competidor también salió de este mercado.
 - Para el año 2018, Ensa sigue consolidando su participación, mientras que Enel deja de captar nuevos clientes en el mercado afectado. La empresa que ocupa el lugar de Enel es Atria, suministrador que se vuelve competidor directo de Ensa, en tanto logra bajar su precio a valores cercanos a los precios de esta última⁷².
 - Pese a ello, Ensa no dejó de crecer y para el año 2019 alcanzó una participación de 64%. A pesar de la reducción de precios de Atria, esta empresa tenía una desventaja debido a que no se encontraba en capacidad de igualar la exoneración de plazo de preaviso ofrecida por su competidor Ensa.

72

Es pertinente mencionar que Atria poseía un único contrato con un cliente libre que antes era regulado en el área de concesión de Ensa. Dicho contrato fue celebrado en el año 2016. Dicho cliente, Nicoll Perú S.A., fue el único al que Atria facturó entre marzo de 2016 y enero del 2018. Es decir, la serie de precios promedio presentada para Atria corresponde a los precios aplicados a un único cliente en el periodo indicado, por lo que estos no serían representativos.

Posteriormente, a partir de febrero del 2018, entraron en vigencia nuevos contratos de Atria con otros nuevos clientes libres que antes eran regulados como Comercial Molinera San Luis S.A.C. (desde febrero 2018), Molinera Tropical del Norte S.A.C. (desde junio 2018), entre otros. Ello explicaría la evolución de precios que presenta esta empresa en el tiempo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

188. En el caso de Atria, si bien se mantuvo en el mercado afectado, esto obedece a que se trata de una empresa especializada en este mercado de clientes intermedios⁷³ (clientes libres que contratan entre 200 y 2500 kW de potencia) y que logró captar algunos clientes por realizar una oferta atractiva respecto del precio para usuarios regulados. Sin embargo, como se ha podido apreciar, esta empresa tuvo una posición desventajosa y una restringida actuación competitiva en dicho mercado.
189. En conclusión, la exoneración del plazo de preaviso habría permitido a Ensa desplazar a sus competidores con precios similares e incluso a competidores más eficientes con precios más bajos, mientras que -en contraste- la denunciada continuó incrementando de forma sostenida y significativa el número de contratos firmados con usuarios libres que antes eran regulados. Considerando lo antes señalado y que el factor diferencial entre la propuesta comercial de Ensa y sus competidores fue la referida exoneración de plazo, se evidencia la existencia de un efecto exclusorio en este mercado, derivado de la conducta investigada.
190. Por otro lado, Ensa en su escrito de alegatos finales señaló que Atria es una empresa ineficiente debido a que es un comprador neto de energía (adquiere de terceros la energía que suministra a sus clientes), lo cual determina que sus costos se encuentren sujetos a fluctuaciones. La recurrente agregó que Atria interpuso la presente denuncia porque la conducta cuestionada afecta específicamente a la denunciante y no al resto de generadores, pues el hecho de que otros suministradores no la hayan denunciado implica que Atria sería la única afectada con la exoneración del plazo de preaviso, lo cual -a decir de Ensa- mostraría que no existe un daño al proceso competitivo, sino a un competidor en particular.
191. Al respecto, cabe señalar que, si bien al resto de suministradores no han denunciado la conducta, ello no enerva lo constatado con relación a que dichas empresas -pese a tener precios más bajos en este mercado- fueron desplazadas⁷⁴ sistemáticamente a lo largo del periodo analizado en el cual se desarrolló la conducta imputada. Por ende, al margen de que estos agentes económicos no hayan optado por acudir ante la autoridad de competencia, lo cierto es que también fueron afectados por la exoneración de plazo de preaviso implementada discriminatoriamente por Ensa.

⁷³ De acuerdo con lo señalado en el Informe de Clasificación de Apoyo y Asociados del año 2021. Al respecto ver: <https://www.aai.com.pe/wp-content/uploads/2021/05/Atria1220.pdf>. Fecha de última visita: 3 de marzo de 2022.

⁷⁴ Las empresas: Enel Generación; Kallpa, Statkraft Perú y Huaura Power Group.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

192. En tal sentido, a consideración de la Sala, la situación antes descrita evidencia que existió un daño al proceso competitivo, pues la conducta investigada excluyó a diversos competidores y los clientes en dicho mercado no pudieron acceder a los mejores precios ofrecidos por estos suministradores.
193. Adicionalmente, para analizar la importancia de la exoneración del plazo de preaviso para un cliente regulado -que deseaba cambiarse al régimen de cliente libre-, es pertinente analizar los pagos que realizaría dicho usuario una vez elija a su suministrador y suscriba con este un contrato de cuatro años⁷⁵. Para ello, se tendrá en cuenta lo siguiente: (i) el usuario regulado que cambia de condición tendría un consumo mensual de 200 Mwh⁷⁶; (ii) el precio de la energía que pagaba como usuario regulado en 2016 fue de 27.56 céntimos de sol por kWh⁷⁷ (iii) el precio promedio cobrado por Ensa en el mercado libre en 2016 ascendió a 14.02 céntimos de sol por kWh⁷⁸; y (iv) el precio promedio cobrado por los demás suministradores en 2016 fue de 17.37, 11.73, 14.15 y 12.47 céntimos de sol por kWh para Atria, Enel, Kallpa y Statkraft, respectivamente.
194. Respecto a los pagos que realizaría el potencial cliente durante un periodo de 4 años, se aprecia que en caso eligiera a Ensa, en el primer año (año 2016) pagaría en promedio S/ 336.5 mil⁷⁹; mientras que si el usuario eligiera a otro

⁷⁵ De acuerdo con la información que obra en el expediente, la duración promedio de los contratos correspondientes a los 85 clientes libres que antes eran regulados en el mercado afectado fue de cuatro años.

⁷⁶ Que es el consumo promedio mensual de energía de los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuario libre en el área de concesión de Ensa entre 2016 y 2019.

⁷⁷ Para obtener este valor, primero se calcula el precio ponderado de la energía cobrada a los usuarios regulados con la opción tarifaria MT3 (media tensión con medición de 2 energías activas y 2 potencias activas) de manera mensual, entre enero y diciembre de 2016, en el sistema eléctrico de Chiclayo, utilizando la siguiente fórmula:

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

Por ejemplo, para el mes de enero de 2016 el valor del cargo por potencia activa de generación para los usuarios presentes en hora punta fue de S/ 48.07 céntimos de sol kW-mes, el cargo por energía activa en hora punta fue de S/ 23.19 céntimos de sol por kWh, y el cargo por energía activa fuera de punta fue de S/ 19.36 céntimos de sol por kWh. Con eso, el precio ponderado de la energía para el mes de enero de 2016 fue de S/ 28.47 céntimos de sol por kWh. Es importante señalar que en dicho mes el precio fue más elevado, a diferencia de los siguientes meses del año, por lo que el precio ponderado estimado resulta menor que el identificado para este mes.

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

<https://www.osinergmin.gob.pe/Tarifas/Electricidad/PliegoTarifario?Id=140000>. Fecha de última visita: 3 de marzo de 2022.

⁷⁸ Es pertinente señalar que el presente cálculo considera el precio promedio de todos los usuarios libres de Ensa que hayan facturado en el año 2016.

⁷⁹ Que resulta de multiplicar el consumo anual de 2 400 MWh (12 meses de 200 Mwh de consumo) por el precio ponderado de la energía de Ensa, de S/ 14.02 céntimos por kWh.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

suministrador debería cumplir el plazo de preaviso y mantenerse como usuario regulado durante todo el año, con lo cual pagaría en promedio S/ 661.4 mil⁸⁰.

195. En el segundo año (año 2017), el mencionado usuario que escogió como suministrador a Ensa pagaría un monto actualizado ascendente -en promedio- a S/ 300.4 mil⁸¹, mientras que con otros suministradores pagaría montos -en promedio- equivalentes a S/ 251.3 mil, S/ 267.2 mil, S/ 303.2 mil y S/ 372.3 para las empresas Atria, Enel, Kallpa y Statkraft, respectivamente.
196. Para los siguientes años se calcula los montos actualizados a valores de 2016 que esperarían pagar los clientes según la empresa que hayan elegido.
197. En términos totales, el valor actualizado acumulado de elegir a Ensa como suministrador, en un contrato promedio de 4 años, ascendería a un monto de S/ 1.144 millones, mientras que, escogiendo a alguno de los otros suministradores, en tanto estos no podían exonerar del plazo de preaviso a sus clientes, el valor actualizado sería mayor. Por ejemplo, si el usuario hubiera elegido a Atria como suministrador, el valor actualizado ascendería a S/ 1.663 millones, con lo cual se configura como la opción más costosa⁸².
198. De lo anterior se advierte que el plazo de exoneración aplicado por Ensa le permitió posicionarse como la opción más favorable para los usuarios libres que migraban del mercado regulado, esto a pesar de que, como se ha visto anteriormente, esta empresa no presentó los precios más competitivos del mercado. Opciones como Enel y Statkraft, que tienen precios significativamente menores que Ensa, se posicionan como más costosas, lo cual denota la relevancia de la exoneración al momento de la elección del suministrador por parte del cliente.

⁸⁰ Que resulta de multiplicar el consumo anual de 2 400 MWh por el precio ponderado de la energía como usuario regulado, de S/ 27.56 céntimos por kWh.

⁸¹ Que resulta de multiplicar el consumo anual de 2 400 MWh por el precio ponderado de la energía de Ensa de S/ 14.02 céntimos por kWh y el factor de actualización 0.8929, que resulta de aplicar la fórmula $\left(\frac{1}{1+12\%}\right)^1$ que permite llevar la facturación del año 2017 a valores del año 2016 considerando una tasa de descuento de 12%, que es la tasa utilizada por la Ley de Concesiones Eléctricas. Para calcular este precio promedio ponderado se han empleado los precios de todos los nuevos clientes libres de Ensa para el año 2016, mientras que la Tabla 1 (que se muestra más adelante) está referida a los precios de aquellos clientes nuevos de dicha empresa que no accedieron a la exoneración del plazo de preaviso.

Para las demás empresas se aplica el mismo factor de actualización correspondiente al segundo año. En el caso del tercer año, el factor de actualización 0.7972 resulta de aplicar la fórmula $\left(\frac{1}{1+12\%}\right)^2$ que permite llevar la facturación del año 2018 a valores del año 2016. Para el cuarto año de contrato (año 2019) se emplea el factor de actualización de 0.7118, que permite llevar la facturación del año 2019 a valores del año 2016.

⁸² Adicionalmente si el usuario hubiera elegido a Enel Generación, Statkraft o a Kallpa como suministradores, los valores actualizados ascenderían a S/ 1.338 millones, S/1.380 millones y S/ 1.447 millones, respectivamente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

000961

199. Esto se muestra en la diferencia de gastos en que incurría el usuario en el primer año al elegir Ensa (sin exoneración) en comparación a la elección de otro suministrador. El cliente que escogiera a Ensa pagaría 49.1%⁸³ menos que al optar por otro suministrador, lo cual muestra que el efecto de la exoneración es significativo respecto del monto a pagar por el cliente. En efecto, si se retira del análisis el año 1 (donde se produce la exoneración) Ensa pasaría a ser la segunda opción más costosa, tal como se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 1
Pagos que realizaría un cliente libre con cada suministrador sin considerar el primer año (en miles de S/)
(actualizado al año 2016)

Suministrador	Año 2 (2017)	Año 3 (2018)	Año 4 (2019)	Valor parcial
Enel	251.3	224.4	200.3	676.0
Statkraft	267.2	238.6	213.0	718.9
Kallpa	303.2	270.7	241.7	815.7
Ensa*	304.1	271.5	242.5	818.1
Atria	372.3	332.4	296.8	1,001.4

Nota: *Para el precio de la energía en el mercado libre de Ensa se emplea el precio promedio que esta empresa le facturó a los clientes libres que no fueron exonerados del plazo de preaviso al migrar a este mercado, ascendente a S/ 14.19 céntimos por kWh.

Fuente: Información que obra en el expediente
Elaboración: ST-SDC

200. Cabe recordar que Ensa solo podía ofrecer la exoneración del plazo de preaviso a los nuevos clientes libres, es decir a aquellos que migraban del mercado regulado. Por ende, una vez que concluía el plazo del contrato de suministro con estos clientes, Ensa ya no podía utilizar la referida exoneración como una herramienta para atraer a estos usuarios.
201. Para incrementar las probabilidades de que los clientes renueven sus contratos de suministro con Ensa, esta empresa podría ofrecer mejores condiciones contractuales (por ejemplo, reducir los precios pactados en el primer contrato).
202. Al respecto, de la información de los contratos de suministro suscritos por Ensa en los que se ha constatado la exoneración del plazo de preaviso, los reportes de Osinergmin y la información presentada por Ensa, se identificó a tales clientes libres cuyos contratos vencieron y permanecieron con Ensa para el periodo abril de 2020 a octubre de 2021.

⁸³ Si el cliente elige a Ensa, pagaría S/ 336,500 debido a que accedería inmediatamente al precio de mercado libre debido a la exoneración; mientras que si elige a otro suministrador pagaría S/ 661,400 debido a que el cliente asumiría el precio regulado durante todo el primer año hasta que se cumpla el plazo de preaviso.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

203. En tal sentido, tres clientes libres que inicialmente decidieron firmar contrato con Ensa y fueron exonerados del plazo de preaviso, decidieron renovar con la denunciada luego de que sus contratos culminaron en el periodo previamente indicado. Estos clientes son: Empresa Agroindustrial Cayalti S.A.A., Sucesión Indivisa de Jorge Alejandro Gálvez Asurza y Quicornac S.A.C.
204. En base a los datos disponibles hasta octubre del año 2021, se observa que los precios pagados por dichos clientes en la renovación del contrato fueron menores al precio que pagaron en el primer contrato. Esto se muestra a través de la comparación del precio promedio que pagaron durante el último trimestre del primer contrato y lo que pagaron durante el primer trimestre de la renovación del contrato, en donde claramente se observa una reducción del precio en el marco del contrato renovado.

Tabla 2
Precios promedio pagados por los clientes que renovaron con Ensa según contrato

Cliente libre	Precio promedio 1er Contrato (Ctm.S/ /kWh)	Precio promedio renovación (Ctm.S/ /kWh)	Variación (%)	Precio último trimestre del 1er Contrato (Ctm.S/ /kWh)	Precio primer trimestre de la renovación (Ctm.S/ /kWh)	Variación (%)
Empresa Agroindustrial Cayalti S.A.A.	13.96	13.78	-1.3%	14.94	12.98	-13.1%
Sucesión Indivisa de Jorge Alejandro Gálvez Asurza	14.81	12.84	-13.3%	15.95	13.29	-16.7%
Quicornac S.A.C.	13.65	13.39	-1.9%	14.28	12.65	-11.4%

Fuente: Información que obra en el expediente
Elaboración: ST-SDC

205. En ese sentido, a pesar de que Ensa no tuvo los precios más competitivos del mercado, pudo atraer a dichos clientes libres que antes eran regulados, empleando la exoneración de preaviso. Así, una vez concluido el plazo inicial del contrato de suministro y sin poder ofrecer nuevamente un beneficio como la referida exoneración, el distribuidor mejoró la oferta de precios a fin de que estos usuarios renueven el contrato de suministro de energía eléctrica con su empresa.
206. Es pertinente señalar que Ensa ha reconocido que la exoneración del plazo de preaviso fue su principal variable competitiva para retener clientes que migraron al régimen de usuarios libres, al señalar en sus descargos en primera instancia que «las empresas distribuidoras [...] para menguar en algo las pérdidas sufridas por la migración de sus clientes pueden ofrecer la exoneración del plazo de preaviso y permitir que sus clientes puedan migrar rápidamente al



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

mercado libre aún cuando el precio que se les ofrecerá siempre será mayor que las otorgadas por las Generadoras»⁸⁴.

207. Finalmente, en la siguiente tabla se aprecia que Ensa no exoneró del plazo de preaviso a todos los clientes que optaron por mantenerla como su suministrador de energía eléctrica. De las cartas de preaviso remitidas por Ensa a este Colegiado, se aprecia que a diez (10) clientes que anunciaron que migrarían al mercado de clientes libres y que permanecerían con Ensa, dicha empresa no les aplicó la exoneración del plazo de preaviso⁸⁵.
208. Lo anterior muestra que, cuando Ensa tuvo conocimiento de que ciertos clientes permanecerían en su empresa al migrar al mercado de clientes libres, no les habría ofrecido el referido beneficio; mientras que a los clientes que manifestaban su deseo de cambiar de suministrador, Ensa sí les ofrecía la exoneración del plazo de preaviso. Esto refuerza el hecho de que la exoneración del plazo de preaviso habría sido una herramienta de negociación que empleaba Ensa en la migración de clientes regulados al mercado libre, con el fin de evitar que cambien de suministrador.

Tabla 3
Relación de las cartas de preaviso de los clientes regulados,
presentadas por Ensa ante la Sala

Nº	Cliente	Fecha carta de preaviso	Fecha de inicio de contrato	Tiempo transcurrido (número de días)	Indica nuevo suministrador	Suministrador solicitado	Suministrador efectivo
1	Agrícola Cerro Prieto	14/08/2017	1/03/2018	199	No	-	Ensa
2	Agronegocios San Fabri	12/04/2018	1/05/2019	384	Sí	Ensa	Ensa
3	Compañía Agroindustrial Santa Ana	3/11/2017	1/12/2017	28	Sí	Ensa	Ensa
4	Compañía Arrocera del Pacífico	13/11/2017	1/07/2018	230	Sí	La Virgen	Ensa
5	Compañía Molinera San Cristobal	5/10/2018	1/11/2019	392	Sí	Ensa	Ensa
6	El Águila	25/05/2015	1/07/2016	403	Sí	Ensa	Ensa
7	Empresa Azucarera del Norte	19/09/2018	1/10/2019	377	Sí	Ensa	Ensa
8	G & B Molinos	5/09/2018	1/10/2019	391	Sí	Ensa	Ensa
9	Grupo la República Publicaciones	14/08/2018	1/07/2019	321	No	-	Ensa
10	María Paulina Samamé Chuque	5/06/2018	1/07/2019	391	Sí	Ensa	Ensa
11	Molino el Lirio	23/07/2018	1/08/2019	374	Sí	Ensa	Ensa
12	Molinos Escaly	24/10/2017	1/12/2018	403	Sí	Ensa	Ensa
13	PROCOMSAC	20/05/2015	1/07/2016	408	Sí	Ensa	Ensa

Fuente: Información proporcionada por Ensa en su escrito de apelación

Elaboración: ST-SDC

Nota 1: La información que se muestra corresponde a las trece (13) cartas de preaviso presentadas por Ensa ante esta instancia. Cabe señalar que no constituyen la totalidad de clientes regulados que migraron al mercado libre durante el período investigado.

⁸⁴ Páginas 27 y 28 del escrito de descargos de Ensa, presentado el 16 de diciembre de 2019 (foja 339 y 340).

⁸⁵ Incluso, se observa que el tiempo transcurrido en algunos casos supera el plazo mínimo de un año establecido en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

Nota 2: Las filas sombreadas corresponden a los clientes a los que Ensa exoneró del plazo de preaviso en esta relación de cartas presentada por dicha empresa.

209. A manera de conclusión, a partir de lo evaluado esta Sala ha podido corroborar:

- La exoneración del plazo de preaviso habría permitido a Ensa desplazar a sus competidores con precios similares e incluso a competidores más eficientes con precios más bajos que dicha empresa; tales como Enel, Kallpa y Statkraft, incrementando significativamente su número de contratos firmados con usuarios libres que antes eran regulados.
- La denunciante Atria, empresa especializada en este tipo de clientes (clientes libres que contratan entre 200 y 2500 kW de potencia), logró captar algunos clientes por realizar una oferta atractiva respecto de los precios regulados. Sin embargo, esta empresa tuvo una posición desventajosa y una restringida actuación competitiva en dicho mercado debido a que no podía equiparar la exoneración del plazo de preaviso que Ensa podía ofrecer a sus clientes.
- A pesar de que Ensa no ofreció los precios más competitivos del mercado, pudo atraer a los referidos 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 renovar estos contratos. Ello demuestra la importancia de la exoneración del plazo de preaviso para atraer a los usuarios.
- La conducta de Ensa estuvo dirigida a persuadir a los clientes regulados que deseaban migrar al mercado libre con otro suministrador, a permanecer con Ensa. Por el contrario, la referida empresa no exoneró el plazo de preaviso a diversos usuarios regulados que manifestaron desde el inicio su intención de efectuar la mencionada migración y mantener a Ensa como su suministrador.

210. Por lo señalado anteriormente, a diferencia de lo alegado por la recurrente, esta Sala coincide con la Comisión al concluir que la conducta cuestionada sí generó un efecto exclusorio en el mercado. En tal sentido, se desestima lo alegado por Ensa en este extremo.

Respecto a las condiciones contractuales presuntamente beneficiosas ofrecidas por Ensa

211. En apelación, Ensa señaló que su empresa ofrecía mejores condiciones contractuales a los usuarios regulados que optaban por cambiar su condición a



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

usuarios libres, por lo que la exoneración del plazo de preaviso no sería determinante en la decisión de dichos consumidores. De esta manera, la recurrente indicó que Ensa no incluye en sus contratos cláusulas de traslado de costos, traslado de riesgos⁸⁶ ni la cláusula inglesa⁸⁷, las cuales sí incluiría Atria.

212. Al respecto, tanto Ensa en su escrito de apelación, como Atria en su escrito de alegatos finales, adjuntaron cuadros detallando si aplicaron o no las mencionadas condiciones contractuales a sus clientes. Sobre el particular, se puede corroborar que lo señalado por Ensa es incorrecto, debido a que existen clientes de Atria a los que no se les aplicó las condiciones contractuales de traslado de costos y riesgos (tales como Perales Huancaruna S.A.C., Vimalca E.I.R.L., Importaciones Savoy E.I.R.L, entre otros) así como clientes a los cuales no se les aplicó la mencionada cláusula inglesa (Nicoll Perú S.A., Perales Huancaruna S.A.C., Vimalca E.I.R.L.).
213. De otro lado, Atria en su escrito de alegatos finales señaló que Ensa también habría aplicado la cláusula inglesa para dos de sus clientes (Génesis S.A.C. y Piladora Nuevo Horizonte S.A.C.), lo que desvirtuaría el argumento de la denunciada referido a que sus clientes optan por mantenerlo como suministrador al cambiar su condición a usuarios libres debido a que ofrecía mejores condiciones contractuales.
214. Al respecto, se aprecia el apelante no ha sustentado de qué manera el referido traslado de riesgos habría producido un impacto significativo respecto a los precios observados durante el periodo investigado o cómo los clientes habrían ponderado estos riesgos al elegir a su suministrador. Asimismo, en el informe oral, Atria precisó que cada contrato es fijado de manera independiente por lo que dichas cláusulas contractuales no serían determinantes para los usuarios al momento de elegir con quien abastecerse de energía eléctrica.
215. También es importante señalar que, en todos sus contratos, Ensa ofrecería no trasladar los riesgos, por lo que podría presumirse que estas ventajas contractuales se brindaron también antes del periodo investigado; sin embargo, no hay evidencia de que haya existido una migración masiva antes de 2016. De este modo, la migración masiva al mercado de clientes libres a partir del referido año habría estado realmente relacionada con una reducción de precios en este mercado, lo que explica la relevancia de la exoneración del plazo de preaviso

⁸⁶ Ensa indicó que al presentarse cualquiera de los siguientes eventos: (i) congestión en el sistema eléctrico de transmisión, (ii) interrupción total o parcial del suministro, transporte y/o distribución de gas natural, o (iii) congestión en los ductos de transporte y distribución de gas natural, la generadora facturará y el cliente pagará el costo marginal de corto plazo que resulte aplicable más un recargo. De acuerdo con Ensa, dicha empresa no trasladaría estos riesgos a sus clientes.

⁸⁷ Consiste en que, en caso el cliente hubiese recibido una nueva oferta en materia de precios o condiciones que resulten mejores que las pactadas con su generador, el cliente deberá comunicar por escrito a su generador tal oferta recibida a fin de que dentro de un plazo el generador decida igualar la oferta o no ejercer este derecho.



en el periodo investigado (más allá de los alegados beneficios contractuales ofrecidos), pues permitía a los usuarios acceder de manera más rápida a los menores precios del mercado libre.

216. En la medida que no se han presentado elementos que permitan colegir que estas ventajas contractuales habrían generado el incremento en la participación de Ensa durante el periodo investigado, corresponde desestimar este argumento de apelación.
217. Por otro lado, en su escrito de alegatos finales Ensa señaló que, además de no trasladar riesgos en sus contratos, la empresa ofreció a sus clientes servicios adicionales post venta⁸⁸.
218. Sobre este punto, es importante señalar que, en tanto Ensa ofrecería dichos servicios en todos sus contratos, se deduce que estos beneficios complementarios se ofrecieron también antes del periodo investigado y pese a ello, no generaron una migración masiva antes de 2016. Además, Ensa no ha presentado elementos de prueba que acrediten que los clientes que migraron al mercado libre hayan optado por esta empresa como su suministradora debido a sus servicios post venta o que otros suministradores no hayan brindado este tipo de servicios a sus clientes.
219. Conforme a lo expuesto, esta Sala considera que la exoneración del plazo de preaviso constituyó para muchas empresas pertenecientes al mercado afectado un factor relevante al elegir a su suministrador durante el periodo investigado. Si bien ello no implica que todas las empresas que contrataron por Ensa lo hicieron solamente por la exoneración del plazo (pues algunos clientes optaron por Ensa pese a que no obtuvieron la exoneración del plazo de preaviso), los elementos de prueba analizados sí revelan que se trató de un factor relevante para atraer a estos usuarios.
220. Como se ha desarrollado a lo largo de esta sección, se ha identificado un efecto exclusorio en la conducta de Ensa que le permitió captar más clientes que los que habría podido atraer de no haber llevado a cabo la conducta. En tal sentido, se descarta el alegato presentado por la apelante.

Respecto a los clientes que no renovaron con Ensa luego de culminado sus contratos

221. La primera instancia señaló que, por lo menos, el 57% de usuarios que se mantuvieron en el mercado libre decidió no renovar su contrato con Ensa y

⁸⁸ Algunos de los servicios adicionales que Ensa señaló son: (i) atención técnico comercial preferencial y exclusiva durante todo el día, (ii) asesoría técnica comercial, (iii) cuadrilla preferencial para atención de casos de emergencia para la inmediata reposición del servicio, y (v) entrega de información periódica.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

buscaron celebrar sus nuevos contratos con otros suministradores. Para llegar a dicho porcentaje, la Comisión revisó los contratos de suministro y observó que ocho (8) usuarios culminaron su contrato entre julio de 2019 y abril de 2021, de los cuales cuatro (4) se mantuvieron como usuarios libres, pero decidieron cambiar de suministrador⁸⁹. Asimismo, la primera instancia apreció que (3) usuarios decidieron renovar su contrato con Ensa⁹⁰ y uno (1) desapareció del mercado libre⁹¹. Por lo tanto, al dividir el número de clientes cuyos contratos se vencieron (7) y el número de clientes que cambiaron de suministrador (4) se obtiene un porcentaje de 57%.

222. Dicha situación, a criterio de la Comisión reflejaría que la principal razón por la cual estos usuarios habrían decidido contratar originalmente con Ensa se encontraría en la exoneración del plazo de preaviso, la cual estuvo condicionada a la celebración de contratos de suministro con dicha empresa y no con otros competidores.
223. Ensa alegó que la Comisión realizó un cálculo errado, pues del total de clientes considerados por para dicho cálculo, dos (2) clientes no fueron exonerados en su momento (Procesadora Comercializadora Montenegro S.A.C. y El Águila S.R.L.). De este modo, lo correcto sería que dos (2) de cinco (5) clientes decidieron no renovar con Ensa al término de su contrato, obteniéndose así un porcentaje de 40% y no de 57%.
224. Al respecto se ha corroborado a partir de la Información que obra en el expediente, que durante el periodo evaluado por la Comisión (julio de 2019 a abril de 2021) concluyeron ocho (8) de los contratos suscritos por Ensa con nuevos clientes libres con una demanda entre 200 kW y 2500 kW durante el periodo investigado. De estos, se excluye el contrato de Empresa Agroindustrial Pomalca S.A.C., pues este cliente desapareció del mercado. Por lo tanto, el universo de contratos concluidos se reduce a siete (7) empresas.
225. De estas siete empresas, a partir de las cartas de preaviso presentadas por la apelante, se identifica que existen dos (2) empresas que no fueron exoneradas por Ensa (Procesadora Comercializadora Montenegro S.A.C. y El Águila S.R.L.), debido a que transcurrió más de un año entre las cartas de preaviso y la fecha de inicio de los contratos. En sentido, el universo de clientes cuyo

⁸⁹ Estos son los usuarios Procesadora Comercializadora Montenegro S.A.C., Latercer S.A.C y Gandules Inc S.A.C., quienes son suministrados por Atria; y El Águila S.R.L. quien es suministrado por Hydro Pátapo S.A.C.

⁹⁰ Estos usuarios son Sucesión Indivisa Gálvez Asurza Jorge Alejandro, Quicornac S.A.C. y Empresa Agroindustrial Cayalti S.A.A.

⁹¹ Empresa Agroindustrial Pomalca S.A.A. finalizó su contrato en abril de 2020 y no se observa que posea un nuevo suministrador en el mercado libre.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

contrato finalizó y que fueron exoneradas del plazo de preaviso se reduce a cinco empresas.

226. De estas cinco (5) empresas, se verificó que dos (2) empresas (Latercer S.A.C. y Gandules Inc. S.A.C.) decidieron contratar con otro suministrador (Atria) al vencimiento de su contrato con Ensa, mientras que tres (3) empresas decidieron continuar contratando con Ensa (Quicornac S.A.C., Empresa Agroindustrial Cayalti S.A.A. y la Sociedad Indivisa de Jorge Alejandro Gálvez Asurza). Entonces, el porcentaje de exoneración se determina al dividir dos entre cinco, tal y como indica Ensa.⁹²
227. Por lo tanto, este porcentaje de exoneración equivaldría a 40% y no incluiría a todos los contratos firmados durante el periodo investigado, sino solo los contratos que finalizaron entre julio de 2019 y abril de 2021. Esto debido a que, si bien existen varios contratos que incluso a la fecha de emisión del presente pronunciamiento aún no han vencido, no es posible conocer si tales clientes permanecerán con Ensa o cambiarán de suministrador⁹³.
228. Ahora bien, dado que la muestra es bastante limitada y se redujo aún más retirando a clientes a quienes no se les aplicó la exoneración del plazo de preaviso, el porcentaje calculado es susceptible a presentar fluctuaciones en caso se añadan nuevos contratos conforme estos se vayan venciendo.
229. Asimismo, es factible que existan clientes que se mantengan con Ensa (su primer suministrador) por un factor de continuidad o inercia, de manera que dichos usuarios posterguen el costo de búsqueda de suministradores alternativos y renueven automáticamente su contrato con Ensa. En ese sentido, el valor que representaría la estimación del porcentaje de clientes que habrían optado por contratar con Ensa considerando la exoneración del plazo de preaviso, podría estar subestimado.
230. Debido las observaciones antes indicadas, el impacto de la exoneración del plazo de preaviso en el monto promedio a pagar por los usuarios que pasan del mercado regulado al mercado libre y la evolución de las participaciones de las empresas en el mercado afectado; la Sala considera que una mejor aproximación para dimensionar el efecto exclusorio de la conducta de Ensa, sería revisar el porcentaje de clientes a quienes se aplicó la exoneración.

⁹² Cabe mencionar que Ensa en su apelación agregó que para el cálculo del porcentaje de exoneración deberían considerarse adicionalmente a cinco clientes que accedieron directamente al mercado libre, haciendo un universo total de 11 empresas. Por lo que al considerar que una empresa salió del mercado y 3 cambiaron de suministrador, el porcentaje quedaría en 30%. Sin embargo, no es correcto incluir a esas cinco empresas adicionales, debido a que no forman parte del mercado afectado (suministro de clientes libres que anteriormente eran regulados en el área de concesión de Ensa).

⁹³ Cabe señalar que en el periodo comprendido entre julio de 2019 y abril de 2021 vencieron 8 de los 44 contratos suscritos por Ensa con nuevos clientes libres con una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW durante el periodo investigado.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

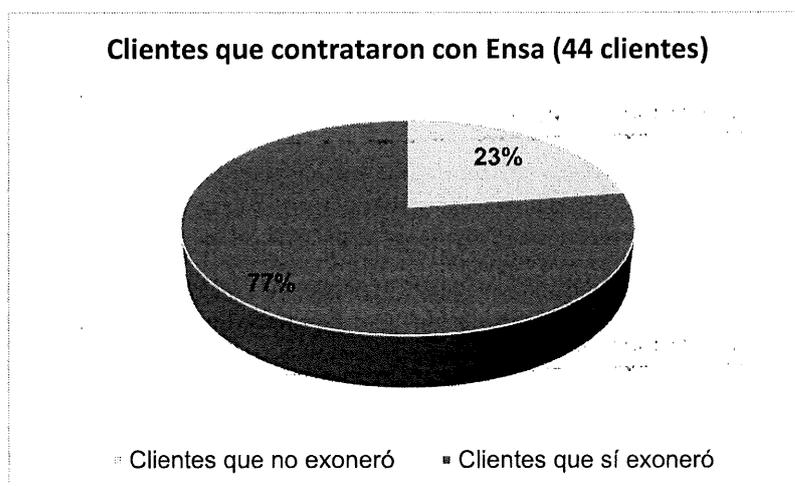
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

231. A diferencia de la primera instancia, que no contó con las cartas de preaviso, la Sala pudo acceder a las cartas de preaviso sin exoneración de plazo que fueron presentadas por la apelante. A partir de las referidas cartas de preaviso, la información de los contratos y la información de ventas en el mercado libre que obra en el expediente, se ha podido verificar que de los 85 clientes que decidieron cambiar de condición de regulado a libre entre los años 2016 y 2019, 44 clientes decidieron contratar con Ensa.
232. De estos 44 clientes, Ensa presentó las cartas de preaviso de diez (10) clientes que no fueron exonerados del plazo⁹⁴, deduciéndose que Ensa habría aplicado el plazo de exoneración a los otros 34 clientes. En ese sentido, el alcance de la conducta corresponde al 77% (34 de 44), conforme al porcentaje de clientes de Ensa a quienes se les habría aplicado la exoneración materia de análisis.

Gráfico 5
Alcance de la conducta



Fuente: Información presentada por Ensa
Elaboración: ST-SDC

233. A nivel comparado, es importante mencionar que los lineamientos expedidos por la Comisión Europea⁹⁵ sobre cómo analizar los efectos exclusorios, señalan que es pertinente considerar siete factores, los cuales se encuentran reseñados

⁹⁴ En su escrito de apelación, Ensa indicó: "de los ocho clientes cuya conducta se analiza, dos de ellos son clientes que migraron al mercado libre con Ensa pero que cumplieron el plazo de preaviso previsto en el RUL. Lo mencionado se puede apreciar en el siguiente cuadro y en el Anexo 12-I".

Las cartas de preaviso presentadas por Ensa se encuentran precisamente en el Anexo 12-I de su escrito de apelación. Si bien en dicho anexo figuran 13 cartas, se verificó que a 3 de dichos clientes sí se les exoneró del plazo de preaviso, por lo que Ensa no habría exonerado del plazo de preaviso solo a diez (10) de sus nuevos clientes libres durante el periodo investigado. Ver Tabla 3 de la presente Resolución.

⁹⁵ Comunicación de la Comisión Europea - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, 2009/C 45/02.



en la siguiente tabla, donde se desarrolla la explicación brindada por dicha autoridad internacional y su aplicación al presente caso.

Tabla 4
Factores evaluados por la Comisión Europea para determinar la existencia de un efecto exclusorio

Factores	Descripción	Aplicación en este caso
1-La posición de la empresa dominante	Mientras más sólida es la posición dominante, mayor es la probabilidad de que la conducta genere un cierre anticompetitivo de mercado.	Ensa tiene posición de dominio en el mercado relevante (100%) por tratarse de monopolio natural.
2- Las condiciones del mercado	Condiciones de entrada, de expansión, la presencia de economías de escala o efectos de red.	Para acceder al mercado afectado, los clientes están sujetos a la evaluación del distribuidor (Ensa). Esta situación genera las condiciones para que la referida empresa distribuidora pueda implementar barreras estratégicas que impidan o dificulten la permanencia de sus competidores en el mercado afectado, ocasionando que sea menos dinámico, limitando o desincentivando el ingreso de competidores.
3- La posición de los competidores de la dominante	La importancia de los competidores para mantener una competencia efectiva, con independencia de su cuota de participación en el mercado.	Las empresas generadoras como Kallpa, Enel y Statkraft no tienen posibilidad de otorgar beneficio de exoneración e incluso con precios más bajos o similares, dejaron de captar nuevos clientes en el mercado afectado (siendo beneficiado Ensa).
4- La posición de los clientes o de los proveedores de insumos	La conducta se podría aplicar a clientes o proveedores estratégicos.	Los clientes con una demanda mayor de 200 kW hasta 2 500 kW dependen del distribuidor (cautivos) al momento de migrar al mercado libre.
5- El alcance de la conducta presuntamente abusiva	En cuanto mayor es el porcentaje de ventas totales en el mercado relevante afectadas por la conducta será mayor su duración, y el efecto probable de cierre de mercado	La Participación de Ensa en el mercado afectado se ha incrementado de un 29% a un 64%. Asimismo, el alcance de la conducta fue del 77% de los clientes que contrataron con Ensa en el mercado afectado, durante el periodo investigado.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

6- Las posibles pruebas de la existencia del cierre del mercado	Si la conducta ha tenido una duración significativa, el cierre de mercado puede verificarse mediante el incremento de la cuota de mercado de la dominante o si su descenso se ha ralentizado. También podría verificarse la expulsión de competidores o intentos fallidos de ingreso de nuevos agentes.	El incremento de la participación de Ensa, llegando a obtener el 64% de nuevos clientes libres que poseen una demanda mayor a 200 kW hasta 2500 kW. A lo largo del periodo investigado, la empresa denunciada logró desplazar a sus competidoras (empresas generadoras como Statkraft Perú, Kallpa y Enel Generación).
7- Las pruebas directas de una estrategia de cierre	Documentos que expresamente dan cuenta de la estrategia, tales como planes detallados para excluir o impedir la entrada, o amenazas concretas.	Ensa acepta la aplicación de exoneración a sus clientes y pretende justificar este tratamiento diferenciado en función a su condición de distribuidor.

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

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

Argumento de apelación sobre beneficios obtenidos por Ensa

235. En su escrito de alegatos finales, Ensa señaló que no habría obtenido beneficios extraordinarios, lo cual sería necesario -entre otros aspectos- para acreditar la existencia de una práctica anticompetitiva. Ello, en tanto únicamente mitigó sus pérdidas

236. Al respecto, es importante distinguir entre el mercado relevante del mercado afectado. De lo señalado en el párrafo anterior, se infiere que Ensa considera que el hecho de perder usuarios regulados (en el mercado relevante) constituye una situación que le generaría pérdidas, las cuales serían compensadas reteniendo a los clientes que deseaban migrar al segmento libre.

237. No obstante, para determinar la existencia de efectos exclusorios se debe identificar si existieron beneficios a favor de la denunciada en el mercado afectado. Es decir, en el mercado de clientes libres que provienen del mercado de clientes regulados en el área de influencia de Ensa.

238. En efecto, como se ha explicado en el numeral 178 la participación de Ensa se consolidó especialmente en los últimos años (de 2017 a 2019 su participación



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

fue superior al 50% y en 2019 alcanzó el 64%) lo cual puede atribuirse a la conducta imputada.

239. En consecuencia, más allá de las motivaciones comerciales o financieras detrás de la decisión de Ensa de implementar esta exoneración del plazo de preaviso para aquellos clientes que opten por mantenerla como suministradora, lo cierto es que el comportamiento imputado ha permitido que la denunciada consolide su participación en el mercado afectado durante el periodo en que incurrió en la conducta de exoneración de plazo de preaviso, en detrimento de los demás competidores y en base al ejercicio de su posición de dominio en el mercado de clientes regulados en el área de concesión de Ensa. De este modo, se desvirtúa lo alegado por la recurrente sobre este extremo.

Conclusión de la Sala respecto a la existencia de un efecto exclusorio

240. La exoneración del plazo de preaviso realizada por Ensa representó una barrera estratégica desarrollada por la empresa dirigida a aquellos clientes regulados interesados en migrar al mercado de clientes libres. Esta exoneración era concedida a los usuarios que decidieran permanecer con Ensa como suministrador, y no se les brindaba este beneficio a quienes decidían migrar y contratar el suministro de energía con un competidor, por lo que se trató de una conducta discriminatoria.
241. Dicha conducta tuvo como consecuencia un incremento en la participación de la denunciada en el mercado afectado (constituido por el mercado de usuarios libres que provienen del mercado regulado en el área de influencia de Ensa), desplazando a otros competidores, pese a que tenían precios mucho menores (Enel, Statkraft) o a un nivel equiparable (Kallpa) a los precios promedio de Ensa en el periodo evaluado.
242. Con relación a Atria, es importante tener presente que en el Informe de Clasificación de Apoyo y Asociados del año 2021⁹⁶ preparado para Atria, consta lo siguiente: *"se debe destacar que el cliente objetivo de la compañía, en la comercialización de energía, son los usuarios que consumen entre 0.2 y 2.5 MW, los cuales pueden optar por ser Usuarios Libres o Regulados"*. Lo antes indicado denota que Atria está especializada en el mercado afectado, lo cual explica que haya realizado mayores esfuerzos que el resto de los competidores para captar clientes del mercado regulado al mercado libre. Sin embargo, conforme se puede apreciar del desarrollo realizado previamente, durante el período investigado la denunciante tuvo una posición desventajosa y una restringida actuación competitiva en el mercado.

⁹⁶ Al respecto ver: <https://www.aai.com.pe/wp-content/uploads/2021/05/Atria1220.pdf>. Fecha de última visita: 3 de enero de 2022.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

243. La conducta discriminatoria de Ensa desvió la demanda a su favor pues, como se ha evaluado, esta conducta implicó que los clientes que optaban por dicha empresa en el mercado afectado, lograrían obtener su traslado inmediato a la condición de usuarios libre y acceder a precios más bajos en comparación con el mercado regulado, sin esperar al menos un año para efectuar tal migración. Esto, a diferencia de lo que sucedería con tales clientes en caso prefirieran contratar con otro suministrador (aun cuando varios de estos ofrecían precios promedio menores), en cuyo caso habrían tenido que esperar que transcurra el plazo de preaviso para beneficiarse con los precios del mercado libre.
244. De este modo, se observa que debido a la exoneración discriminatoria del plazo de preaviso muchos clientes optaron por permanecer con Ensa, representando una barrera estratégica dirigida a extender su posición de dominio en el mercado de clientes regulados al mercado de clientes libres en su área de influencia y que no podía ser replicada por el resto de los suministradores en el mercado afectado.
245. Por dichos motivos, la Sala considera que existe evidencia respecto de que la conducta de Ensa ha generado un efecto anticompetitivo (excluyente) en el mercado afectado.

III.3.4. Análisis de eficiencias (Regla de la razón)

246. De acuerdo con la metodología de análisis desarrollada previamente, una vez determinado el efecto excluyente de la práctica analizada, corresponde verificar si el agente imputado ha sustentado que esta conducta genera eficiencias y beneficios al consumidor, los cuales resulten mayores a la restricción generada a la competencia⁹⁷. Ello, pues las conductas de abuso de posición de dominio están sujetas a prohibición relativa⁹⁸.
247. Ahora bien, tal como se ha mencionado en el numeral anterior, las justificaciones brindadas por la empresa investigada deben ser fundadas en

⁹⁷ HOVENKAMP, Herbert. *The Rule of Reason*. En: *Florida Law Review*. Vol. 70, 2018. Página 103. Disponible en: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1392&context=flr>. Fecha de última visita: 3 de marzo de 2022.

⁹⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**
Artículo 9.- Prohibición relativa.
En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Artículo 10.- El abuso de posición de dominio.

(...)

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

(...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

beneficios producto de eficiencias⁹⁹. En consecuencia, otra clase de justificaciones no podrían ser consideradas en el análisis de ponderación propio de la regla de la razón.

248. En su recurso de apelación, Ensa formuló dos justificaciones a su conducta. La primera es que la exoneración del plazo de preaviso efectuada por la denunciada habría generado presión competitiva y ocasionó que los precios de las empresas competidoras disminuyan, beneficiando al consumidor.
249. Sin embargo, lo alegado por Ensa en este punto no resulta ser cierto. Conforme puede apreciarse en lo señalado por este Colegiado en el acápite referido al efecto exclusorio, los precios de sus principales competidoras no bajaron como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso realizado por Ensa, sino debido a la reducción de precios en el mercado *spot*.
250. Inclusive las empresas que tenían precios menores a Ensa, como Statfrakft, Enel y Huaura Power, dejaron de captar clientes en el mercado afectado por la conducta de la recurrente. Lo anterior muestra que la conducta imputada tuvo un efecto anticompetitivo que no puede sustentarse en esta primera justificación efectuada por la denunciada.
251. En segundo lugar, Ensa señaló que su conducta le permitía compensar las pérdidas que tuvo producto de la migración masiva de usuarios regulados al mercado libre, cautelando así los recursos que debían ser destinados a mejorar las redes de transmisión y distribución. Para sustentar ello, alegó que en virtud de los contratos celebrados con los generadores, no podía devolver la potencia contratada que ya no utilizaría para suministrar a los usuarios que migraron al mercado libre. Finalmente, la empresa denunciada indicó que contrariamente a lo evaluado por la Comisión, no podía renegociar los contratos con las generadoras.
252. Al respecto, este Colegiado advierte que la segunda justificación formulada por Ensa es de carácter financiero (compensar las pérdidas económicas que le habría causado la migración de clientes del mercado regulado), pero no muestra que la práctica analizada haya generado alguna eficiencia económica que derivara directamente en un beneficio al proceso competitivo y bienestar de los consumidores.

⁹⁹ La OECD, en su *Glosario de economía de la organización industrial y derecho de la competencia* señala que algunas restricciones en el mercado que -de manera inicial- pueden generar problemas a la competencia, podrían tener, luego de una examinación, beneficios que mejoran la eficiencia.

Al respecto, ver OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*. Página 78. Disponible en: https://www.concurrences.com/IMG/pdf/oeed_-_glossary_of_industrial_organisation_economics_and_competition_law.pdf?39924/e9f9a49f59fa42b7de2397532968788aa2855447 (fecha de consulta: 3 de marzo de 2022)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

253. A mayor abundamiento, es importante señalar que -ante la migración de determinados clientes regulados al mercado libre- Ensa pudo llevar a cabo otras alternativas que no sean la exoneración del plazo de preaviso, por ejemplo, hacer uso del 10% de acceso en el mercado de corto plazo. En este punto, es pertinente mencionar que el Reglamento del Mercado Mayorista¹⁰⁰ estableció a partir de 2018, que también podrán participar en el mercado de corto plazo¹⁰¹, como compradores, las distribuidoras eléctricas para atender la demanda de sus usuarios libres hasta por el 10% de la demanda.
254. Sin perjuicio de lo señalado por la denunciada en su apelación, en el Informe Económico adjunto a los alegatos finales de dicha empresa en segunda instancia, se reconoce la posibilidad de que Ensa propusiera a las generadoras renegociar una reducción de la potencia contratada para la atención a usuarios regulados. De esta manera, el referido mecanismo también podría mitigar los efectos de la migración de estos clientes¹⁰².
255. A mayor abundamiento, los posibles desbalances de la demanda de energía, conforme lo referido por Ensa, se producirían por el solo hecho de la migración de usuarios regulados al mercado libre, independientemente de si el usuario escogiera permanecer con el mismo suministrador u optase por cambiar. En tal sentido, resulta lógico entender que la exoneración del plazo de preaviso aceleraría este alegado desbalance en la demanda de energía para sus clientes regulados.
256. Finalmente, además de las alternativas expuestas referencialmente en los párrafos previos, lo cierto es que la migración de clientes regulados al mercado libre no es una contingencia extraordinaria para la empresa imputada. Por ende, correspondería a dicha distribuidora efectuar las evaluaciones previas ante situaciones de sobrecontratación, al momento de elaborar las bases de las licitaciones de suministro.
257. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, por sí misma, la mitigación de pérdidas no puede constituir una defensa atendible, si es que la empresa no prueba cómo sus acciones están vinculadas con el objetivo de obtener

¹⁰⁰ Aprobado mediante Decreto Supremo 026-2016-EM, que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2018.

¹⁰¹ En el mercado *spot* o de corto plazo, las empresas ofrecen y producen energía de acuerdo con las reglas del sistema de despacho centralizado operado por el Comité de Operación Económica (COES) del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional. En el mercado *spot* interactúan las empresas generadoras que tuvieran superávit (oferentes) y déficit (demandantes) de producción respecto de sus obligaciones contractuales. Con la entrada en vigencia del Reglamento del Mercado Mayorista también pueden participar como compradores las distribuidoras eléctricas para atender la demanda de sus usuarios libres hasta por 10% de la demanda, así como los Grandes Usuarios hasta el 10% de su máxima demanda.

¹⁰² En la página 20 del Informe Económico presentado por Ensa en su escrito de alegatos finales, se señala lo siguiente: "...que ENSA tuviera la posibilidad de renegociar con los generadores con los que mantenía contrato, la energía que adquirió para un cliente que luego cambió de condición, no implica que la práctica de exonerar el plazo de preaviso de 1 año, sea anticompetitiva".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

ganancias de eficiencia que puedan promover la competencia en el mercado. En ese sentido, corresponde desestimar este argumento.

258. Habiendo desvirtuado las dos justificaciones presentadas por Ensa, esta Sala aprecia que la conducta cuestionada no supera el análisis de eficiencias (regla de la razón) aplicable a las conductas de abuso de posición de dominio.

III.3.5. Conclusiones sobre el análisis de fondo

259. Siguiendo la metodología aplicable para el análisis de las conductas de abuso de posición de dominio (cuyo detalle puede encontrarse en el numeral 41 de la presente resolución) y la evaluación hecha en este pronunciamiento, la Sala aprecia lo siguiente:

- (i) Durante el período investigado (entre 2016 y 2019), Ensa ostentó posición de dominio en el mercado relevante, consistente en el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre mayor de 200 kW hasta 2 500 kW en su área de concesión.
- (ii) En dicho período, Ensa realizó una práctica discriminatoria (estableció condiciones desiguales para prestaciones equivalentes) entre los usuarios que migraban de condición de regulados a libres. Ello, pues dicha empresa exoneró del plazo de preaviso de un año a los clientes que optaban por mantenerla como suministradora, mientras que no aplicó la misma condición a quienes elegían contratar con otro suministrador. Esta práctica no es consecuencia de lo establecido en una disposición legal, sino que se trató de una conducta propia de Ensa por la cual restringió la competencia en el mercado afectado; es decir, en el mercado de clientes libres que anteriormente eran regulados dentro del área de concesión de Ensa.
- (iii) La práctica discriminatoria generó un efecto anticompetitivo en el mercado afectado, pues se verificó que diversas empresas competidoras que ofrecían precios menores a los ofertados por Ensa se retiraron de dicho mercado, mientras que la recurrente aumentó su participación.
- (iv) Finalmente, las justificaciones alegadas por Ensa: (i) no se encuentran sustentadas en criterios de eficiencia económica; y, (ii) se ha desvirtuado que la conducta de Ensa haya dinamizado el mercado generando una reducción de precios. Por tanto, no se supera el análisis de la regla de la razón.

260. Por todos los motivos expuestos, corresponde confirmar la Resolución Final de primera instancia en el extremo que halló responsable a Ensa por la realización



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, supuesto previsto en el literal b) del artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034.

III.4. Graduación de la sanción

261. Ensa ha efectuado diversos cuestionamientos con relación a la graduación de la sanción efectuada por la primera instancia y la determinación de la multa establecida en dicho pronunciamiento¹⁰³. Por lo tanto, en esta sección se desarrollarán los criterios aplicables para la graduación de la sanción y aquellos que fueron utilizados en el presente caso. Sobre dicha base, se evaluarán los argumentos presentados en apelación, para luego proceder a calcular la multa correspondiente.

III.4.1. Criterios para la graduación de la sanción

262. El artículo 44 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁰⁴ contiene una lista enunciativa de los criterios aplicables por la autoridad de competencia para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa correspondiente. Esta disposición legal establece que estos criterios son, entre otros, los siguientes:

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

¹⁰³ Ensa presentó sus alegatos respecto al cálculo de la multa en su escrito de apelación, en el cual adjuntó el Anexo 12-H que contiene el Informe Técnico Contable N° 001-2021-Ensa/T&A y también mediante el escrito de alegatos finales.

¹⁰⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-
La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:
(a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
(b) La probabilidad de detección de la infracción;
(c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
(d) La dimensión del mercado afectado;
(e) La cuota de mercado del infractor;
(f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
(g) La duración de la restricción de la competencia;
(h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
(i) La actuación procesal de la parte.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

- h) la reincidencia de las conductas prohibidas; o,
- i) la actuación procesal de la parte.

263. Asimismo, considerando las normas sancionatorias vigentes a la fecha del hecho infractor, el artículo 230.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, modificado por el Decreto Legislativo 1272¹⁰⁵ recoge el principio de razonabilidad. Por ende, la autoridad debe tomar en cuenta las circunstancias particulares vinculadas a la conducta infractora, con la finalidad de apreciar su real dimensión y motivar el incremento o la disminución de la sanción aplicable.
264. Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad resulta aplicable para la determinación de las sanciones en el marco de un procedimiento sancionador¹⁰⁶. Dicho principio constituye un *test* o canon de valoración para ponderar los actos de la Administración Pública que inciden sobre los derechos de los administrados¹⁰⁷. Esto último cobra especial relevancia en el ámbito sancionador, a fin de determinar si la intromisión estatal en la esfera de los administrados resulta o no excesiva.
265. Un mecanismo de sanciones tiene detrás un esquema de incentivos que le permite desempeñar un rol disuasivo¹⁰⁸. Desde la perspectiva del análisis económico, lo antes indicado opera influyendo en las decisiones de los agentes económicos pues genera que el beneficio ilícito esperado resulte menor que el beneficio que puede obtenerse de actividades legales¹⁰⁹, desalentando de este modo la realización de prácticas prohibidas.

III.4.2. Fórmula aplicable

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

¹⁰⁵ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. (MODIFICADA POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1272)

Artículo 230. Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

¹⁰⁶ Al respecto, ver la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0760-2004-AA/TC.

¹⁰⁷ MORON U., Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décimo cuarta Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2019, páginas 415 - 417.

¹⁰⁸ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, página 44.

¹⁰⁹ BECKER, G. "Crime and punishment: an economic approach". En: The Journal of Political Economy, Vol. 76, N° 2, Mar-Abr., 1968, The University. Chicago Press, páginas 169 - 217.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

267. El beneficio ilícito esperado está dado por la expectativa de ganancia derivada de la infracción y que, de actuar lícitamente, no se obtendría. Así, el beneficio esperado bajo la conducta infractora es igual a la suma de los beneficios ilícitos considerando un escenario en el cual el agente sea detectado (con probabilidad P_{det}) y otro en el cual no sea detectado (con probabilidad $1 - P_{det}$).
268. En tal sentido, a fin de que se cumpla la función disuasiva de la sanción a imponer, esta última debe conducir a que el beneficio ilícito esperado de cometer la infracción sea menor o igual al beneficio que se obtendría de manera lícita, tal como se indica a continuación:

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

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

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

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

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

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

Donde:

B^{IE} : Beneficio ilícito esperado

B^L : Beneficio que se obtendría de manera lícita

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

B_{Ext} : Beneficio extraordinario

P_{det} : Probabilidad de detección y sanción¹¹⁰

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

270. La Comisión sancionó a Ensa con una multa total de S/ 2,962,764.84 (dos millones novecientos sesenta y dos mil setecientos sesenta y cuatro con 84/100 soles) o 673.36 UIT¹¹¹.

¹¹⁰ En lo sucesivo, todas las referencias a la probabilidad de detección y sanción serán denominadas como "probabilidad de detección".

¹¹¹ El valor de la UIT para el año 2021, equivale a S/4,400.00.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

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

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

272. Para el presente caso, la Comisión consideró las ganancias que Ensa esperaba obtener al realizar la práctica anticompetitiva. Para ello, la primera instancia calculó las ganancias asociadas a las ventas de energía eléctrica que Ensa realizó producto de la exoneración del plazo de preaviso a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre dentro del área de concesión de la denunciada, en tanto mantuvieran a esta empresa como su suministrador, y que los demás suministradores no pudieron replicar¹¹².

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

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

Donde:

Ventas : Ventas de Ensa por el suministro de energía a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre (S/) desde el inicio hasta el término de su contrato.

Factor de exoneración: Igual a 57%, lo cual corresponde al porcentaje de usuarios que habrían establecido un contrato con Ensa debido al ofrecimiento de exoneración.

Mg_t : Promedio del margen de utilidad operativa de Ensa entre enero de 2016 y diciembre de 2019¹¹³.

P_{det} : Probabilidad de detección del 90%.

274. Luego la multa base obtenida a partir de la fórmula antes señalada, la Comisión decidió aplicar un atenuante del 10% por las siguientes razones: (i) Ensa habría reconocido la conducta material objeto de la conducta infractora imputada; (ii)

¹¹² Al respecto, en otros casos de conductas exclusorias, la Comisión ha señalado que se calcula el beneficio ilícito en base a las ganancias obtenidas por la empresa que desarrolla la práctica y que pudieron ser percibidas por la empresa excluida. Al respecto, consultar la Resolución 010-2013/CLC y la Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI.

¹¹³ De acuerdo con lo publicado en los Reportes trimestrales de Ensa, disponibles en: <https://www.fonafe.gob.pe/empresasdelacorporacion/electronorte>. Fecha de última visita: 3 de marzo de 2022.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

la referida empresa habría implementado medidas para evitar la reiteración de la infracción (un programa de cumplimiento); y, (iii) la conducta imputada se encuentra sujeta a un análisis de prohibición relativa.

III.4.4. Sobre el cálculo del beneficio extraordinario

A) Cuestionamiento sobre el cálculo de las ventas de Ensa

275. Respecto a este punto, Ensa en su escrito de apelación reiteró que por error reportó a Osinergmin información de precios que no corresponden a sus usuarios libres, por lo que solicitó a esta Sala utilizar los precios reales presentados ante esta instancia y sustentados en las facturas adjuntas a su escrito de apelación. Asimismo, alegó que la Comisión ha incluido ventas a usuarios a quienes no se les otorgó la exoneración y por tanto no podrían ser comprendidas como parte del presunto beneficio ilícito¹¹⁴.

276. Al respecto, la Comisión consideró el total de las ventas realizadas por Ensa a sus clientes pertenecientes al mercado afectado sobre los que se aplicó la conducta discriminatoria: usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre que migraron durante el periodo de investigación (entre enero de 2016 y diciembre 2019) y que fueron exonerados del plazo de preaviso. Asimismo, se observa que la Comisión tomó en cuenta únicamente las ventas realizadas a dichos clientes hasta diciembre de 2019.

277. Sobre el particular, como se ha detallado en secciones anteriores, esta Sala ha verificado que las ventas reales efectuadas por Ensa no fueron las reportadas inicialmente a Osinergmin, sino las ventas presentadas ante esta instancia y sustentadas en facturas¹¹⁵. En tal sentido, se tomará esta última información para determinar lo percibido indebidamente por dicha empresa¹¹⁶.

278. Por otro lado, Ensa adjuntó a su apelación una lista de 13 (trece) clientes que presentaron cartas de preaviso y a los cuales sostuvo que no les había aplicado la exoneración de plazo. Esta lista fue contrastada con la información de contratos publicados por Osinergmin y pudo corroborarse que Ensa aplicó la exoneración a 3 de las 13 empresas listadas¹¹⁷. En tal sentido, corresponde

¹¹⁴ Para tales efectos Ensa adjuntó un documento Excel con su propuesta de cálculo del beneficio ilícito (Anexo 12-G) y también presentó la lista de usuarios que no habrían sido exonerados del plazo de preaviso (Anexo 12-I).

¹¹⁵ Sobre el particular, se ha verificado que Ensa remitió la información corregida al Osinergmin y que esta ha sido incluida en las bases de datos publicadas por el regulador.

¹¹⁶ Como ha sido señalado anteriormente, se ha considerado la información de precios que figura en las facturas. En aquellos casos en los cuales la empresa no hubiese remitido facturas, se considerará la información corregida que fue remitida al Osinergmin.

¹¹⁷ Al respecto, ver Tabla 3 de la presente Resolución.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

retirar del cálculo a las ventas correspondientes a las 10 empresas restantes, a las cuales se verificó que no se aplicó la exoneración.

279. No obstante, es importante señalar que durante el periodo investigado (2016-2019) la práctica anticompetitiva consistió en la exoneración del plazo de preaviso a los clientes que antes eran regulados y que optaban por mantener a Ensa como su suministrador en el mercado libre, lo cual se materializaba en un contrato firmado entre las partes. Cabe señalar que estos nuevos usuarios debían permanecer en la condición de clientes libres por un mínimo de 3 años¹¹⁸.
280. En tal sentido, al revisar los contratos suscritos durante el periodo en el que se corroboró la conducta investigada, se aprecia que algunos de ellos tienen fechas de término posteriores a diciembre de 2019, llegando incluso hasta diciembre de 2023¹¹⁹.
281. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala observa que las ganancias que esperaba obtener Ensa por realizar la práctica anticompetitiva están asociadas con las ventas por el suministro de energía a los clientes que optaron por mantenerla como su suministradora de energía en el mercado libre al exonerarlas del plazo de preaviso. Dichas ventas corresponden a todo el periodo de vigencia de los contratos celebrados entre Ensa y los referidos clientes. Por lo anterior, la Sala considerará las ventas por suministro de energía a clientes exonerados del plazo de preaviso desde el inicio del contrato hasta su finalización, incluso si el vencimiento de los contratos es posterior a diciembre de 2019.
282. En este punto cabe reiterar que, de acuerdo con el literal a) del artículo 44 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la sanción aplicable se calcula en base al beneficio ilícito esperado o potencial, es decir, considerando el beneficio extraordinario que los agentes involucrados esperaban obtener al realizar la conducta anticompetitiva.
283. En aplicación de la referida disposición legal, la Sala ha señalado en anteriores pronunciamientos que la sanción se calcula en base al resultado que los

¹¹⁸ El marco normativo vigente no exige una duración mínima a los contratos de suministro de usuarios libres. Sin embargo, el Reglamento de usuarios libres exige a los usuarios regulados que cambian de condición a usuarios libres, que permanezca en esta condición por tres años como mínimo.

En el presente caso, se ha observado contratos que tienen una duración desde 14 meses hasta de 120 meses (por ejemplo, el cliente Makro Supermayorita S.A.). Sin embargo, la duración promedio de los 85 contratos que se suscribieron en el mercado afectado, durante este periodo, fue de 4 años.

¹¹⁹ Se observa que, de acuerdo con los informes mensuales del mercado libre publicados por el Osinergmin, el cliente libre Promotora y Servicios Lambayeque ha firmado un contrato con Ensa cuya vigencia inició el 1 de septiembre de 2019 y se extenderá hasta el 23 de diciembre de 2023.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000972
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

agentes infractores esperaban obtener de la conducta anticompetitiva y no necesariamente en base al ingreso efectivamente percibido¹²⁰.

284. El Poder Judicial también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación del beneficio ilícito esperado como criterio para graduar la sanción correspondiente a las conductas anticompetitivas. En el proceso contencioso administrativo en el que se evaluó la validez de la Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI¹²¹, la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de Lima, concluyó que es válido utilizar el beneficio ilícito esperado (potencial) para graduar la sanción imponible, como se observa a continuación¹²²:

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

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

285. Ahora bien, para determinar los beneficios esperados por Ensa como consecuencia de la conducta anticompetitiva, se empleará la mejor información disponible en el expediente. Esto es, la información real de ventas proporcionada por Ensa y, en caso no se cuente con información de ventas para algún periodo, se estimará dicha información a partir de las ventas con las que sí se cuenta.

¹²⁰ Al respecto, ver las Resoluciones 857-2014/SDC-INDECOPI del 15 de diciembre de 2014, 508-2017/SDC-INDECOPI del 22 de agosto de 2017, 068-2018/SDC-INDECOPI del 26 de marzo de 2018 y 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019.

¹²¹ Mediante la Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI del 15 de diciembre de 2014 se confirmó la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013, en el extremo que halló responsable y sancionó a Unión Andina de Cementos S.A.A.- Unacem, La Viga S.A., A. Berio y Cia. S.A.C., Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. y diecisiete personas naturales por negarse concertada e injustificadamente a vender cemento "Sol" (producido por Unacem) a aquellas ferreterías que comercializaran cemento "Quisqueya" (producido por Cemex Perú S.A.), con el fin de cerrar el acceso al canal ferretero a esta última empresa.

¹²² Esta sentencia tiene calidad de cosa juzgada debido a que mediante Casación N° 6600-2018 del 17 de julio de 2018, la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró improcedente el recurso de casación formulado en su contra.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

286. Ensa remitió información de ventas de suministro de energía a los usuarios libres hasta el mes de junio de 2021¹²³. En tal sentido, se utilizará información real de ventas hasta dicho mes, en el caso de aquellos clientes cuyo contrato transcurra entre enero de 2016 y junio de 2021.
287. Con relación a los clientes cuyo contrato con Ensa finalice luego de junio de 2021, se considerarán las ventas reales hasta dicho mes y año, mientras que para los meses posteriores se estimarán sus ventas hasta el término del contrato. A fin de estimar dichas ventas, se calculará el promedio de las ventas mensuales desde el inicio del contrato hasta junio de 2021¹²⁴ y se tendrá como supuesto que dicho promedio de ventas se mantendrá hasta el término del contrato¹²⁵.
288. Una vez realizados los cálculos y estimaciones antes señalados, se obtiene que las ventas totales esperadas de los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre durante el periodo investigado y que efectivamente fueron exonerados, empleando la información de precios correcta, ascienden a un total de S/ 41,716,492.04.

B) Cuestionamiento sobre el factor de exoneración aplicado

289. Sobre este punto, Ensa alegó que la Comisión consideró un factor de exoneración equivalente al 57%, en función a una aproximación que representaría el porcentaje de usuarios que fueron exonerados del plazo de preaviso y decidieron cambiar de suministrador luego de terminar su contrato con Ensa debido a la mencionada exoneración. Sin embargo, la recurrente (como se señaló en el numeral 223 del presente pronunciamiento) sostuvo que

¹²³ En su escrito de apelación, específicamente en el Anexo 12-D, Ensa remitió el reporte de los precios de potencia y energía en hora punta y fuera de punta que han sido aplicados en la facturación a sus clientes libres desde enero 2016 a junio del 2021. En dicho reporte se identifica el monto mensual facturado por venta de energía y potencia a cada cliente libre durante este periodo.

¹²⁴ Se considera pertinente tomar el promedio mensual de ventas de energía y potencia desde el inicio del contrato hasta la fecha que se reportó información (junio del 2021). Esto, con la intención de que dicho promedio de ventas estimado capture el comportamiento estacional y el consumo particular de cada cliente, lo cual incide en el nivel de ventas efectuado por parte de Ensa.

¹²⁵ Por ejemplo, el cliente Allus Spain S.L. Sucursal del Perú tiene un contrato firmado con Ensa desde el 1 de febrero de 2018 al 31 de diciembre de 2022 (59 meses), por lo que dicho contrato finaliza luego de junio de 2021.

De acuerdo con lo indicado, las ventas por energía y potencia reportados por Ensa a dicho cliente entre febrero 2018 y junio 2021 ascienden a S/ 724,560.59, con lo cual, el promedio de ventas mensual asciende a S/ 17,672.21 soles durante los 41 primeros meses del contrato.

Siendo así, se asignará un valor de ventas mensuales estimadas de S/ 17,672.21 entre julio de 2021 y diciembre de 2022 (18 meses), de manera que, las ventas acumuladas esperadas durante dicho periodo equivaldrían a S/ 318,099.77.

En suma, las ventas totales por energía y potencia para Allus Spain S.L. Sucursal del Perú desde el inicio de su contrato hasta su finalización se estiman en S/ 1,042,660.36.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

- dicho porcentaje incluye a dos empresas que no fueron exoneradas del plazo de preaviso, por lo que no podrían formar parte del factor de exoneración. Al excluir a dichas empresas, la recurrente afirma que dicho porcentaje asciende a 40% y no a 57%.
290. De los contratos celebrados durante el periodo investigado (2016-2019), entre julio de 2019 y abril de 2021 finalizaron ocho (8) de estos contratos suscritos entre Ensa y sus clientes libres con una demanda entre 200 kW y 2500 kW provenientes del mercado regulado.
291. Sin embargo, uno de estos contratos corresponde a una empresa que desapareció del mercado afectado (Empresa Agroindustrial Pomalca S.A.C.). Asimismo, como se ha desarrollado en el numeral 224 efectivamente, la Comisión incluyó a dos empresas (Procesadora Comercializadora Montenegro S.A.C. y El Águila S.R.L.) a las que no se les habría aplicado el factor de exoneración, conforme se verifica en las cartas de preaviso que obran en el expediente. En tal sentido, estos tres clientes deben ser excluidos del cálculo del factor de exoneración.
292. Finalmente, dos contratos corresponden a empresas que posteriormente decidieron no renovar con Ensa y contratar con Atria (Latercer S.A.C. y Gandules Inc. S.A.C.), mientras que tres contratos corresponden a empresas que renovaron con Ensa (Quicornac S.A.C., Empresa Agroindustrial Cayalti S.A.A. y la Sociedad Indivisa de Jorge Alejandro Galvez Asurza). Por lo tanto, el factor de exoneración para la determinación de la sanción sería de 40% (lo que es igual a 2 entre 5).
293. Cabe resaltar que este porcentaje busca aproximar la proporción de clientes que solo habrían contratado con Ensa a causa de la exoneración de plazo de preaviso, lo cual explicaría el por qué estas empresas cambiaron de suministrador al culminar su contrato.
294. Ahora bien, la Sala aprecia que esta evaluación se realiza en base a una muestra muy pequeña que, con la corrección realizada en esta instancia, asciende a un total de solo 5 empresas (retirando a dos empresas a las que no se aplicó la exoneración y a la empresa que salió del mercado). Ello se debe a que son pocas las empresas que habían culminado su contrato hasta la fecha considerada por la Comisión.
295. Por ende, en la medida que vayan culminando los contratos de más empresas, cada cliente que decida no renovar con Ensa podría generar un relevante incremento del porcentaje antes indicado. Del mismo modo, es importante considerar que: (i) existen clientes que deciden permanecer con su actual suministrador por inercia y no necesariamente porque consideraron desde un inicio que era la mejor opción; y, (ii) Ensa ofreció precios menores a los clientes



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

que decidieron renovar con dicha empresa, por lo que su permanencia podría haber sido influenciada por la referida disminución de precios.

296. Por lo expuesto, para efectos del cálculo de la multa, el porcentaje considerado del 40% representará un escenario conservador, pues podría existir un porcentaje superior del total de empresas que eligieron a Ensa que optaron por esta empresa debido a la exoneración del plazo de preaviso¹²⁶.

C) Cuestionamiento sobre el margen operativo empleado

297. Ensa alegó que el margen operativo empleado por la primera instancia de 14% sería incorrecto, pues debió considerarse el margen operativo consignado en los estados financieros auditados de dicha empresa, tal como se indica en el Informe Técnico Contable N° 001-2021-Ensa/T&A.

298. En la Resolución Final, la Comisión señaló que el margen de utilidad busca aproximar las ganancias que Ensa habría obtenido por las ventas de energía eléctrica a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuarios libres.

299. Con relación a este punto, es importante señalar que la Sala coincide con la Comisión sobre la importancia del margen de utilidad para el cálculo de la sanción aplicable.

300. Por ejemplo, en un caso de colusión de precios, lo ilícitamente esperado por el agente económico infractor se puede estimar mediante el diferencial de precios (precio colusorio menos precio competitivo) por la cantidad de ventas. Sin embargo, en el presente caso consistente en un abuso de posición de dominio relativo a la aplicación de condiciones desiguales (exoneración del plazo de preaviso) para captar a los nuevos clientes libres, el beneficio percibido no radica precisamente en una diferencia cuantitativa de precios, sino en el hecho de que estos nuevos usuarios libres (que antes eran regulados) se mantengan con dicha empresa por el periodo de duración de los respectivos contratos.

301. Por tanto, luego de establecer las ventas esperadas como consecuencia de la conducta anticompetitiva, resulta pertinente aplicar el margen operativo correspondiente a estos ingresos y así estimar las ganancias que Ensa esperaba obtener ilícitamente.

¹²⁶

En particular, en el análisis de efectos de la conducta, esta Sala verificó que Ensa habría exonerado del plazo de preaviso al 77% de los clientes que contrataron a Ensa como su suministrador al pasar del mercado regulado al mercado libre. Siendo así, el factor de exoneración, esto es, el porcentaje de usuarios para los que fue relevante la referida exoneración al contratar con Ensa, podría incrementarse:

Sin embargo, a fin de calcular la sanción imponible, la Sala considerará -de manera conservadora- un factor de afectación del 40%, tomando en cuenta la información de los contratos vencidos entre julio de 2019 y abril de 2021, de forma similar a lo estimado por la primera instancia.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

302. Cabe señalar que el uso de margen operativo ya ha sido considerado por la Sala en el año 2014, en un caso de prácticas colusorias verticales en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra (Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI).

303. Para la determinación del margen de utilidad, esta Sala considera idóneo el uso de la información contenida en los estados financieros auditados, adjuntados por Ensa en su escrito de apelación. En función a dicha información, el margen de utilidad operativa se calcula con la siguiente fórmula aritmética:

$$Mg = \frac{\text{Utilidad operativa del periodo}}{\text{Ingresos totales de las ventas}}$$

304. Siendo así, se puede obtener en promedio un margen operativo de 12.15% (entre los años 2016 y 2019).

305. Por otra parte, Ensa en su escrito de alegatos finales señaló que se debe utilizar el margen de utilidad neta, en la medida que este indicador considera el pago de impuesto a la renta, a diferencia del margen de utilidad operativa. A decir de la recurrente, lo contrario implicaría sobreestimar el beneficio ilícito que habría obtenido.

306. En primer lugar, lo señalado por Ensa sería contradictorio con el argumento anterior donde solicita el uso de margen operativo contenido en sus estados financieros auditados.

307. Asimismo, esta Sala coincide con la Comisión al utilizar el margen de utilidad operativa, pues no resulta apropiado incluir factores financieros o tributarios para el cálculo de la multa a imponer. Sostener lo contrario implicaría que el cálculo de la multa se equipare a lo efectivamente percibido por el infractor, luego de aplicado el impuesto a la renta, lo cual resulta ajeno a los procedimientos en materia de defensa de la libre competencia, en donde se debe considerar el factor de beneficio ilícito esperado por el agente infractor. A mayor abundamiento, aspectos tales como la carga tributaria de Ensa, resultan claramente ajenos a la conducta investigada pues el monto a pagar por concepto de impuesto a la renta se ve influenciada por factores tan diversos como: aspectos contables de la empresa, aplicación de normas tributarias que pueden tener incidencia en la base imponible, la existencia de beneficios tributarios o, inclusive, la implementación de herramientas de ingeniería fiscal por parte de la empresa investigada.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

308. Por ello, la Sala ha descartado descontar el Impuesto a la Renta al calcular el beneficio ilícito en anteriores pronunciamientos¹²⁷.
309. En esa línea, el principio de razonabilidad anteriormente citado, demanda que la conducta infractora no resulte más beneficiosa que la sanción a imponer, de manera que la multa debe ser igual o mayor al beneficio esperado de dicha conducta, lo cual justifica el uso del margen de utilidad operativa. Siendo así, corresponde desestimar lo alegado por Ensa sobre este extremo.

III.4.5. Sobre la probabilidad de detección

310. Ensa en su escrito de apelación y de alegatos finales señaló que la Comisión debió considerar una probabilidad de detección de 100%, por las siguientes razones:

- El sector eléctrico es uno de los sectores económicos más regulados del país.
- En este sector toda información es pública.
- Existe transparencia en la información, pues incluso existen precios promedios procesados por Osinergmin
- Ensa ha coadyuvado al desarrollo del procedimiento sancionador y no ha ocultado información sobre la conducta cuestionada.

311. Sobre este punto, la primera instancia efectivamente consideró dichas características para determinar la probabilidad de detección del presente caso, asignándole una probabilidad de detección del 90%.

312. Al respecto, el documento de trabajo elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi (en adelante Documento de Trabajo de la GEE), presenta una aproximación a la probabilidad de detección para los casos de prácticas anticompetitivas más frecuentes, en función a la información obtenida de una encuesta a profesionales de la Secretaría Técnica y miembros de la Comisión¹²⁸.

¹²⁷ Esto ha sido indicado por la Sala en anteriores resoluciones: Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI (cementos) y Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI (GLP envasado).

¹²⁸ DOCUMENTO DE TRABAJO N° 01-2012/GEE. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA DETERMINACIÓN DE MULTAS EN EL INDECOPI.

(...)

2.2. ¿Cómo estimar la probabilidad de detección y sanción?

(...)

Con el objetivo de obtener una primera aproximación a las probabilidades de detección de las infracciones a la normativa que vigila el Indecopi, se efectuaron encuestas a las Secretarías Técnicas y Comisiones de primera instancia así como a los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos, tanto de la Sede Central como de las oficinas regionales del Indecopi, respecto a la probabilidad de detección de las conductas infractoras más frecuentes. Los resultados se presentan en los Cuadros 2 a 8.

(...)"

(Énfasis y subrayado agregados)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

313. Este estudio sugiere un intervalo de probabilidad del 73% al 90% para los casos de abuso de posición de dominio. Por lo tanto, la probabilidad estimada por la primera instancia se encuentra dentro del rango establecido por el Documento de Trabajo de la GEE, cuyos resultados derivan de un estudio realizado mediante una metodología válida (evaluación estadística sobre la base del juicio prudencial de expertos)¹²⁹, lo cual puede brindar resultados atendibles, siempre que las fuentes recurridas sean representativas en relación con el asunto analizado.
314. Tomando en cuenta que la conducta investigada en el presente caso se llevó a cabo en un mercado altamente regulado, que existió información relevante disponible de forma pública (contratos de suministro y precios en los mercados examinados), que Ensa no realizó acciones para ocultar el trato diferenciado materia de evaluación y que el procedimiento se inició por una denuncia de parte; la Sala considera que al presente caso le corresponde la probabilidad de detección más alta prevista en el Documento de Trabajo de la GEE para este tipo de conductas (90%), de manera coincidente con la primera instancia.
315. Ahora bien, la Sala considera que en el presente caso no corresponde establecer la probabilidad de detección en 100% como solicita la recurrente, pues:
- Si bien existió información pública relevante, no toda la información relacionada con la conducta se encontraba en fuentes públicas. Por consiguiente, la Secretaría Técnica de la Comisión tuvo que realizar ciertas actuaciones para identificar la conducta investigada y analizar sus efectos en el mercado, tales como requerimientos de información (respecto a precios, información comercial, contratos de suministro, entre otros), así como entrevistas¹³⁰.
 - En este caso, la evaluación del carácter anticompetitivo de la conducta es resultado de un análisis jurídico-económico de sus efectos exclusorios y sus eventuales eficiencias, lo que conlleva a que su detección requiera necesariamente de exámenes y actuaciones posteriores de la autoridad.
 - A mayor abundamiento, resulta conveniente anotar que esta conducta se llevó a cabo en el mercado durante aproximadamente dos años antes de ser denunciada por uno de los competidores de Ensa.

¹²⁹ MORALES VALLEJO, Pedro, *Tamaño necesario de una muestra: ¿cuántos sujetos necesitamos?*, Universidad Pontificia Comillas, Diciembre, 2012, España, página 3. Disponible en: <https://web.upcomillas.es/personal/peter/investigacion/Tama%foMuestra.pdf>. Fecha de última visita: 3 de marzo de 2022.

¹³⁰ Por ejemplo, la Secretaría Técnica de la Comisión realizó entrevistas a funcionarios de Ensa, Molinera del Centro S.C.R.L y Comercial Molinera San Luis S.A.C.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

316. En ese sentido, la Sala considera que la probabilidad determinada por la Comisión es correcta, por lo que se desestima lo alegado por Ensa en este extremo.

III.4.6. Cálculo de la multa aplicable en el presente caso

317. Considerando lo expuesto respecto a los alegatos de apelación, este Colegiado procederá a calcular la multa que correspondería a la recurrente.

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

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

Donde:

Ventas : Ventas de Ensa por el suministro de energía a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre (S/) desde el inicio hasta el término de su contrato.

Factor de exoneración: Igual a 40% y corresponde al porcentaje de usuarios que habrían establecido un contrato con Ensa debido al ofrecimiento de exoneración del plazo de preaviso.

Mg_t : Promedio del margen de utilidad operativa de Ensa entre enero de 2016 y diciembre de 2019.

P_{det} : Probabilidad de detección del 90%.

319. Conforme a lo desarrollado anteriormente, el beneficio ilícito extraordinario en el presente caso es igual a:

Tabla XX
Beneficio ilícito extraordinario

Ventas (S/ miles)	Factor de exoneración	Margen Operativo	Factor de Ajuste por IPC	Multa Base (S/ miles)
41,716.49	40%	12.15%	1.0417	2,111.51

Fuente: Información presentada por Ensa y Reportes estadísticos de Osinergmin
Elaboración: ST-SDC



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

320. En ese sentido, la multa base es de **S/ 2,111,513.02** (dos millones ciento once mil quinientos trece con 02/100 soles).
321. Asimismo, como se indicó en el numeral 314, la probabilidad de detección correspondiente en el presente caso es de 90%. En ese sentido, dividiendo el beneficio ilícito extraordinario (B_{ext}) entre la probabilidad de detección (P_{det}), se obtiene que la multa aplicable a Ensa por la ejecución de la práctica anticompetitiva sería de **S/ 2,346,125.58** (dos millones trescientos cuarenta y seis mil ciento veinticinco con 58/100 soles) o **533.21 UIT**¹³¹.
322. A continuación, se debe considerar la gravedad de la conducta sancionada, a efectos de corroborar que las multas calculadas no superen los límites establecidos en el artículo 43.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
323. Sobre el particular, la Sala coincide con la Comisión en que la conducta anticompetitiva cometida por Ensa es grave, en atención a los siguientes criterios: (i) la cuota de mercado del infractor es equivalente al 100% del mercado relevante, considerando las características del segmento de usuarios regulados que migran a la categoría de libres en el área de concesión de la empresa denunciada; (ii) el alcance de la restricción a la competencia, pues la conducta habría involucrado a una parte significativa del mercado afectado, en la medida que el 77% de los clientes que suscribieron contratos con Ensa en el mercado libre (provenientes del segmento de usuarios regulados) fueron exonerados del plazo de preaviso; y, (iii) la conducta afectó el mercado de los nuevos usuarios libres que antes eran regulados, pero no se extendió a otros segmentos de usuarios libres en el área de concesión de Ensa (pues no les resultaba aplicable el plazo de preaviso objeto de diferenciación)
324. Considerando ello, la información que obra en el expediente permite afirmar que la multa determinada por la Sala no supera el límite legal del 10%¹³² de los

¹³¹ Considerando que el valor de la UIT fue S/4 400 al año 2021 (año de emisión de la resolución objeto de impugnación en esta instancia).

¹³² **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

Artículo 43.- El monto de las multas

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

ingresos brutos de Ensa durante el ejercicio económico correspondiente a 2020¹³³.

325. Finalmente, esta Sala observa que la Comisión redujo la multa base en un 10% al considerar como atenuantes los siguientes factores: (i) Ensa habría reconocido la aplicación de un trato diferenciado (conducta analizada); (ii) Ensa habría cesado la conducta, emprendiendo medidas para evitar la reiteración de la infracción; y, (iii) la conducta analizada corresponde a una infracción sujeta a la prohibición relativa.
326. Con relación al primer factor atenuante señalado por la Comisión, la Sala aprecia que el literal a) del artículo 236-A.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹³⁴ señala que el atenuante opera únicamente cuando el agente imputado reconoce, de manera expresa, haber cometido la infracción objeto de análisis. En la misma línea, el artículo 26-A de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹³⁵ señala que procede una reducción de la multa aplicable cuando, dentro del plazo para presentar descargos, el agente investigado reconoce la comisión de las infracciones contenidas en la imputación de cargos de la Secretaría Técnica.
327. Sin embargo, en el presente caso la Sala aprecia que, si bien Ensa admitió haber exonerado del plazo de preaviso a los clientes regulados que migraban al mercado libre y mantenían a dicha empresa como su suministradora, la recurrente no ha reconocido que esta conducta constituya la infracción imputada en el presente caso (aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes) e inclusive ha apelado la decisión de la Comisión a fin de sustentar que no tendría responsabilidad administrativa, pues -a su criterio- la actuación realizada no fue anticompetitiva.

¹³³ De acuerdo con la evaluación presupuestal y financiera de Ensa en el año 2020, publicados en la página web del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), sus ingresos por actividades ordinarias fueron de S/ 396,648,705.

Al respecto, consultar <https://www.fonafe.gob.pe/empresasdelacorporacion/electronorte>. Fecha última visita: 3 de enero de 2022.

¹³⁴ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 236-A. Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones.

(...)

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

(...)

¹³⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

Artículo 26-A. Reconocimiento.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, dentro del plazo para presentar descargos, cualquier agente económico investigado podrá reconocer la comisión de una o más infracciones contenidas en la imputación de cargos de la Secretaría Técnica. En este caso, la multa que hubiese resultado aplicable será reducida hasta en un quince por ciento (15%) en lo que corresponde a las infracciones reconocidas. Dicho beneficio se perderá si el imputado impugna la decisión de la Comisión en lo que corresponde a la determinación de responsabilidad.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

328. En consecuencia, no se constata la concurrencia de un reconocimiento expreso que califique como un atenuante de la sanción correspondiente a Ensa.
329. De otro lado, en cuanto al segundo factor atenuante aplicado por la primera instancia, la Sala observa que el cese de la conducta infractora no se encuentra recogido como un atenuante de la infracción en la Ley del Procedimiento Administrativo General ni en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
330. Respecto a la adopción de medidas para evitar la reiteración de la infracción (como la implementación de un programa de cumplimiento), cabe indicar que, de acuerdo con la Guía del Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia, el agente que invoque este atenuante debe acreditar haber contado con un programa efectivo de al momento de la realización de la infracción¹³⁶. Sin embargo, en el presente caso se advierte que la adopción del programa de cumplimiento por parte de Ensa fue realizada inclusive de manera posterior a la imputación de cargos de la Comisión.
331. Por tanto, la Sala considera que la implementación de un programa de cumplimiento, con motivo del inicio de un procedimiento sancionador vinculado a una conducta anticompetitiva consumada, no constituye una causal que atenúe la responsabilidad administrativa del respectivo agente económico con relación a la infracción cometida.
332. Con relación al tercer factor atenuante aplicado por la Comisión, corresponde indicar que el hecho de que la conducta se encuentre sujeta a una prohibición relativa no es un elemento que implique una menor responsabilidad por parte del agente económico infractor; sino que se trata básicamente de la regla de evaluación legalmente asignada a esta clase de comportamientos unilaterales. En consecuencia, dicha característica -por sí misma- no justifica una disminución de la multa base, la cual ha sido estimada en función al beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección correspondientes a este caso en específico.
333. Por lo expuesto previamente, no se aplicará el factor atenuante del 10% en el presente caso.

136

Al respecto, ver el "Flujograma para analizar la implementación de un Programa de Cumplimiento como posible atenuante de la multa" consignado en el Anexo D de la Guía del Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4663202/Gu%C3%ADa+de+Programas+de+Cumplimiento+de+las+Normas+de+Libre+Competencia/> (fecha de consulta: 3 de marzo de 2022)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

334. De esta manera, la multa imponible a Ensa por la ejecución de la práctica anticompetitiva sería de **S/ 2,346,125.58** (dos millones trescientos cuarenta y seis mil ciento veinticinco con 58/100 soles) o **533.21 UIT**.
335. Por los motivos expuestos, corresponde modificar la Resolución Final que impuso a Ensa una multa de 673.36 UIT y, en consecuencia, sancionar a dicha empresa con una multa ascendente a 533.21 UIT.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI del 9 de julio de 2021, en el extremo que halló responsable a la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. por la realización de un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en su área de concesión con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres; en específico, por exonerar del plazo de 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, entre los años 2016 y 2019. Esta conducta se encuentra tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

SEGUNDO: modificar la Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI del 9 de julio de 2021 en el extremo que sancionó a la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S. A. con una multa de seiscientos setenta y tres y 36/100 (673.36) Unidades Impositivas Tributarias; y, reformando dicho extremo, se impone una multa de quinientos treinta y tres y 21/100 (533.21) Unidades Impositivas Tributarias.

TERCERO: requerir Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S. A. el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS¹³⁷, precisándose además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley.

¹³⁷

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS

Artículo 205.- Ejecución forzosa

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

(...)



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

Con la intervención de los señores vocales Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, José Francisco Martín Perla Anaya, Roxana Irma María Barrantes Cáceres y Sylvia Teresa Bazán Leigh de Ferrari.



Firmado digitalmente por MARTINELLI MONTOYA Ana Rosa Cristina FAU 20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 06.04.2022 14:54:20 -05:00

ANA ROSA CRISTINA MARTINELLI MONTOYA
Vocal



Firmado digitalmente por: PERLA ANAYA Jose Francisco Martín FAU 20133840533 soft
Fecha: 08/04/2022 09:55:18-0500

JOSÉ FRANCISCO MARTÍN PERLA ANAYA
Vocal



Firmado digitalmente por BARRANTES CACERES Roxana Maria Irma FAU 20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 06.04.2022 18:32:33 -05:00

ROXANA IRMA MARÍA BARRANTES CÁCERES
Vocal



Firmado digitalmente por BAZAN LEIGH Sylvia Teresa FAU 20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 08.04.2022 14:47:36 -05:00

SYLVIA TERESA BAZÁN LEIGH DE FERRARI
Vocal

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

Anexo 1

Procedimiento de cálculo del precio y consumo de energía de los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuario libre en el área de concesión de Ensa entre enero de 2016 y diciembre de 2019

Para calcular el precio y consumo de energía de todos los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuarios libres en el área de concesión de Ensa, se ha tomado como base la metodología empleada por la Comisión, considerando algunos ajustes dada la nueva información proporcionada por Ensa en esta instancia.

Para este fin, se ha empleado la mejor información disponible en el expediente y de fuentes públicas, según sea el caso. Ello incluye lo siguiente: (i) la información proporcionada por Ensa, ubicada en el archivo Excel "Formato5_Corregido_2016_2021Jun.xls" que contiene la información de precios aplicados y consumos facturados a sus clientes libres, sustentado con las respectivas facturas; y, (ii) la información publicada por el Osinergmin en los Reportes estadísticos mensuales del mercado libre de electricidad, específicamente, los Reportes publicados entre marzo de 2016 y febrero de 2020¹³⁸ que contienen la información de precios y consumos para el periodo de enero de 2016 a diciembre de 2019¹³⁹.

Cabe precisar que dentro de los reportes estadísticos mensuales figura información sobre los consumos de potencia, de energía en hora punta y fuera de punta en la barra de generación y de consumo, y sobre los precios de la potencia y de la energía en hora punta y fuera de punta en la barra de generación. Para el análisis se consideró solo la información de los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuarios libres en el área de concesión de Ensa, los que fueron reportados por Ensa en su escrito del 16 de diciembre de 2019.

Específicamente, al igual que la primera instancia, la Sala consideró la información de los usuarios listados en el siguiente cuadro, que corresponden a todas las empresas que pertenecen al mercado afectado (sea que hayan optado por contratar con Ensa o con otros suministradores).

¹³⁸ Los Reportes se encuentran disponibles en la página web del Osinergmin, en la siguiente ruta <https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/regulacion-tarifaria/publicaciones/regulacion-tarifaria>. Fecha de última visita 3 de marzo de 2022. Dentro de dicha ruta, los Reportes se encuentran en la carpeta de Publicaciones/Informes Mensuales/Mercado Libre de Electricidad.

¹³⁹ Cabe señalar que dichos Reportes poseen un retraso de dos meses en la información que presentan.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

Número de Suministro*	Denominación Social	Código Osinergmin	Potencia contratada**
25820885	Nicoll Perú S.A.	CL0754	1000
25969783	El Águila S.R.L.	CL0868	484
25840224	Procom SAC	CL0870	1000
35471447	Cencosud Retail Perú S.A.	CL0941	300
26457805	Cencosud Retail Perú S.A.	CL0942	525
25884022	Supermercados Peruanos S.A	CL1028	890
25814805	Real Plaza S.R.L.	CL1048	750
25814814	Real Plaza S.R.L.	CL1049	750
35628625	Real Plaza S.R.L.	CL1050	1000
35984916	Real Plaza S.R.L.	CL1051	1000
25812097	Cineplex S.A.	CL1083	420
25928790	Gandules Inc. S.A.C.	CL1149	800
27151022	Latercer S.A.C	CL1235	380
26302445	Tiendas por Departamento Ripley S.A.	CL1276	900
25812210	Saga Falabella S.A.	CL1324	999
25886653	Sodimac Perú S.A.	CL1335	950
36462827	Sodimac Perú S.A.	CL1336	428
25888353	Open Plaza S.A.	CL1414	390
25888362	Hipermercados Tottus S.A.	CL1437	600
25734796	Hipermercados Tottus S.A.	CL1438	218
26444594	Makro Supermayorista S.A.	CL1446	320
25983405	Sucesión Indivisa de Jorge Alejandro Gálvez Asurza	CL1478	366,4
25623394	Agroindustrias AIB S.A.	CL1490	1350
25897218	Empresa Agroindustrial Pomalca S.A.A.	CL1646	1000
25733350	Quicornac S.A.C.	CL1698	750
25853385	Empresa Agroindustrial Cayalti S.A.A.	CL1739	550
35470065	Complejo Agroindustrial Beta S.A.	CL1787	1000
25947795	Complejo Agroindustrial Beta S.A.	CL1788	761
36450432	Complejo Agroindustrial Beta S.A.	CL1789	300
27512465	Molino Chiclayo S.A.C.	CL1813	250
36005284	Molino Chiclayo S.A.C.	CL1814	550
27512456	Molino Don Julio S.A.C.	CL1815	200
27511403	Compañía Agroindustrial Santa Ana S.A.C.	CL1816	400
36453532	Atlántica S.R.L.	CL1829	1350
25951288	Frutos Tongorrape S.A.	CL1869	544
25904724	Procesadora Perú S.A.C.	CL1870	528
35950177	Tropical Farm S.A.C.	CL1871	2000
25751474	Industria Arrocería de América S.A.C.	CL1885	520
25876773	Cerámicos Lambayeque S.A.C.	CL1887	600
36000170	Universidad Tecnológica del Perú S.A.C.	CL1894	1500
27512492	Molinos San Jorge S.A.C.	CL1895	650
36717837	Allus Spain S.L. Sucursal del Perú	CL1896	700
27512572	Comercial Molinera San Luis S.A.C.	CL1901	493
27512330	Servicio de Granos y Maquila S.A.	CL1928	355
37883556	Servicio de Granos y Maquila S.A.	CL1929	400
25829110	Agrícola Cerro Prieto S.A.	CL1930	1200
35891595	Servicio Agrícola Latino S.A.C.	CL1963	240
27512680	Corporación Sarita Colonia S.A.C	CL1964	431
25859997	Redigal S.A.C.	CL1965	200
36354131	Grupo Molinero Contreras Astorayme S.A.C.	CL1966	388
26382295	Inversiones Mocce S.A.	CL2015	850
26302113	Plantaciones del Sol S.A.C	CL2044	1553
27512750	Lizaida Santa Cruz Villarreal	CL2045	300
25632938	Molinera Tropical del Norte S.A.C. ***	CL2049	983

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI****TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

Número de Suministro*	Denominación Social	Código Osinergmin	Potencia contratada**
27512643	Compañía Molinera del Pacífico S.R.L.	CL2086	480
25752631	Luis Castillo Gonzales	CL2087	450
27512699	Molino Los Ángeles S.R.L.	CL2092	550
25595173	Telefónica del Perú S.A.A.	CL2119	256
26411145	Jayanca Fruits S.A.C.	CL2132	1200
36821479	Molinera Angie S.A.C.	CL2133	340
27512554	Molino San Nicolás S.R.L.	CL2168	304
26461147	Minera Troy S.A.C.	CL2170	220
25650749	Molino San Fernando S.R.L.	CL2171	582
36439990	Ajeper S.A.	CL2174	600
26248968	Perales Huancaruna S.A.C.	CL2203	468
25597089	Nessus Hoteles Perú S.A.	CL2218	350
37243010	Envases San Nicolás S.A.C.	CL2235	900
26376995	Empresa Molinera Sudamérica S.A.C.	CL2236	420
25626420	Molinera del Centro S.C.R.L.	CL2239	270
27512509	Molinos & CIA Sempër S.A.C.	CL2245	95
25647298	Molinos Escaly S.R.L.	CL2263	270
27512714	El Molino del Agricultor S.A.C	CL2330	300
35683298	Mi Cautivo de Ayabaca S.A.C.	CL2343	500
25930653	Procesadora & Comercializadora Delgado S.A.C	CL2394	500
26403831	Consorcio Hatun Sol S.A.C.	CL2425	500
25752319	Empresa Molinera del Perú S.A.C.	CL2437	120
27512474	Agronegocios San Fabri S.A.C	CL2463	321
25596626	Grupo La República Publicaciones S.A.	CL2508	639
35519442	María Paulina Samamé Chuque	CL2509	430
25744943	Molino El Lirio S.A.C.	CL2536	550
37826498	Vimalca E.I.R.L.	CL2550	400
25762431	Proserlam	CL2562	480
25648992	Empresa Azucarera del Norte S.A.C.	CL2598	999
26371200	G & B Molinos S.A.C.	CL2599	160
25824614	Compañía Molinera San Cristóbal S.A.C.	CL2653	80

* Corresponde al número de suministro de aquellos usuarios regulados que cambiaron de condición a usuario libre, de acuerdo con la información proporcionada por Ensa.

** Corresponde al valor de la potencia contratada declarada por Ensa.

*** De acuerdo con la información proporcionada por Ensa, este usuario tiene dos números de suministro, el 25632938 y el 36385719. Sin embargo, en los registros del Osinergmin solo se tiene registro de un usuario.

Fuente: Información proporcionada por Ensa en su escrito de descargos y alegatos.

Ahora bien, teniendo como fuente de información la base proporcionada por Ensa y los Reportes estadísticos mensuales del mercado libre de electricidad del Osinergmin, se ha procedido a realizar un tratamiento previo a ciertas inconsistencias encontradas en ambas bases de datos.

Tratamiento de la información de precios de Ensa

La información proporcionada por Ensa a esta Sala ubicada en el archivo Excel "Formato5_Corregido_2016_2021Jun.xls" contiene los precios aplicados y consumos facturados a sus clientes libres, sustentados con las respectivas facturas. Al respecto, se tiene información mensual de los 44 clientes libres que antes eran



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000980
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

regulados y eligieron a Ensa como su suministrador y se cuenta con un total de 906 datos¹⁴⁰.

En el caso de 228 datos, Ensa no ha adjuntado facturas de sustento (25.16% del total), por lo que se ha tomado como información válida lo reportado a Osinergmin a través del mencionado archivo Excel.

En aquellos casos donde existen facturas, se realizó la constatación de los precios reportados en la mencionada base de datos y los precios que figuran en las facturas remitidas por Ensa. En particular, se detectaron diferencias mínimas entre los precios reportados en la base de datos del archivo Excel en comparación con los precios que se observa en las facturas. En estos casos se ha considerado la información que figura en las facturas.

Tratamiento de la información de precios de los otros suministradores

Con la información entre enero de 2016 y diciembre de 2019 de los Reportes estadísticos mensuales del mercado libre de electricidad del Osinergmin, se obtuvo información de los usuarios listados en el cuadro anterior que optaron por un suministrador distinto de Ensa, contenida en 1,052 datos. Ahora bien, para usar esta información en el análisis de los precios y consumos de electricidad de los usuarios, se realizó un tratamiento previo debido a ciertas inconsistencias encontradas.

En primer lugar, se eliminaron aquellos consumos de energía en hora punta y fuera de punta en la barra de generación y en la barra de entrega que reportaban, de manera conjunta, valores iguales a cero (3 datos, 0,29% del total)¹⁴¹.

En segundo lugar, algunos precios de potencia y de energía en hora punta y en hora fuera de punta habían sido registrados con su valor en centavos de dólar (US\$) por kW-mes para potencia (o kWh, para energía). En tal sentido, se transformó a centavos de sol (S/) por kW-mes (o kWh, para energía) a un grupo de 75 datos de precios de potencia (7.13% del total)^{142 143} y un grupo de 75 datos de precios de energía

¹⁴⁰ Dichos datos corresponden a las observaciones mensuales de ventas de los 44 clientes. Es importante resaltar que se consideran las ventas a partir del mes en que inician sus contratos.

¹⁴¹ Que corresponde a la información de los usuarios: (i) Nessus Hoteles Perú S.A. (CL2218) en el mes de octubre de 2018; y (ii) Empresa Molinera Sudamérica S.A.C. (CL2236) en los meses de noviembre y diciembre de 2019.

¹⁴² Se utilizó el tipo de cambio interbancario compra promedio mensual de dicho mes (S/ por US\$) publicado por el Banco Central de Reserva.

¹⁴³ Corresponde a la información de los siguientes usuarios: (i) Procom SAC (CL0870) en los meses de julio a diciembre de 2019; (ii) Perales Huancaruna S.A.C. (CL2203) en los meses de octubre de 2018 a diciembre de 2019; (iii) Envases San Nicolás S.A.C. (CL2235) en los meses de noviembre de 2018 a diciembre de 2019, con excepción del mes de marzo de 2019; (iv) Empresa Molinera Sudamérica S.A.C. (CL2236) en los meses de noviembre de 2018 a octubre de 2019; (v) Molinera del Centro S.C.R.L. (CL2239) en los meses de noviembre de 2018 a diciembre de 2019; (vi) Molinos & CIA Semper S.A.C. (CL2245) en los meses de noviembre de 2018 a diciembre de 2019; y (vii) Empresa Molinera del Perú S.A.C. (CL2437) en el mes de abril de 2019.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0035-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0003-2019/CLC

en hora punta y fuera de punta, respectivamente (7.13% del total)¹⁴⁴. Asimismo, se observó que un precio de potencia había sido registrado con un valor igual a cero¹⁴⁵.

Finalmente, algunos precios de potencia y energía reportados por Atria se habrían registrado en una unidad distinta al estándar manejado en los reportes estadísticos de Osinergmin¹⁴⁶. Al respecto, se deduce que ciertos precios fueron registrados en dólares (US\$) por MW-mes (precio potencia) y en dólares (US\$) por MWh (precios por energía)¹⁴⁷. En ese sentido, se transformó a centavos de sol (S/) por kW-mes para precio potencia y a centavos de sol (S/) por kWh para el caso de los precios energía. Esto se hizo en 33 datos (3.14% del total)¹⁴⁸.

Luego, la información tratada, tanto para Ensa como los generadores, se ha utilizado para calcular el precio medio de la energía, de manera mensual para cada usuario, siguiendo la formula a continuación¹⁴⁹:

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

¹⁴⁴ Corresponde a la información de los siguientes usuarios: (i) Procom SAC (CL0870) en los meses de julio a diciembre de 2019; (ii) Perales Huancaruna S.A.C. (CL2203) en los meses de octubre de 2018 a diciembre de 2019; (iii) Envases San Nicolás S.A.C. (CL2235) en los meses de noviembre de 2018 a diciembre de 2019; (iv) Empresa Molinera Sudamérica S.A.C. (CL2236) en los meses de noviembre de 2018 a octubre de 2019; (v) Molinera del Centro S.C.R.L. (CL2239) en los meses de noviembre de 2018 a diciembre de 2019; y (vi) Molinos & CIA Semper S.A.C. (CL2245) en los meses de noviembre de 2018 a diciembre de 2019.

¹⁴⁵ Se observa que, en el mes de marzo de 2019, el usuario Envases San Nicolás S.A.C. (CL2235) presentó información de precios de energía en hora punta y hora fuera de punta, así como datos de consumo por potencia y energía. Sin embargo, se registró un precio potencia igual a cero, por lo que corresponde completar dicho dato.

¹⁴⁶ En el informe económico adjunto al escrito de alegatos finales de Ensa, se señala que los precios de Atria para el año 2019 determinados por la Comisión no coincidirían con los precios consignados ante el Osinergmin. Al respecto, es pertinente acotar que la Comisión realizó un tratamiento de datos a estos precios, en tanto identificó errores en su registro. Por tal motivo, los datos presentados por la Comisión no coinciden con los estimados en el informe económico de Ensa a partir de la información del Osinergmin.

¹⁴⁷ Por ejemplo, tal como se señaló en la nota al pie 68 de la presente resolución, en el mes de febrero de 2019, Atria reportó que habría cobrado 68.61 centavos de sol por Kilovatio-mes (kW-mes) al usuario El Molino del Agricultor S.A.C. No obstante, dicho precio reportado se encontraría más bien en dólares por Megavatio-mes (MW-mes), pues, suponiendo que sea correcto (es decir, expresado en centavos de S/ por kW-mes) tal precio resultaría atípicamente alto a lo cobrado normalmente por Atria durante el mes. Así, partiendo de la premisa de que el mencionado precio reportado se encuentre más bien en una unidad diferente, resulta en un monto similar al cobrado a otros usuarios, pues una vez transformado dicho precio reportado a centavos de sol (S/) por kW-mes resulta en un monto igual a 22.78. Dicho monto es similar, por ejemplo, al precio de potencia de 20.76 centavos de sol (S/) por kW-mes cobrado a Comercial Molinera San Luis S.A.C durante el mismo mes.

Asimismo, se ha detectado situaciones idénticas para algunos precios de energía en hora punta y hora fuera de punta, por que corresponde transformar dichos precios de energía tal se realizó para los precios de potencia, descrito anteriormente.

¹⁴⁸ Corresponde a la información del usuario El Molino del Agricultor S.A.C (CL2330) en los meses de febrero a diciembre de 2019.

¹⁴⁹ Esta fórmula es la utilizada por Osinergmin para el cálculo del Precio en Barra Teórico y el Precio ponderado de las Licitaciones en la estimación del Precio en Barra.