PROCEDENCIA	**:**	COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
DENUNCIANTE	**:**	ATRIA ENERGÍA S.A.C.
DENUNCIADO	**:**	SOCIEDAD ELÉCTRICA DEL SUR OESTE S.A.[1]
MATERIA	**:**	LIBRE COMPETENCIA ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO MERCADO DE SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA
ACTIVIDAD	**:**	GENERACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA

SUMILLA: se CONFIRMA la Resolución 052-2021/CLC-INDECOPI del 15 de octubre de 2021, en el extremo que declaró responsable a Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. por incurrir en un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en los mercados de suministro y distribución de energía eléctrica a usuarios regulados, con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.; en específico, por exonerar de manera selectiva, injustificada y discriminatoria del plazo del preaviso de un año y no exigir la instalación previa de los equipos de medición, protección y limitación de potencia previstos en los artículos 4.1 y 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; y, por el contrario, exigir el cumplimiento de estos requisitos a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores; infracción tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

El fundamento es que los tratamientos diferenciados realizados por la empresa denunciada no se encuentran justificados 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).

La referida práctica discriminatoria ha generado un efecto exclusorio en el mercado, pues durante el período investigado (años 2016 a 2020), diversas empresas generadoras que ofertaban un precio menor a la denunciada tuvieron dificultades para permanecer en el mercado afectado, es decir, para captar nuevos clientes libres que provenían del mercado regulado en el área de concesión de la denunciada. Cabe señalar que dichas empresas no podían equiparar las exoneraciones que la denunciada -debido a su posición de

[1] Identificada con número de R.U.C.: 20100188628.

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

dominio en el respectivo mercado de suministro y distribución de energía eléctrica a usuarios regulados- ofrecía para atraer a los usuarios.

Finalmente, se ha corroborado que las justificaciones planteadas por Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. no resultan suficientes para sustentar que la práctica discriminatoria cuestionada responda a criterios de eficiencia y genere beneficios a los consumidores. Por tanto, en aplicación de la regla de la razón (prohibición relativa), la conducta denunciada resulta perniciosa para la competencia, configurándose la infracción imputada.

Asimismo, se CONFIRMA la Resolución 052-2021/CLC-INDECOPI del 15 de octubre de 2021 en el extremo que sancionó a Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. con una multa de mil (1000) Unidades Impositivas Tributarias.

SANCIÓN: MIL (1000) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS.

Lima, 30 de junio de 2022

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

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

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES……..……...4

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN…….……26

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN…….……26

III.1. Cuestiones previas……..……26

III.1.1. Sobre la solicitud de confidencialidad de Seal……..26

III.1.2. Sobre la alegada caducidad del presente procedimiento……..……31

III.1.3. Sobre el eximente de responsabilidad alegado respecto de la exoneración del plazo de preaviso……36

III.1.4. Sobre el uso de información posterior a la notificación de la imputación de cargos……..39

III.2. Marco normativo sobre el abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes……41

III.3. Análisis del presente caso……..……45

III.3.1. Identificación del mercado relevante……..……..45

III.3.2. Posición de dominio de Seal……..……...63

III.3.3. Sobre el mercado afectado……..……..70

III.3.4. Materialización de la conducta dirigida a restringir la competencia……..73

III.3.5. Efecto anticompetitivo……..91

III.3.6. Análisis de eficiencias y aplicación de la regla de la razón……..115

III.3.7. Conclusiones sobre el análisis de fondo……118

III.4. Graduación de la sanción……..120

III.4.1. Criterios para la graduación de la sanción……..120

III.4.2. Fórmula aplicable……..……121

III.4.3. El cálculo de la multa efectuado por la Comisión……..122

III.4.4. Sobre el cálculo del beneficio extraordinario……..124

III.4.5. Cuestionamientos y determinación de la probabilidad de detección……..141

III.4.6. Cálculo de la multa aplicable en el presente caso……143

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA……145

ANEXO……147

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

I. ANTECEDENTES

1. El 22 de junio de 2018, Atria Energía S.A.C. (en adelante Atria o la denunciante) denunció a Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (en adelante Seal) ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante la Secretaría Técnica de la Comisión)[2] por la presunta comisión de prácticas de abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, supuesto previsto en los literales b) y h) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

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 de energía eléctrica.

   (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 que operan a nivel nacional 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 que operan a nivel nacional o con 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 el suministro de electricidad por medio de dicha red.

   (iv) Seal es titular de la concesión de distribución de energía eléctrica en ocho provincias de la región Arequipa. Por ello, los usuarios regulados y libres ubicados en dicha zona de concesión están conectados a la red de distribución de esta empresa.

[2] Cabe indicar que actualmente la Secretaría Técnica de la Comisión se denomina Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia.

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

(v) Si un usuario regulado, cuyo consumo oscila entre los 200 kW y los 2500 kW desea cambiar de condición y migrar al mercado libre, Seal le ofrece condiciones que solo esta empresa puede otorgar, dada su posición de dominio en el mercado de distribución de energía en la región de Arequipa: (a) exoneración del plazo legal previsto para cambiar su condición de usuario regulado a usuario libre; y (b) exoneración de la instalación de equipos técnicos de seguridad requeridos para cambiar de condición.

3. Mediante Resolución 005-2020/ST-CLC-INDECOPI del 6 de marzo de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia de Atria contra Seal 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, el acto discriminatorio consistiría en exonerar del plazo de preaviso de un año y de la exigencia de instalación *ex ante* de los equipos de medición, protección y limitación de potencia a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; y, por el contrario, exigir el cumplimiento de estos requisitos a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores. Esta presunta infracción estaría tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo 030-2019-PCM (en adelante el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas). Dicha resolución fue notificada a ambas partes el 22 de junio de 2020.

4. El 30 de julio de 2020, complementado con el escrito del 5 de marzo de 2021, Seal presentó sus descargos señalando lo siguiente:

(i) La Secretaría Técnica de la Comisión no ha tenido en cuenta que las conductas cuestionadas por Atria se refieren únicamente a la actividad de comercialización de energía eléctrica a los usuarios regulados que optan por ser usuarios libres y no a la actividad de distribución a dichos clientes. Asimismo, el órgano instructor debió considerar a los usuarios regulados que consumen más de 200kW y menos de 2500kW, así como a los usuarios libres (pues son ellos los únicos que pueden elegir su proveedor de energía).

(ii) Teniendo en cuenta ello, la Secretaría Técnica debió advertir que los usuarios que pueden elegir a su suministrador no se limitan al proveedor titular de la concesión en el área geográfica donde están sus instalaciones, sino que pueden contratar con cualquier empresa que opera en el país,

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

por lo que el mercado geográfico relevante debería extenderse a todo el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, SEIN).

(iii) Seal no ostenta posición de dominio en el referido mercado relevante pues, de acuerdo con el peritaje económico que presenta con sus descargos, solo tiene un porcentaje de participación de 1.63% en dicho mercado geográfico. En consecuencia, la denuncia debería desestimarse solo en este nivel del análisis. Sin perjuicio de ello, se presentan argumentos destinados a desvirtuar las conductas imputadas.

(iv) De la lectura del artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, aprobado por Decreto Supremo 022-2009-EM (en adelante Reglamento de Usuarios Libres), se observa que el plazo de preaviso de un año se estableció con la finalidad de proteger al distribuidor y evitarle un cambio abrupto en su demanda de energía. Así pues, el distribuidor no debería perjudicarse cuando un cliente regulado decide migrar para ser cliente libre con una generadora, por ejemplo.

(v) La redacción de la norma permite entender que el plazo de preaviso solo es exigible cuando el cliente regulado cambie a libre, contratando el suministro de energía con una empresa distinta, lo que quiere decir que el usuario se encuentra obligado a cumplir con el año de preaviso cuando cambie de suministrador, pero no cuando únicamente varíe de condición de regulado a libre y continúe con su mismo suministrador. Ello permite al distribuidor colocar en otro usuario la potencia contratada que va a dejar de vender y, de esta forma, se evita que ésta deje de ser usada, considerando que dicha energía ha sido previamente pagada a sus proveedores -esto es, las empresas generadoras-, en cuyos contratos para el mercado regulado se ha previsto la adquisición de una potencia fija.

(vi) Como se puede observar, la misma norma establece una diferencia entre los usuarios que se mantienen con su suministrador actual y quienes contratan su suministro con otra empresa, por lo que no se está ante un supuesto de discriminación. Este razonamiento es seguido por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante el Osinergmin), que a través del Oficio 3086-2018-OS-DSE indicó que el suministrador actual puede liberar al usuario del plazo de preaviso de un año.

(vii) Al exonerar del plazo de preaviso a algunos clientes no se está incurriendo en una práctica anticompetitiva, sino que constituye el ejercicio regular de un derecho. Por tanto, cualquier afectación que Atria pudiese alegar se trataría de un daño concurrencial lícito.

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

(viii) La exoneración del plazo de preaviso encuentra una justificación en eficiencias económicas. Al respecto, debe tenerse en cuenta que Atria, en su calidad de generador, tiene una ventaja competitiva para ofrecer precios actuales a un cliente que decide convertirse en libre, mientras que para el caso de Seal, el precio de su oferta se encuentra en función al costo de la energía que compró al respectivo generador en un determinado momento, siendo que, ante un cambio de cliente regulado a libre, Atria tiene la posibilidad de ofrecer un precio reducido a dicho cliente libre, lo cual no puede hacer Seal.

(ix) Por ello, al exonerar del plazo de preaviso se busca compensar la facilidad que tienen generadores como Atria para fijar un precio reducido frente a la imposibilidad del distribuidor (en este caso Seal) para hacer lo mismo. En consecuencia, la conducta tiene una justificación económica, por lo que la denuncia debe ser declarada infundada en este extremo.

(x) Con relación a la exoneración de instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia, el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres señala que estos instrumentos son requisitos de obligatorio cumplimiento para que se haga efectivo el cambio de condición de usuario regulado a libre.

(xi) Mediante Oficio 3101-2019-OS-DSE, el Osinergmin indicó que el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres es aplicable a todos los clientes regulados que desean cambiar su condición a usuarios libres. Por tanto, sería ilegal exonerar el cumplimiento de este requisito.

(xii) Asimismo, a través del Oficio 3086-2018-OS-DSE, el Osinergmin precisó que no existe un plazo específico para verificar que el usuario cumpla con este requisito. Además, señaló que el distribuidor puede impedir que el usuario cambie su condición si es que no cumple con instalar los equipos de medición, protección y limitación de potencia.

(xiii) En ese orden de ideas, Seal no ha exonerado a ningún usuario del cumplimiento de estos requisitos. Lo que ha ocurrido es que Seal decidió flexibilizar el cumplimiento de dichos requisitos para el cambio de cliente regulado a cliente libre. Esta prerrogativa fue aplicada también para clientes que cambiaron de suministrador, como es el caso de Camal Frigorífico Don Goyo S.A.C. (en adelante Don Goyo). Respecto a dicha empresa, el 4 de septiembre de 2019, Atria solicitó a Seal la lectura del consumo de energía y la revisión de los equipos instalados con la finalidad de validar el cumplimiento de dicho requisito, pese a que el suministro

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

como usuario libre para dicho cliente inició el 1 de julio de 2019. Similar situación ocurrió con Ulitex Sole Perú S.A.C. (en adelante Ulitex).

(xiv) Ello muestra que tanto Don Goyo como Ulitex iniciaron su suministro como usuarios libres antes de contar con los equipos de seguridad requeridos en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres. Lo mismo ocurrió con Socosani S.A. (en adelante Socosani) y Empresa Minera Otapara S.A. (en adelante Emotsa), quienes iniciaron su suministro como usuarios libres el 1 de julio de 2020 e instalaron los equipos de medición, protección y limitación de potencia el 18 y 26 de julio de 2020, respectivamente.

(xv) Seal no ha incurrido en la conducta cuestionada, por lo que la denuncia de Atria debe declararse infundada en este extremo.

5. Mediante Informe 030-2021/ST-CLC-INDECOPI del 21 de abril de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió su opinión con relación al presente procedimiento, recomendando declarar fundada la imputación contra Seal, sancionarla con una multa ascendente a 1,610.72 (mil seiscientos diez y 72/100) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UIT) y ordenar como medida correctiva que Seal emita un documento accesible a los potenciales interesados que recoja los criterios a considerar para una aplicación general y no discriminatoria de los requisitos antes evaluados.

6. El 9 de junio de 2021, Atria presentó sus alegatos respecto del Informe 030-2021/ST-CLC-INDECOPI y solicitó el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.

7. En la misma fecha, Seal presentó sus alegatos respecto del Informe 030-2021/ST-CLC-INDECOPI y solicitó el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.

8. El 16 de julio 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.

9. El 3 de agosto de 2021, Seal y Atria presentaron sus alegatos finales.

10. Mediante Resolución 052-2021/CLC-INDECOPI del 15 de octubre de 2021, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante la Comisión) resolvió lo siguiente:

(i) Declarar la responsabilidad de Seal por incurrir en un abuso de posición de dominio bajo la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro

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

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 anticompetitiva consistió en exonerar de manera selectiva, injustificada y discriminatoria del plazo del preaviso de un año y no exigir la instalación previa de los equipos de medición, protección y limitación de potencia previstos en los artículos 4.1 y 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres, respectivamente, a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; y, por el contrario, exigir el cumplimiento de estos requisitos a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores, infracción tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

(ii) Sancionar a Seal con una multa de 1000 UIT.

11. Los fundamentos de la Comisión fueron los siguientes:

(i) Con relación al mercado relevante, en el presente caso se tienen dos servicios involucrados en la conducta investigada: (i) el suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en el área de concesión de Seal, debido a que la exoneración del plazo de preaviso para que un usuario regulado cambie de condición a usuario libre, se realiza mientras el usuario se encuentra en el segmento regulado y su suministrador de energía eléctrica es la empresa de distribución y (ii) la distribución de energía eléctrica a usuarios finales en el área de concesión de Seal, debido a que solo el concesionario de la red de distribución puede exonerar de la exigencia de la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia, prevista en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres para hacer efectivo el cambio de condición a usuarios libres.

(ii) Tomando en cuenta que el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, Ley de Concesiones Eléctricas) ha previsto que solo la empresa distribuidora que ostenta la concesión puede prestar el servicio de distribución y suministro de energía eléctrica en su área de concesión a los usuarios regulados, así como la imposibilidad de los referidos usuarios de acceder a estos servicios a través de otra empresa, el mercado geográfico relevante se encuentra delimitado por el área de concesión de Seal.

(iii) Considerando el análisis sobre los mercados de producto y geográfico, se identifican dos mercados relevantes: (a) el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2500

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

kW en el área de concesión de Seal; y, (b) la distribución de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2500 kW en el área de concesión de Seal.

(iv) Al tener el 100% de participación en los mercados relevantes identificados, sin enfrentar competencia actual o potencial desde que inició operaciones en su área de concesión, Seal ha ostentado posición de dominio en ambos mercados durante el período analizado (2016 al 2020).

(v) Un abuso de posición de dominio puede tener efectos en el mercado relevante o en un mercado relacionado. Seal habría utilizado la posición de dominio en el mercado relevante para afectar el mercado de suministro a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados. De esta forma, el mercado afectado corresponde al suministro a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de Seal.

(vi) Seal 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, por lo que dicha conducta se encuentra acreditada.

(vii) De otro lado, se ha identificado que Seal exigió la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia de manera previa al cambio de condición a usuarios libres a siete (7) empresas que optaron por contratar con una empresa distinta a Seal, lo que incluso retrasó el inicio de su suministro como usuarios libres. De otro lado, se identificó que a diecisiete (17) empresas que optaron por mantener a Seal como suministradora al efectuar el referido cambio de condición, dicha empresa les exoneró de la instalación de equipos de protección, medición y limitación de potencia como requisito para hacer efectivo dicho cambio, así como del plazo de preaviso.

(viii) De la información proporcionada por Seal, se aprecia que entre 2016 y agosto de 2018, dicha empresa no exigió a ningún usuario regulado la instalación de los equipos previstos en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres como requisito para cambiar su condición a usuarios libres. Sin embargo, desde septiembre de 2018, Seal empezó a exigir dicho requisito, de manera previa al cambio de condición, a aquellos usuarios regulados que remitieron su carta de preaviso informando que cambiarían su condición a usuarios libres y que habrían optado por otro suministrador. En cambio, a los usuarios regulados que informaron que cambiarían su condición y que mantuvieron a Seal como suministrador, dicha empresa les exigió el cumplimiento de la instalación de los equipos

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

de medición, protección y limitación de potencia luego de iniciar sus suministros como usuarios libres.

(ix) De la lectura del artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres, así como de lo indicado por el Osinergmin en el Oficio 3101-2019-OS-DSE del 20 de diciembre de 2019, se concluye que, si la empresa distribuidora considera exigible que los usuarios regulados que desean migrar al mercado libre deben instalar equipos de medición, protección y limitación de potencia, este requisito debe hacerse efectivo previamente al referido cambio de condición. Por ello, no es posible admitir que a determinados clientes sí se les exija contar con los referidos equipos para concretar el cambio de condición, mientras que a otros se les exonere de tal requisito y recién se les exija ello luego de hacer efectivo el cambio de su condición.

(x) Entre los años 2016 y 2020, Seal 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 se habrían debido, principalmente, a la exoneración del plazo de preaviso y de la instalación de equipos técnicos de seguridad como requisitos previos para el cambio de condición a usuarios libres, otorgada por Seal a los clientes que mantenían a dicha empresa como su suministrador.

(xi) Al no exonerar del plazo de preaviso y/o exigir la instalación de equipos técnicos de seguridad como requisitos previos para cambiar de condición a usuarios libres, a los clientes que optaban por contratar el suministro de energía con otro proveedor (a diferencia de los clientes que contrataban con Seal), se generó un condicionamiento que -para un número significativo de clientes- constituía un incentivo decisivo para contratar con dicha empresa, inclusive a precios superiores que otros suministradores, con tal de obtener dichas exoneraciones.

(xii) El referido condicionamiento no era producto de mayores eficiencias de Seal, sino únicamente por causa de su posición de dominio en el mercado y la imposibilidad de sus competidores de otorgar el mismo beneficio debido a que, en atención al marco regulatorio aplicable, Seal -en su calidad de distribuidora- es la única empresa que podía ofrecer estos beneficios. En tal sentido, se observa que existió un efecto exclusorio en el mercado.

(xiii) A diferencia de lo alegado por Seal durante el trámite del procedimiento, 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.

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

(xiv) De la revisión del Reglamento de Usuarios Libres, así como de lo mencionado por el Osinergmin en el Oficio 395-2019-OS-DSE, se observa que tanto el legislador como el 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 migración de clientes del mercado regulado al libre. Sin embargo, no se ha reconocido que esta facultad pueda ejercerse de manera discriminatoria.

(xv) Las pérdidas señaladas por Seal 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. Ello, en la medida que la energía contratada para atender la demanda de usuarios regulados no puede redireccionarse hacia los usuarios libres, por lo que siempre que un usuario migre al mercado libre existirá un desbalance de energía.

(xvi) 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 del mercado regulado al libre, como alega Seal, pues la empresa distribuidora continúa siendo responsable por la energía previamente contratada para satisfacer la demanda en el mercado de usuarios regulados.

(xvii) La conducta cuestionada únicamente se ha realizado para mitigar las pérdidas económicas que Seal tuvo producto de la migración de usuarios regulados al mercado de usuarios libres, pero no está orientada a un manejo más eficiente de la potencia contratada para la atención de los usuarios regulados.

(xviii) Las pérdidas económicas derivadas de las decisiones contractuales de las empresas no justifican la adopción de una práctica anticompetitiva.

(xix) De otro lado, el hecho de que no exista un plazo concreto para que el distribuidor realice la verificación de la obligación de contar con los referidos equipos, desde que un usuario regulado manifiesta su interés para cambiar su condición a usuario libre, no enerva la claridad de la norma para exigir que estos clientes -en todos los casos- cuenten con los mencionados equipos antes de que se haga efectivo el cambio de su condición.

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

(xx) Si bien Seal ha indicado que se encuentra habilitada para no permitir el cambio de la condición del usuario si previamente no hubiese cumplido con el requisito de contar con los equipos de medición, protección y limitación correspondientes, este requisito no puede aplicarse de manera discriminatoria únicamente a los usuarios que deciden cambiar de suministrador de energía con un competidor y no a los usuarios que deciden mantener a Seal como su suministrador de energía.

(xxi) La política de exoneración del plazo de preaviso a los usuarios regulados que solicitaron migrar al mercado de usuarios libres y que mantuvieron a Seal como su suministrador, aplicada por dicha empresa en su área de concesión entre 2016 y 2020, así como la política de no exigir la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito previo para cambiar de condición de usuario regulado a usuario libre a aquellas empresas que mantuvieron a Seal como su suministrador al efectuar dicha migración, aplicada por la denunciada desde septiembre de 2018 aprovechando su posición de dominio en el mercado de suministro y distribución de energía a usuarios regulados, le permitió obtener beneficios en el mercado de suministro de energía a usuarios libres que provenían del mercado regulado en su área de concesión, a costa de otros competidores en dicho mercado.

(xxii) Para determinar la multa aplicable, se considera que el beneficio ilícito está representado por las ganancias que Seal obtuvo por las ventas de energía eléctrica realizadas producto de la exoneración del plazo de preaviso y/o de no exigir la instalación de equipos a los usuarios regulados que decidieron cambiar su condición a usuarios libres. Siendo así, en primer lugar, se determinan las ventas de Seal a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuarios libres entre enero de 2016 y diciembre de 2020, para luego calcular el factor de exoneración, el cual representa el porcentaje de las ventas que Seal obtuvo como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso y de no exigir la instalación de los equipos de seguridad requeridos en los artículos 4.1 y 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres, respectivamente.

(xxiii) El factor de exoneración corresponde a la proporción de usuarios libres que originalmente fueron beneficiados por la exoneración del plazo de preaviso y/o la no exigencia *ex ante* de la instalación de los equipos técnicos de seguridad como requisito para migrar al mercado libre y que, una vez culminados sus contratos con Seal (entre enero de 2019 y diciembre de 2020), decidieron cambiar de suministrador. Para efectuar dicho cálculo, se tomó en cuenta la proporción de la facturación de energía de aquellos usuarios que, luego de finalizar sus contratos con Seal en el

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

referido período, decidieron cambiar de suministrador. De este modo, la Comisión determinó el factor de exoneración en 38%.

(xxiv) Considerando el referido factor de exoneración, así como el margen de utilidad operativa (que en el presente caso asciende al 16%) y las ventas de Seal en el mercado afectado durante el período investigado, se tiene que la multa base es de S/ 3'986,342.

(xxv) La probabilidad de detección es de 90%, considerando que Seal no ha desarrollado acciones para ocultar el trato diferenciado analizado en el presente caso, así como la transparencia de información en este mercado. Por tanto, la multa a imponer sería de S/ 4'429,269 o 1006.65 UIT.

(xxvi) Corresponde calificar la conducta como grave y, en consecuencia, sancionar a Seal con una multa de 1000 UIT, pues dicha cantidad es la máxima aplicable a las conductas graves.

(xxvii) A diferencia de lo propuesto por la Secretaría Técnica de la Comisión, se considera que Seal no está en la capacidad de fijar criterios objetivos para la aplicación de la exoneración del plazo de preaviso, así como para la exigencia de la instalación de los equipos técnicos de medición, protección y limitación de potencia. 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 noviembre de 2021, Seal interpuso recurso de apelación contra la Resolución 052-2021/CLC-INDECOPI, bajo los siguientes argumentos:

(a) <u>Sobre el mercado relevante y la posición de dominio</u>

(i) Con relación a la determinación del mercado relevante, debió tomarse en cuenta 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 SEIN. En tal sentido, debería modificarse el mercado geográfico relevante para incluir a toda la oferta alternativa (empresas generadoras a nivel nacional) para este tipo de usuarios.

(ii) La legislación vigente ha dispuesto que los usuarios regulados 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 Seal, sino también con las empresas generadoras, las cuales constituyen competidoras potenciales.

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

(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. En consecuencia, Seal no goza de posición de dominio en el mercado relevante.

(b) Sobre la configuración de las conductas cuestionadas: exoneración del plazo de preaviso

(i) La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832 y el artículo 4.1 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 los usuarios regulados y, cuando estos cambian su condición a usuarios libres, dicha energía se quedaría sin demanda.

(ii) Bajo esa lógica, se aprecia que la conducta investigada no está relacionada con prestaciones 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 comunica al "suministrador actual", lo que demuestra que es aplicable para el cambio de proveedor.

(iii) La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, a través de la Resolución 238-2018/CCD-INDECOPI del 26 de diciembre de 2018, señaló que el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres permite a Seal exonerar del plazo de preaviso a quienes optan por continuar con su empresa como suministradora en el mercado libre.

(iv) La Comisión ha incluido exoneraciones del plazo de preaviso que ocurrieron luego de la notificación de la Resolución de Inicio, con lo que se estaría afectando su derecho a la defensa, pues esas conductas no están incluidas en la imputación de cargos, por lo que solicita la nulidad de la Resolución Final en dicho extremo.

(c) Sobre la configuración de las conductas cuestionadas: exoneración de la instalación de equipos como requisito para cambiar de condición

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

(i) Seal no ha exonerado del cumplimiento de este requisito a sus clientes, pues el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres es claro al señalar que es de obligatorio cumplimiento. Lo que ha ocurrido es que ha flexibilizado el momento en el que exige su cumplimiento. Además, también ha aplicado dicha flexibilización a clientes que optaron por contratar el suministro de energía con Atria al migrar al mercado libre.

(ii) Por ejemplo, en el caso de Agromin La Bonita S.A.C. (en adelante Agromin), el 29 de septiembre de 2021, Atria informó a Seal que Agromin no contaba con los equipos instalados, por lo que solicitaba una extensión de 30 días para realizar ello. El 6 de octubre de 2021, Seal accedió a dicha petición y reconoció el cambio de condición de Agromin.

(iii) Durante el período investigado, se ha identificado que Seal exoneró del cumplimiento de este requisito a Don Goyo, Ulitex, Socosani, Emotsa, Analytical Mineral Services S.A.C. (en adelante Analytical), Niccol Perú S.A.C. (en adelante Niccol) y Chala One S.A.C. (en adelante Chala One). Por otro lado, Seal requirió el cumplimiento de la instalación de los equipos de seguridad a usuarios que contrataron con su empresa al ingresar al mercado libre[3], lo que demuestra que no exoneró a empresa alguna[4].

(iv) La Comisión debió considerar que existen distintos factores que justifican que a unas empresas se les exija el cumplimiento de este requisito antes del cambio de condición y a otras después de hacer efectivo dicho cambio. La explicación propuesta es que resulta más rápido adecuar los equipos de seguridad con los clientes que mantendrán a Seal como suministrador pues existe una relación proveedor-cliente ya establecida entre ambos.

(v) Si se considera que dicha justificación no resulta suficiente, se estaría ante un incumplimiento de las disposiciones del Reglamento de Usuarios Libres, por lo que el órgano competente para evaluar la presente denuncia y el presunto incumplimiento, sería el Osinergmin y no la Comisión.

(d) <u>Sobre el efecto exclusorio</u>

(i) Con relación al presunto efecto exclusorio, se debe tener en cuenta la participación de Seal en el año 2015 (un año antes del período

[3] Seal mencionó los casos de Los Ranchos S.A.C., Moly-Cop Adesur S.A., Aventura Plaza (con dos números de suministro), Tiendas por Departamento Ripley, Pesquería Producto del Kope E.I.R.L., Ferreyros S.A., Century Mining Perú S.A.C., Universidad Tecnológica del Perú, Supermercados Peruanos S.A., Procesadora Costa Sur S.A.C. y Monte Azul Logística S.A.C.

[4] Seal hace referencia a empresas que ingresaron directamente al mercado libre (esto es, que en ningún momento fueron usuarios regulados).

investigado), pues se muestra que los clientes que ingresaban al mercado libre (sin provenir del mercado regulado) contrataban únicamente con dicha empresa. A partir del año 2016 empieza a verificarse la existencia de competencia, pues su participación se reduce, mientras que en los años 2017 y 2018 los competidores de Seal captaron más clientes.

(ii) Es recién a partir del año 2018 que su participación empieza a mejorar y, en 2019, Seal no solo incrementa su participación con relación al año anterior, sino que también lo hacen los demás competidores. Es por ello que el crecimiento de dicho año obedece a un comportamiento natural del mercado conforme a parámetros que han ocurrido en el año 2015, período que no fue analizado por la primera instancia.

(iii) La Comisión ha asumido erróneamente que el factor precio es el único por el cual los usuarios regulados que cambian 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. Por ejemplo, Seal asume riesgos que Atria traslada a sus clientes, lo cual encarece los contratos de la empresa denunciante.

(iv) Existen casos de usuarios libres que eligieron como suministrador a Seal y no se vieron beneficiados con la exoneración del plazo de preaviso o de la instalación de equipos de seguridad[5], lo cual demuestra que quienes eligen a su empresa como suministradora lo hacen por razones distintas a dichos beneficios.

(v) Sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta que los precios ofrecidos por su empresa no son 21.5% mayores que los de la competencia, tal como ha sido indicado por la Comisión en su Resolución Final. Considerando la información de los precios facturados a los clientes de Seal y de las demás generadoras, se observa que sus precios son similares, siendo que ello obedece a que las generadoras pueden acudir directamente al mercado spot, mientras que Seal compra energía a las empresas generadoras, lo cual incide en su costo y -por consiguiente- en el precio ofrecido por su empresa. En tal sentido, la autoridad debe analizar los precios cobrados por las generadoras de manera desagregada, de modo que se puedan observar los precios mínimos y máximos de estas empresas y así se pueda comparar el precio de Seal.

(vi) Además, para el año 2019 (cuando Seal supuestamente aumentó su participación en el mercado debido a la ejecución de las conductas

[5] Ver nota al pie 3.

denunciadas), los precios de su empresa no eran los más altos del mercado.

(vii) De otro lado, la Comisión también indicó que varias empresas beneficiadas con la exoneración del plazo de preaviso optaron por cambiar de suministrador una vez culminado su contrato con Seal, lo que -a su criterio- demostraría que solo eligieron a dicha empresa por el referido beneficio. Ello no es cierto, pues el cambio de suministrador es una práctica usual en el mercado.

(viii) La Comisión ha determinado de manera incorrecta el porcentaje de usuarios que, habiendo migrado al mercado libre con Seal, no renovaron el contrato con dicha empresa, en 52%. Para ello, la primera instancia consideró que, durante los años 2019 y 2020, diecinueve (19) usuarios libres que tenían a Seal como suministradora culminaron sus contratos, de los cuales diez (10) cambiaron de suministrador, mientras que el resto se mantuvo con Seal.

(ix) Sin embargo, no se está considerando que estos diez (10) usuarios pudieron cambiar de suministrador debido a las condiciones que ofrecían las demás empresas. Además, la Comisión debió incluir en su análisis a doce (12) clientes que ingresaron al mercado libre contratando con Seal, sin que fueran beneficiarios de las exoneraciones cuestionadas.

(x) En tal sentido, el universo no sería de diecinueve (19) clientes, sino de treinta y uno (31). De esa cantidad, diez (10) clientes cambiaron de suministrador al acabar sus contratos con Seal, mientras que el resto se mantuvo con dicho suministrador.

(e) <u>Sobre las justificaciones de la conducta investigada</u>

(i) 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.

(ii) 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.

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

(iii) Durante el período investigado, 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.

(iv) 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.

(v) 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.

(vi) Pese a que se argumentó que la conducta investigada fue ejecutada debido a la imposibilidad de renegociar los contratos con las generadoras, la Comisión ha asumido incorrectamente que todas las distribuidoras han podido revertir las condiciones contractuales referidas a las cláusulas *take or pay*. Sin embargo, solo unas pocas empresas han conseguido la renegociación de sus contratos.

(vii) 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.

(f) <u>Sobre la aplicación de un eximente de responsabilidad respecto de la exoneración del plazo de preaviso</u>

(i) Las autoridades estatales (la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, el Minem y el Osinergmin) han emitido su opinión respecto a la legalidad de la exoneración del plazo de preaviso, teniendo

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

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.

(ii) Corresponde tener en cuenta el eximente de responsabilidad contenido en el literal e) del artículo 257.1 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General), referido al error inducido por la administración. Ello, pues las referidas entidades estatales emitieron opinión sobre la conducta, con lo cual Seal consideró que era lícita.

(g) <u>Sobre la graduación de la sanción</u>

(i) Respecto al beneficio ilícito, la Comisión no ha considerado que existen siete (7) suministros correspondientes a usuarios libres[6] que fueron beneficiarios de la exoneración cuestionada durante el período infractor, por lo que si bien sus contratos concluyeron entre 2018 y 2019 (durante el período investigado) y contrataron nuevamente con Seal, las ventas asociadas a este último contrato no debieron ser incluidas en el cálculo del beneficio ilícito. Así, estas siete (7) empresas no deben ser consideradas para calcular el beneficio ilícito, pues cuando renovaron sus contratos (en 2018 y 2019) ya eran usuarios libres y no eran pasibles de ser beneficiarios de las exoneraciones cuestionadas.

(ii) Similar situación ocurre con otro cliente (Mall Aventura Plaza S.A.), quien pasó a ser cliente de una empresa generadora y luego volvió a ser cliente de Seal, por lo que tampoco debería incluirse en el cálculo del beneficio ilícito.

(iii) La Comisión debió tener en cuenta que el concepto de potencia no es un ingreso de Seal, pues es trasladado al generador. En tal sentido, solo debería considerarse el precio de la energía para horas punta y horas fuera de punta.

(iv) El sector eléctrico es uno de los más regulados en el país, por lo que existe información pública, hay transparencia en el mercado y se ha coadyuvado en el procedimiento. Por tanto, la probabilidad de detección debería ser del 100%.

(v) Sobre el factor de exoneración, teniendo en cuenta el número de usuarios este no debería ser de 38%, sino de 32%, considerando únicamente a los nuevos clientes libres cuyos contratos concluyeron y que, a su término,

[6] Los clientes que mencionó Seal fueron Laive (dos suministros), Papelera Panamericana S.A., Los Ranchos S.A.C., Corporación Rico (Food Markets) S.A.C., Minera Laytaruma S.A. y La Joya Mining S.A.C.

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

cambiaron de suministrador. Asimismo, teniendo en cuenta la facturación promedio de los usuarios, el referido porcentaje de cambio debería ser 16.65%, al considerar a los usuarios que ingresaron al mercado libre directamente.

13. El 17 y 23 de marzo de 2022, Atria presentó escritos reiterando los argumentos expuestos en el procedimiento. Adicionalmente solicitó el uso de la palabra en una audiencia de informe oral y señaló que Seal no ha visto afectado su derecho a la defensa, pues los hechos incluidos por el órgano instructor en el Informe Técnico no modificaron la imputación realizada en la Resolución de Inicio.

14. El 6 de mayo de 2022, Seal solicitó el uso de la palabra en una audiencia de informe oral y presentó un informe económico elaborado por EA Consultores, en el que señaló lo siguiente:

(a) Sobre el mercado geográfico relevante

(i) El ámbito geográfico del suministro de los clientes "optativos" no se circunscribe al área de concesión de Seal, sino que se extiende a todo el ámbito del SEIN.

(ii) Es cierto que el proceso de cambio de suministrador no es "automático", pero ello no implica que el mercado geográfico relevante sea solo el área de concesión de la distribuidora. Los requisitos establecidos en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres no limitan el ámbito geográfico del mercado.

(iii) En el Perú y en otras agencias de libre competencia en el mundo, para determinar el mercado relevante se evalúa si existen proveedores alternativos del producto o servicio que podrían ingresar al mercado en un lapso máximo de 2 años[7].

(b) Sobre la posición de dominio en el mercado relevante

(i) Considerando la definición correcta del mercado geográfico relevante (todo el SEIN), es evidente que Seal no tiene posición de dominio ya que existen otros proveedores (generadores y distribuidores) con incluso mayor participación que Seal en dicho mercado[8].

---

[7] Sobre este punto Seal hace referencia al documento *Competition and Barriers to Entry* de la OECD. Al respecto, ver nota al pie 5,6 y 7 del Informe Económico de EA Consultores.

[8] Ver la Tabla 3.1 "Número de puntos de suministro y Energía Total en Barras de Referencia de Generación (BRG) de media tensión (usuarios optativos) a diciembre de 2020" del informe elaborado por EA Consultores.

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

(ii) Seal no tiene capacidad de influenciar en la oferta y los precios de venta de la electricidad que suministra a sus clientes optativos. Asimismo, no es cierto que la distribuidora tenga "poder de mercado" frente a los usuarios optativos, menos aún en el contexto del exceso de oferta de generación eléctrica que se vivía en el periodo investigado y que favorecía a empresas como Atria que tienen la flexibilidad de arbitrar entre el mercado de corto plazo del COES[9] y el mercado de clientes optativos.

(iii) Seal no puede limitar que un usuario optativo migre a la condición de libre con otro proveedor. De esta manera, la exoneración del plazo de preaviso o la no exigencia de la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisitos para la migración al mercado libre, no impide en absoluto que Atria u otros generadores puedan contrarrestar dicha estrategia, por ejemplo, ofreciendo a los clientes optativos mejores ofertas comerciales, en términos de precios, servicios pre y post-venta, entre otros.

(c) <u>Sobre el efecto exclusorio</u>

(i) Las conductas denunciadas por Atria no configuran la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

(ii) No se ha comprobado que las prácticas de Seal hayan tenido un efecto exclusorio en el mercado afectado.

(iii) Seal entre 2017 y 2018 no incrementó su participación de mercado, sino que esta se redujo. En efecto, en estos años, Engie Energía Perú S.A. y Enel Generación Perú S.A.A. obtuvieron participaciones iguales o superiores a las de Seal, tanto en términos de captación de nuevos clientes libres que antes eran regulados, como en potencia contratada.

(iv) De acuerdo con Seal, los altos precios del periodo 2016-2018 que presentó se debieron a que la energía que compraba para atender al mercado de usuarios libres obedecía a contratos firmados en años anteriores, que establecían precios altos. Mientras que entre 2019 y 2020, gracias a que celebró nuevos contratos de compra de energía eléctrica con los generadores a precios más bajos, pudo trasladar esta eficiencia a los precios de sus ofertas a usuarios libres.

(v) Engie Energía Perú S.A., Kallpa Generación S.A., Enel Generación Perú S.A.A. y Statkraft Perú S.A. eran empresas focalizadas en clientes con una mayor demanda que los clientes "optativos".

9 Comité de Operación Económica (COES) del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional.

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

(vi) Otro factor que explica el crecimiento de Seal en 2019, fue el valor agregado de la oferta de sus servicios. Esto es congruente con las respuestas de diez (10) empresas al requerimiento de información de la Secretaría Técnica de la Comisión, las cuales mencionaron que Seal no les ofreció la posibilidad de cambiar de condición sin exigirles previamente la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia.

(vii) A partir de los requerimientos realizados por la Secretaría Técnica de la Comisión se observa que era posible que las empresas contrataran a un suministrador distinto de Seal cuando cambiaron de condición a usuarios libres, pese a que esta última les ofreció la exoneración del plazo de preaviso. Por ende, las practicas investigadas no eran factores determinantes en la decisión de contratar a un suministrador por parte de los usuarios en la zona de concesión de Seal (por ejemplo, Agrícola Pampa Baja S.A.C.).

(viii) La Comisión no ha utilizado la información obtenida en los requerimientos de información realizados. Asimismo, no ha sustentado estadísticamente por qué la muestra empleada no sería representativa. Las respuestas de los usuarios no deben ser desvirtuadas, sino que deberían fungir de insumo para el análisis de la presente controversia.

(ix) La Comisión no ha previsto consultar a las demás suministradoras distintas a Atria, si sufrieron una exclusión del proceso competitivo en el mercado afectado, lo que resultaba relevante pues, al año 2020, Seal compitió activamente con otros suministradores quienes, en conjunto, alcanzaron una participación de mercado de 54% en dicho año.

(x) Sobre la no exigencia de contar con equipos de medición, protección y limitación de potencia, la Comisión indica que Seal extendió la flexibilización a otros usuarios, supeditado a la presentación de cartas fianza. Existe una razón competitiva por la cual Seal solicitó dichas cartas fianza pues, si se presenta una falla en las redes de distribución de la empresa ocasionado por uno de sus usuarios libres, Seal podría asumir el riesgo de dicho evento; sin embargo, cuando el usuario libre pertenece a otro suministrador distinto a Seal, la carta fianza constituye un instrumento que permite a Seal cubrirse del riesgo de una eventual falla ocasionada por dicho usuario.

(d) <u>Sobre la determinación de la sanción</u>

(i) Respecto al factor de exoneración, resulta cuestionable que la Comisión emplee un criterio discrecional para identificar a los usuarios que Seal habría retenido por implementar las practicas cuestionadas, en tanto la

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

Comisión no analiza qué otras razones motivaron a los usuarios a suscribir un contrato con Seal.

(ii) Para efectos del cálculo del factor de exoneración, se debería excluir a Inca Tops S.A., Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A. y Fábrica de Chocolates La Ibérica, toda vez que dichas empresas señalaron en los requerimientos de información que la decisión de permanecer con Seal, en lugar de cambiar de suministrador, no habría sido tomada en base a las prácticas cuestionadas sino por el precio y otros atributos del servicio ofrecido por Seal.

(iii) Asimismo, solo 2 de las 10 empresas que respondieron el requerimiento de información de la Secretaría Técnica de la Comisión (Inca Tops S.A. e Imco Servicios S.A.C.) mencionaron que en la propuesta comercial de Seal se ofrecía la posibilidad de cambiar de condición sin esperar el plazo de un año de preaviso. Sin embargo, ambas empresas mencionaron que esta propuesta no fue determinante para suscribir el contrato con Seal. Adicionalmente, América Móvil Perú S.A.C. y Rocatech S.A.C. indicaron que no recibieron la referida propuesta de exoneración por parte de Seal. Por ello, el cálculo del factor de exoneración únicamente debe considerar a Ladrillera el Diamante S.A.C., de manera que el factor de exoneración sería de 8%[10].

(iv) Se debe utilizar el margen de utilidad neta en lugar del margen de utilidad operativa para estimar el beneficio ilícito. En países como Chile, Reino Unido, Alemania y Francia se deducen tasas impositivas de las multas impuestas en casos que atenten contra la libre competencia. Sobre este punto, Reino Unido elaboró una guía para la determinación de multas, la cual indica que para determinar la sanción se emplea el volumen de ventas relevante del infractor, para el cual se deducen todos los impuestos. Tomando en cuenta ello, se debe considerar el margen de utilidad neta de 11.7%.

15. El 16 de junio de 2022 se llevó a cabo la audiencia de informe oral, en la que participaron los representantes de las partes intervinientes y reiteraron los argumentos señalados a lo largo del procedimiento. Adicionalmente, los representantes de Seal alegaron que correspondía declarar la caducidad del presente procedimiento y que, sin perjuicio de ello, habían encuestado a los clientes que operan en su área de concesión para demostrar que el mercado relevante también debía incluir a las empresas generadoras. Seal agregó que presentaría dicha encuesta con su escrito de alegatos finales.

[10] Ello considerando el porcentaje que representa la facturación promedio de Ladrillera el Diamante S.A.C. respecto del total de facturación promedio de las 19 empresas cuyo contrato venció durante el periodo investigado.

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

16. El 22 de junio de 2022, Seal presentó sus alegatos finales, reiterando los argumentos expuestos en el procedimiento y, a su vez, señalando lo siguiente:

(i) La Sala debe aplicar el plazo de caducidad previsto en el artículo 259 del TUO de la Ley 27444, en atención a lo resuelto por el Poder Judicial en una medida cautelar tramitada en el Expediente 08975-2021-67-1801-JR-CA-24. En el presente caso se ha cumplido el plazo de caducidad sin que la primera instancia haya emitido y notificado su decisión final.

(ii) La Sala debe considerar que el mercado relevante también comprende a las empresas generadoras de electricidad, por lo que no corresponde delimitarlo geográficamente únicamente al área de concesión de Seal.

(iii) Los usuarios regulados que pueden migrar a usuarios libres están habilitados para contratar con empresas generadoras, lo cual se puede observar de las diversas licitaciones y contratos de opción que se adjuntan. Asimismo, se remite la encuesta de percepción de los clientes en su área de concesión, que demostraría que para estos usuarios resultaría indistinto contratar con Seal o las generadoras. También es posible que el distribuidor pueda atender clientes fuera de su área de influencia, lo que sustenta la ampliación del mercado geográfico.

(iv) La mejora en su posición en el mercado afectado desde el año 2019 obedece a que Seal adoptó nuevas políticas comerciales, lo que redujo sus precios de venta. Ello les permitió captar más clientes regulados que optaban por cambiar su condición. Además, se debe tener en cuenta que su empresa ofrecía diversos servicios post venta, lo cual también ha sido valorado por sus clientes. En tal sentido, no habría existido un efecto exclusorio.

(v) Respecto a la aplicación del eximente de responsabilidad invocado en su recurso de apelación, se debe tener en cuenta que el Minem publicó, en el año 2006, el *"Libro Blanco de la Ley 28832"*, en donde se señala que el distribuidor puede aceptar plazos de preaviso menores a un año. En tal sentido, dicha opinión muestra que se avalaba la conducta de Seal antes de que fuera ejecutada.

(vi) Finalmente, solicita la reserva y confidencialidad de los Anexos 16-C (documentación sobre licitaciones de usuarios libres), 16-F (documentos sobre su política comercial del año 2019), 16-G (contrato con Kallpa Generación S.A.), 16-H (contrato con Engie Energía Perú S.A.) y 16-J (servicios de postventa contratados con los usuarios libres), pues contienen información referida a contratos y sus políticas comerciales.

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

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

(i) si corresponde declarar la reserva y confidencialidad de la información contenida en los Anexos 16-C, 16-F, 16-G, 16-H y 16-J del escrito presentado por Seal el 22 de junio de 2022;

(ii) si Seal incurrió en un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; y,

(iii) de ser el caso, si corresponde confirmar o modificar la sanción impuesta a Seal.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Cuestiones previas

III.1.1. Sobre la solicitud de confidencialidad de Seal

Marco normativo

18. De acuerdo con el artículo 3 del TUO de la Ley 27806[11] y el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú[12], si bien toda información que poseen las

[11] **DECRETO SUPREMO 021-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27806, LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**
Artículo 3.- Principio de publicidad
Todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad.
Los funcionarios responsables de brindar la información correspondiente al área de su competencia deberán prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información a la que se refiere esta Ley.
En consecuencia:
1. Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la presente Ley.
2. El Estado adopta medidas básicas que garanticen y promuevan la transparencia en la actuación de las entidades de la Administración Pública.
3. El Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.
La entidad pública designará al funcionario responsable de entregar la información solicitada.

[12] **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**
Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:
(…)
5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.
El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

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

entidades del Estado se presume pública, el ordenamiento jurídico contempla determinadas excepciones.

19. El numeral 1 del artículo 35 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[13] y el numeral 2.1 de la Directiva 001-2008/TRI-INDECOPI, Directiva sobre confidencialidad de la información en los Procedimientos seguidos por los Órganos Funcionales del Indecopi[14] (en adelante la Directiva

[13] **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 35.- Información confidencial
35.1. A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Secretaría Técnica o la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto comercial o industrial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
La solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial o industrial será concedida, siempre que:
a) Dicha información sea un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
b) Quienes tengan acceso a dicho conocimiento tengan la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
c) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.
La Secretaría Técnica será competente para evaluar aquellas solicitudes de confidencialidad que se presenten en el marco de investigaciones preliminares o procedimientos administrativos sancionadores hasta la emisión del Informe Técnico. Las solicitudes presentadas con posterioridad al Informe Técnico serán evaluadas por la Comisión.
(…)

[14] **DIRECTIVA 001-2008/TRI-INDECOPI, CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI (MODIFICADO POR NUMERAL 2.2 DEL ACÁPITE II DE LA DIRECTIVA 002-2017/TRI-INDECOPI)**
IV. DISPOSICIONES GENERALES
(…)
2. Información confidencial
2.1. Puede declararse confidencial aquella información presentada por las partes o terceros en el marco de un procedimiento seguido ante INDECOPI o aquella información acopiada por el INDECOPI en el curso de sus actividades de supervisión, fiscalización y/o investigación, cuya divulgación implique una afectación significativa para el titular de la misma o un tercero del que el aportante la hubiere recibido, u otorgue una ventaja significativa para un competidor del aportante de la información.
Puede también declararse confidencial aquella información que sea considerada reservada o confidencial por Ley. Entre éstas:
a) La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar de las partes involucradas en un procedimiento. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal.
Se consideran datos sensibles los datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular, datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual.
b) Información proveniente de terceras personas ajenas al procedimiento de investigación, cuya divulgación sin previa autorización podría ocasionar perjuicios a alguna de las partes.
c) La información protegida por la respectiva regulación del secreto bancario, tributario, comercial, industrial, empresarial, tecnológico y bursátil.
Se considerará lo siguiente:
Secreto comercial: aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a las empresas a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa;
Secreto industrial: conocimiento tecnológico referido a procedimientos de fabricación o producción en general, o el conocimiento vinculado al empleo y aplicación de técnicas industriales, que permitan obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros;
Secreto empresarial: Cualquier información no divulgada que una empresa natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:
c.1 Secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
c.2 tenga un valor comercial por ser secreta; y

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

001-2008/TRI-INDECOPI) establecen que, en el marco de las investigaciones y los procedimientos por presuntas conductas anticompetitivas, a solicitud de parte o tercero con interés legítimo se declarará la reserva de la información que tenga carácter confidencial. Esto, siempre que se trate de un secreto comercial o industrial, información que afecte la intimidad personal o familiar, información de terceros cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, aquella información prevista como tal en el Decreto Supremo 021-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante TUO de la Ley 27806).

20. Asimismo, el artículo 17 del TUO de la Ley 27806 y el numeral 1 del artículo 171 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General reconocen que la información que pueda afectar el derecho a la intimidad personal, que revele secretos tributarios, comerciales o industriales y aquella expresamente excluida por ley, será considerada confidencial[15].

---

c.3 haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.
La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

15 **DECRETO SUPREMO 021-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27806, LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**
Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial
El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:
1. La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.
2. La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente.
3. La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.
4. La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.
5. La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso, sólo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.
Por su parte, no opera la presente reserva cuando la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones requiera información respecto a los bienes e ingresos de los funcionarios públicos, o cuando requiera otra información pertinente para el cumplimiento de las funciones de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú - UIF-Perú.
6. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.
La Ley del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia - DINI señala el plazo de vigencia de la información de inteligencia producida por el sistema y clasificada como confidencial, a que se refiere el numeral 1 del presente artículo, siempre que se refiera a temas de seguridad nacional. Asimismo norma el trámite para desclasificar, renovar y/o modificar la misma. La clasificación es objeto de revisión cada cinco años por el Consejo de Seguridad Nacional.

DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

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

21. De conformidad con el numeral 4 del artículo 35 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[16], concordado con el numeral 3.3 de la Directiva 001-2008/TRI-INDECOPI[17], para evaluar si cierta información es confidencial, resulta preciso determinar su pertinencia con el asunto controvertido, que se trate de información que no haya sido divulgada previamente y la eventual afectación que podría causar que terceros (distintos al titular o los sujetos autorizados por este) accedan a dicha información.

22. Los dos últimos aspectos se encuentran desarrollados en el numeral 1 del artículo 35 del referido cuerpo legal[18], pues la declaración de reserva sobre un secreto comercial o industrial será concedida por la autoridad, siempre que la información:

(i) esté referida a un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado, y verse sobre un objeto determinado;

Artículo 171.- Acceso al expediente
171.1 Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas. Sólo se exceptúan aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que contienen información cuyo conocimiento pueda afectar su derecho a la intimidad personal o familiar y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional de acuerdo a lo establecido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución Política. Adicionalmente se exceptúan las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial, así como todos aquellos documentos que impliquen un pronunciamiento previo por parte de la autoridad competente.
(…)

16 **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 35.- Información confidencial
(…)
35.4. Para que proceda la solicitud de declaración de reserva, el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. Para evaluar si la información tiene carácter confidencial, la Secretaría Técnica o la Comisión evaluará su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación. Sus pronunciamientos pueden ser apelados ante el Tribunal, quien resolverá el recurso en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles.
(…)

17 **DIRECTIVA 001-2008/TRI-INDECOPI, CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI**
IV. DISPOSICIONES GENERALES
3. Declaración de confidencialidad de la información
(…)
3.3.- Al resolver respecto de la confidencialidad de la información, la autoridad competente deberá motivar su determinación al respecto, considerando:
a) La pertinencia de la información para la evaluación o resolución de la materia controvertida en el procedimiento.
b) La no divulgación lícita previa de la información, pues sólo podrá considerarse confidencial aquella información que haya sido mantenida con cuidado o celo dentro del propio ámbito de conocimiento, incluso evitando haber estado disponible de alguna forma para terceros.
No se considerará confidencial la información hecha pública por mandato legal o voluntariamente para generar transparencia en el mercado, ni aquella entregada previamente a entidades u organismos responsables para su divulgación.
c) La afectación que podría causar la divulgación de la información a su poseedor. La carga de la prueba recaerá sobre el potencial afectado.

18 Ver nota al pie 13.

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

(ii) sea un conocimiento que se mantiene en condición de reservado por decisión voluntaria e interés de los sujetos que tienen acceso a él, quienes han adoptado las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,

(iii) tenga un valor comercial efectivo o potencial.

23. Conforme al primer requisito, la información debe versar sobre un objeto determinado, esto es, referirse a algún dato específico e identificable. Una vez individualizada la información y determinada su existencia, se podrá apreciar si es de naturaleza reservada, lo que supone analizar si se encuentra o no a disposición de terceros[19].

24. De acuerdo con el segundo requisito, la información tendrá la calidad de reservada cuando no haya sido divulgada previamente a terceros no autorizados, sino preservada dentro del ámbito de conocimiento del titular y de personas que hayan accedido a aquella con un deber de reserva.

25. Finalmente, la información reservada tendrá valor comercial efectivo o potencial cuando su utilización en régimen de secreto reporte un provecho patrimonial por suponer para el empresario una ventaja frente a los competidores que lo desconocen. Así, el numeral 2.1 de la Directiva 001-2008/TRI-INDECOPI considera como secreto comercial a la información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a las empresas a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a la compañía.

Aplicación al presente caso

26. En su escrito de alegatos finales presentado el 22 de junio de 2022, Seal solicitó la confidencialidad de la información contenida en los Anexos 16-C (documentación sobre licitaciones de usuarios libres), 16-F (documentos sobre su política comercial del año 2019), 16-G (contrato con Kallpa Generación), 16-H (contrato con Engie Energía) y 16-J (servicios de postventa contratados con los usuarios libres). Al respecto, señaló que estos documentos contenían datos referidos a sus condiciones comerciales, por lo que correspondía su reserva.

27. De la revisión de dichos documentos, se observa que estos contienen información sobre la política comercial de Seal. En particular, revelan las condiciones de los servicios ofrecidos por dicha empresa a sus clientes, condiciones para la intervención en licitaciones privadas, así como aspectos

[19] En ese orden de ideas, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 260 literal a) de la Decisión 486 –Régimen Común sobre Propiedad Industrial– aplicable a los Países Miembros, el carácter secreto depende de que "*(...) como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, (la información) no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva*".

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

contractuales con empresas generadoras que –de acuerdo con la recurrente- tienen el carácter de reservados.

28. Al respecto, se observa que la información contenida en los documentos presentados por Seal versan sobre un objeto específico (condiciones contractuales con sus clientes y empresas generadoras), tiene carácter reservado en tanto la solicitante ha buscado evitar su divulgación (Seal no ha presentado anteriormente esta información en el presente procedimiento sin solicitar su confidencialidad) y cuenta con valor comercial (pues su divulgación podría generar una ventaja para los competidores, quienes conocerían cuáles son las condiciones que Seal ofrece a sus clientes o los términos de sus acuerdos con las empresas generadoras). Finalmente, se tiene que Seal ha presentado un resumen no confidencial de la información junto con su pedido de confidencialidad.

29. En tal sentido, esta Sala considera que la información contenida en los Anexos 16-C, 16-F, 16-G, 16-H y 16-J califica como confidencial, por lo que corresponde conceder la solicitud formulada por Seal.

III.1.2. Sobre la alegada caducidad del presente procedimiento

Sobre la caducidad en el procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas

30. Cuando el procedimiento sancionador inicia, este debería culminar con la emisión y notificación de la resolución que determine si el imputado es o no responsable por la infracción investigada y, de ser el caso, imponer la sanción correspondiente u ordenar el archivo del procedimiento, según corresponda. Sin embargo, en ocasiones, determinadas circunstancias generaban que la autoridad administrativa no resuelva el procedimiento sancionador dentro del plazo previsto en la ley, ocasionando que la tramitación del procedimiento se prolongue en exceso y que se mantenga la incertidumbre sobre la responsabilidad del imputado.

31. A fin de resolver esta situación, mediante el Decreto Legislativo 1272 (norma que modificó e incorporó diversos artículos a la Ley 27444), se introdujo la figura de la caducidad administrativa[20] en los procedimientos administrativos sancionadores. De esta manera, el legislador buscó otorgar una salida jurídica

[20] El Decreto Legislativo 1272 únicamente hacía referencia al término "*Caducidad*"; sin embargo, mediante Decreto Legislativo 1452 dicho término fue modificado por el de "*Caducidad administrativa*" con la finalidad de evitar confusiones con la figura de la caducidad prevista en el Código Civil.

Al respecto, ver el punto I.15 de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1452 (dicho texto se encuentra disponible en el siguiente enlace: http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2018/Setiembre/16/EXP-DL-1452.pdf. Fecha de última visita: 30 de junio de 2022.

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

a aquellos casos en los cuales hayan transcurrido los plazos procedimentales establecidos sin que la autoridad administrativa cumpla con emitir pronunciamiento, con el fin de preservar las condiciones básicas de seguridad jurídica[21].

32. Al respecto, López Ramón señala que los fundamentos que se identifican respecto a la caducidad son los siguientes: *"el principio de igualdad aplicado a la relación entre los interesados y la Administración en los procedimientos administrativos (1), el principio de seguridad jurídica con referencia al sufrimiento o la incertidumbre del interesado en un procedimiento abierto sin plazo de finalización (2), y el principio de eficacia administrativa imponiendo el cumplimiento efectivo de los plazos del procedimiento (3)"*[22].

33. El numeral 1 del artículo 259 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que el plazo general para resolver los procedimientos sancionadores -para los fines de la aplicación de la caducidad administrativa- es de nueve (9) meses, prorrogable por tres (3) meses adicionales, el cual se computa desde la notificación de la imputación de cargos. Sin embargo, dicha norma también señala que, en el caso de los procedimientos sancionadores cuyas normas especiales establezcan un plazo mayor para resolver, la caducidad operará al vencimiento de este plazo:

> ***TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.***
> ***Artículo 259. Caducidad administrativa del procedimiento sancionador.***
> *1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo.*
> *Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.*
> *(…)*

34. Al respecto, se observa que el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas regula el plazo para que la autoridad administrativa tramite y

---

21 En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1272 se señaló lo siguiente:

> *"I.11.3.5* ***Nuevas pautas sobre la caducidad del procedimiento administrativo sancionador (Artículo 237-A)***
> *La necesidad de darle una salida distinta al mero transcurso del tiempo ante la falta de pronunciamiento ante un procedimiento sancionador en trámite llevó al establecimiento de la caducidad frente a estos casos. (…)*
> *Así, en aras de preservar condiciones básicas de seguridad jurídica, se establecen ciertas pautas a seguir que buscan cerrar una situación para que esta no quede indefinidamente sin una solución definitiva."*

22 LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *La Caducidad del Procedimiento de Oficio*. En: Revista de Administración Pública. Número 194, Madrid, mayo-agosto 2014, página 22. Consultado en: https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40159/22768. Fecha de última visita: 30 de junio de 2022.

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

emita pronunciamiento en los procedimientos sancionadores por presuntas infracciones previstas en la referida norma. Así, tomando en cuenta las etapas procedimentales a partir de la notificación de la resolución de imputación de cargos, el referido plazo se encuentra segmentado en los artículos 18 a 22 (etapa de postulación), 29 a 32 (etapa de instrucción) y 36 a 39 (etapa final) de dicha norma.

35. De acuerdo con las etapas previstas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el plazo para resolver el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas -sin contemplar la etapa probatoria complementaria[23]- es el siguiente:

Actuación	Plazo legal		Base legal
	Meses	Días hábiles	
Formulación de descargos		30 días hábiles	Artículo 22.1 del TUO del DL 1034
Etapa probatoria	7 meses		Artículo 29 del TUO del DL 1034
Elaboración del Informe Técnico		30 días hábiles	Artículo 36.1 del TUO del DL 1034
Notificación del Informe Técnico		5 días hábiles	Artículo 24.1 del TUO de la Ley 27444
Alegaciones al Informe Técnico		30 días hábiles	Artículo 36.3 del TUO del DL 1034
Traslado de actuados a la Comisión		5 días hábiles	Artículo 36.4 del TUO del DL 1034
Notificación de la decisión para convocar a informe oral		5 días hábiles	Artículo 24.1 del TUO de la Ley 27444
Convocatoria y realización del informe oral		Anticipación mínima de 5 días hábiles y el tiempo mínimo que durará la audiencia (1 día hábil)	Artículo 37 del TUO del DL 1034
Alegaciones finales		10 días hábiles	Artículo 38.4 del TUO del DL 1034
Emisión de la Resolución Final		60 días hábiles	Artículo 39.1 del TUO del DL 1034
Notificación de la Resolución Final		10 días hábiles	Artículo 39.3 del TUO del DL 1034
Plazo total	**7 meses**	**191 días hábiles**	

[23] Cabe indicar que de acuerdo con los artículos 38.1 y 38.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Comisión puede disponer la actuación de medios probatorios adicionales, escenario en el cual se ampliará el plazo para tramitar y resolver el procedimiento sancionador.

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

36. Como ha sido indicado por la Sala en un pronunciamiento anterior[24], la sumatoria de los plazos del procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas constituye el plazo para resolver aplicable a fin de determinar si opera la caducidad administrativa.

37. En similar sentido, la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia ha señalado, a través de la Consulta Jurídica 015-2017-JUS/DGDNCR[25], que el plazo de caducidad para los procedimientos sancionadores tramitados bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas corresponde a la sumatoria de los plazos de tramitación previstos en dicha norma (ahora previstos en el TUO del mismo cuerpo normativo).

Aplicación al presente caso

38. En el presente caso, Seal sostuvo que debe aplicarse el plazo para resolver previsto en el artículo 259.1 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (9 meses prorrogables por 3 meses adicionales), en atención a que, a través de una medida cautelar emitida respecto a otro procedimiento administrativo[26], el Poder Judicial habría señalado que dicha norma es la aplicable a los procedimientos sancionadores por conductas anticompetitivas.

39. Al respecto, se observa que la medida cautelar aludida por Seal ha sido emitida a favor de un agente distinto al recurrente (Corporación de Servicentros S.A. y la señora Rocío Beatriz Zorrilla Hiraoka) y con relación a un procedimiento diferente al evaluado en el presente caso (en el cual se evalúa una presunta concertación del precio de venta del gas natural vehicular en Lima Metropolitana y Callao). Además, de conformidad con el artículo 612 del TUO del Código

---

24 Ver Resolución 0138-2020/SDC-INDECOPI del 30 de octubre de 2020.

25 **CONSULTA JURÍDICA 15-2017-JUS/DGDNCR**
"***iii. CONCLUSIONES***
(…)
(iv) El plazo de nueve (9) meses ampliables a tres (3) más regulado en el numeral 1 del artículo 257 del TUO de la Ley 27444 solo procede en dos supuestos:
a) Cuando la ley especial no establezca plazo para resolver procedimiento sancionador; o,
b) Estableciendo un plazo expreso, este sea mayor al regulado en la ley general para la aplicación de la caducidad del procedimiento sancionador.
(v) El segundo párrafo del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la Ley 27444 hace suponer que si el plazo parar (sic) *resolver el procedimiento establecido en la ley especial es mayor a los nueve (9) más su ampliación, entonces la caducidad del procedimiento sancionador operará al término de dicho plazo especial."*
(vi) En síntesis, esta Dirección General opina que:
a) El plazo para declarar la caducidad del procedimiento sancionador especial regulado por el Decreto Legislativo N° 1034 será el plazo máximo para resolverlo establecido por el referido dispositivo normativo.
(…)

26 Dicha medida fue emitida en el cuaderno cautelar del Expediente 08975-2021-67-1801-JR-CA-24 a favor de Corporación de Servicentros S.A. y Rocío Beatriz Zorrilla Hiraoka, en la cual se ordenó a la Sala aplicar el plazo de caducidad previsto en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General en el marco de la tramitación del expediente 005-2016/CLC, a favor de los referidos administrados.

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

Procesal Civil, toda medida cautelar importa un prejuzgamiento, siendo provisoria, instrumental y variable[27].

40. En consecuencia, la medida cautelar aludida por Seal: (i) no ha sido emitida a favor de dicho agente económico ni con relación a este procedimiento sancionador y, (ii) no se trata de un pronunciamiento definitivo de la autoridad judicial, sino de una decisión variable por su propia naturaleza. Siendo así, la resolución judicial invocada por la denunciada no resulta oponible al presente caso ni constituye un mandato que conlleve a la caducidad de este procedimiento.

41. Por estas razones, así como lo expuesto en los párrafos precedentes, no corresponde aplicar el plazo general para resolver previsto en el artículo 259.1 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (9 meses prorrogables por 3 meses adicionales), a efectos de evaluar la caducidad administrativa o no del procedimiento seguido contra Seal.

42. Teniendo en cuenta los plazos detallados en el numeral 35 del presente pronunciamiento y que la fecha de notificación de la Resolución de Inicio a ambas partes intervinientes fue el 23 de junio de 2020, el cómputo de plazos inició al día hábil siguiente, esto es, el 24 de dicho mes. En tal sentido, se observa que la fecha máxima que tenía la autoridad de primera instancia para notificar su pronunciamiento final fue el 28 de octubre de 2021[28].

43. Ahora bien, de la revisión de los actuados se advierte que la Resolución Final fue notificada a ambas partes el 19 de octubre de 2021, por lo que no ha operado la caducidad administrativa en el presente caso[29]. En tal sentido, se desestima lo alegado por la recurrente.

III.1.3. <u>Sobre el eximente de responsabilidad alegado respecto de la exoneración del plazo de preaviso</u>

---

27 **TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**
Artículo 612. Características de la medida cautelar.
Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.

28 Cabe indicar que en el cómputo del plazo se ha tomado en cuenta que los siguientes días no fueron hábiles:
- 29 de junio de 2020 (feriado);
- 28 de julio de 2020 (feriado);
- 8 (feriado), 24 (declarado no laborable por Decreto Supremo 0194-2020-PCM), 25 (feriado) y 31 de diciembre de 2020 (declarado no laborable por Decreto Supremo 0197-2019-PCM);
- 1 de enero de 2021 (feriado);
- 1 y 2 de abril de 2021 (feriados);
- 29 de junio de 2021 (feriado);
- 28 y 29 de julio de 2021 (feriados);
- 30 de agosto de 2021 (feriado); y,
- 8 (feriado) y 11 de octubre de 2021 (declarado no laborable por Decreto Supremo 161-2021-PCM).

29 De acuerdo con el cuadro consignado en el numeral 35 de la presente resolución.

44. En su recurso de apelación, Seal señaló que, respecto de la conducta imputada referida a la exoneración del plazo de preaviso, correspondería que se aplique el eximente de responsabilidad previsto en el literal e) del artículo 257.1 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual señala lo siguiente:

> ***TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL***
> ***Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones***
> *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.*
> *(…)*

45. 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 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres, sosteniendo que los distribuidores pueden diferenciar 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.

46. El eximente invocado por la recurrente tiene estrecha vinculación con el principio de predictibilidad o confianza legítima, que consiste en que la autoridad administrativa debe brindar a los ciudadanos información veraz, completa y confiable[30]. En este contexto, aquel administrado que haya actuado considerando que su accionar ha sido lícito en virtud de una declaración de la Administración Pública, no será calificado como responsable[31].

47. Sobre el particular, la doctrina refiere que en este supuesto se encuentra el caso en el que la autoridad respectiva aconseja a los administrados a actuar de una determinada manera y que estos lo hagan así, con la legítima confianza de estar haciéndolo de forma correcta[32], por lo que luego no podrían ser sancionados a raíz de dicha conducta.

---

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

31 *Ibíd.*

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

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

48. En el presente caso, Seal hizo referencia a: (i) el Oficio 3086-2018-OS-DSE del 9 de octubre 2018 emitido por el Osinergmin[33]; (ii) el Informe 171-2019-MEM/DGE del 10 de abril de 2019[34]; y (iii) la Resolución 238-2018/CCD-INDECOPI del 26 de diciembre de 2018[35].

49. En este caso en particular, se observa que dichos pronunciamientos fueron posteriores al inicio de la realización de la diferenciación imputada en lo referido a la exoneración del plazo de preaviso previsto en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres, por lo que carece de asidero sostener que Seal se condujo guiada por los referidos pronunciamientos y que fue inducida por la Administración Pública a incurrir en la mencionada conducta investigada.

50. Como se puede observar, la exoneración del plazo de preaviso de un año en el presente caso se habría llevado a cabo a partir del año 2016; mientras que las opiniones que -según Seal- habrían orientado su conducta, fueron emitidas más de dos años después del inicio de la referida conducta. Por tanto, dichos documentos no permiten sustentar *ex ante* la conducta de la denunciada.

51. Además, la Sala no observa que las autoridades involucradas hayan aconsejado u opinado que Seal 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 Seal, al pasar del régimen de usuarios regulados al régimen de usuarios libres.

52. En las opiniones formuladas por el Osinergmin y el Minem no se indica que el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres establezca el trato diferenciado materia de cuestionamiento en el presente caso.

53. Por su parte, el pronunciamiento de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal fue emitido en el marco del análisis de una presunta

---

33 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 en el marco de la tramitación del Expediente 044-2018/CCD, en el cual Atria (antes Eléctrica Santa Rosa S.A.C.) denunció a Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de sabotaje empresarial.

34 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. Este documento fue incorporado al expediente en virtud de la Razón de Secretaría 11 B-2020/ST-CLC-INDECOPI del 6 de marzo de 2020.

35 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 Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. por la presunta realización de actos de competencia desleal en la modalidad de sabotaje empresarial (Expediente 044-2018/CCD).

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

infracción distinta a la imputada en el presente caso[36]. Dicho procedimiento 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.

54. Seal también alegó que, a través del Libro Blanco de la Ley de Generación Eficiente de Electricidad publicado por el Minem en el año 2006, se habría recogido un anteproyecto de ley que contemplaba la exoneración del plazo de preaviso que es materia de imputación en el presente procedimiento, lo cual -a su decir- evidenciaría que su conducta sí fue orientada por la Administración Pública. En particular, Seal hizo referencia al siguiente extracto de la aludida publicación del Minem:

> ***LIBRO BLANCO DE LA LEY DE GENERACIÓN EFICIENTE DE ELECTRICIDAD (2006)***
> ***ANTEPROYECTO DE LEY***
> ***Disposiciones Complementarias y 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 de un preaviso de 3 años, salvo aceptación de un plazo menor por parte del distribuidor.*

55. Como se puede observar, el texto citado por Seal corresponde a un proyecto normativo incluido en la referida publicación del Minem, el cual contemplaba un plazo de preaviso de tres (3) años, así como la posibilidad de que la empresa distribuidora acepte un pazo menor. Sin embargo, el referido proyecto normativo no indica que la empresa distribuidora (como Seal) pueda aplicar, de forma discriminatoria, el plazo de preaviso para la migración del mercado regulado al libre, ni aconseja u opina que dicha empresa brinde un trato discriminatorio a los clientes que -al efectuar la referida migración- cambien de suministrador, en comparación con aquellos que decidan permanecer con la empresa distribuidora.

56. Las razones expuestas permiten desvirtuar que la recurrente hubiese efectuado la conducta imputada referida a la exoneración del plazo de preaviso de un año, debido a una presunta inducción a error por la Administración Pública. En consecuencia, no se verifica el eximente de responsabilidad previsto en el literal e) del artículo 257.1 del TUO de la Ley 27444 y corresponde desestimar este argumento.

---

[36] En la Resolución 238-2018/CCD-INDECOPI, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal evaluó si una empresa distinta a Seal (Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A.) 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 el imputado 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.

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

III.1.4. Sobre el uso de información posterior a la notificación de la imputación de cargos

57. Seal indicó que la Comisión habría emitido su pronunciamiento considerando hechos que se llevaron a cabo de manera posterior a la notificación de la Resolución de Inicio (la cual se realizó en junio de 2020). Según alegó la recurrente, el análisis de la primera instancia incluyó hechos ocurridos hasta diciembre de 2020, lo cual habría significado una afectación a su derecho a la defensa y la nulidad de la Resolución Final.

58. Sobre el particular, de acuerdo con el artículo 18.3 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[37], el procedimiento sancionador puede iniciarse incluso cuando la conducta cuestionada se encuentra en ejecución. Además, según los artículos 29 y 30 de la norma bajo comentario[38], durante el período de prueba la Secretaría Técnica de la Comisión puede recabar las pruebas adicionales que considere pertinentes para el examen de la conducta imputada en la Resolución de Inicio, sin que este hecho implique -por sí mismo- una variación de la imputación formulada o una afectación al derecho a la defensa de las partes, quienes también tienen el derecho de

---

37 **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**
Artículo 18. Formas de iniciación del procedimiento.
(…)
18.3. El procedimiento sancionador podrá ser iniciado cuando la conducta denunciada se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, inclusive, cuando ya hubiera cesado sus efectos.

38 **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**
Artículo 29. Período de prueba.
El período de prueba no podrá exceder de siete (7) meses contados a partir del vencimiento del plazo para la contestación. Los gastos de actuación de las pruebas son de cargo de las partes que las ofrecen y no tienen naturaleza tributaria.
(…)
Artículo 30. Medios de prueba.
30.1. La Secretaría Técnica podrá actuar, o las partes ofrecer, los siguientes medios probatorios:
a) Documentos;
b) Declaración de parte;
c) Testimonios;
d) Inspecciones;
e) Pericias; u,
f) Otras pruebas si a criterio de la Secretaría Técnica son necesarias para el esclarecimiento de los hechos denunciados o imputados.
30.2. En caso fuera necesario realizar una inspección, ésta será efectuada por la Secretaría Técnica o por el funcionario designado por ésta para dicho efecto. Siempre que se realice una inspección deberá levantarse un acta que será firmada por quien se encuentre a cargo de ella, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del almacén, oficina o establecimiento correspondiente.
30.3. Tanto para la actuación de las pruebas como para la realización de las diligencias, la Secretaría Técnica o el funcionario designado por ésta podrá requerir la intervención de la Policía Nacional, sin necesidad de notificación previa, para garantizar el cumplimiento de sus funciones.
30.4. Los medios probatorios deberán ser costeados por quien los ofrezca. Los costos de aquellos que sean ordenados por la autoridad podrán ser distribuidos entre el imputado y quien haya presentado la denuncia de parte, de ser el caso, al finalizar el procedimiento y dependiendo de su resultado.
(Subrayado agregado).

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

ofrecer los medios de prueba que estimen pertinentes durante esta etapa del procedimiento.

59. En el presente caso, al revisar las actuaciones llevadas a cabo en el período de prueba del presente procedimiento, se observa que mediante Carta 563-2020/ST-CLC-INDECOPI (notificada el 14 de diciembre de 2020), la Secretaría Técnica de la Comisión requirió información a Seal respecto de la ejecución de la conducta investigada entre junio y diciembre de 2020[39]. El 29 de enero de 2021, dicha empresa cumplió con presentar la información requerida y posteriormente, el 5 de marzo de 2021, presentó sus argumentos respecto de tal información, señalando: (i) las razones por las cuales la exoneración del plazo de preaviso sería legal; y, (ii) que no habría exonerado a ningún cliente de la instalación de los equipos técnicos de seguridad. Cabe resaltar que Seal formuló sus argumentos tomando en cuenta la información que había remitido, la cual alcanzaba hasta diciembre de 2020[40].

60. Asimismo, el análisis de la referida documentación en la Resolución Final no implicó una variación de la determinación inicial de los hechos materia de imputación (la presunta aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, al exonerar del plazo de preaviso de un año y no exigir la instalación de equipos de seguridad como requisito previo a la migración al mercado libre a aquellos clientes regulados que mantenían a Seal como su suministradora; y, por el contrario, exigirlo a quienes contrataban con otra empresa); ni su calificación jurídica (los literales b. y h. del artículo 10.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas).

61. Esto es así, pues las solicitudes de información y su valoración siempre estuvieron enfocadas a la evaluación de dicha presunta infracción, imputada desde el inicio del procedimiento sancionador.

62. Ahora bien, una particularidad que no puede ser omitida es que la Secretaría Técnica de la Comisión imputó un presunto abuso de posición de dominio que,

---

39 En particular, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a Seal presentar lo siguiente:
a) Presentar los contratos de suministro que mantenía con empresas generadoras para la atención de usuarios regulados y usuarios libres que se encontraban vigentes desde el 2015 hasta la fecha del requerimiento.
b) Señalar con qué empresas generadoras negoció una modificación del contrato.
c) Indicar los contratos de suministro que mantenía con las generadoras y que sustentaban la potencia contratada con los usuarios regulados que migraron al mercado libre manteniendo a Seal como suministradora.
d) Presentar una serie estadística que muestre a los usuarios que decidieron cambiar de condición a usuarios libres entre junio de 2019 y diciembre de 2020.
e) Remitir las cartas de preaviso de los usuarios señalados en el punto anterior.
f) Remitir las cartas en las que se les exigió a estas empresas contar con los equipos de protección, limitación y medición de potencia.
g) Indicar la fecha en que los usuarios cumplieron con instalar los referidos equipos.

40 Ver fojas 935, 936 y 1008 del expediente. Asimismo, entre los medios probatorios presentados en dicho escrito, Seal adjuntó documentos elaborados luego de junio de 2020 (en particular, comunicaciones de Atria de octubre de 2020).

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

en dicho momento, estaba siendo llevado a cabo por la empresa denunciada. En base a este contexto específico, el hecho de la autoridad haya pedido información de junio a diciembre de 2020 y la valoración de esta información, estuvieron dirigidos a tener mayores elementos para completar la data sobre el último año analizado respecto a la conducta investigada y ponderar adecuadamente los efectos de los hechos denunciados en el mercado afectado.

63. Lo antes indicado denota que esta nueva información solo constituyó un elemento más para analizar, con mejores herramientas, la conducta de abuso de posición de dominio imputada, sobre la cual Seal pudo ejercer plenamente su derecho de defensa, tal como lo realizó en su oportunidad.

64. En conclusión, el hecho que la Comisión haya evaluado documentación relacionada con la ejecución de la conducta investigada entre junio y diciembre de 2020 -y que fue proporcionada por la propia Seal- no supone una afectación al derecho de defensa de la recurrente ni una variación de los cargos imputados que son objeto de evaluación en este procedimiento. Incluso, durante la instrucción del procedimiento, Seal ha formulado sus alegatos de defensa y ofrecido los elementos de prueba que estimó pertinentes al respecto.

65. Por las razones expuestas, corresponde desestimar este argumento formulado por la recurrente.

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

66. El artículo 10.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[41] establece que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico utiliza su posición dominante 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 en el mercado relevante.

67. Los supuestos de abuso de posición de dominio únicamente podrán consistir en conductas de efecto exclusorio, las cuales afectan la dinámica de la

[41] **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL 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.
(…)

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

competencia pues impiden el acceso de competidores directos o indirectos del agente dominante al mercado o dificultan su permanencia.

68. Ahora bien, el artículo 10.2 del TUO 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, previendo 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.

69. Por otra parte, el artículo 2.14 de la Constitución Política del Perú reconoce la libertad contractual, por medio de la cual los ciudadanos cuentan con autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la materia objeto de regulación contractual[42].

70. 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*"[43]. Ciertamente, se está ante una manifestación de la voluntad particular que busca crear una norma jurídica privada[44], 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"*[45]. En tal sentido, la libertad contractual tiene como límite la afectación al contenido protegido de otros derechos fundamentales[46].

71. Asimismo, el referido tribunal ha señalado 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 garantía de una sociedad democrática y pluralista*"[47] (subrayado, resaltado y corchetes agregados).

72. 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,*

---

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

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

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

45 Ver nota al pie 43.

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

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

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

así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia"[48].

73. 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.

74. 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 económica[49], 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.

75. Por dichos motivos, en la celebración de contratos no es legítimo que un agente económico emplee su posición de dominio en un mercado para imponer a sus contratantes condiciones desiguales pese a que las prestaciones sean equivalentes y afecte la libre competencia a través de esta diferenciación, dificultando o impidiendo que los competidores ingresen o se mantengan en un mercado donde el respectivo agente económico ostente posición de dominio o busque trasladar dicha condición.

---

48 *Ibid.* fundamento jurídico 8.

49 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."

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

76. Sobre este último supuesto corresponde indicar que la doctrina[50] y jurisprudencia comparada[51] en materia de libre competencia sostienen 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.

77. Es importante precisar que la figura bajo análisis, recogida en el literal b) del artículo 10.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, establece que la aplicación de las condiciones desiguales debe ser injustificada para constituir infracción. Ello implica que el agente económico con posición de dominio puede brindar un tratamiento distinto entre sus clientes o proveedores, siempre que ello se sustente en situaciones objetivas que justifiquen de forma suficiente y razonable dicha diferencia.

78. Por su parte, el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que el abuso de posición de dominio podrá consistir, en general, en aquellas conductas del agente que ostenta posición de dominio que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

79. Finalmente, el artículo 10.4 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas reconoce que las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas, por lo que para verificar la existencia de la infracción, la autoridad 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, de conformidad con el artículo 9 del TUO de la referida ley.

80. En atención a lo previamente desarrollado y a la jurisprudencia de la Sala sobre actos de abuso de posición de dominio[52], la metodología de análisis que se seguirá para las conductas imputadas 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 contó con posición de dominio en el respectivo mercado relevante durante el periodo investigado.

    (ii) Identificar las prácticas presuntamente discriminatorias y verificar si tales diferenciaciones se encuentran justificadas.

---

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

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

52 Ver Resoluciones 0589-2015/SDC-INDECOPI, 0460-2016/SDC-INDECOPI y 0035-2022/SDC-INDECOPI.

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

(iii) Analizar los efectos exclusorios generados por las prácticas materia de evaluación.

(iv) Analizar las justificaciones económicas planteadas por el agente imputado y ponderarlas con los efectos perjudiciales a la competencia que previamente se identifiquen (regla de la razón).

III.3. Análisis del presente caso

III.3.1. Identificación del mercado relevante

I. Actividades que realizan las empresas involucradas en el procedimiento

81. 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.

82. Atria (la denunciante) es una empresa que se dedica a la generación y suministro de energía eléctrica, mientras que Seal (la denunciada) es una empresa que realiza actividades de distribución y suministro de energía eléctrica.

83. Es importante señalar que entre las actividades que una empresa de generación eléctrica puede realizar, de forma adicional a la propia generación de energía, se encuentran: (i) el suministro de energía a otra empresa de generación a través de negociaciones en el mercado de corto plazo -también llamado mercado *spot*-; (ii) el suministro de energía a usuarios libres[53] a través de contratos bilaterales negociados entre las partes; y, (iii) el suministro de energía a empresas de distribución eléctrica para el abastecimiento de los usuarios finales a través de licitaciones o negociaciones bilaterales[54].

84. En cuanto a las empresas de distribución, estas brindan el servicio de distribución de energía eléctrica; es decir, el servicio de transporte de energía desde las líneas de transmisión hacia los usuarios finales, que pueden ser

53 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.

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

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

regulados[55] o libres. Cabe señalar que dicho servicio es prestado exclusivamente por la empresa distribuidora en su área de concesión.

85. Adicionalmente, la empresa distribuidora brinda el servicio de suministro de energía eléctrica; es decir, el servicio de comercialización de energía a los usuarios regulados que se encuentren dentro de su área de concesión y, además, puede suministrar energía eléctrica a usuarios libres a través de contratos bilaterales negociados entre las partes[56].

86. En cuanto al mercado de clientes regulados, está conformado por aquellos usuarios sujetos a regulación tarifaria por la energía y potencia que consumen y cuya máxima demanda anual de cada punto de suministro es menor a 2500 kW. Estos a su vez se dividen en usuarios cuya demanda anual de cada punto de suministro es igual o menor a 200 kW (hogares) y aquellos usuarios con una demanda máxima anual en cada punto de suministro mayor a 200 kW y menor a 2500 kW (normalmente se trata de pequeños comercios e industrias). Estos últimos pueden optar por mantenerse dentro del segmento regulado o cambiar de condición a usuarios libres[57].

---

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

56 **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;
(…)

57 **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 Electricidad, tienen derecho a optar entre la condición de Usuario Regulado o Usuario Libre, conforme a lo establecido en la Ley Nº 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)

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

87. Para este 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 y distribución de energía eléctrica a los 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 concesión[58].

88. Respecto al mercado de clientes libres, si bien es la distribuidora quien brinda el servicio de distribución (la conexión física entre las redes de transmisión y el punto de suministro) de manera exclusiva en su área de concesión, el suministro puede ser provisto por dicha empresa distribuidora[59] o por empresas generadoras de energía eléctrica, en ambos casos a través de contratos bilaterales negociados entre las partes.

89. En otras palabras, si bien las generadoras y distribuidoras pueden participar en el suministro de energía a usuarios libres ubicados en el área de concesión de una distribuidora, en todos los casos, se deberán utilizar las redes de la empresa distribuidora que es titular del área de concesión[60].

90. Una vez descritas las actividades de las empresas involucradas en el procedimiento, corresponde determinar el mercado relevante sobre el cual se analizará la posición de dominio de la denunciada.

II. <u>Definición del mercado relevante</u>

58 **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.

59 Incluso las empresas de distribución pueden suministrar de energía a clientes libres fuera de su zona de influencia, en tanto estos clientes lleguen a dicha zona con sus propias líneas.

60 **DECRETO LEY 25844. LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS.**
Artículo 34.- Los Distribuidores están obligados a:
(…)
d) Permitir la utilización de todos sus sistemas y redes por parte de terceros para el transporte de electricidad, excepto cuando tenga por objeto el suministro de electricidad a Usuarios Regulados dentro o fuera de su zona de concesión, en las condiciones establecidas en la presente Ley y en el Reglamento.

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

91. De acuerdo con el artículo 6 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, para definir el mercado relevante es necesario identificar el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante[61].

II.1 Mercado de producto relevante

92. Conforme a lo señalado por el TUO de 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. Al respecto, 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.

93. De acuerdo con la primera instancia, en el presente caso se tiene dos servicios involucrados en la conducta investigada: (i) el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados ubicados en el área de concesión de Seal y (ii) la distribución de energía eléctrica a los usuarios finales ubicados en el área de concesión de Seal. Seguidamente, la Comisión analizó si existían sustitutos adecuados a estos servicios, considerando factores tales como: las preferencias de los clientes o consumidores, las características, usos, precios o costos de instalación de los posibles sustitutos.

94. La primera instancia señaló que la conducta investigada consistente en la exoneración del plazo de preaviso involucra al servicio de suministro[62] de energía eléctrica a usuarios regulados, debido a que la exoneración del plazo de preaviso para que un usuario regulado cambie de condición a usuario libre se realizaba mientras dicho usuario era regulado y su suministrador de energía eléctrica era la empresa de distribución (lo cual constituye una etapa anterior al cambio de condición del usuario). En este sentido, quien tendría la posibilidad de exonerar o no del plazo de preaviso sería el suministrador del usuario regulado que, en este caso, es la empresa de distribución[63].

---

61 **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL 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.
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.

62 De acuerdo con el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres

63 Conforme a lo señalado en el numeral 87 de la presente Resolución.

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

95. Así, considerando las condiciones normativas establecidas para el servicio de suministro de energía eléctrica, la Comisión excluyó del mercado de producto a los usuarios libres, en la medida que la denuncia versa sobre un posible trato diferenciado a usuarios regulados que manifiestan su intención de migrar al régimen de usuarios libres y no sobre un trato diferenciado a los usuarios que ya tienen la condición de usuarios libres. Además, la Comisión recalcó que los usuarios libres se encuentran normativamente sujetos a condiciones de suministro y demanda de energía distintas a las de los usuarios regulados.

96. Ahora bien, en lo que respecta a la conducta investigada consistente en no exigir la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia previstos en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres, como requisito previo para hacer efectivo el cambio de condición de usuario regulado a libre; la primera instancia indicó que involucra al servicio de distribución[64] de energía eléctrica a usuarios finales, debido a que la referida exigencia solo puede ser realizada por el concesionario de la red de distribución.

97. En ese sentido, la primera instancia consideró que el concesionario de distribución tiene la posibilidad de no solicitar la instalación de elementos adicionales como requisito previo para hacer efectivo el cambio de condición de un usuario regulado a libre, pues tiene la condición de administrador de la red y está encargado de requerir la instalación de los equipos necesarios para el cambio antes señalado[65].

98. La Comisión señaló que el mercado de distribución de energía eléctrica incluye a los usuarios regulados y libres, dado que la actividad de distribución eléctrica es desarrollada por una sola empresa de manera exclusiva dentro de su zona de concesión, lo que implica que Seal es la única facultada para proveer el servicio de distribución a los respectivos usuarios finales. También precisó que existe la posibilidad de que algunos usuarios puedan conectarse directamente a las redes de transmisión, pero ello implicaría grandes inversiones que no son viables para la mayoría de los usuarios.

II.1.1 Respecto al suministro de energía eléctrica a usuarios regulados

99. Sobre este punto, la Comisión indicó que los usuarios regulados son aquellos que tienen una demanda máxima menor a 200 kW por punto de suministro (hogares), así como aquellos usuarios que teniendo un consumo mayor a 200 kW y menor a 2500 kW (usualmente pequeños negocios e industrias,

---

64 De acuerdo con el numeral 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres y el Oficio Nº 1498-2019-OS-DSE del 28 de mayo de 2019 emitido por Osinergmin, este documento fue presentado por Seal el 30 de marzo de 2021.

65 De acuerdo con el Oficio 1498-2019-OS-DSE remitido por el Osinergmin el 30 de mayo de 2019 a la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi. Esta información fue presentada por Seal mediante escrito del 30 de marzo de 2021.

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

alternativamente se les denominará como usuarios intermedios), decidan mantenerse dentro del segmento regulado. Estos últimos tendrían la posibilidad de cambiar de condición a usuarios libres, de manera que el análisis de mercado de producto relevante realizado por la Comisión se aplicó solo sobre estos usuarios.

100. Ahora bien, según lo señalado por la Comisión, los usuarios con un consumo mayor a 200 kW y menor a 2500 kW 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 equipos compatibles[66], razón que limita significativamente la sustitución entre fuentes de energía para este tipo de usuarios en el corto plazo.

101. En ese sentido, de acuerdo con la Comisión, por el 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 asumir una serie de costos significativos en instalaciones y equipamiento, lo que limita significativamente la sustitución entre fuentes de energía para dichos usuarios. Ello puesto que, probablemente, su nivel de consumo no justifique una inversión de este tipo.

102. Al respecto, la Sala coincide con el análisis de sustitución llevado a cabo por la primera instancia, pues no existe un producto que razonablemente sustituya a la energía eléctrica y pueda ser utilizado por los mencionados usuarios 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.

103. 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 kW[67].

II.1.2 Respecto a la distribución de energía eléctrica

---

66 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: 30 de junio de 2022.

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

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

104. Respecto a este mercado, la primera instancia señaló que la energía eléctrica es producida en centrales de generación y luego es transportada a los usuarios finales mediante redes de transmisión y distribución. También indicó que el servicio de distribución de energía eléctrica consiste en trasladar energía hacia los usuarios finales mediante redes eléctricas de mediana y baja tensión. Siendo así, el servicio de distribución permite que los usuarios finales puedan consumir energía eléctrica producida por las centrales de generación.

105. En línea con lo anterior, la Comisión indicó que los usuarios finales podrían tener otras fuentes de energía eléctrica, por ejemplo, generando su propia energía con equipos de generación eléctrica (autoabastecimiento), para lo cual no tendrían que conectarse al SEIN. Sin embargo, esta alternativa no resulta viable para la mayoría de los usuarios debido a que se requiere adquirir e instalar equipos tales como grupos electrógenos, turbinas o microturbinas[68], lo que implica realizar inversiones que podrían no ser rentables para los usuarios con una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW, al tratarse de pequeños comercios e industrias.

106. Adicionalmente, la primera instancia hizo referencia a que los usuarios finales (específicamente los usuarios libres) podrían conectarse directamente a las redes de trasmisión[69] mediante instalaciones en el sistema complementario de transmisión. Sin embargo, esta opción no resultaría viable para la mayoría de estos usuarios libres, debido a que se requiere adquirir e instalar equipos tales como redes de transmisión, subestaciones de transmisión, transformadores, entre otros, lo que conlleva a realizar inversiones costosas que no resultarían rentables para los pequeños comercios e industrias que quieran migrar al segmento de usuarios libres.

107. Al respecto, la Sala coincide con el análisis de sustitución llevado a cabo por la primera instancia, pues no existe un producto que razonablemente sustituya a la energía eléctrica distribuida por la empresa concesionaria respectiva y pueda ser utilizada por los usuarios antes señalados para el funcionamiento de sus negocios, debido a que dichas alternativas requieren inversiones costosas que no serían una opción rentable para estos usuarios (pequeños negocios e industrias) con un bajo nivel de demanda (entre 200kW y 2500kW). Asimismo, la recurrente no ha planteado argumentos ante esta instancia que cuestionen dicha delimitación del mercado de producto relevante. Por lo tanto, el referido mercado de producto relevante está constituido por la distribución de energía

68 Ver nota al pie 66 de la presente Resolución.

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

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

eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW.

108. Condensando todo lo expuesto, es posible identificar dos mercados de producto relevante involucrados en la conducta investigada: (i) el suministro de energía a los usuarios regulados que poseen una demanda mayor a 200 kW y menor a 2500 kW; y, (ii) la distribución de energía eléctrica a través de redes de distribución a los usuarios regulados que poseen una demanda mayor a 200 kW y menor a 2500 kW.

II.2 Mercado geográfico relevante

109. Respecto a la delimitación geográfica del mercado, el TUO de 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.

II.2.1 Respecto a la distribución de energía eléctrica

110. 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 concesión[70].

111. Por lo anterior, la Comisión agregó que los usuarios ubicados en el área de concesión de una empresa de distribución solo podrán proveerse del servicio de distribución de energía eléctrica en dicha área y mediante la empresa distribuidora que tiene la concesión, de manera que, en la práctica, la distribución de energía eléctrica en el área de concesión de cada distribuidor se constituiría como un mercado en sí mismo, pues los usuarios no tienen otra fuente de aprovisionamiento alternativo.

112. Siendo así, la primera instancia delimitó al mercado geográfico relevante como el área de concesión de Seal, compuesta por ocho provincias del departamento de Arequipa[71].

113. En base a las consideraciones planteadas, la Sala coincide con la primera instancia respecto a la delimitación de este mercado geográfico relevante como el área de concesión de Seal. Cabe mencionar que la recurrente no ha planteado argumentos ante esta instancia que cuestionen la determinación del

[70] Ver nota al pie 58 de la presente Resolución.

[71] De acuerdo con el Plan Estratégico 2017 - 2021 de Seal, esta empresa desarrolla sus actividades en un área de concesión de 1 661 km², en el departamento de Arequipa.

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

mercado geográfico relevante para el servicio de distribución de energía eléctrica.

II.2.2 Respecto al suministro de energía eléctrica a usuarios regulados

114. La Comisión reiteró que, conforme a la Ley de Concesiones Eléctricas, la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica es desarrollada por una sola empresa de manera exclusiva en su área de concesión 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.

115. Por tal razón, 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 eléctrico[72].

116. Sobre este punto, Seal alegó en su escrito de apelación que la Comisión no había incluido en su análisis las posibles fuentes alternativas que los usuarios "optativos" o intermedios (es decir los usuarios regulados que pueden migrar a la condición de usuarios libres) tienen para el suministro de energía eléctrica. La recurrente consideró que debían incluirse a todas las empresas del SEIN que puedan suministrar energía a tales usuarios en el área de concesión de Seal, independientemente de dónde se encuentren tales suministradores. A decir de Seal, de acuerdo con el funcionamiento del mercado eléctrico, es indistinto para los usuarios la ubicación geográfica de sus suministradores, debido a que no existen costos o condiciones insuperables para que opten por otras alternativas.

117. En síntesis, la apelante sostiene que el mercado geográfico relevante estaría definido por todas las empresas de generación y distribución a nivel nacional, pues Seal no sería la única alternativa de suministro de energía para los usuarios "optativos" o intermedios en su área de concesión.

118. Al respecto, es importante recordar que los usuarios denominados como usuarios "optativos" por la apelante, son usuarios regulados que tienen la posibilidad de migrar a la condición de usuarios libres. 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 y, por tanto, solo pueden recibir el suministro de energía eléctrica de la empresa distribuidora.

[72] 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).

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

119. Sobre el particular, de acuerdo con el artículo 30 de la Ley de Concesiones Eléctricas[73] el servicio de distribución de energía eléctrica es desarrollado por una sola empresa de manera exclusiva en su área de concesión. Asimismo, en el Perú, las actividades de distribución y suministro a usuarios regulados son realizadas por la propia empresa de distribución, de conformidad con el artículo 34 de la Ley de Concesiones Eléctricas. En consecuencia, el único proveedor que puede brindar el servicio de suministro de energía que requieren los usuarios calificados como "optativos" o intermedios, mientras tengan la condición de usuarios regulados, es el distribuidor que tiene la concesión del área respectiva.

120. A pesar de que existe la posibilidad de que estos usuarios puedan migrar al mercado de usuarios 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 Libres[74], 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.

121. Lo anterior desvirtúa el argumento de Seal, respecto de que los referidos usuarios regulados tendrían una fuente alternativa de suministro de energía eléctrica y que su demanda podría ser atendida por cualquier suministrador del SEIN. En consecuencia, se desestima lo alegado por la recurrente sobre este punto.

122. Adicionalmente la empresa apelante agregó[75] que, si bien el proceso de cambio de suministrador no es automático, ello no implica que el mercado geográfico relevante sea solo el área de concesión de la distribuidora. Sobre este punto, la

---

73 Ver nota al pie 58 de la presente Resolución.

74 **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.

75 Argumento formulado por Seal en el Informe Económico de EA Consultores, adjunto en escrito presentado el 6 de mayo de 2022.

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

recurrente indicó que, tanto en el Perú como en otros países, para determinar el mercado relevante las autoridades de competencia evalúan si existen proveedores alternativos del producto o servicio que podrían ingresar al mercado en un periodo máximo de dos (2) años[76].

123. La recurrente agregó que en el presente caso, aun considerando que el usuario debe avisar a Seal sobre su migración con un año de anticipación, existen proveedores alternativos en el SEIN, por lo que no sería cierto que el único suministrador de energía que puede atender la demanda de los usuarios "optativos" sea la empresa de distribución que opera en el área de concesión, ya que otras empresas que brindan el suministro de energía eléctrica y forman parte del SEIN podrían atender a estos usuarios en un periodo menor a los dos (2) años.

124. Al respecto, es importante señalar que, a diferencia de lo indicado por la apelante, el hecho de que el proceso de migración de un usuario del mercado regulado al libre no sea automático, sí implica que el mercado geográfico relevante deba limitarse al área de concesión de la distribuidora. Esto es así, pues la posibilidad de acceder a otros proveedores en el mercado de clientes libres no está sujeta a la mera espera de un año, sino que -como se ha indicado anteriormente- el cambio de condición de los usuarios regulados se encuentra en manos del distribuidor del área de concesión. En ese sentido, si el cliente desea migrar a la condición de usuario libre, debe primero informarle al distribuidor con una anticipación no menor a un año, quien además verificará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres para hacer efectivo el cambio de condición, los cuales consisten -entre otros- en la instalación previa de equipos de medición, protección y limitación de potencia.

125. Por tanto, además del plazo de preaviso de un año, para que se haga efectiva la migración de los usuarios regulados al mercado libre deberán cumplirse los requisitos previstos en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres cuya verificación se encuentra a cargo del distribuidor, de manera que esta migración podría hacerse efectiva incluso luego de transcurrido el referido plazo de un año. Cabe recordar que, en tanto no se lleve a cabo la migración, los clientes regulados solo pueden recibir el suministro de energía eléctrica del distribuidor de su área de concesión y no por parte de otra empresa.

126. Respecto a la afirmación de la apelante acerca de que las agencias de competencia en el Perú y en otros países habrían señalado que para determinar el mercado relevante se debe evaluar si existen proveedores alternativos que podrían ingresar al mercado en un periodo de dos (2) años, es importante

[76] Al respecto ver notas al pie 5, 6 y 7 del Informe Económico de EA Consultores.

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

mencionar que la recurrente no ha indicado en qué pronunciamientos de la Comisión o la Sala se habría efectuado tal afirmación.

127. Por el contrario, en la Resolución 0035-2022/SDC-INDECOPI[77], referida a un acto de abuso de posición de dominio en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados, esta Sala ya ha señalado que -precisamente- una de las dificultades para considerar un mercado geográfico como el que plantea la apelante, es el plazo de preaviso de un año establecido en la regulación sectorial.

128. Sobre este punto es importante tomar en cuenta lo citado por Seal en su escrito de alegatos finales respecto al caso de Focodesa contra Serpost[78], donde se indicó que al momento de determinar el mercado geográfico debe considerarse la capacidad de los consumidores locales para acudir a proveedores fuera del lugar donde se encuentran. En este orden de ideas, si el cambio de fuente de aprovisionamiento resulta una operación fácil o de un costo competitivo, dichos proveedores deben ser incluidos en el mercado, porque los productores locales no tendrían la capacidad de ejercer poder sobre el mercado sin la cooperación de aquellos.

129. Al respecto, resulta necesario señalar que nuestra legislación y la jurisprudencia citada se refieren a un tiempo razonable para la sustitución, lo cual se debe evaluar en cada caso en particular. En el presente caso, la contratación de un suministrador distinto al distribuidor, por parte de un usuario "optativo", no es una operación fácil o de un costo competitivo debido a que los usuarios regulados con una demanda entre 200 kW y 2500 kW tienen como único suministrador a la empresa distribuidora, la cual está a cargo de verificar el cumplimiento de los requisitos para que se lleve a cabo su migración al mercado libre y tengan la opción de contratar el suministro de energía con una empresa distinta.

130. Con relación a los documentos citados[79] por la apelante para sostener que las agencias de competencia de otros países consideran relevante evaluar si otros agentes pueden ingresar al mercado en un lapso de dos (2) años, se debe precisar que estos documentos corresponden a la evaluación de barreras a la

---

77 Al respecto, ver el numeral 67 de la Resolución 0035-2022/SDC-INDECOPI, en el caso de Atria Energía S.A.C. contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Del Norte S.A.

78 Resolución 022-97-INDECOPI/CLC (Focodesa vs Serpost). Es un caso donde Focodesa denunció a Serpost por abuso de posición de dominio en las licitaciones públicas convocadas por la denunciada en las cuales habría solicitado exigencias presuntamente discriminatorias contra las empresas nacionales. Al respecto, tanto la Comisión de Libre Competencia como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declararon infundada la denuncia interpuesta.

79 Al respecto ver OECD, *Competition and Barriers to Entry*, 2007. Página 2. Disponible en: https://www.oecd.org/competition/mergers/37921908.pdf. Fecha de última visita 30 de junio de 2022. OECD *Competition and Barriers to Entry 2005.* Página 48 y 233. Disponible en: https://www.oecd.org/regreform/sectors/36344429.pdf. Fecha de última visita 30 de junio de 2022.

entrada y su relación con el poder de mercado, especialmente en un contexto de concentraciones empresariales. Asimismo, el eventual ingreso de competidores en el respectivo mercado se evaluará en la sección referente al análisis de la posición dominante de Seal.

131. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala aprecia que el alegato expuesto por Seal está centrado en un aspecto temporal que desconoce una característica particular y relevante que existe en este mercado: el hecho de que corresponde a la propia empresa distribuidora exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres, lo cual podría generar situaciones en las cuales -en función al criterio y evaluación de la respectiva empresa distribuidora- se retenga un mayor tiempo al cliente regulado que solicita migrar al mercado libre y cambiar de suministrador. Ello ha derivado que, en la práctica, algunos clientes regulados de Seal migren al mercado libre luego de haber transcurrido más de un año desde el preaviso del cambio de condición.

132. En concordancia con lo antes expuesto, a partir de las fechas de las cartas de preaviso y el plazo real en que entró en vigencia el suministro como usuarios libres, se ha podido corroborar que en el caso de clientes que migraron con otro suministrador distinto de Seal, el plazo para hacer efectiva dicha migración se extendió hasta en más de dos años y tuvo una duración promedio de aproximadamente un año y dos meses[80].

133. La migración al mercado de usuarios libres, brinda a los respectivos clientes un relevante beneficio objetivo: la oportunidad de acceder a precios que serían menores frente a los precios del mercado regulado (fijados por Osinergmin a través del procedimiento de tarifas en barra), así como la opción de negociar dichos precios con los generadores. Sin embargo, el eventual cambio de usuarios regulados a libres está sujeto a barreras legales (artículos 30 y 34 de la Ley de Concesiones Eléctricas), a través de las cuales se brinda al distribuidor no solo la posibilidad de exigir un tiempo mínimo para el cambio de condición, sino que implican que los usuarios incurran en costos por equipamiento, cuya conformidad además está sujeta al propio distribuidor. En ese sentido, la empresa de distribución tiene el monopolio del servicio de

[80] Entre enero de 2016 y septiembre de 2018 (esta última es la fecha en la que Seal empezó a exigir. de manera presuntamente discriminatoria, el cumplimiento de la instalación equipos técnicos como requisito previo para la migración a usuarios que cambiaban de suministrador), el plazo promedio fue equivalente a 383 días (aproximadamente un año y un mes) para hacer efectiva la migración de un cliente que cambió de suministrador, mientras que a partir de septiembre de 2018 y hasta diciembre de 2020, el plazo promedio para hacer efectiva la migración se incrementó, pasando a ser de 545 días (aproximadamente un año y cinco meses).

La conducta discriminatoria materia de imputación habría elevado el tiempo promedio de cambio, lo cual demuestra precisamente que la migración de los clientes al mercado libre podría tomar un mayor tiempo debido a la acción del distribuidor. Por ende, no resultaba fácil ni libre el acceso del resto de proveedores del SEIN al mercado de suministro de energía eléctrica en el área de concesión de Seal.

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

suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados en su área de concesión, por lo que dichos clientes que la recurrente denomina como "optativos" -en tanto no obtengan la condición de clientes libres- no poseen alternativas de suministro.

134. Asimismo, los supuestos suministradores alternativos (empresas competidoras de Seal) no pueden intervenir en el proceso de migración, lo cual implica que la empresa distribuidora puede actuar de forma independiente, sea para acortar o prolongar los tiempos de migración, como se ha observado en otros casos[81]. En otras palabras, al margen de cuán bajos sean los precios de los supuestos suministradores alternativos, la migración no es automática y depende de la evaluación que haga la empresa distribuidora respecto al cumplimiento de los requisitos para que se haga efectiva, pudiendo dicho agente económico -de ser el caso- mostrarse menos permisivo en el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres con aquellos clientes que quieren migrar al mercado libre y contratar el suministro de energía con otra empresa.

135. A mayor abundamiento, es importante considerar la presencia de costos de cambio en el análisis de sustitución. Por ejemplo, un costo de cambio puede ser una ventaja obtenida u ofrecida en una negociación contractual con el proveedor actual que se perdería con el cambio de proveedor[82]. En este caso, Seal ha reconocido el otorgamiento de exoneraciones del plazo de preaviso para aquellos usuarios que permanecían con ella tras el cambio de condición de usuarios regulados a libres[83]. En consecuencia, si estos usuarios hubiesen migrado al mercado libre con un nuevo suministrador, habrían perdido las exoneraciones que otorgaría Seal, lo que supone un importante costo de cambio que debilita la sustitución y dificulta la posibilidad de que otros ofertantes formen parte del mismo mercado relevante que Seal.

136. En su escrito de alegatos finales, en base a tres tipos de encuestas realizadas a clientes en su área de concesión[84], Seal sostiene que en el proceso de cambio de condición de regulado a libre, las empresas reportaron haber recibido o

---

81 Ver Resolución 0035-2022/SDC-INDECOPI

82 NERA Economic Consulting, *"Metodología para la definición y análisis del mercado de referencia y la competencia efectiva"*, 2003. Manual preparado para la CMT. Págs. 45 y 46.

83 En particular, Seal reconoció el otorgamiento de la exoneración del plazo de preaviso a los clientes que la mantenían como su suministrador al migrar al mercado libre. Cabe recordar que las conductas materia de imputación, así como los argumentos planteados por la recurrente, serán evaluadas luego de determinar si Seal ostenta posición de dominio en el mercado relevante.

84 Seal presentó el Informe "Resultados de las Encuestas de Percepción a los clientes en el área de concesión de Seal" elaborado por EA Consultores a solicitud de la recurrente. El primer tipo de encuesta se aplicó a los clientes libres que optaron por Seal; el segundo tipo de encuesta se aplicó a los clientes libres que optaron por otro suministrador; finalmente, el tercer tipo de encuesta se aplicó a clientes regulados en el área de concesión de Seal.

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

buscado ofertas comerciales de varios suministradores que mantienen operaciones en el territorio nacional. A decir de la apelante, esto revela que el mercado geográfico relevante en el presente caso sería todo el SEIN y no solo el área de concesión de Seal. Asimismo, la recurrente refiere que según dichas encuestas, los clientes eligieron a su suministrador por el precio y por los servicios brindados (como atención técnica y comercial personalizada).

137. Respecto a las encuestas, es importante señalar que tienen una baja tasa de respuesta, ya que Seal únicamente obtuvo información de 22 clientes (total de clientes que respondieron alguna de las 3 encuestas) de un total de 113 clientes a los cuales contactó por medio de correo electrónico. Asimismo, al contrastar la lista de clientes que fueron encuestados con la base de clientes que migraron del mercado regulado al libre durante el periodo investigado en el área de concesión de Seal (104 clientes), únicamente 14 clientes que respondieron las encuestas corresponden a dicho grupo, lo que reduce aún más la tasa de repuesta de las encuestas (14 de 104).

138. Además de la falta de representatividad, las encuestas realizadas presentan las siguientes observaciones:

- Sobre la primera encuesta: los clientes señalan que eligieron a Seal por sus precios, lo cual se contradice con el hecho de que Seal tenía los precios más altos en el mercado durante el periodo investigado (como se verá más adelante).

- Sobre la segunda encuesta: 12.5% de quienes respondieron que no sabían que podían contratar con otro suministrador, son empresas que eligieron a otro suministrador distinto de Seal al migrar al mercado libre.

- Sobre la primera y segunda encuesta: el informe no cuenta con información que permita corroborar si respondieron aquellos directivos que tomaron la decisión cuando las empresas respectivas migraron del mercado regulado a libre.

139. Por lo tanto, las referidas encuestas poseen un bajo ratio de respuesta que haría que los resultados estén altamente sujetos a sesgos y no serían adecuados para obtener una conclusión válida y generalizada respecto al comportamiento y criterio de toma de decisión de los clientes en el área de concesión de Seal. A mayor abundamiento, aun si dichas encuestas fueran representativas y no presentaran las observaciones previamente indicadas, no es menos cierto que los generadores y distribuidores que forman parte del SEIN no pueden brindar de forma libre e inmediata el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que se encuentran en el área de concesión de Seal, pues dicha empresa distribuidora tiene el monopolio del servicio de suministro de energía

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

eléctrica y, además, está encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos para que se haga efectivo el proceso de migración del mercado regulado al libre.

140. Sin perjuicio de lo antes señalado, el hecho de que los clientes regulados que deseaban cambiar a la condición de libres hayan conocido o recibido propuestas de otros agentes económicos distintos a Seal (por ejemplo, generadores), no supone que los servicios que ofrecen dichos agentes económicos se puedan considerar dentro del mercado relevante.

141. De acuerdo con la normativa nacional y la jurisprudencia en la materia, el análisis de sustitución debe considerar distintas variables para determinar los sustitutos adecuados del producto o servicio materia de la conducta investigada. Así, el artículo 6.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que para determinar las zonas geográficas que suponen alternativas de aprovisionamiento, se deben evaluar los costos de transporte y las barreras al comercio existentes, entre otros factores.

142. En ese sentido, no basta simplemente con que el consumidor conozca de proveedores que ofrezcan los productos o servicios en otras áreas geográficas, sino que el aprovisionamiento desde dichas fuentes alternativas dependerá de los factores que en cada caso particular supongan limitaciones a la sustitución geográfica. En este caso en particular, ya se han señalado cada una de las barreras que limitan las posibilidades de que los usuarios regulados que tienen una demanda de potencia entre 200 kW y 2500 kW puedan recibir el suministro de energía de otros proveedores del SEIN, cuando menos hasta que se haga efectiva su migración al mercado libre.

143. Adicionalmente, Seal señaló en su escrito de alegatos finales que, durante el periodo investigado, diez (10) empresas que optaron por cambiar su condición de usuarios regulados a libres, realizaron licitaciones privadas para elegir a su nuevo suministrador, en las que invitaron a diversos ofertantes, entre los cuales Seal era solamente una alternativa. A decir de la recurrente, esto probaría la libertad que tienen los clientes para contratar con cualquier suministrador al margen de su ubicación física y reflejaría que los distribuidores y generadores son parte del mismo mercado.

144. Al respecto, es importante señalar que el hecho que las empresas realicen licitaciones para contratar a su suministrador evidencia la existencia de dinamismo en el mercado una vez que hayan migrado del mercado regulado al libre y no antes de que se haya llevado a cabo este proceso. Ello debido a que, como se ha mencionado anteriormente, el proceso de migración hacia el mercado libre de los clientes regulados con demanda entre 200 kW y 2500kW se encuentra controlado por el distribuidor.

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

145. Sin perjuicio de ello, de la información proporcionada por Seal, esta Sala ha podido corroborar que solo cuatro empresas (y no 10 como indica Seal), realizaron las licitaciones aludidas[85]. Además, cabe señalar que no se tiene evidencia de que el mecanismo de licitaciones en este mercado en particular corresponda a una práctica habitual (ya que únicamente se ha corroborado para unos pocos clientes en específico[86] que migraron del mercado regulado al libre durante el periodo investigado en el área de concesión de Seal). Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente sobre este punto.

146. En sus alegatos finales, Seal manifestó que su participación en otra área de concesión corrobora que el mercado relevante sería todo el SEIN. Para ello, la apelante adjunta un contrato suscrito con el cliente libre South America Mining Investments S.A.C., ubicado en Ayacucho, donde el distribuidor es Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. ("Adinelsa"). De manera similar, Seal señala que Electrodunas (cuya área de concesión abarca la región Ica y zonas aledañas de las regiones de Ayacucho y de Huancavelica) suministra electricidad a usuarios libres en la zona de Lima Sur.

147. Seal argumenta que el propio Indecopi habría reconocido en el Informe 041-2021-GEE/INDECOPI[87] la dinámica del mercado libre de electricidad, en el cual tanto los generadores como distribuidores constituyen una alternativa de suministro a lo largo del SEIN, sin importar la conexión física. De esta manera, la recurrente indica que los generadores tendrían presencia en distintas áreas de demanda, de modo que habría una competencia efectiva en el mercado libre, incluyendo a los usuarios optativos que pueden migrar a dicho mercado. Considerando lo anterior, Seal concluye que el mercado relevante geográfico debe considerar a todo el SEIN.

148. Sobre el particular, el análisis de sustituibilidad realizado por la apelante, así como los documentos y casos que cita, se refieren al mercado de usuarios libres, mientras que la presunta conducta de abuso de posición dominante analizada en este caso se habría llevado a cabo en el mercado de usuarios regulados.

---

85 En el anexo 16-C del escrito de alegatos finales presentado por Seal solo se encontraron pruebas de que se realizaron licitaciones (TDR o invitación a licitar) por parte de 4 empresas. Respecto al resto de empresas, solo se constan correos electrónicos con invitaciones a cotizar.

86 De 104 clientes que migraron durante el periodo investigado de regulado a libre, solo se tiene evidencia que 4 empresas realizaron licitaciones.

87 Este informe fue elaborado por la Oficina de Estudios Económicos en atención al requerimiento de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal en otro procedimiento administrativo y respecto de una conducta distinta a la imputada en el presente caso, en el cual solicitó, entre otros, una definición del mercado de suministro de electricidad a usuarios libres en la región de Arequipa.

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

149. También se debe tener en cuenta que las posibilidades de sustitución no necesariamente son simétricas. La sustitución asimétrica desde el punto de vista de la demanda se presenta cuando la sustitución entre dos productos solo ocurre en una dirección[88] (*asymmetric substitution* o *one-way substitution*). En este último supuesto, un producto A puede ser sustituido por un producto B, de modo que B forma parte del mercado relevante de A, pero no necesariamente B puede ser sustituido por A, por lo que A no forma parte del mercado relevante de B.

150. Dada la posibilidad de sustitución asimétrica, resulta muy importante el producto o servicio desde el que se inicia la definición del mercado relevante. Este producto o servicio de partida es llamado producto central (*focal product*)[89] y es aquel producto o servicio donde se presenta el problema investigado.

151. En este caso en particular, el análisis de sustitución correcto para definir el mercado de producto y el mercado geográfico debe partir del mercado de usuarios regulados atendidos por Seal con una demanda de potencia entre 200 kW y 2500 kW. En ese sentido, se debe desestimar lo señalado por la recurrente, pues el análisis de sustitución que presenta parte de un mercado diferente (el mercado de clientes libres) a aquel donde se presenta la conducta materia de investigación (el mercado de clientes regulados). De hecho, en el caso del Informe 041-2021-GEE/INDECOPI, el análisis para determinar el mercado de producto se inició excluyendo a los usuarios regulados, en tanto la conducta analizada en dicho informe involucró solamente a los clientes libres, siendo que estos últimos efectivamente podrían ser atendidos por distintos proveedores conectados al SEIN (generadores y distribuidores), algo que no ocurre con los usuarios en tanto ostenten la condición de regulados.

152. Lo anterior, permite a la Sala colegir que no corresponde considerar a las empresas generadoras y distribuidoras del SEIN dentro del mercado geográfico.

153. En la medida que la Ley de Concesiones Eléctricas indica que solo la concesionaria puede prestar el servicio de distribución de energía eléctrica en su área de concesión y los usuarios regulados no pueden acceder al servicio de otra empresa en el corto plazo (debido a los requisitos establecidos en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres), 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 Seal que, de acuerdo con el

---

88 Australian Competition & Consumer Commission, *"Merger Guidelines"*, 2008, Actualizada a noviembre de 2017. Pág. 18.

89 Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC), *"BEREC report on impact of fixed-mobile substitution in market definition"*, 2011. Págs. 11 y 12.

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

Plan Estratégico 2017 - 2021 de dicha empresa, comprende un área de concesión de 1 661 km², incluyendo ocho provincias en el departamento de Arequipa[90].

Conclusión sobre el mercado relevante

154. Sobre la base del análisis realizado en relación con los mercados de producto y geográfico relevantes, la Sala considera que los mercados relevantes se encuentran constituidos por: (i) el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de Seal; y, (ii) la distribución de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de Seal.

III.3.2. Posición de dominio de Seal

155. Corresponde determinar a continuación si en los mercados relevantes previamente definidos, Seal ostentaba posición de dominio durante el periodo analizado en el presente procedimiento (2016 – 2020).

156. La Comisión indicó que, de acuerdo con la Ley de Concesiones Eléctricas, la prestación del servicio de distribución y suministro de energía eléctrica a usuarios finales en un área determinada se desarrolla exclusivamente por la empresa titular de la concesión en dicha zona.

157. La primera instancia agregó que entre estos usuarios finales es posible distinguir a los usuarios regulados y los usuarios libres. Sin embargo, considerando que los mercados relevantes están relacionados con los usuarios regulados en la zona de concesión de Seal, la Comisión concluyó que no correspondía incluir en esta evaluación a los usuarios libres.

158. En efecto, la Comisión señaló que -conforme al marco normativo vigente- para los usuarios regulados que demandan una potencia entre 200 kW y 2500 kW, el único suministrador de electricidad es la empresa de distribución en su área de concesión. De esta manera, la primera instancia afirmó que en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2500 kW en el área de concesión de la red de distribución de Seal, no opera ni podría operar otra empresa diferente a ella, lo cual significa que la denunciada no enfrentaría competencia actual ni potencial en los mercados relevantes.

[90] Sociedad Eléctrica Del Sur Oeste S. A. Plan Estratégico 2017 - 2021. Disponible en: http://www.seal.com.pe/Documentos/PLANEAMIENTO/A%C3%B1o%202019/PLAN%20ESTRAT%C3%89GICO%202017-2021%20V.07-CNC.pdf

159. La Comisión concluyó que al tener Seal 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, esta empresa ostentó posición de dominio en el suministro y distribución de energía eléctrica a tales usuarios regulados ubicados en su área de concesión, durante el período de análisis (2016-2020).

160. Sobre este punto, Seal alegó que la Comisión debió incluir en su análisis las posibles fuentes alternativas que los usuarios "optativos" (usuarios regulados que 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.

161. Conforme a lo señalado por 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 acceder a ofertas alternativas al cambiar de condición (de regulado a libre). Por ello, Seal alegó no ostentar posición de dominio, pues ante cualquier abuso en que pudiera incurrir, los usuarios "optativos" responderían eligiendo otro suministrador.

162. Finalmente, dicha empresa sostuvo que durante el periodo investigado se produjo una masiva migración de usuarios regulados a la categoría de usuarios libres, lo que evidencia la existencia de competencia real en este mercado.

163. Al respecto, como se ha indicado en los párrafos previos, de acuerdo con 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 este caso, Seal).

164. Es importante señalar además que los requisitos previstos en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres representan una barrera legal para migrar del mercado de usuarios regulados al mercado de usuarios libres, pues tales exigencias deben cumplirse para que el cambio de condición sea posible y representan costos económicos para aquel cliente regulado que cambie su condición a la de usuario libre.

165. Incluso, 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, los usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2500 kW no pueden cambiar directamente de suministrador, pues para

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

ello primero deben migrar al mercado libre, lo cual no ocurre de manera inmediata.

166. Las razones expuestas evidencian que los presuntos suministradores alternativos aludidos por la recurrente no pueden ejercer presión competitiva efectiva antes de que se lleve a cabo la migración. En este sentido, antes de que se haga efectivo el cambio de condición de los clientes regulados de Seal que tienen una demanda mayor a 200 kW hasta 2500 kW, se descarta la competencia actual o potencial en el corto plazo en los mercados relevantes.

167. Lo anterior se debe a que, como se ha mencionado anteriormente, estos mercados configuran un monopolio legal y, por este motivo, Seal tienen el 100% de participación en relación con los usuarios "optativos" en su área de concesión. Al no enfrentar competencia en este segmento desde que inició operaciones y ante la presencia de barreras en el proceso de migración, se puede concluir que Seal ha ostentado posición de dominio en el suministro y distribución de energía eléctrica a los usuarios regulados con una demanda de entre 200 kW y 2500 kW (denominados por la recurrente como "optativos") en su área de concesión durante el periodo analizado (2016-2020).

168. Respecto a la alegada migración masiva de clientes ocurrida durante el periodo investigado, es importante señalar que, efectivamente, entre los años 2016 y 2020 se llevó a cabo la migración de diversos usuarios regulados al segmento libre, lo cual cobró especial importancia en el año 2016.

169. 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*[91]. Lo antes descrito, elevó la brecha entre los precios para usuarios regulados y el precio medio ofrecido a usuarios libres, pues los 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 1.

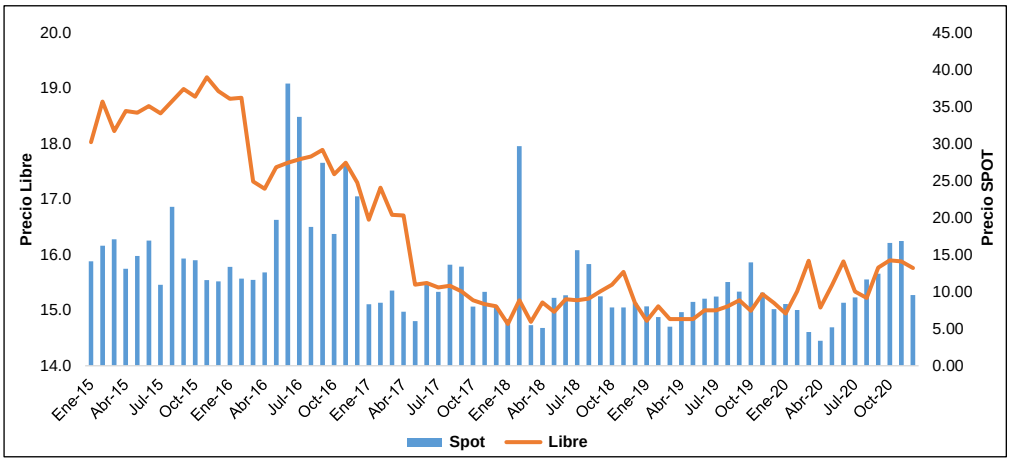
Gráfico 1
Evolución del precio *spot* y del precio medio de la energía a usuarios libres del año 2015 al año 2020 (medido en céntimos de S/ por kWh[92])

---

91 El Banco Central de Reserva del Perú, 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: 30 de junio de 2022.

92 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: 30 de junio de 2022.

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



Fuente: Osinergmin y Coes
Elaboración: ST-SDC

170. No obstante, el incremento de la migración ocurrida entre 2016 y 2020 no implica que hayan desaparecido las barreras legales para que los clientes regulados cambien de condición, consistentes en el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres.

171. Cabe reiterar 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.

172. En ese sentido, aunque subsistieron las barreras legales antes señaladas, Seal facilitó el cambio de condición (de regulado a libre) a los usuarios que lo mantuvieron como suministrador, siendo este un número importante de los usuarios que cambiaron de condición en este periodo (52 de 104 clientes).

173. Como se ha explicado en párrafos anteriores, si bien los clientes regulados antes mencionados podían solicitar su cambio de condición y elegir otro suministrador, esta migración no es inmediata[93] y el proceso se encuentra a cargo de la distribuidora, lo cual podría incluso prolongar el ingreso de un cliente al mercado de usuarios libres. Por todo lo anterior, corresponde desestimar el argumento de Seal sobre este extremo.

---

93 **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.
(…)

174. Adicionalmente, Seal señaló[94] que dicha empresa no tiene posición de dominio, es decir no tiene la capacidad de influir en la oferta y en los precios de los usuarios que tienen una demanda entre 200 kW y 2500 kW, debido a que, al ser una empresa distribuidora, no tiene la flexibilidad de arbitrar[95] entre el mercado de corto plazo del COES y el mercado de clientes regulados con una demanda entre 200 kW y 2500 kW. Asimismo, en su escrito de alegatos finales, Seal citó la siguiente definición de posición de dominio[96]: *"…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."*

175. Sobre este punto, es importante señalar que de acuerdo con el artículo 7.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[97], un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de oferta y demanda.

176. Ahora bien, en tanto Seal es el único distribuidor de su área de concesión y suministrador para los clientes regulados, sí tiene capacidad de influenciar en las condiciones de oferta y demanda. En particular, Seal puede incidir unilateralmente en el proceso de migración, debido a que controla el paso de sus clientes regulados a la condición de usuarios libres, conforme se ha indicado en los párrafos precedentes. De este modo, la empresa denunciada puede actuar al margen de las estrategias que adopten otros suministradores en el mercado libre, pues ostenta el monopolio legal en el suministro y distribución de energía a los usuarios regulados y controla el proceso de migración de los usuarios intermedios al mercado libre.

---

94 En el informe económico de EA Consultores.

95 El arbitraje es una estrategia financiera que consiste en aprovechar la diferencia de precio entre diferentes mercados para obtener un beneficio económico.

96 Quintana, Eduardo (2013) Libre Competencia. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. INDECOPI. Mayo 2013. Primera Edición.

97 **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**
Artículo 7. Del abuso de posición de dominio.
7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:
a) Una participación significativa en el mercado relevante.
b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.
7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

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

177. Por otra parte, es pertinente mencionar que el Reglamento del Mercado Mayorista[98] estableció a partir de 2018, que también podrán participar en el mercado de corto plazo[99], como compradores, las distribuidoras eléctricas para atender la demanda de sus usuarios libres hasta por el 10% de la demanda.

178. Sin perjuicio de lo antes expuesto, el hecho de que Seal no haya podido beneficiarse de la diferencia de precios del mercado de corto plazo y el mercado de usuarios libres, no desvirtúa que detente poder de mercado sobre aquellos usuarios que aún pertenecen al mercado regulado y tenían una demanda entre 200 kW y 2500 kW. Por las razones expuestas, corresponde desestimar lo alegado por la empresa apelante en este extremo.

179. La recurrente indicó que no puede limitar que un usuario "optativo" migre a la condición de libre con otro proveedor y la exoneración del plazo de preaviso o la postergación de la exigencia de instalar los equipos de medición, protección y limitación de potencia no restringe en absoluto que Atria u otros generadores puedan contrarrestar dicha estrategia, por ejemplo, ofreciendo a los clientes "optativos" mejores ofertas comerciales, en términos de precios, servicios pre y post-venta, entre otros.

180. Sobre este punto, resulta cierto que Seal está obligado a tramitar la migración de los usuarios regulados que solicitan migrar al mercado libre. Sin embargo, el poder de la empresa distribuidora en el mercado de los usuarios regulados que demandan una potencia mayor de 200 kW hasta 2500 kW (esto es, de los clientes "optativos") está dado por su capacidad para limitar el cambio de proveedor, al tener la posibilidad de dilatar o hacer que los clientes regulados incurran en mayores costos para cumplir con todo el proceso de migración, en la medida que la distribuidora es la encargada de exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento de Usuarios Libres, concernientes al plazo de preaviso y cumplimiento de instalación de equipos. Por tanto, se desestima lo alegado por Seal sobre este extremo.

181. Finalmente, en su escrito de alegatos finales, Seal argumenta que no ostenta posición de dominio, debido a que existe una presión competitiva que se genera ante la competencia potencial, la cual estaría compuesta por otros suministradores que podrían realizar ofertas a los usuarios "optativos" que disciplinen el comportamiento de Seal y que se harían efectivas en el corto

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

99 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 (ofertantes) 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.

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

plazo. De acuerdo con la empresa recurrente: (i) plazo de preaviso de un año establecido en la normativa no constituiría un obstáculo que impida a los generadores y distribuidores competir con Seal; (ii) se debe considerar el concepto de inmediatez para la entrada al mercado, el cual, según algunos autores[100], está determinado por el horizonte de hasta un año[101]. En tal sentido, según la apelante, la Comisión debió analizar si de cara a los usuarios "optativos" hay opciones que podrían estar disponibles en un año.

182. Al respecto, esta Sala considera pertinente señalar que la normativa establece que el preaviso de cambio de condición se efectúa con una anticipación no menor a un año antes de hacerse efectivo, por lo que el usuario que solicita la migración podría indicar una fecha para la migración superior al plazo de un año. Además, la información recopilada en el presente caso muestra que, en el caso de los usuarios que solicitaron migrar al mercado libre y cambiaron de suministrador, en la mayoría de estos casos (aproximadamente el 94%) el tiempo efectivo para el cambio de proveedor terminó siendo mayor a un año, e incluso, en algunos casos llegó a superar los dos años[102]. Considerando lo anterior, así como el hecho de que el proceso de migración hacia el mercado de clientes libres está bajo el control del propio distribuidor, se puede colegir que la competencia potencial no logra ser inmediata debido a las barreras legales y estratégicas existentes, por lo que no existe la supuesta inmediatez con la que otros proveedores podrían atender a los usuarios de Seal, verificándose la posición de dominio que esta empresa tiene en el mercado relevante.

183. Sin perjuicio de lo antes señalado, es preciso reiterar que el tiempo a considerar para la entrada potencial y los efectos que esta pueda tener sobre la posición de dominio de un agente económico, deben ser analizados caso por caso, no siendo adecuado establecer -en abstracto- un periodo de carácter general para todas las industrias.

---

100 Gutiérrez, I., & Padilla, A., *"La Sustituibilidad de la Oferta en el Análisis de las Concentraciones Empresariales"*, 2001. Anuario de Competencia, 1, p. 220.

101 Cabe destacar que en su escrito de apelación Seal señaló que cualquier proveedor del SEIN podría estar incluido dentro del mercado relevante geográfico, ya que, según la jurisprudencia y algunos autores, si la entrada es posible en el plazo de dos años, estos ofertantes deberían formar parte del mercado relevante geográfico. Al respecto, como se señaló en la sección correspondiente a la determinación del mercado relevante, Seal no señaló los pronunciamientos que sustentaban su argumento.

Por otra parte, si bien dicho límite de dos años estaría relacionado a la entrada potencial y la determinación de la posición dominante, lo cierto es que -en sus alegatos finales- Seal habla de la inmediatez de la entrada, la cual se debería dar en el plazo de un año.

102 Se observa que en 49 de los 52 suministros (94.2%) que dejaron a Seal para cambiar de proveedor en el paso del mercado regulado al libre, el tiempo total transcurrido entre la fecha de la carta de preaviso y la fecha de inicio del suministro como cliente libre supera los 365 días (un año), llegando incluso a superar los 730 días (2 años) en cuatro suministros.

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

184. En conclusión, al tener Seal el 100% de cuota de participación en relación con los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión, junto con la existencia de barreras legales y -eventualmente- barreras estratégicas que permiten al distribuidor influir en los plazos del proceso de migración en dicha área, la Sala considera que **Seal ha ostentado posición de dominio en el suministro y distribución de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión durante el período analizado en el presente procedimiento (2016-2020).**

III.3.3. Sobre el mercado afectado

185. 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.

186. La Comisión indicó que, en el presente caso, Seal habría aprovechado la condición de exclusividad que le otorgaba su posición de dominio en los mercados relevantes analizados para afectar la competencia en el suministro de energía eléctrica a los usuarios libres que provenían del mercado regulado**.**

187. 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, dichos 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.

188. La Comisión agregó que los usuarios que cambien su condición a usuarios libres, pueden optar por celebrar contratos con empresas generadoras o distribuidoras para la adquisición de energía eléctrica[103]. 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 distribución.

---

103 **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.
(…)

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

189. En base a lo expuesto, la Comisión sostuvo que la conducta analizada habría implicado un supuesto aprovechamiento de Seal de la exclusividad que ostenta en el mercado relevante, con el objetivo de captar -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 los mercados relevantes antes señalados, esta afectaría la competencia entre Seal y las empresas de generación (como es el caso de Atria) en el suministro de energía eléctrica a los usuarios libres que provienen del mercado regulado dentro del área de concesión de Seal**.**

190. De esta manera, la Comisión concluyó que el mercado afectado sería el suministro de energía eléctrica a los usuarios libres que provienen del mercado regulado dentro del área de concesión de Seal.

191. Al respecto, la doctrina reconoce la posibilidad de que un agente con posición de dominio traslade dicha posición hacia otro mercado en donde éste participa (mercado adyacente, relacionado o conexo), consiguiendo así restringir la competencia en este último mercado[104].

192. 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.

193. 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 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*"[105]. 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.

194. Como puede observarse, las exigencias fijadas en este último pronunciamiento guardan similitud con el análisis de una conducta de abuso de posición de dominio bajo la legislación peruana, en la cual no solo se debe verificar la

---

104 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.

105 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).

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

existencia de 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).

195. 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. No obstante, bajo la figura del "*monopoly leveraging*" también pueden analizarse aquellas conductas en las que un agente con posición de dominio puede afectar otro mercado en donde dicho agente también participa.

196. Asimismo, en cuanto a la identificación del mercado afectado y su nivel de relación con los mercados relevantes, la jurisprudencia comparada no establece un estándar de prueba estricto, sino que contempla que la identificación del mercado afectado por el abuso y su relación con los mercados relevantes, debe dilucidarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso en concreto[106].

197. Por lo tanto, esta Sala concuerda con la primera instancia en que el mercado afectado no necesariamente coincide con el mercado en que se habría desarrollado la conducta. Así, la Sala observa que, en el presente caso, el mercado afectado es el suministro de energía eléctrica a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de Seal. Cabe agregar que la recurrente no ha planteado argumentos ante esta instancia que cuestionen la determinación del mercado afectado.

III.3.4. <u>Materialización de la conducta dirigida a restringir la competencia</u>

198. La Comisión señaló que, de acuerdo con las afirmaciones realizadas por Atria en su denuncia, por lo menos desde el año 2016, Seal ha ofrecido 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 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres, en tanto no cambien de suministrador. Por el contrario, a los usuarios que decidían contratar dicho servicio con una empresa

---

106 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: 30 de junio de 2022).

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

competidora de Seal, se les exigía el cumplimiento del plazo de preaviso de un (1) año antes indicado.

199. La primera instancia también señaló que, desde setiembre de 2018, Seal había exigido la instalación previa de los equipos de medición, protección y limitación de potencia a aquellos clientes que deseaban migrar de la condición de usuarios regulados a libres y que contrataban dicho servicio con un competidor distinto a la denunciada, retrasando así su suministro como usuarios libres. Por el contrario, a los clientes que mantenían a Seal como su suministrador, se les requería la instalación de tales equipos luego de haber cambiado su condición a usuarios libres.

200. Por lo anterior, la Comisión consideró que la posición de Seal como la única empresa que operaba en los mercados relevantes, le permitía elegir las condiciones que aplicaría a aquellos usuarios regulados que decidían migrar a usuarios libres y contratar el suministro de energía con su empresa, así como a aquellos usuarios que decidían contratar el suministro de energía con una empresa distinta. Siendo así, la primera instancia indicó que Seal aplicó condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, lo cual involucraría 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.

201. En apelación, Seal cuestionó el razonamiento de la primera instancia respecto de la exoneración de: (i) el plazo de preaviso; y (ii) la instalación previa de equipos de medición, protección y limitación de potencia. Considerando ello, esta Sala evaluará ambos puntos, con la finalidad de dilucidar si constituyen manifestaciones de una actuación discriminatoria.

A) <u>Respecto de la exoneración del plazo de preaviso</u>

202. La primera instancia consideró que Seal había materializado un tratamiento desigual respecto a la aplicación de la exoneración del plazo de preaviso. Asimismo, la Comisión resaltó que el Osinergmin habría indicado que los clientes de las empresas distribuidoras que deciden migrar de la condición de usuario regulado a libre, debían 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 este plazo[107]. De esta

[107] 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 (incorporados al expediente mediante Razón de Secretaría 011 B-2020/ST-CLC-INDECOPI del 6 de marzo de 2020) y remitió -como parte de su respuesta- el Oficio 3086-2018-OS-DSE que previamente había sido enviado a la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal del Indecopi y señalaba lo siguiente:

manera, a criterio de la Comisión, Seal tuvo la posibilidad de evaluar las estrategias comerciales que aplicaría respecto al plazo de preaviso exigible a los usuarios regulados que optaban por cambiar su condición a usuarios libres.

203. Por tanto, la Comisión concluyó que estaba acreditado que Seal llevó a cabo un trato diferenciado entre los clientes que cambiaron de suministrador de energía y los que permanecían como clientes de Seal, al pasar del régimen de usuarios regulados a usuarios libres. Esta conducta habría colocado en desventaja a los competidores de Seal en el mercado de usuarios libres que provienen del mercado regulado, por razones distintas a una mayor eficiencia económica.

204. 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, según la apelante, 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 realizadas en el Expediente 006-2018/CLC) habían recogido tal interpretación. Asimismo, lo antes indicado también habría sido sostenido por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal en la Resolución 238-2018/CCD-INDECOPI del 26 de diciembre de 2018.

205. Conforme a lo expuesto, se aprecia que Seal busca justificar su conducta indicando que no constituye un supuesto de discriminación, sino un trato diferenciado que tendría sustento 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 aluden a prestaciones diferentes con consecuencias distintas o recogen la diferenciación materia de cuestionamiento.

206. 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.**
>
> «***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]

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

> **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-EM[108].**
> **Artículo 4.- Requisitos y condiciones.**
> El cambio de condición sólo puede ser efectuado a solicitud expresa del Usuario manifestada por escrito. El cambio de condición se hará efectivo en la fecha señalada por el Usuario una vez cumplidos los siguientes requisitos:
> 4.1 El Usuario comunicará por escrito a su Suministrador actual, con copia a su Suministrador futuro, de ser el caso, su voluntad de cambiar de condición, con una anticipación no menor a un (01) año a la fecha que señale para que se haga efectivo el cambio de condición.

207. 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 dar aviso en un plazo no menor a un año antes de hacer efectiva dicha variación. Sin embargo, las referidas normas no realizan alguna distinción o precisión en la que se consigne que el respectivo aviso sea exigible o aplicable solo para determinados usuarios (por ejemplo, únicamente para aquellos usuarios que decidan contratar con un proveedor distinto al distribuidor respectivo).

208. En la misma línea, el Minem, al ser consultado 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[109]**
> *"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*

[108] 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.

[109] Incorporado al presente procedimiento mediante Razón de Secretaría Técnica 011 B-2020/ST-CLC-INDECOPI del 6 de marzo de 2020.

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

> *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).

209. 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 o distribuidor); ni establecen que los distribuidores solo puedan liberar del plazo de aviso sobre el cambio de condición a los primeros.

210. 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 una situación en la que el suministrador actual acepte un plazo menor de preaviso. Ello se puede apreciar a continuación:

> **OFICIO 3086-2018-OS-DSE DEL OSINERGMIN EMITIDO EL 9 DE OCTUBRE DE 2018**[110]
> *“(…)*
> *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).

211. Como se puede observar, 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 el tiempo para hacer efectivo el cambio de condición solicitado.

212. 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

[110] Incorporado al presente procedimiento mediante Razón de Secretaría Técnica 011 B-2020/ST-CLC-INDECOPI del 6 de marzo de 2020.

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

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, 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.

213. 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 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".*

214. En tal sentido, al margen de este aspecto de la opinión expresada por parte del Osinergmin, lo cierto es que la normativa invocada por Seal como sustento de la presunta licitud de su conducta, no contiene la diferenciación objeto de imputación en este procedimiento, es decir, entre los clientes regulados que pretenden migrar al mercado libre, manteniendo el suministro de energía con el distribuidor y aquellos que pretenden efectuar dicha migración, contratando el suministro de energía con otro proveedor.

215. 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 del contenido esencial de los derechos fundamentales, como son la libertad de empresa y la libre competencia. Por tanto, 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.

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

216. Cabe reiterar que las empresas que ostentan posición de dominio en un mercado determinado tienen la responsabilidad especial de cautelar que su conducta no genere una distorsión en la competencia. En consecuencia, si bien Seal 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 (por ejemplo, dilatando el proceso de migración), 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 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

217. De otro lado, Seal alegó que el Osinergmin (a través de la Resolución de Cuerpo Colegiado 007-2016-OS/CC-98) habría reconocido que el plazo de permanencia de un año luego del preaviso era obligatorio para los usuarios que cambiaban de suministrador. El extracto citado por Seal de la referida resolución señala lo siguiente:

> **RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO 007-2016-OS/CC-98.**
> "*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 deberá el usuario avisar a su suministrador su voluntad de cambiar de condición.*" (Sic.)

218. Como se puede apreciar, a diferencia de lo alegado por Seal, la referida resolución del Osinergmin no señala que el plazo de preaviso es únicamente aplicable a quienes optan por cambiar de suministrador (en este caso, de Seal a otra empresa suministradora), sino que este es aplicable a quienes deciden cambiar de condición (esto es, de usuarios regulados a usuarios libres).

219. Por tanto, dicho pronunciamiento se encuentra en línea con el razonamiento de este Colegiado, en el sentido de que el plazo de preaviso es aplicable para los usuarios que solicitan migrar del mercado regulado al mercado libre, sin que las normas pertinentes determinen que la empresa distribuidora pueda establecer tratamientos discriminatorios entre los usuarios, mediante la exoneración diferenciada de dicho plazo de preaviso. Por tanto, se desestima este alegato de Seal.

220. Con relación a la Resolución 238-2018/CCD-INDECOPI del 26 de diciembre de 2018[111], es preciso indicar que los fundamentos de dicha resolución que han sido citados por la recurrente, no han sido objeto de evaluación por la Sala en el expediente respectivo. Por ende, a continuación se verificará si la

[111] Ver nota al pie 35.

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

interpretación del artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres que consta en dicha resolución -invocada por Seal en su recurso de apelación- resulta acorde con lo desarrollado en el presente pronunciamiento.

221. 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, mantenga 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 Seal 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.*"

222. 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 en caso el usuario regulado que manifiesta su voluntad de migrar al mercado libre 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 aviso a su suministrador actual con copia a su suministrador futuro "de ser el caso", por lo que este

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

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

223. 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 aviso 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.

224. Por tanto, 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 Seal en este extremo.

225. Considerando lo expuesto, esta Sala coincide con la primera instancia en concluir que Seal 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, a diferencia de los usuarios que optaban por dicho cambio de condición y mantenían a Seal como su suministrador de energía.

B) Respecto a la exoneración del requerimiento de instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito para hacer efectivo el cambio de condición de usuario regulado a usuario libre.

226. La Resolución Final determinó que desde setiembre de 2018 Seal empezó a exigir la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito para hacer efectiva la migración de los usuarios regulados al mercado libre. En particular, la recurrente remitió una carta circular a todos los clientes que a dicho momento eran usuarios libres (y que provenían del mercado regulado) solicitándoles que, en aplicación del artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres, cumplan con instalar los equipos técnicos de medición, protección y limitación de potencia.

227. Adicionalmente, la Comisión verificó que, en el caso de aquellos clientes que se encontraban en proceso de migrar al mercado libre cambiando de suministrador, Seal exigió el cumplimiento del requisito de instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia de manera previa al cambio de condición a usuarios libres. En particular, la primera instancia observó que, entre los años 2018 y 2020, este requerimiento se realizó a siete

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

(7) clientes que optaron por contratar con otros suministradores al migrar al mercado libre (empresas generadoras), retrasando así el inicio de su suministro en el mercado libre. Por otro lado, entre 2018 y 2020, existieron diecisiete (17) clientes que optaron por mantener a Seal como su suministrador al migrar al mercado libre, a las cuales se les exigió la instalación de los referidos equipos técnicos luego de hacer efectiva su migración al mercado libre.

228. Asimismo, la primera instancia resaltó lo indicado por el Osinergmin en el Oficio 3101-2019-OS-DSE[112] respecto de que este requisito era exigible antes de que se haga efectivo el cambio de condición de usuario regulado a usuario libre. En consecuencia, la Comisión sostuvo que Seal no debió realizar diferenciación alguna respecto del momento en el cual exigía el cumplimiento de este requisito.

229. En apelación, Seal señaló que no había exonerado a ninguna empresa del cumplimiento de este requisito, sino que flexibilizó el momento en el que exigía la instalación de tales equipos. La recurrente agregó que esta flexibilización también la habría aplicado para el caso de usuarios regulados que, al migrar al mercado libre, contrataron el suministro de energía con Atria, por lo que la conducta que la Comisión le atribuye resultaría errada. Para sustentar este argumento, Seal mencionó los casos de Agromin La Bonita, Don Goyo, Ulitex, Chala One, Niccol, Analytical Mineral Services, Emotsa y Socosani; pues dichos clientes contrataron con Atria su suministro como usuarios libres y pudieron cambiar de condición a usuarios libres sin acreditar la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia.

230. Sobre el particular, de la revisión del Reglamento de Usuarios Libres, se aprecia que el artículo 4 contiene los requisitos para el cambio de condición de los usuarios regulados a usuarios libres. En particular, el numeral 3 del artículo bajo comentario contempla que el usuario debe contar con los equipos de medición, protección y limitación de potencia adecuados a fin de que el cambio de condición se produzca efectivamente, como consta a continuación:

> **DECRETO SUPREMO 022-2009-EM. REGLAMENTO DE USUARIOS LIBRES DE ELECTRICIDAD (modificado por el Decreto Supremo 018-2016-EM).**
> **Artículo 4.- Requisitos y condiciones**
> El cambio de condición sólo puede ser efectuado a solicitud expresa del Usuario manifestada por escrito. El cambio de condición se hará efectivo en la fecha señalada por el Usuario una vez cumplidos los siguientes requisitos:
> (…)
> 4.3 El Usuario deberá contar con los equipos de medición, protección y limitación de potencia adecuados para que el cambio de condición se produzca efectivamente.

[112] Emitido en respuesta al Oficio 100-2019/ST-CLC-INDECOPI, a través del cual la Secretaría Técnica le requirió al Osinergmin información sobre la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia.

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

231. Se aprecia que el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres señala expresamente que el cambio de condición se producirá efectivamente una vez que el cliente cuente con los equipos de medición, protección y limitación de potencia.

232. A diferencia de lo alegado por Seal, la Sala advierte que la norma bajo comentario prevé que este requisito debe ser aplicado a todos los usuarios regulados que soliciten migrar al mercado libre, ya sea que mantengan a Seal como su suministrador o que elijan a otra empresa. Además, la referida norma contempla que este requisito debe cumplirse de manera previa a la efectividad del cambio de condición solicitado por un cliente regulado. En otras palabras, para que pueda iniciar el suministro a un cliente como usuario libre, previamente este debe tener instalados los equipos de medición, protección y limitación de potencia previstos en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres.

233. Lo anterior guarda consistencia con lo indicado por el Osinergmin, entidad que mediante Oficio 3101-2019-OS-DSE del 18 de diciembre de 2019, respondió una consulta de la Secretaría Técnica de la Comisión con relación a si la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia debe necesariamente ser exigida antes de que se produzca el cambio efectivo de usuario regulado a usuario libre. Al respecto, el Osinergmin indicó lo siguiente:

> **OFICIO 3101-2019-OS-DSE del 18 de diciembre de 2019.**
> *"Del referido artículo se desprende que primero debe cumplirse con los requisitos descritos en el referido artículo 4), antes de que se produzca el cambio efectivo de usuario regulado a usuario libre."*
> (Subrayado agregado)

234. De la revisión de lo analizado por la Comisión, se aprecia que la presunta discriminación evaluada consistió en que Seal habría realizado un tratamiento desigual injustificado entre los usuarios regulados que migraban al mercado libre manteniendo a Seal como suministradora y aquellos que contrataban su suministro con otra empresa. A criterio de la Comisión, se habría verificado que a los primeros Seal les permitía cambiar de condición sin cumplir previamente con el requisito previsto en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres (se hacía efectivo el inicio del suministro como usuarios libres y luego de ello recién se les exigía la instalación de los equipos de seguridad), mientras que a los segundos se les habría impedido hacer efectivo el inicio de su suministro como usuarios libres mientras no contaran con los equipos en mención.

235. Teniendo en cuenta ello, así como lo dispuesto en el Reglamento de Usuarios Libres, la Sala evaluará si en el período analizado para esta conducta (2018 a 2020) Seal exoneró el cumplimiento de la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia, como requisito para cambiar la condición de usuario regulado a usuario libre, a quienes la mantenían como suministradora

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

(por lo que podían hacer efectiva su migración sin cumplir previamente con este requisito); mientras que a los usuarios regulados que optaban por contratar con otras empresas sí les exigía dicho requisito antes de que se haga efectiva la referida migración.

236. Al respecto, Seal señaló que también permitió a los clientes que optaron por contratar con otras empresas generadoras, migrar al mercado de usuarios libres antes de la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia. Para tales efectos, mencionó los casos de Agromin La Bonita, Don Goyo, Ulitex, Chala One, Niccol, Analytical Mineral Services, Emotsa y Socosani.

237. Sobre Agromin La Bonita, la Sala aprecia que Seal presentó documentación vinculada con el preaviso del inicio de su suministro como usuario libre, la instalación de sus equipos técnicos y la fecha en que finalmente inició su suministro como cliente libre. Sin embargo, estos documentos acreditan que Agromin La Bonita remitió su carta de preaviso para cambiar de condición a usuario libre en septiembre de 2021, lo cual es posterior al período de las conductas que fueron objeto de la sanción impuesta por la Comisión y apelada ante la presente instancia (en lo relativo a la exoneración del requerimiento de instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia, el periodo de la conducta sancionada fue de 2018 a 2020).

238. En el caso de Chala One, corresponde indicar que Seal no ha presentado medios probatorios que acrediten que exoneró a dicha empresa del cumplimiento de la instalación de equipos técnicos como requisito previo para cambiar de condición a usuario libre, por lo que este argumento tampoco desvirtúa que haya incurrido en la conducta imputada durante el periodo evaluado.

239. En cuanto a Niccol, se aprecia que dicho cliente cambió de condición a usuario libre en el año 2016, esto es, el caso de dicho cliente no forma parte de la conducta sancionada en primera instancia, consistente en el trato discriminatorio respecto a la exigencia de instalar equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito previo para el cambio de condición de usuarios regulados a libres, entre los años 2018 y 2020. Por ende, también corresponde desestimar el argumento de Seal respecto de este extremo.

240. Con relación a Don Goyo, Ulitex, Analytical Mineral Services y Emotsa, la Sala aprecia que -contrariamente a lo alegado por la recurrente-, estos clientes vieron retrasado su cambio de condición a usuarios libres debido a que no contaban con los equipos técnicos requeridos para hacer efectiva dicha migración.

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

241. En efecto, tomando en cuenta la fecha en la que estos clientes informaron a Seal su intención de migrar al mercado libre (carta de preaviso), así como la fecha señalada en dichos documentos para hacer efectivo el referido cambio, se observa que estos usuarios no migraron al mercado libre hasta contar con los referidos equipos u ofrecer una garantía de su cumplimiento.

242. En el expediente se cuenta con evidencia de que Seal remitió una comunicación a estos clientes exigiendo la instalación de los equipos de medición, protección y limitación potencia antes de que se haga efectivo el cambio de su condición a usuarios libres[113]. Incluso, Seal supervisó que Don Goyo, Ulitex y Analytical Mineral Services cuenten con los referidos equipos de seguridad antes de que se concrete su migración al mercado libre e inicie su suministro como usuarios libres[114].

243. Además, en el caso de Emotsa, Don Goyo y Ulitex, Atria debió presentar un compromiso de instalación de equipos acompañado de una carta fianza emitida a favor de Seal, como una garantía de la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia. Esta exigencia también revela un trato diferenciado con relación al cumplimiento del requisito de instalación de equipos de seguridad, pues Seal no exigía a los clientes que optaban por mantenerlo como su suministrador al migrar al mercado libre, la instalación previa de estos equipos o una carta fianza que acredite su cumplimiento.

244. Finalmente, en el caso de Socosani, si bien Seal señaló que no le remitió una comunicación exigiéndole la instalación de los equipos técnicos, se aprecia que la denunciada realizó una inspección a los equipos de dicho cliente de manera previa al inicio de su suministro como usuario libre[115], lo cual demuestra que la imputada exigió el cumplimiento de este requisito de manera previa a que se hiciera efectivo el cambio de su condición, a diferencia de los clientes que mantenían a Seal como su suministrador al cambiar de condición a usuarios libres[116].

---

113 Dichas comunicaciones fueron presentadas por Seal en el CD consignado como anexo de su escrito del 27 de enero de 2021.

114 En el caso de Emotsa, si bien Seal efectuó esta supervisión unos días después del inicio de su suministro como usuario libre, cabe resaltar que la recurrente también le exigió a Emotsa la instalación de los equipos de seguridad de manera previa a la fecha en que se hizo efectiva su migración al mercado libre y que este cambio de condición se concretó luego de la fecha prevista en su carta de preaviso.

115 En el CD consignado como anexo del escrito presentado por Seal el 27 de enero de 2021 se encuentra la constancia de inspección hecha a los equipos de Socosani.

116 Incluso, se observa que esta exigencia habría ocasionado que la fecha efectiva de la migración de Socosani se lleve a cabo cuatro meses después de la fecha prevista en su carta de preaviso.

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

245. A continuación, se muestra el cuadro elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión con la información obrante en el expediente, la cual ha sido corroborada por este Colegiado:

Cuadro 1
Detalle de empresas a las que Seal exigió la instalación de equipos como requisito previo a la migración – Clientes de Atria

Cliente	Suministrador en el Mercado Libre	Fecha de carta de preaviso	Fecha de inicio de suministro según carta de preaviso	Fecha en la que Seal exigió la instalación de equipos	Fecha de supervisión de los equipos técnicos	Fecha real de inicio del suministro en el mercado libre
Analytical Mineral Services S.A.C.	Atria	24/01/2017	1/09/2018	24/09/2018	16/04/2019	1/07/2019
Empresa Minera Otapara S.A.	Atria	17/10/2017	1/11/2018	24/09/2018	05/07/2019*	1/07/2019
Camal Frigorífico Don Goyo S.A.C.	Atria	17/11/2017	1/12/2018	24/09/2018	05/07/2019*	1/08/2019
Ulitex Sole Perú S.A.C.	Atria	28/11/2017	1/12/2018	24/09/2018	05/07/2019*	1/10/2019
Socosani S.A.	Atria	27/02/2019	1/03/2020	-	1/07/2019	1/07/2020
* En dichos casos Atria remitió una comunicación a Seal informando que se comprometerían a instalar los equipos acompañado de una carta fianza.						

Fuente: información recabada por la ST-CLC
Elaboración: ST-SDC

246. Adicionalmente, la Sala aprecia que existen dos clientes (Curtiembre Global S.A.C. y Telefónica del Perú S.A.) que solicitaron migrar al mercado libre y contrataron el suministro de energía con otras empresas (generadoras), a quienes la imputada les exigió el cumplimiento de la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito previo para hacer efectivo su cambio de condición.

247. En el caso de Curtiembre Global S.A.C., de acuerdo con la carta de preaviso y la fecha señalada en el contrato que celebró con Atria, su suministro como usuario libre debía comenzar en marzo de 2019. Sin embargo, en septiembre de 2018 (esto es, luego de presentar su carta de preaviso) Seal le exigió la instalación de los equipos bajo análisis y, en julio de 2019, Atria remitió a Seal una comunicación informando el compromiso de instalar los referidos equipos y una carta fianza para garantizar ello. Lo anterior habría ocasionado que la fecha en que se hizo efectivo el cambio de condición de este usuario fuera posterior a la prevista en su carta de preaviso y en el contrato con su nuevo suministrador (en particular, con siete meses de retraso desde la fecha señalada en la carta de preaviso y en el contrato).

248. De otro lado, si bien no se cuenta con la carta de preaviso correspondiente a Telefónica del Perú S.A., se advierte que Seal también le exigió la instalación de los equipos bajo análisis de manera previa a su migración al mercado libre con la empresa Statkraft. Asimismo, en agosto de 2020 Seal supervisó la

instalación de estos equipos[117] y recién en septiembre de 2020 se hizo efectivo el cambio de condición de este usuario regulado a libre.

249. En este caso, tomando en cuenta la fecha prevista para el inicio del suministro en el contrato con Statkraft y la fecha en que efectivamente comenzó el suministro como usuario libre, hubo un retraso de más de dos años para que se concrete la migración de este cliente.

250. La información previamente señalada se aprecia a continuación:

Cuadro 2
Detalle de empresas a las que Seal exigió la instalación de equipos como requisito previo a migración – Clientes de Atria y Statkraft

Cliente	Suministrador en el Mercado Libre	Fecha de carta de preaviso	Fecha de inicio de suministro según carta de preaviso	Fecha de inicio del suministro en el mercado libre según el contrato	Fecha en la que Seal exigió la instalación de equipos	Fecha de supervisión de los equipos técnicos	Fecha real de inicio del suministro en el mercado libre
Curtiembre Global S.A.C.	Atria	28/02/2018	1/03/2019	1/03/2019	24/09/2018	05/07/2019*	1/10/2019
Telefónica del Perú S.A.	Statkraft	-	-	1/07/2018	24/09/2018	1/08/2020	1/09/2020
*** En dicho caso Atria remitió una comunicación a Seal informando que se comprometerían a instalar los equipos.**							

Fuente: información recabada por la ST-CLC
Elaboración: ST-SDC

251. Como se puede observar de los Cuadros 1 y 2, a diversos usuarios regulados que habían contratado con otro generador se les exigió la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia de manera previa, lo cual devino en que su cambio de condición a usuarios libres se pudiera hacer efectivo únicamente cuando acreditaron contar con dichos equipos (o garantizaron su instalación con una carta fianza a favor de Seal); a diferencia de aquellos usuarios que migraban al mercado libre y mantenían a Seal como su suministrador.

252. Precisamente sobre este trato diferenciado, la Comisión identificó en su Resolución Final que Seal había exonerado del cumplimiento de esta exigencia -como requisito previo para hacer efectivo el cambio de condición- a, por lo menos, diecisiete (17) usuarios que optaron por mantener a dicha empresa como su suministrador en el mercado libre.

253. Asimismo, se aprecia que Seal tampoco exigió a estas empresas contar con una carta fianza que garantice la instalación de estos equipos. Además, se observa que los usuarios regulados que optaron por contratar con la imputada

[117] En el CD consignado como anexo del escrito presentado por Seal el 27 de enero de 2021 se encuentran las constancias de inspección realizadas a estos clientes.

su suministro en el mercado libre pudieron hacer efectiva su migración a dicho mercado sin retraso alguno. Dicho listado se muestra a continuación:

Cuadro 3
Detalle de empresas sobre las que se aplicó exoneración – Clientes de Seal

Cliente	Suministrador en el Mercado Libre	Fecha de inicio del suministro en el mercado libre según el contrato	Fecha real de inicio del suministro en el mercado libre	Fecha de aviso para la instalación de los equipos
Imco Servicios S.A.C.	Seal	01/09/2018	01/09/2018	27/05/2019
EMC Green Group S.A.	Seal	01/01/2019	01/01/2019	24/05/2019
Los Ranchos S.A.C.	Seal	01/01/2019	01/01/2019	24/05/2019
Ladrillera Choque S.A.C.	Seal	01/02/2019	01/02/2019	24/05/2019
Ladrillera Vitor S.R.L.	Seal	01/02/2019	01/02/2019	24/05/2019
Molino Las Mercedes S.A.	Seal	01/04/2019	01/04/2019	24/05/2019
Camposur INC S.A.C.	Seal	01/04/2019	01/04/2019	24/05/2019
Central Azucarera Chucarapi Pampa Blanca S.A.	Seal	01/11/2019	01/11/2019	20/08/2020
Negociaciones e Inversiones Doral S.A.C.	Seal	01/01/2020	01/01/2020	20/08/2020
Agropecuaria Gold Pig S.A.C.	Seal	01/04/2020	01/04/2020	20/08/2020
Fabripak E.I.R.L.	Seal	01/07/2020	01/07/2020	26/11/2020
Frío Frías E.I.R.L.	Seal	01/08/2020	01/08/2020	26/11/2020
Negociación Lanera Alfa S.A.C.	Seal	01/10/2020	01/10/2020	26/11/2020
Tannery Latina S.A.C.	Seal	01/10/2020	01/10/2020	26/11/2020
Envasadora Majes E.I.R.L.	Seal	01/10/2020	01/10/2020	26/11/2020
Temper & Lam E.I.R.L.	Seal	01/10/2020	01/10/2020	26/11/2020
Ladripesa S.R.L.	Seal	01/12/2020	01/12/2020	26/11/2020

Fuente: información recabada por la ST-CLC
Elaboración: ST-SDC

254. Como se puede apreciar, los diecisiete (17) clientes identificados por la primera instancia mantuvieron su relación comercial con Seal y se vieron beneficiados con la exoneración de la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia, toda vez que la exigencia de contar con dichos equipos no fue hecha antes del cambio de condición a usuarios libres.

255. De la revisión de la información obrante en el expediente, se aprecia que Seal remitió cartas a los clientes que optaron por contratar con su empresa el suministro en el mercado libre, para la instalación de estos equipos, después

de hacer efectivo el inicio de su suministro como usuarios libres. Es importante señalar que la recurrente no ha cuestionado estos hechos en apelación, por lo que este trato a favor de los diecisiete (17) usuarios que se mantuvieron con Seal entre 2018 y 2020 no se encuentra en discusión.

256. La evidencia analizada por este Colegiado muestra que Seal realizó un trato diferenciado entre los clientes regulados que optaban por migrar al mercado de clientes libres y contratar el suministro de energía con otra empresa (por ejemplo una generadora) y los clientes que efectuaban dicha migración y mantenían a Seal como su suministrador.

257. En particular, a los primeros les exigió -como requisito previo al cambio de condición- instalar los equipos de medición, protección y limitación de potencia previstos en el artículo 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres. Sin embargo, a quienes mantuvieron su relación comercial con Seal no les exigió la instalación de esos equipos como un requisito previo para el cambio de condición a usuario libre, sino que permitió la migración y, recién luego de que esta se hizo efectiva, solicitaba la instalación de los equipos.

258. Habiendo quedado acreditado el trato diferenciado vinculado con la exoneración de la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito previo para la migración al mercado libre, corresponde verificar si Seal ha presentado alguna explicación que lo justifique, pues -como ha sido mencionado previamente- de no contar con dicha explicación se estaría ante un tratamiento discriminatorio.

259. En apelación, Seal alegó que: (i) esta diferencia en el trato se había realizado debido a que resultaba ser más sencilla la instalación de los equipos de seguridad en el caso de los clientes que optaban por continuar con su empresa, pues se trataba de una relación contractual preestablecida; y, (ii) de no aceptar la justificación planteada, el presente caso trataría sobre una contravención al Reglamento de Usuarios Libres, por lo que la entidad competente sería el Osinergmin y no la Comisión.

260. El primer argumento de Seal está orientado a sustentar que cambiar de suministrador o seguir contratando con la empresa distribuidora al migrar al mercado de usuarios libres, constituyen situaciones desiguales. Al respecto, corresponde indicar que Seal no ha señalado de qué manera el hecho de contar con una relación comercial preestablecida permitiría exonerar del cumplimiento del requisito de instalación de equipos de medición, limitación y protección de potencia para poder iniciar el suministro de sus clientes como usuarios libres.

261. Ciertamente, como la propia Seal ha argumentado a lo largo del presente procedimiento, estos equipos constituyen un requisito de seguridad para sus

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

instalaciones[118]. Bajo dicha premisa, no se justifica la razón por la cual el proveedor elegido por los clientes regulados que buscan cambiar al mercado libre, determine que tales usuarios puedan o no migrar sin tener que cumplir previamente con instalar el equipamiento necesario para recibir el suministro de energía respectivo de forma segura y adecuada. En tal sentido, se aprecia que la conducta de Seal en este extremo, implica que estos aspectos técnicos resulten más flexibles (al permitirse la instalación posterior de equipos) debido a un criterio comercial, basado en el suministrador seleccionado.

262. Más aún, todos los clientes regulados y libres ubicados dentro del área de concesión de Seal se encuentran conectados a la red de este distribuidor, por lo que esta empresa sigue controlando dicha red (sin perjuicio de que el suministrador de estos clientes sea distinto al migrar al mercado libre). En tal sentido, incluso asumiendo que fuese más sencilla la instalación de los correspondientes equipos para quienes optaran por quedarse con Seal, ello podría repercutir en la celeridad para verificar el cumplimiento de tales condiciones, pero no justifica que el traslado de esos clientes -sobre quienes supuestamente podría hacerse la verificación de forma más sencilla- se permita sin contar aún con tales equipos. Por tanto, se desestima este alegato.

263. Con relación al segundo argumento de Seal, referido a que en este caso se trataría de una contravención al Reglamento de Usuarios Libres y que la entidad competente para evaluar la presente denuncia es el Osinergmin, cabe indicar que en el presente procedimiento sancionador, la conducta cuestionada por Atria y que ha sido materia de imputación no es la contravención al referido reglamento, sino un presunto abuso de posición de dominio consistente en la aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, supuesto tipificado en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y que es competencia de la Comisión y de esta Sala en segunda instancia.

264. La Comisión no declaró que Seal haya infringido o no las disposiciones previstas en el Reglamento de Usuarios Libres, sino que verificó -a su criterio- que dicho agente abusó de su posición de dominio al realizar un tratamiento discriminatorio entre los usuarios regulados que solicitaban migrar al mercado libre y mantenían a la denunciada como su suministradora, frente a aquellos que solicitaban dicha migración y contrataban su suministro de energía con otra empresa.

265. En consecuencia, el objeto de este pronunciamiento no es determinar si Seal infringió el Reglamento de Usuarios Libres y la antijuridicidad de la conducta

[118] Ello fue señalado, a manera de ejemplo, en el recurso de apelación contra la Resolución Final planteado por Seal. Al respecto, ver foja 1528 del Expediente.

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

evaluada no radica en el incumplimiento de normas regulatorias de carácter sectorial, sino que el presente procedimiento busca constatar si la presunta aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes antes señalada constituye un acto unilateral efectuado por un agente con posición de dominio y que tiene por finalidad o efecto restringir la competencia en el mercado presuntamente afectado. Por tanto, se desestima el argumento de Seal.

266. Considerando todo lo expuesto, esta Sala coincide con la primera instancia en concluir que Seal estableció un trato discriminatorio para los usuarios regulados que optaban por cambiar de condición a usuarios libres y contrataban el suministro de energía con otra empresa, a quienes les exigió el cumplimiento de la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito previo para migrar al mercado libre. Por el contrario, Seal exoneró de este requisito a los usuarios regulados que optaban por efectuar dicho cambio de condición y contratar el suministro de energía con la propia denunciada, lo cual permitía hacer efectiva su migración antes de que cumplan con este requisito.

C) Conclusión de la materialización de la conducta cuestionada

267. De acuerdo con los términos de la imputación de cargos en la Resolución de Inicio, Seal habría incurrido en una conducta anticompetitiva de abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes debido a que habría exonerado del cumplimiento del plazo de preaviso de un año y el requisito de instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia a los clientes regulados que optaban por migrar al mercado libre manteniendo a Seal como suministradora. No obstante, a aquellos clientes que preferían contratar su suministro como usuarios libres con otra empresa, Seal les exigía el cumplimiento de dichos requisitos antes de que cambien de condición.

268. En los párrafos previos se ha verificado que, en efecto, Seal brindó un trato desigual al realizar las exoneraciones descritas en el párrafo anterior. Asimismo, las justificaciones y alegatos presentados por la recurrente no han sustentado que tales conductas constituyan un trato diferenciado basado en razones objetivas, sino que -contrariamente a lo indicado por la recurrente- el Colegiado ha comprobado que se tratan de actuaciones discriminatorias.

269. En consecuencia, al haberse verificado la materialización de la conducta cuestionada, este Colegiado continuará con el análisis de la conducta imputada, correspondiendo verificar la existencia o no de un efecto anticompetitivo en la actuación de Seal.

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

III.3.5. Efecto anticompetitivo de la conducta investigada

270. Luego de determinar la posición de dominio de Seal en los mercados relevantes y 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.

271. La Comisión indicó que el trato discriminatorio establecido por Seal habría afectado el mercado de suministro de energía eléctrica a los usuarios libres que provienen del mercado regulado dentro del área de concesión de Seal. 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 la no exigencia de la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia, previstas en los artículos 4.1 y 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres, respectivamente, como requisitos previos al cambio de condición de usuario regulado a libre. Adicionalmente, la Comisión, indicó que tales ofrecimientos no pueden ser replicados por ningún otro competidor de Seal.

272. A continuación, esta Sala realizará una reseña de las conclusiones de la primera instancia con relación al efecto exclusorio.

III.3.5.1 Análisis de la Comisión sobre el efecto anticompetitivo de la conducta investigada

Respecto al desempeño de Seal durante el periodo investigado

273. Sobre este punto, la primera instancia señaló que el plazo de preaviso habría cobrado especial importancia a partir del año 2016, pues desde ese año se registró un gran incremento de usuarios regulados que migraban al mercado libre como 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.

274. A partir de la información presentada por Seal, la Comisión observó que entre 2016 y 2020 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.

275. Asimismo, la Comisión afirmó que Seal habría incrementado su participación en términos de la cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados entre 2016 y 2020, así como su participación en términos de la potencia que estos nuevos usuarios contrataron. En ese sentido, la Comisión

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

observó que Seal logró posicionarse como la empresa más importante en el mercado afectado.

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

276. Sobre este punto, la Comisión señaló que los resultados que Seal obtuvo en el mercado afectado habrían respondido principalmente a la exoneración del plazo de preaviso y la no exigencia de la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito previo a la migración; beneficios que la denunciada otorgó a sus clientes en el mercado regulado que aceptaban continuar siendo sus clientes al cambiar a la condición de clientes libres, entre los años 2016 y 2020.

277. Dicho condicionamiento significó un incentivo decisivo para un gran número de clientes provenientes del mercado regulado, quienes prefirieron contratar con Seal a precios superiores a los que ofrecían otras suministradoras en el mercado de clientes libres. Sin embargo, este condicionamiento no se sustentaba en la mayor eficiencia económica de 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 la forma en que el marco normativo ha estructurado el mercado.

278. 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 2020. De este modo, la Comisión determinó que los precios de suministro de energía eléctrica que Seal cobró a los usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en su área de concesión, fueron significativamente superiores a los precios cobrados por los demás suministradores.

279. La primera instancia sostuvo que pese a lo anterior los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuarios libres habrían preferido contratar con Seal por considerarla una opción más beneficiosa debido a la exoneración ofrecida respecto al plazo de preaviso y el requisito de contar con equipos de medición, protección y limitación de potencia, establecidos en los artículos 4.1 y 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres, respectivamente. Sobre el particular, la Comisión indicó que Seal habría cobrado a los usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en su área de concesión, un precio promedio ponderado

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

21.5% superior al precio promedio ponderado cobrado por los demás suministradores[119].

280. La Comisión también afirmó que, por lo menos, el 52%[120] de usuarios que se mantuvieron en el mercado libre decidió no renovar su contrato con Seal 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 contrataron originalmente con Seal fue la exoneración del plazo de preaviso y la no exigencia *ex ante* de la instalación de equipos como requisito previo para la migración al segmento de clientes libres. Lo antes señalado habría condicionado la celebración de contratos de suministro con Seal y no con otras empresas.

281. Finalmente, la Comisión observó que el precio de la energía que estos usuarios pagaron con suministradores distintos a Seal, entre la fecha en la que cambiaron de suministrador (a partir de enero de 2019) y diciembre de 2020, fue 25.7% menor que el promedio ponderado de los precios que pagaron con Seal en el anterior contrato. Respecto al porcentaje de usuarios que decidieron renovar su contrato con Seal[121], se estimó que el precio promedio de la energía que estos usuarios pagaron, entre la fecha de renovación de su contrato y diciembre de 2020, fue 24.1% menor que el promedio de los precios que pagaron con Seal en el anterior contrato y a un nivel similar a los ofrecidos por los demás suministradores competidores de Seal.

Conclusión de la Comisión sobre el efecto exclusorio observado

282. La Comisión señaló que el tratamiento favorable ofrecido por Seal a los clientes que deseaban 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 incrementar su participación en el mercado afectado, correspondiente al suministro de energía a usuarios libres que provienen del mercado regulado dentro de su área de concesión, tanto en lo que se refiere al porcentaje de usuarios nuevos como a la potencia total contratada.

---

119 Para calcular este precio, la Comisión determinó en primer lugar el precio medio de cada usuario, cada mes. Posteriormente, promedió los precios medios mensuales de todos los usuarios de Seal, ponderándolos con la potencia contratada de cada usuario. Finalmente, calculó el precio promedio entre el año 2016 y 2020. El mismo procedimiento se utilizó para calcular el precio de los demás suministradores.

120 Este porcentaje se obtuvo de dividir el número de clientes que cambiaron de suministrador una vez vencido su contrato con Seal (10) entre el total de contratos de Seal que finalizaron entre enero 2019 y diciembre 2020 (19).

121 El porcentaje de usuarios que decidieron renovar con Seal sería de 48%, obtenido de dividir 9 (número de usuarios que decidieron renovar su contrato con Seal) entre 19 (número de usuarios que culminaron su contrato entre enero 2019 y diciembre 2020).

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

283. Asimismo, la Comisión señaló que Seal había obtenido beneficios significativos en el mercado afectado a partir de la implementación de este trato diferenciado. Ello le había permitido, entre 2016 y 2020, cobrar precios promedio superiores en 21.5% al precio promedio ponderado cobrado por los demás suministradores.

284. 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 Seal bajo el régimen de usuarios libres respondía a la aplicación discriminatoria de la exoneración del plazo de preaviso y la no exigencia de la instalación de equipos como requisito previo para hacer efectiva la migración. Esto se sustentaría en que, una vez vencidos dichos contratos, el 52% de los clientes que se mantuvieron en el mercado de usuarios libres decidieron cambiar de suministrador y beneficiarse de los menores precios ofrecidos por otros competidores[122].

285. De esta manera, la Comisión consideró que se habría acreditado la existencia de un efecto exclusorio derivado del tratamiento diferenciado adoptado por Seal, aprovechando su posición de dominio en los mercados relevantes para obtener beneficios en detrimento de sus competidores dentro del mercado afectado.

III.3.5.2 Evaluación de los argumentos de Seal sobre los efectos anticompetitivos de la conducta investigada

Sobre la diferencia entre los precios del suministro de energía de Seal y las demás suministradoras

286. La empresa apelante alegó que el precio de Seal por el suministro de energía eléctrica no fue 21.5% más caro que el precio de sus competidoras, en el periodo investigado entre 2016 y 2020. También indicó que la diferencia entre los precios ofertados por Seal y las demás suministradoras (empresas generadoras) son propios de un mercado competitivo.

287. La empresa denunciada también manifestó que la manera en que la primera instancia presentó los precios (precio promedio de todos los competidores de Seal) no permite comparar las distintas opciones que tienen los clientes dado

[122] 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 Disposición Complementaria Final de la Ley de Generación Eficiente y el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres, así como la exigencia de la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia, previsto en el artículo 4.3 del referido reglamento, ya no aplicarían en este caso, ya que se trata de requisitos exigibles para los nuevos usuarios libres que efectúan la migración del mercado regulado.

En ese sentido, tales exigencias ya no se verificarían al realizar un cambio de suministrador dentro del mercado libre, salvo que lo estipulado en los contratos especifique lo contrario.

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

que, al tratarse de un promedio, elimina las opciones más baratas y las más caras de los suministradores. Por tanto, dicha comparación agregada no recogería la situación en la que se encontraban los clientes, quienes podían evaluar las distintas ofertas de manera individual.

288. Sobre este punto, la Sala considera que la comparación agregada de precios realizada por la primera instancia podría no ser la más precisa para analizar el desempeño del mercado en este caso, pues no permite evidenciar el precio de cada uno de los suministradores que participaron en el mercado afectado ni compararlos con los precios de Seal[123].

289. De esta manera, este Colegiado procederá a realizar el análisis de precios de manera individual para cada suministrador, empleando los precios promedio ponderado[124] de energía cobrados por Seal y por cada una de las empresas de generación a los usuarios regulados que migraron al mercado libre en el área de concesión de Seal (Ver Anexo 1). Posteriormente, en base a los precios por cliente (conforme a lo previamente determinado) se procederá a calcular los precios de cada suministrador mediante un promedio simple.

290. Es pertinente señalar que, una vez calculados los precios por cliente, la Comisión ponderó dichos precios en función a la potencia contratada por cada cliente, a fin de estimar los precios por suministrador. La Sala considera que esto último no es adecuado para analizar la evolución de los precios de Seal y las demás empresas suministradoras en el periodo investigado, pues lo que se busca evaluar es el precio que ofrecían dichos agentes en el mercado, mientras que emplear un promedio ponderado por la potencia otorgaría un mayor peso a aquellos clientes con mayor potencia contratada (lo cual generaría que el precio promedio termine influenciado por el nivel de potencia contratada de cada suministrador)[125].

---

123 No obstante, al comparar el precio promedio de Seal con el precio promedio (simple) de sus competidores en el mercado afectado, se verifica que Seal tiene un precio superior en un 23% respecto al resto de sus competidores, es decir, incluso mayor al 21.5% estimado por la primera instancia. Cabe señalar que para verificar esto, se empleó la información de los boletines de Osinergmin.

124 El precio medio de la energía (precio promedio 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 hora punta (PEFP). Para calcular el precio ponderado se utiliza la siguiente fórmula:

Precio ponderado = PP / (7.2 * 0.8) + PEHP * (0.2) + 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.

125 Cabe precisar que estamos frente a dos ponderaciones distintas: (i) la primera es para determinar el precio por cliente donde se pondera de acuerdo con la fórmula de Osinergmin (Ver nota al pie 124), mientras que (ii) la segunda hace referencia al precio promedio por suministrador, donde esta Sala considera que no corresponde aplicar la ponderación por potencia.

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

291. A diferencia de lo indicado por la Comisión en la Resolución Final, para determinar el precio del suministro de energía por cada suministrador, la Sala no considera pertinente ponderar dichos precios en función a la potencia contratada, debido a que la información necesaria para realizar el análisis de precios (comparación de precios entre suministradores) es el precio para cada cliente por igual y no en función a la relevancia de cada uno de ellos (en base a la potencia contratada).

292. El detalle de la evolución de precios por suministrador se presentará junto con los demás indicadores para evaluar si en el presente caso hubo o no un efecto exclusorio.

Respecto al efecto exclusorio identificado por la Comisión

293. Sobre este punto, Seal alegó en su escrito de apelación que su participación en el mercado afectado no evidencia un crecimiento atípico, sino más bien acreditaría la competencia efectiva con otros agentes. Al respecto señaló:

- Durante el año previo al periodo investigado (2015), todos los clientes libres optaban por contratar con Seal, lo cual reflejaría que dicha empresa siempre ha tenido una importante participación al momento de captar a nuevos usuarios que optaron por migrar al mercado libre.
- Durante los años 2017 y 2018 fueron los competidores de Seal quienes tuvieron mejor desempeño en la captación de clientes.
- En el año 2018, la participación de Seal empezó a mejorar. Sin embargo, no fue la empresa que captó la mayor cantidad de usuarios.
- El crecimiento de Seal a partir del año 2019 es un comportamiento natural de mercado que ya ha ocurrido con anterioridad (en referencia al año 2015).

294. Por tanto, a decir de la apelante, durante el periodo investigado las variaciones en la participación de Seal y de los otros suministradores -entre ellos Atria- reflejan la existencia de competencia efectiva, lo que demostraría que el mercado ha sido dinámico.

295. Al respecto, la Sala considera importante señalar que si bien es un derecho de los clientes regulados que presentan una demanda de 200 kW hasta 2 500 kW optar por 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 por parte de estos dirigido a incrementar las barreras para cambiar de segmento y/o para incentivar que tales clientes permanezcan con su actual suministrador (la empresa distribuidora), extendiendo su poder de mercado sobre los usuarios regulados hacia los clientes libres que provienen del mercado regulado.

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

296. Sobre el particular, la teoría económica[126] reconoce la existencia de las barreras tecnológicas y legales a la entrada de competidores en determinados mercados.

297. Las primeras ocurren cuando, por ejemplo, la empresa dominante produce a escala relativamente grande y a bajo costo (economías de escala). De esta manera, una empresa que goza de dicha ventaja técnica (como podría ser un monopolio natural), podría encontrar rentable reducir sus precios para sacar a otros competidores de la industria, lo cual hace muy difícil la entrada de una nueva empresa.

298. Por su parte, las barreras legales son creadas por ley y no por condiciones económicas o tecnológicas. Un ejemplo es el otorgamiento de una concesión para atender de manera exclusiva un mercado, como es el caso de ciertos servicios públicos (gas, electricidad, telecomunicaciones, entre otros). Asimismo, si bien algunas barreras a la entrada pueden ser independientes de las actividades del propio monopolista, es posible que otras surjan directamente de dichas actividades (por ejemplo, las empresas podrían crear productos o tecnologías únicos y tomar medidas excepcionales para impedir que los competidores las imiten).

299. De esta manera, para verificar los efectos en el mercado de la conducta implementada por la denunciada, consistente en la exoneración diferenciada del plazo de preaviso y la no exigencia de la instalación de equipos como requisito previo a la migración, la Sala considera necesario realizar un análisis de la evolución de la participación de mercado de Seal y sus competidores, así como de la evolución de precios. Esto permitirá verificar si existió un efecto exclusorio o si se favoreció el proceso competitivo.

300. En términos de la participación de mercado y como se ha indicado anteriormente[127], esta Sala ha advertido 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 mercado *spot*.

301. 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. En dicho escenario, el plazo de preaviso de un año y la no exigencia de la instalación de equipos como requisito previo a la migración se erigen como aspectos importantes para los usuarios regulados que podían cambiar de condición a usuarios libres, en la medida que determinaban o incidían en el

126 NICHOLSON, Walter. "*Barreras a la entrada"*. En: Teoría Microeconómica. Novena edición P. 386 y 387.

127 En el acápite III.3.2 de la presente resolución.

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

momento en que tales clientes podían empezar a beneficiarse de la reducción de precios.

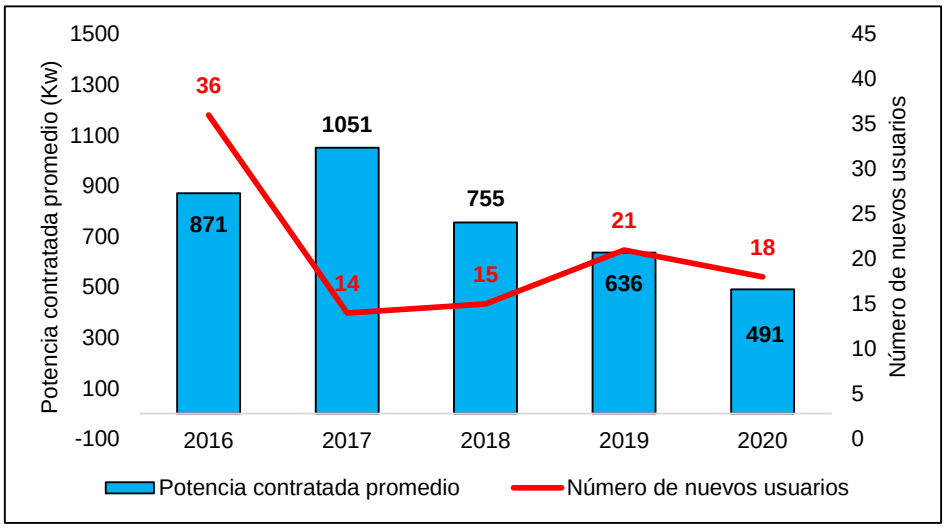
302. Es importante señalar que el año 2015 no se encuentra dentro del periodo investigado en el presente procedimiento. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que en dicho año aún no había iniciado la migración masiva de clientes regulados a clientes libres, por lo que el contexto del mercado no sería comparable al periodo investigado en este caso. Por tales razones, no corresponde comparar la evolución del mercado entre los años 2016 y 2020 con el año 2015.

303. Conforme a la información presentada por Seal, en el Gráfico 2 se observa que entre los años 2016 y 2020 se produjo una migración importante de clientes regulados al mercado libre:

- En el año 2016, treinta y seis (36) usuarios que antes tenían la condición de regulados migraron al mercado de clientes libres, con una potencia contratada promedio de 871 kW.
- En el año 2017, catorce (14) usuarios regulados cambiaron su condición a usuarios libres, con una potencia contratada promedio de 1051 kW.
- En el año 2018, ingresaron quince (15) usuarios regulados al mercado libre, con una potencia contratada promedio de 755 kW.
- En el año 2019, veintiún (21) clientes que antes eran regulados cambiaron su condición a usuarios libres, con una potencia contratada promedio de 636 kW.
- En el año 2020, dieciocho (18) clientes que antes eran regulados cambiaron su condición a usuarios libres, con una potencia contratada promedio de 491 kW.

Gráfico 2
Número de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados y promedio de la potencia total contratada en el área de concesión de Seal (2016-2020)

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



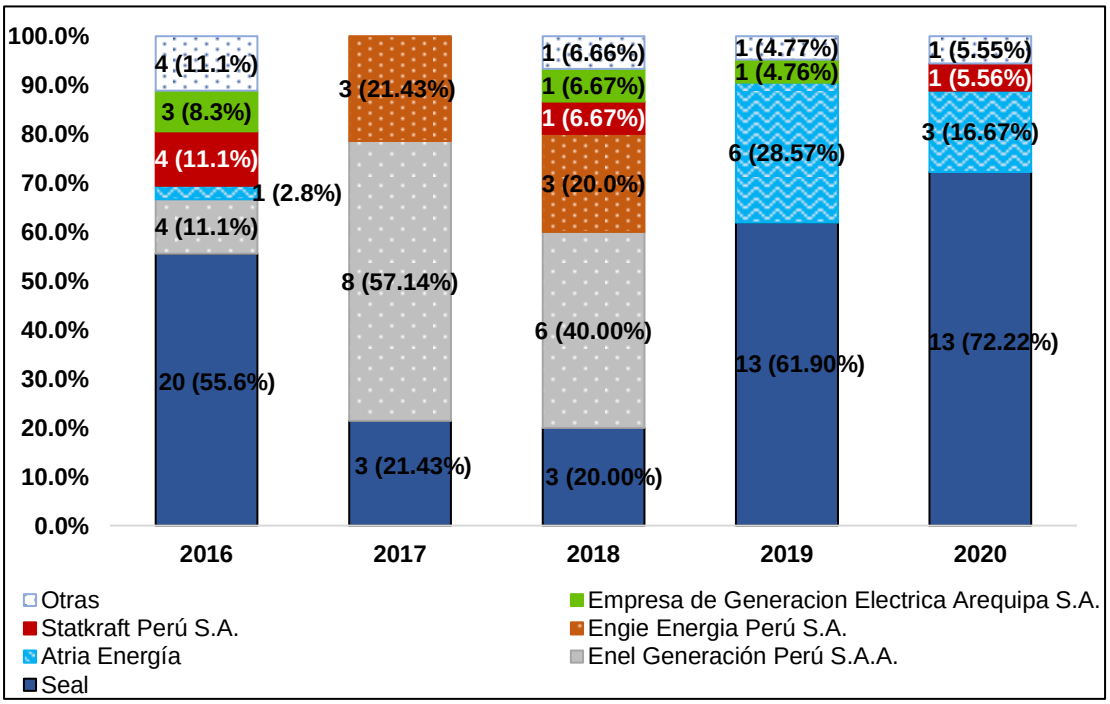
Fuente: Información proporcionada por Seal
Elaboración: ST-SDC

304. Esta Sala observa una cantidad significativa de usuarios que migraron al mercado libre en el año 2016, acorde a lo observado a nivel nacional (conforme a lo señalado en el numeral 168 de la presente resolución); mientras que en los años 2017 y 2018 se redujo el número de nuevos usuarios libres provenientes del mercado regulado. Posteriormente, en los años 2019 y 2020, se produjo un incremento del número de nuevos usuarios libres provenientes del mercado regulado.

305. Ahora bien, los nuevos clientes libres que antes eran regulados suscribieron contratos con Seal y con distintas empresas de generación eléctrica. En los siguientes gráficos se pueden observar los resultados derivados de los contratos celebrados por dichos clientes entre los años 2016 y 2020.

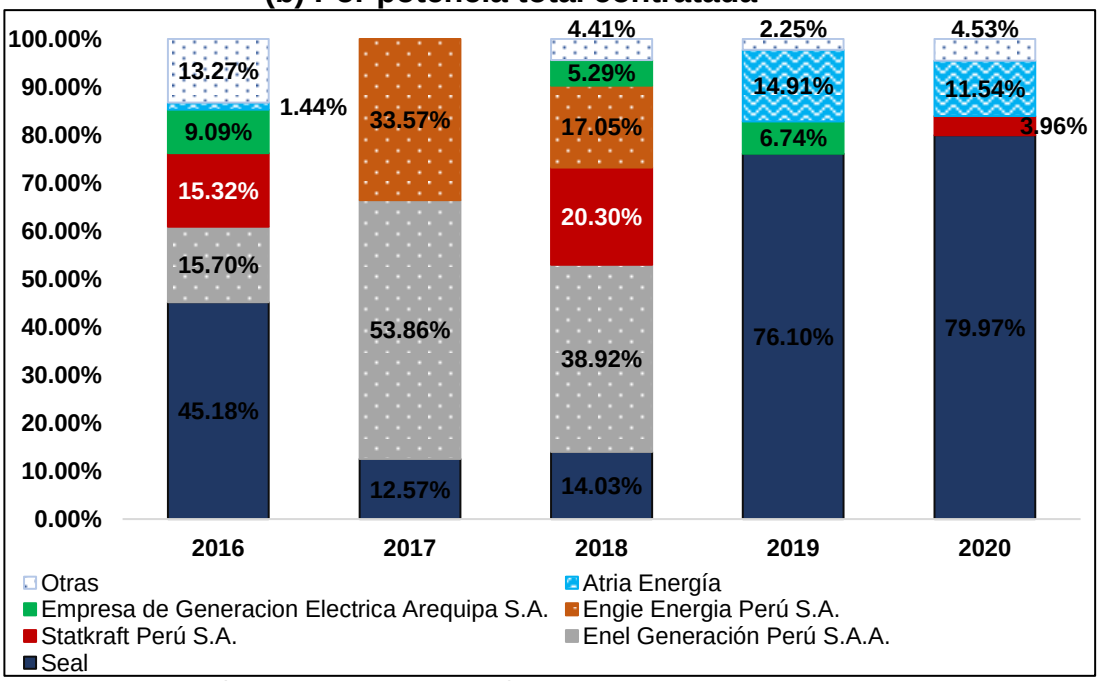
Gráfico 3
Participación de mercado de usuarios libres que antes eran usuarios regulados en el área de concesión de Seal, por empresa suministradora (2016-2020)

(a) Por cantidad de nuevos usuarios*



Nota: *La Sala corroboró que Mall Aventura S.A. migró al mercado libre en el año 2018 contratando el suministro de energía con la generadora Enel y no con Seal, como indicó la Comisión.
Fuente: Información proporcionada por Seal y boletines de usuarios libres del Osinergmin.
Elaboración: ST-SDC

(b) Por potencia total contratada*



Nota: *La Sala corroboró que Mall Aventura S.A. migró al mercado libre en el año 2018 contratando el suministro de energía con la generadora Enel y no con Seal, como indicó la Comisión.
Fuente: Información proporcionada por Seal y boletines de usuarios libres del Osinergmin.
Elaboración: ST-SDC

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

306. De acuerdo con la recurrente, otras empresas pudieron captar nuevos clientes durante el periodo investigado; sin embargo, más allá de la participación de otros agentes económicos, lo que se aprecia es que Seal consolidó su participación de mercado durante el periodo en que aplicó de forma discriminatoria la exoneración del plazo de preaviso y la no exigencia de la instalación de equipos como requisito para hacer efectiva la migración.

307. De esta manera, el número de nuevos clientes libres que antes eran regulados que contrataron con Seal entre el 2016 y 2020 fue notoriamente elevado, superando el 50% en los años 2016, 2019 y 2020 (en este último año, la denunciada llegó a alcanzar una participación de 72.22%). En el mismo sentido, se observa que su participación en términos de potencia contratada también mostró resultados marcadamente altos, pues luego de aplicar la exoneración del plazo de preaviso y la no exigencia de la instalación de equipos como requisito previo para la migración, Seal llegó obtener una cuota del 79.97% en el año 2020. Lo anterior evidencia que la denunciada se posicionó como la empresa más importante en el mercado afectado, especialmente durante los últimos años analizados.

308. Aunque Seal no es la única empresa que participa en el mercado, se aprecia que solo dicho agente económico ostenta una participación significativa y logra captar clientes durante todo el periodo investigado.

309. Por otra parte, si bien en los años 2017 y 2018 Seal tuvo una reducción en su participación, es pertinente señalar que precisamente en estos años disminuyó el número de usuarios que migraron del mercado regulado al mercado libre en el área de concesión de Seal (solo migraron 14 y 15 clientes, respectivamente). En contraste, Seal mostró una alta cuota de mercado en los años 2016, 2019 y 2020, donde existió la mayor cantidad de clientes que pasaron al mercado libre dentro del período investigado. A mayor abundamiento, es revelador que luego de los resultados correspondientes a los años 2017 y 2018, Seal haya logrado una notable recuperación de su participación en los años 2019 y 2020, los cuales coinciden con la aplicación de la exoneración de la instalación *ex ante* de equipos de seguridad (de forma conjunta a la exoneración del plazo de preaviso), como se explicará más adelante.

310. Además de evaluar las cuotas de mercado, resulta relevante incluir dentro del análisis los precios de los competidores de Seal, con el objetivo de determinar si existió un efecto exclusorio. Esto último, en la medida que el precio es un atributo altamente valorado por los usuarios, como se ha detallado anteriormente[128].

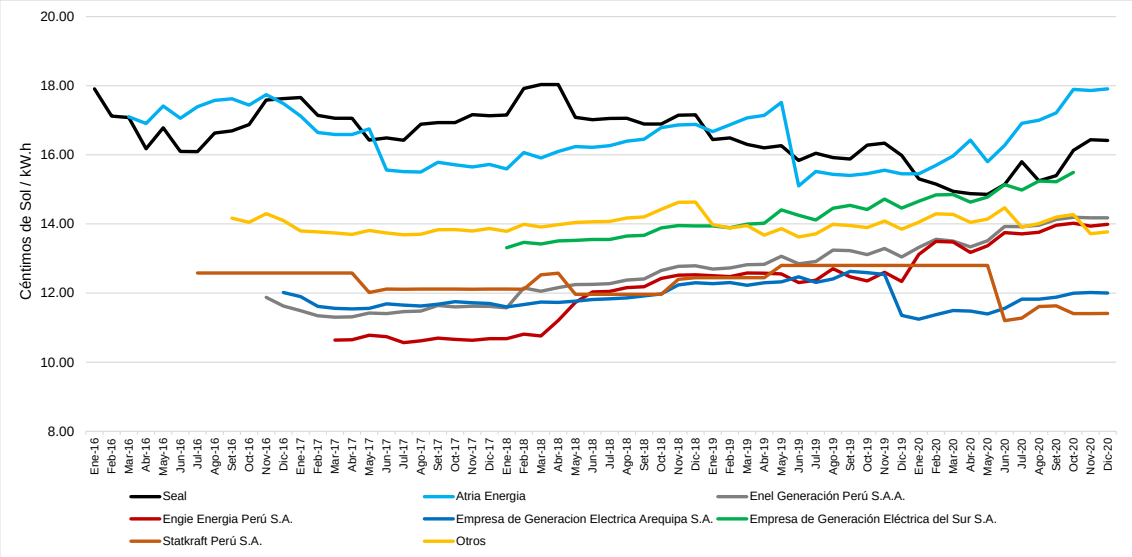
128 En el acápite III.3.2 de la presente resolución.

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

311. De la evolución de los precios promedio, se advierte que los precios individualizados por suministrador se encuentran, en su mayoría, por debajo del precio de Seal durante el periodo de investigación.

312. Respecto al precio promedio cobrado por Atria, este fue de 16.49 céntimos de sol por kWh, monto que fue en promedio ligeramente menor al precio cobrado por Seal (16.52 céntimos de sol por kWh), sin perjuicio de que los precios de ambas empresas tuvieron una relación fluctuante durante el periodo investigado (pues en determinados momentos el precio de Seal fue mayor que lo cobrado por Atria y viceversa). En el caso de las empresas generadoras Engie, Egasa, Egesur, Enel y Statkraft, los precios promedio cobrados entre los años 2016 y 2020 fueron significativamente inferior, pues ascendieron a 12.20, 11.88, 14.25, 12.61 y 12.31 céntimos de sol por kWh respectivamente.

Gráfico 4
Evolución de los precios promedio de energía de Seal y otros suministradores a los usuarios libres que migraron del mercado regulado, en el área de concesión de Seal (2016-2020)
(expresados en céntimos de sol por kWh)



Fuente: Información proporcionada por Seal y boletines de usuarios libres del Osinergmin.
Elaboración: ST-SDC

313. Del gráfico anterior, se observa que los precios de Seal fueron los más altos del mercado durante la mayor parte del periodo investigado, solo siendo superado por Atria en algunos meses. También se observan empresas con precios significativamente menores que Seal (como Engie, Egasa, Egesur, Enel y Statkraft).

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

314. Una evaluación integral de la información antes expuesta permite afirmar que al término del periodo analizado, las empresas con precios notoriamente más competitivos fueron desplazadas del mercado afectado. En contraste, Seal, inició el periodo investigado en el año 2016 con una importante participación de mercado (55.6% respecto al número de nuevos usuarios y 45.18% respecto de la potencia contratada), siendo que en dicho año aplicó la exoneración plazo de preaviso a favor de aquellos clientes que optaran por permanecer con dicha empresa.

315. No obstante, en los dos años siguientes (2017 y 2018) se observa una reducción del total de clientes que migraron del mercado regulado al mercado libre en el área de concesión de Seal y con dicha reducción también cayó su participación de mercado. Posteriormente, en septiembre de 2018, Seal implementó la segunda exoneración que forma parte de la conducta anticompetitiva imputada (la no exigencia de la instalación de equipos técnicos como requisito previo para la migración), lo que conllevó a que en el año 2019 la participación de Seal se recupere pasando de 20% (en el 2018) a un 61.90% (en el 2019).

316. Es pertinente recordar que las demás empresas no se encontraban en capacidad de replicar las condiciones ofrecidas por Seal, lo cual explica la afectación que sufrió su participación en el mercado. En tal sentido: (i) en el año 2019, las empresas Enel, Statkraft y Engie no pudieron captar a ningún nuevo cliente en el mercado afectado; y, (ii) en el año 2020, Seal tuvo una participación de 72.22%, mientras que las empresas Enel, Engie y Egasa no pudieron captar nuevos clientes.

317. Lo anterior evidencia que Seal utilizó la exoneración del plazo de preaviso y la no exigencia *ex ante* de la instalación de equipos como una barrera a la entrada para impedir o dificultar la permanencia de sus competidores en el mercado afectado. Asimismo, se advierte que ambas medidas adoptadas por Seal elevaron la cantidad de clientes que permanecieron con dicha empresa al migrar al segmento de clientes libres y ocasionaron que el mercado sea menos dinámico, al limitar o desincentivar el ingreso de otros suministradores, a pesar de que estos ofrecían precios más bajos.

318. Cabe señalar que lo anterior solo fue posible en la medida que la denunciada ostentaba posición de dominio sobre los mercados relevantes de suministro y distribución de clientes regulados con una demanda mayor de 200 kW hasta 2 500 kW en su área de concesión[129].

[129] Asimismo, Seal contaba con la ventaja de conocer qué clientes regulados de su área de concesión, en función de su demanda, podían migrar al mercado libre, mientras que los demás competidores solo se enteraban de ello si estos clientes les pedían cotización. Incluso, Seal podía saber que sus clientes habían recibido ofertas de otra empresa para brindarle el suministro de energía al migrar al mercado libre, cuando estos le solicitaban una cotización. Tal es el caso

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

319. En términos acumulados de nuevos usuarios libres que antes eran regulados y en términos de potencia, también se verifica que la empresa que tuvo la mayor participación a lo largo del periodo investigado fue Seal, siendo esto un dato relevante, pues muestra que los clientes habrían optado mayoritariamente por Seal, en detrimento de otras empresas que cobraban precios claramente menores o similares que aquella. Esa situación denota que la dificultad que tuvieron los demás competidores para captar nuevos usuarios libres, no radicó en la competitividad de sus propias propuestas comerciales, sino en el hecho de que la denunciada ofrecía la exoneración del plazo de preaviso y/o la exoneración de la instalación previa de equipos a quienes mantuvieran a Seal como su suministradora al migrar al mercado libre.

320. En el caso de Atria, si bien logró captar nuevos clientes durante los años 2016, 2019 y 2020 en el mercado afectado, su participación fue significativamente menor a la de Seal. Por otra parte, es importante tener presente que en el Informe de Clasificación de Apoyo y Asociados del año 2021[130] consta lo siguiente: *"se debe destacar que el cliente objetivo de la compañía* [Atria]*, 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"*.

321. El hecho de que Atria esté especializada en el mercado afectado, permite explicar que haya realizado mayores esfuerzos que el resto de los competidores para -a pesar del efecto exclusorio generado por la conducta imputada a Seal- seguir captando clientes que migraban del mercado regulado al mercado libre, de modo que en el año 2019 pudo tener participación -aunque limitada- en el mercado afectado (para tales efectos, es importante señalar que en el segundo semestre de 2019, el precio del suministro de energía de Atria cayó significativamente). Sin embargo, a pesar de lo antes señalado y el hecho de que en parte del periodo investigado Seal llegó a tener precios incluso mayores a Atria, existió una diferencia abrumadoramente mayor en la captación de clientes a favor de la empresa denunciada (frente a Atria) durante todos los años examinados en los cuales se realizó la conducta imputada (incluyendo los años 2019 y 2020).

322. Por tanto, sin perjuicio de la captación de algunos clientes por parte de Atria, lo antes señalado permite colegir que la empresa denunciante -igual que el resto de los competidores de Seal- tuvo una posición desventajosa en el mercado afectado. Ello debido a que no se encontraban en la capacidad de replicar las

---

de Minera Titan, que pidió a Seal una mejora porque indicaba que las generadoras le ofrecían un precio 30% menor (ver foja 927). Lo mismo se observa para Danper (ver foja 938) e IMCO (ver foja 989).

130 Al respecto ver: https://www.aai.com.pe/wp-content/uploads/2021/05/Atria1220.pdf. Fecha de última visita: 30 de junio de 2022.

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

exoneraciones realizadas por Seal (exoneraciones del plazo de preaviso y del requerimiento previo de instalación de equipos para la migración al mercado de clientes libres).

323. En consecuencia, se desestima lo alegado por la apelante con relación a que la evolución de la participación de los agentes en este mercado solo reflejaría la dinámica de la competencia en dicho mercado.

324. Seal en su informe económico alegó que la primera instancia no consultó a suministradores distintos de Atria si sufrieron una exclusión del proceso competitivo en el mercado afectado, toda vez que, al año 2020, Seal compitió activamente con otros suministradores quienes -en conjunto- alcanzaron una participación de mercado de 54% en dicho año. De esta manera, a decir de la recurrente, la única afectada por las prácticas en controversia sería la empresa denunciante (Atria).

325. Al respecto, cabe señalar que si bien los demás suministradores no han denunciado la conducta ni se les requirió que indiquen si fueron excluidos del proceso competitivo, ello no enerva que los efectos de la conducta imputada en el mercado afectado se constaten mediante la información previamente analizada, pues dichas empresas -pese a tener precios significativamente más bajos- tuvieron dificultades para captar nuevos clientes libres provenientes del mercado regulado y permanecer en el mercado afectado[131] a lo largo de todo el periodo analizado en el cual se desarrolló la conducta imputada, al no estar en la capacidad de replicar las exoneraciones ofrecidas por Seal. Siendo así, al margen de que estos agentes económicos no hayan decidido acudir ante la autoridad de competencia, lo cierto es que también fueron afectados por la exoneración del plazo de preaviso y la no exigencia de instalación de equipos, implementadas discriminatoriamente por Seal.

326. Adicionalmente, como se ha podido observar en los numerales 306 ninguna de las empresas competidoras de Seal ha podido representar una amenaza competitiva real o potencial, sino que, por el contrario, solo lograron captar clientes en algunos años (por ejemplo, las empresas Enel y Engie en los años 2017 y 2018) y posteriormente dejaron de captar nuevos clientes.

327. En consecuencia, a consideración de la Sala, la situación antes descrita evidencia que existió un daño al proceso competitivo y no solo a una empresa en particular, pues la conducta investigada tuvo un efecto exclusorio sobre los competidores de Seal, al dificultar su permanencia en este mercado a pesar de que ofrecían mejores precios a los clientes en el mercado afectado.

131 Las empresas: Enel, Engie, Statkraft y Egasa.

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

328. Seal también señaló en su informe económico que Engie, Enel y Statkraft no participaron en los años 2019 y 2020 en el mercado afectado debido a que dichas generadoras se enfocan en clientes más grandes. Asimismo, la recurrente alegó que otra explicación del crecimiento de Seal son los otros atributos ofrecidos por la distribuidora, lo que -a su decir- sería congruente con la información proporcionada por algunos clientes en los requerimientos de información realizados por la primera instancia.

329. Sobre este punto, la Sala considera importante señalar que las empresas generadoras como Engie, Enel y Statkraft también contrataron con clientes cuya demanda se encuentra entre los 200 kW y 2500 kW en el mercado afectado. En efecto, se observa que estas generadoras contrataron en el año 2016 y 2017 con empresas como Alimentados Procesados S.A., Michell y CIA S.A., Mall Aventura y Agrícola Pampa Baja. Asimismo, en los años 2017 y 2018, Engie y Enel tuvieron una participación importante en este mercado, lo que evidencia que dichas empresas también se enfocaban en este tipo de clientes que provienen del mercado regulado.

330. Sobre las empresas generadoras Egasa, Engie, Enel y Statkraft, es importante mencionar que los boletines de Osinergmin[132] respecto a los contratos vigentes a diciembre del 2020 en el área de concesión de Seal, muestran dichas empresas: (i) mantenían contratos con 14, 14, 41 y 10 usuarios con demanda máxima mayor a 200 kW y menor a 2500 kW en el área de concesión de Seal, respectivamente; y, (ii) mantenían contratos con 1, 8, 8 y 1 usuarios con demanda superior a 2500 kW en el área de concesión de Seal, respectivamente. Lo anterior demuestra que las empresas generadoras competidoras de Seal no estaban enfocadas únicamente en grandes clientes, como refiere la recurrente, sino también en los usuarios “intermedios” (siendo incluso estos últimos, mayores en cantidad).

331. Con relación a los requerimientos de información referidos por la recurrente, este Colegiado ha verificado que se trata de requerimientos de información llevados a cabo por la Secretaría Técnica de la Comisión a algunos de los clientes libres que antes fueron clientes regulados y se ubican en el área de concesión de Seal. La primera instancia requirió información a 32 clientes de un total de 104 clientes que migraron durante el periodo investigado, obteniendo respuestas únicamente de quince (15) usuarios. De ellos, la primera instancia indicó que solo 10 usuarios habrían atendido concretamente el requerimiento

[132] 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 30 de junio de 2022.
Dentro de dicha ruta, los Reportes se encuentran en la carpeta de Publicaciones/Informes Mensuales/Mercado Libre de Electricidad.

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

formulado; sin embargo, no utilizó dicha información al considerar que presentaba inconsistencias y no era representativa.

332. En su Informe Económico, Seal indicó que debe considerarse la información obtenida en dicho requerimiento para evaluar la importancia de las prácticas en controversia para sus clientes al momento de migrar al mercado libre.

333. Corresponde indicar que los requerimientos de información a los que se refiere Seal no constituyen una encuesta ni fueron formulados empleando un método de muestreo estadístico que determine que su resultado sea representativo de la totalidad de usuarios libres de Seal que migraron desde el mercado regulado. En tal sentido, las respuestas obtenidas solo podrían ser valoradas respecto de los propios usuarios que atendieron tales requerimientos y no podrían extrapolarse para determinar las preferencias o comportamientos de todos los usuarios de Seal ni para establecer la importancia de las prácticas en controversia en el mercado afectado.

334. Adicionalmente Seal presentó un cálculo de evolución de precios ponderados por suministrador, señalando que, en el año 2019 (donde la participación de Seal creció por supuestas conductas anticompetitivas) su precio no fue la opción más cara en el mercado[133]. A decir de la apelante, existen más atributos que son valorados por los clientes, por lo que considera un error que la primera instancia haya utilizado al precio como único elemento de decisión para los usuarios.

335. Al respecto, si bien durante los cinco primeros meses del año 2019, Seal no tuvo el precio de suministro de energía más elevado en el mercado afectado, se observa que el precio del suministro de energía de Seal sí fue uno los más elevados durante ese periodo y, además, entre los meses de junio y diciembre de 2019, volvió a tener el precio de suministro de energía más elevado -inclusive mayor que el precio de Atria-, tal como se había constatado en el año anterior (2018). Por tanto, lo indicado por Seal no explica el incremento de su participación en el año 2019.

336. Como se ha señalado anteriormente, luego de implementar la no exigencia de instalación de equipos como requisito previo para hacer efectiva la migración en septiembre de 2018, la participación de Seal aumentó notablemente en detrimento de sus competidores Enel, Statkraft y Engie, quienes perdieron participación en el año 2019. Asimismo, Egasa, Enel y Engie perdieron

133 Al respecto, en su informe económico, Seal indicó que esto se debería a que celebró nuevos contratos de compra de energía eléctrica con los generadores, a precios más bajos, por lo que pudo trasladar esta eficiencia a los precios de su oferta a usuarios libres. Seal también indicó que, a inicios del 2019, comenzó un proceso de cambio de directores que conllevó a una variación en la política comercial de la empresa que le permitió ofrecer mejores precios para sus clientes libres.

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

participación en el 2020, año en el que Seal logró una participación importante de 72.22%.

337. Respecto a los atributos (servicios post venta) que -según Seal- serían valorados por los clientes a la hora de elegir a su suministrador, estos serán examinados más adelante.

338. Finalmente, para desvirtuar el efecto exclusorio, Seal señaló en su informe económico que existieron clientes que al migrar al mercado libre, decidieron cambiar de suministrador a pesar de la oferta efectuada por Seal (exoneración de plazo de preaviso y de instalación de equipos como requisito previo), como sería el caso de la empresa Pampa Baja.

339. Sin embargo, es importante señalar que Seal no ha presentado documentación que acredite: (i) haber ofrecido alguna de estas exoneraciones a Pampa Baja y que esta empresa no haya aceptado su oferta, (ii) aquellos alegados clientes que habrían recibido el ofrecimiento de Seal y habrían rechazado tales exoneraciones. Por dicha razón, corresponde desestimar este argumento.

340. Cabe recordar que el efecto exclusorio de la conducta discriminatoria imputada se sustenta en el hecho de que las empresas competidoras estuvieron en desventaja, pues no podían brindar las exoneraciones que llevó a cabo Seal y, como consecuencia, durante el periodo investigado, Seal obtuvo una participación importante en el mercado afectado, a pesar de tener los precios de suministro más elevados en la mayor parte del periodo investigado.

341. En conclusión, la exoneración del plazo de preaviso y la no exigencia de instalación de equipos como requisito previo para efectivizar el cambio de condición de clientes regulados a clientes libres, habría permitido a Seal desplazar a sus competidores con precios similares (como es el caso de Atria) e incluso a competidores más eficientes con precios significativamente menores, mientras que -en contraste- la denunciada continuó incrementando el número de contratos firmados con usuarios libres que antes eran regulados. Ello se ve reflejado en que, en el periodo investigado, Seal ostentó la mayor participación tanto en puntos de suministro como en potencia contratada.

342. Por tanto, se evidencia la existencia de un efecto exclusorio en este mercado derivado de las conductas investigadas.

Respecto a las condiciones contractuales presuntamente beneficiosas ofrecidas por Seal

343. En apelación y en el escrito de alegatos finales, Seal señaló que su empresa ofrecía mejores condiciones contractuales a los usuarios regulados que

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

optaban por convertirse en usuarios libres, así como servicios post venta[134], por lo que la exoneración del plazo de preaviso no sería determinante en la decisión de dichos clientes. Sobre este punto, la recurrente indicó que no incluye en sus contratos cláusulas de traslado de costos, traslado de riesgos[135] ni la cláusula inglesa[136], las cuales sí son aplicadas por Atria.

344. Al respecto, se aprecia que la apelante no ha sustentado de qué manera los referidos servicios post venta, así como el traslado de riesgos habrían 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.

345. Respecto a los servicios post venta señalados por la recurrente, en el anexo[137] adjunto del informe de alegatos finales se observa que estarían relacionados a servicios de soporte técnico prestados por la empresa distribuidora a sus clientes. Sobre el particular, es importante señalar que en los contratos suscritos por las empresas competidoras de Seal (como Atria), también se observan clausulas referidas al servicio de representación y soporte técnico, lo cual denota que otros agentes también brindarían servicios de soporte técnico a sus usuarios.

346. Asimismo, es importante señalar que, en todos sus contratos, Seal 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 mayor migración al mercado de clientes libres a partir del referido año habría estado realmente relacionada con una disminución de precios en este mercado, lo que explica la relevancia de la exoneración del plazo de preaviso y la no exigencia de instalación de equipos como requisito para hacer efectiva la migración 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.

---

134 Seal indicó en su escrito de alegatos finales que ofrece diversos servicios a sus clientes que le permiten tener una mejor oferta, tales como: envío de cuadrillas para el servicio de restablecimiento del servicio eléctrico, procedimiento técnico de rechazo de carga y asesorías para generar ahorro de energía.

135 Seal 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 Seal, dicha empresa no trasladaría estos riesgos a sus clientes.

136 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.

137 Anexo 16-J del informe de escritos finales.

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

347. En la medida que no se han presentado elementos que permitan colegir que estas alegadas ventajas contractuales (servicios post venta y traslado de riesgos) habrían generado el incremento en la participación de Seal durante el periodo investigado, corresponde desestimar este argumento de apelación.

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

348. La primera instancia señaló que, por lo menos, el 52% de usuarios que se mantuvieron en el mercado libre decidieron no renovar su contrato con Seal y buscaron celebrar nuevos contratos con otros suministradores. Para llegar a dicho porcentaje, la Comisión revisó los contratos de suministro y observó que diecinueve (19) usuarios culminaron sus contratos entre enero de 2019 y diciembre de 2020, de los cuales diez (10) se mantuvieron como usuarios libres pero decidieron cambiar de suministrador[138], mientras que nueve (9) usuarios decidieron renovar su contrato con Seal[139]. Por tanto, al dividir el número de clientes que cambiaron de suministrador (10) y el número de clientes cuyos contratos se vencieron (19) se obtuvo un porcentaje de 52%.

349. Dicha situación, a criterio de la Comisión, reflejaría que la principal razón por la cual estos usuarios habrían decidido contratar originalmente con Seal se encontraría en la exoneración del plazo de preaviso y/o la no exigencia de instalación de equipos como requisito previo para hacer efectiva la migración, las cuales estuvieron condicionadas a la celebración de contratos de suministro con dicha empresa y no con otros competidores.

350. Sobre este punto, Seal alegó que la conclusión de la Comisión es incorrecta debido a que el cambio de suministrador en el mercado es una conducta normal y de tendencia creciente. Para sustentar dicha afirmación, Seal citó el gráfico 6 del Reporte de Análisis Económico Sectorial 2018 de Osinergmin[140] que indica que, en el año 2011, once (11) usuarios libres cambiaron de suministrador y en el año 2016, treinta (30) usuarios cambiaron de suministrador a nivel nacional.

---

138 Estos usuarios están compuestos por dos puntos de suministro de Ladrillera el Diamante S.A.C., cuatro puntos de suministro de Inca Tops S.A., y un punto de suministro de América Móvil S.A.C., Rocatech S.A.C., Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A. y Fábrica de Chocolates La Ibérica S.A.

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

140 Osinergmin (2018). Reporte de Análisis Económico Sectorial – Sector Electricidad Capacidad de elección de los usuarios de electricidad y gas natural: Una mirada desde el marco normativo del Perú. Al respecto ver: https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/RAES/RAES-lectricidad-julio-2018-GPAE-OS.pdf. Fecha de última visita: 30 de junio de 20022.

351. La apelante indicó que la primera instancia habría realizado un cálculo errado, pues debió considerar a los doce (12) usuarios libres que, durante el periodo investigado, accedieron directamente al mercado libre y a los cuales Seal no pudo brindar exoneraciones[141].

352. Con relación al reporte de Osinergmin, es importante mencionar que el gráfico aludido por la apelante no contiene información sobre el cambio de suministrador por parte de los usuarios libres que provienen del mercado regulado en el área de concesión de Seal durante el periodo investigado, sino que contiene información agregada sobre el cambio de suministrador por parte de los usuarios libres (sin precisar si provienen o no del mercado regulado) a nivel nacional, correspondiente a los años 2011 y 2016 (lo que involucra contratos celebrados antes del periodo investigado). Por tanto, el reporte aludido por Seal no permite desvirtuar lo señalado por la primera instancia a partir de las cifras relativas al cambio de suministrador por parte de los clientes libres de Seal que habían migrado desde el mercado regulado en el área de concesión de la empresa denunciada.

353. Cabe recordar que la migración masiva al mercado libre comenzó a partir del año 2016, como consecuencia de que el precio en el mercado *spot* se redujo, ocasionando que aumente la brecha entre el precio promedio del mercado regulado y del mercado libre. De esta manera, la información presentada por Seal corresponde a otro contexto de mercado, anterior al inicio de la referida migración masiva de usuarios regulados al mercado de usuarios libre y donde la exoneración de plazo de preaviso y/o la no exigencia de instalación de equipos cobró especial importancia (como se ha señalado en el numeral 168)[142].

354. Adicionalmente, la Sala considera que no corresponde incluir a las doce (12) empresas que ingresaron directamente al mercado libre para determinar el factor de exoneración, debido a que dichas empresas no provienen del mercado afectado, pues no han migrado del mercado regulado al libre y no les resultaron aplicables los requisitos previstos en los artículos 4.1 y 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres ni pudieron ser destinatarios reales o potenciales de las exoneraciones diferenciadas que constituyen la conducta investigada. Cabe recordar que el mercado afectado es el de suministro de energía a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de Seal, motivo por el cual las doce (12) empresas aludidas por Seal no pueden ser consideradas en el factor de exoneración.

---

141 Al respecto, Seal adjunta cuadro con la lista de los doce (12) usuarios libres que ingresaron durante el periodo investigado dentro del área de concesión de Seal. Ver página 66 de escrito de apelación.

142 Incluso, este cambio de contexto es mencionado expresamente en el reporte de Osinergmin aludido por Seal: *"desde finales del 2015 a diciembre del 2017, el número de usuarios libres aumentó en más de tres veces, principalmente, aquellos que pueden elegir entre ser regulados o libres"*.

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

355. Sin embargo, la Sala aprecia que el porcentaje de exoneración determinado por la Comisión no incluye a todos los contratos firmados durante el periodo investigado, sino solo a los contratos que finalizaron entre enero de 2019 y diciembre de 2020. Esto debido a que existen varios contratos celebrados durante el periodo investigado que -incluso a la fecha de emisión del presente pronunciamiento- aún no han vencido, por lo que no es posible conocer si tales clientes permanecerán con Seal o cambiarán de suministrador.

356. Conforme a lo antes señalado, el porcentaje calculado por la Comisión podría presentar fluctuaciones en caso se añadan nuevos contratos, en la medida que estos se vayan venciendo. Asimismo, es factible que existan clientes que se mantengan con Seal (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 Seal. En ese sentido, el valor que representaría la estimación del porcentaje de clientes que habrían optado por contratar con Seal considerando la exoneración del plazo de preaviso y/o la no exigencia de instalación de equipos de seguridad como requisito previo para la migración, podría estar subestimado.

357. Debido a las observaciones antes indicadas, una mejor aproximación para dimensionar el efecto exclusorio de las conductas de Seal, consiste en revisar el porcentaje de clientes a quienes se les aplicó la exoneración del plazo de preaviso y/o la no exigencia *ex ante* de instalación de equipos, respecto del total de clientes que migraron en el área de concesión de Seal y que eligieron a dicha empresa como su suministrador durante el periodo investigado.

358. A partir de las cartas de preaviso, cartas de solicitud de instalación de equipos, 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 104 clientes que decidieron cambiar su condición de regulado a libre entre los años 2016 y 2020, 52 clientes decidieron contratar con Seal.

359. De estos 52 clientes, Seal aplicó a todos ellos la exoneración del plazo de preaviso y/o la no exigencia de instalación de equipos de seguridad como requisito previo para la migración. En ese sentido, el alcance de la conducta corresponde al 100%, que es el porcentaje de clientes a quienes Seal les aplicó alguna de las exoneraciones materia de análisis. Por consiguiente, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente sobre este punto.

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

360. La exoneración del plazo de preaviso y de la exigencia de instalación de equipos de seguridad como requisito previo para la migración, representó una barrera estratégica desarrollada por Seal y dirigida a aquellos clientes regulados

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

interesados en migrar al mercado de clientes libres. Esta exoneración era concedida a los usuarios que decidieran permanecer con Seal como suministrador, a diferencia de quienes decidían migrar y contratar el suministro de energía con un competidor, por lo que se trató de una conducta discriminatoria.

361. Dicha conducta tuvo como objetivo afectar el mercado de clientes libres provenientes del mercado regulado y derivó en un incremento de 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 concesión de Seal), desplazando a otros competidores (Enel, Statkraft, Engie, Egasa, entre otros), pese a que estos ofrecían precios significativamente inferiores.

362. Con relación a Atria, como se ha señalado en el numeral 321, si bien esta empresa pudo captar algunos clientes en el mercado afectado en 2019 y 2020, su participación fue significativamente menor a Seal. Asimismo, Atria es una empresa especializada en el suministro de energía a clientes con una demanda entre 200 kW y 2500 kW[143], lo cual explica que haya realizado mayores esfuerzos que el resto de los competidores para atraer tales usuarios que habían migrado desde el mercado regulado. Sin embargo, durante el período investigado la denunciante -al igual que otros competidores- tuvo una posición desventajosa y una restringida actuación competitiva en el mercado.

363. La conducta discriminatoria de Seal desvió la demanda a su favor pues, como se ha evaluado, implicó que los clientes que optaban por dicha empresa en el mercado libre lograrían obtener su traslado inmediato a dicho mercado y acceder a precios más bajos en comparación con el mercado regulado, sin esperar al menos un año para dicho cambio ni necesitar la instalación de equipos de seguridad como requisito previo para hacer efectiva esta migración (esto último, a partir de septiembre de 2018). Ello, a diferencia de lo que sucedería con tales clientes en caso prefirieran contratar con otro suministrador (atraídos porque varios de estos ofrecían precios promedio menores), en cuyo caso habrían tenido que esperar que transcurra el plazo de preaviso, así como cumplir con el requisito de instalar los equipos de medición, protección y limitación de potencia de manera previa, para hacer efectivo su cambio de condición.

364. Esta exoneración discriminatoria del plazo de preaviso y del requerimiento *ex ante* de instalación de equipos, constituyó una barrera estratégica dirigida a extender la posición de dominio que Seal ostentaba en los mercados relevantes (suministro y distribución de energía eléctrica a usuarios regulados que poseen

143 Ver nota al pie 130 de la presente resolución.

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

una demanda entre 200kW y 2500 kW en el área de concesión de Seal) hacia el mercado afectado (suministro de energía eléctrica a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de Seal); siendo que dicha conducta no podía ser replicada ni contrarrestada razonablemente por el resto de los suministradores en el mercado afectado.

365. A nivel comparado, los lineamientos expedidos por la Comisión Europea[144] sobre cómo analizar los efectos exclusorios señalan que es pertinente considerar siete factores, los cuales se encuentran reseñados en el siguiente cuadro, donde se desarrolla la explicación brindada por dicha autoridad internacional y su aplicación al presente caso.

Cuadro 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.	Seal tiene posición de dominio (100%) en los mercados de suministro y distribución de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión durante el período analizado en el presente procedimiento.
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 (Seal). 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 Engie, Enel y Statkraft no tienen posibilidad de otorgar el beneficio de exoneración e incluso con precios más bajos, tuvieron dificultades para captar nuevos clientes en el mercado afectado (siendo beneficiado Seal).
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 (se encuentran cautivos) al momento de migrar al mercado libre.

144 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.

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

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 Seal en el mercado afectado se ha incrementado llegando a un 72.22% en el 2020. Asimismo, el alcance de la conducta es 100% del total de clientes que migraron de regulado a libre y eligieron a Seal como suministrador durante el periodo investigado. Potencialmente otros clientes regulados podrían haber ingresado al mercado de clientes libres de no haber existido la conducta.
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.	Se ha corroborado el incremento de la participación de Seal, la cual llegó a obtener el 72.22% de nuevos clientes libres procedentes del mercado regulado. Asimismo, las empresas generadoras como Statkraft, Engie y Enel fueron desplazadas del mercado afectado.
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.	Seal aceptó que exoneró del plazo de preaviso a sus clientes y se ha corroborado que también exoneró -de forma diferenciada- de la instalación de equipos técnicos como requisito previo para migrar al mercado libre.

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

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

III.3.6. Análisis de eficiencias y aplicación de la regla de la razón

367. 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[145]. Ello, pues las conductas de abuso de posición de dominio están sujetas a prohibición relativa[146].

145 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: 30 de junio de 2022.

146 **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**
Artículo 9.- Prohibición relativa.

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

368. Ahora bien, las justificaciones brindadas por la empresa investigada deben ser fundadas en beneficios producto de eficiencias generadas específicamente por su conducta[147]. En consecuencia, no podrían ser consideradas otra clase de justificaciones en el análisis de ponderación propio de la regla de la razón.

369. En su recurso de apelación, Seal formuló dos justificaciones respecto de la exoneración del plazo de preaviso[148]. 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.

370. Sin embargo, lo alegado por Seal en este punto no se ajusta a la realidad. Conforme puede apreciarse en lo señalado por este Colegiado en el acápite referido al efecto exclusorio[149], los precios de sus principales competidoras no disminuyeron como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso realizado por Seal, sino debido a la reducción de precios en el mercado *spot*[150].

371. Inclusive las empresas que tenían precios significativamente menores a Seal, como Enel, Statkraft, Engie o Egasa fueron desplazadas del mercado 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.

372. En segundo lugar, Seal 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

---

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.
(…)

147 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/oecd_-_glossary_of_industrial_organisation_economics_and_competition_law.pdf?39924/e9f9a49f59fa42b7de2397532968788aa2855447 (fecha de consulta: 30 de junio de 2022)

148 Cabe señalar que Seal no presentó justificaciones respecto de la exoneración de la instalación de los equipos de medición, protección y limitación \de potencia como requisito para migrar al mercado libre.

149 Ver Acápite III.3.5 de la presente resolución

150 Ver Gráfico 1 de la presente resolución

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

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.

373. Al respecto, este Colegiado advierte que la segunda justificación formulada por Seal es de carácter financiero (compensar las pérdidas económicas que le habría causado la migración de clientes del mercado regulado), pero no demuestra que la práctica analizada haya generado alguna eficiencia económica que derivara directamente en un beneficio al proceso competitivo y bienestar de los consumidores, sino que -por el contrario- buscó sustentar dicha conducta en el hecho de que estaba registrando pérdidas.

374. A mayor abundamiento, es importante señalar que -ante la migración de determinados clientes regulados al mercado libre- Seal 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 Mayorista[151] estableció a partir de 2018, que también podrán participar en el mercado de corto plazo[152], como compradores, las distribuidoras eléctricas para atender la demanda de sus usuarios libres hasta por el 10% de la demanda.

375. 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 Seal propusiera a las empresas generadoras renegociar una reducción de la potencia contratada para la atención a usuarios regulados y, de esta forma, intentar mitigar los efectos de la migración de estos clientes[153].

376. A mayor abundamiento, los posibles desbalances de la demanda de energía, conforme lo referido por Seal, 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 de suministrador. En tal sentido, resulta lógico entender que la exoneración del

---

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

152 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 (ofertantes) 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.

153 Al respecto ver página 20 del Informe Económico presentado por Seal en su escrito de alegatos finales.

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

plazo de preaviso aceleraría este alegado desbalance en la demanda de energía para sus clientes regulados.

377. 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 pactar sus condiciones contractuales.

378. Siendo así, es posible afirmar que el impacto efectivo de las eventuales pérdidas alegadas por la empresa podría tener más relación con su manejo contractual y comercial, que con la aplicación o inaplicación del plazo de preaviso.

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

380. Habiendo desvirtuado las dos justificaciones presentadas por Seal respecto de la exoneración del plazo de preaviso, y toda vez que la recurrente no ha planteado justificaciones respecto de la exoneración de la instalación de los equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito para migrar al mercado libre, la Sala advierte que la recurrente no ha superado el análisis de eficiencias.

381. Por tanto, en la medida de que se ha evidenciado la existencia de efectos perjudiciales al proceso competitivo producto de las conductas realizadas por Seal, y que dicha empresa no ha demostrado la existencia de efectos positivos ni justificaciones en eficiencias o en beneficio al consumidor, tales conductas no superan el análisis de la regla de la razón aplicable a las conductas de abuso de posición de dominio.

III.3.7. Conclusiones sobre el análisis de fondo

382. Siguiendo la metodología aplicable para el análisis de las conductas de abuso de posición de dominio (cuyo detalle puede encontrarse en el numeral 80 de la presente resolución) y la evaluación hecha en este pronunciamiento, la Sala aprecia lo siguiente:

(i) Durante el período investigado (entre 2016 y 2020), Seal ostentó posición de dominio en los mercados relevantes, consistentes en el suministro y

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

distribución de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda mayor de 200 kW hasta 2 500 kW en su área de concesión.

(ii) En dicho período, Seal realizó una práctica discriminatoria (estableció condiciones desiguales para prestaciones equivalentes) entre los usuarios que migraban de condición de regulados a libres. La empresa exoneró del plazo de preaviso de un año a los clientes que optaban por mantenerla como suministradora y no aplicó la misma condición a quienes elegían contratar con otro suministrador.

(iii) Además, en el período comprendido entre los años 2018 y 2020, Seal también exoneró de la instalación de los equipos de protección, medición y limitación de potencia como requisito previo para migrar al mercado libre a aquellos clientes que optaban por mantenerla como suministradora, a diferencia de quienes elegían contratar con otro suministrador.

(iv) Estas prácticas no fueron consecuencia de lo establecido en una disposición legal, sino que se trataron de conductas propias de Seal por las cuales 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 Seal.

(v) La práctica discriminatoria generó un efecto exclusorio en el mercado afectado, pues se verificó que diversas empresas competidoras que ofrecían precios menores a los ofertados por Seal –la cual durante gran parte del periodo investigado ofreció los precios más altos en el mercado afectado- tuvieron dificultades para permanecer en este mercado y captar nuevos clientes, mientras que la recurrente logró atraer nuevos clientes en el mercado afectado en cada uno de los años del periodo investigado y ostentó la mayor participación acumulada en términos de nuevos clientes y potencia contratada durante dicho periodo.

(vi) Finalmente, las justificaciones alegadas por Seal: (i) no se encuentran sustentadas en criterios de eficiencia económica; y, (ii) se ha desvirtuado que la conducta de Seal haya dinamizado el mercado y que haya generado una reducción de precios. Por tanto, no se supera el análisis de la regla de la razón.

383. Por los motivos expuestos, corresponde confirmar la Resolución Final de primera instancia en el extremo que halló responsable a Seal por la realización de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, supuesto previsto en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

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

III.4. Graduación de la sanción

384. Una vez acreditada la conducta anticompetitiva de Seal, consistente en el abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro y distribución de energía eléctrica a usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de Seal, con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de la denunciada; corresponde determinar la sanción a imponer a dicho agente económico.

385. En la presente sección se identificarán los criterios y principios aplicables a la graduación de la sanción, para luego pasar a detallar aquellos criterios específicos que fueron utilizados por la Comisión en su Resolución Final, evaluando posteriormente los cuestionamientos presentados en apelación. Finalmente, la Sala procederá a calcular la multa correspondiente a Seal.

III.4.1. Criterios para la graduación de la sanción

386. El artículo 47 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[154] 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

[154] **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 47.- 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.

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

y 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.

387. El artículo 248.3 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General[155] recoge el principio de razonabilidad. Por ende, la autoridad debe tomar en cuenta las circunstancias particulares vinculadas a la conduta infractora, con la finalidad de apreciar su real dimensión y motivar el incremento o la disminución de la sanción aplicable.

388. 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 sancionador[156]. Dicho principio constituye un *test* o canon sobre los derechos de los administrados[157]. 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.

389. Es importante considerar que un mecanismo de sanciones tiene detrás un esquema de incentivos que le permite desempeñar un rol disuasivo[158]. 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 legales[159], desalentando de este modo la realización de prácticas prohibidas.

III.4.2. Fórmula aplicable

390. De acuerdo con lo establecido 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.

---

155 **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**
Artículo 248. 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 (…).

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

157 MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décimo Cuarta Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2019, páginas 415 – 417.

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

159 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.

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

391. 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}).

392. En ese sentido, a fin de que se cumpla la función disuasiva de la sanción a imponer, esta sanción 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:

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

393. 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:

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

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

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

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

Donde:

B^{IE}: Beneficio ilícito esperado de cometer la infracción.
B^{L} : Beneficio al cumplir la ley.
B^{NL}: Beneficio al no cumplir la ley.
B_{Ext}: Beneficio extraordinario.
P_{det}: Probabilidad de detección y sanción[160]

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

394. La Comisión estimó la multa aplicable a Seal en un valor total de S/ 4,429,269.46 (cuatro millones cuatrocientos veintinueve mil doscientos sesenta

[160] En lo sucesivo, todas las referencias a la probabilidad de detección y sanción serán denominadas como “probabilidad de detección”.

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

y nueve con 46/100 soles) o 1,006.65 UIT[161]. Dado que la Comisión calificó la conducta infractora como grave, la multa fue fijada en un monto de 1,000.00 UIT, por la aplicación del tope establecido para las infracciones graves[162].

395. 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:

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

396. En el presente caso, la Comisión estimó el beneficio extraordinario a partir de las ganancias que Seal esperaba obtener al realizar la práctica anticompetitiva. Para ello, la primera instancia estimó las ganancias asociadas a las ventas de Seal por el suministro de energía eléctrica, producto de la exoneración del plazo de preaviso y/o la no exigencia de la instalación de equipos como requisito previo para hacer efectiva la migración al mercado libre, a los usuarios regulados dentro del área de concesión de la denunciada que mantuvieron a esta empresa como su suministrador (considerando que tales exoneraciones no pudieron ser replicadas o contrarrestadas por los demás suministradores)[163].

397. En ese sentido, la fórmula de la Multa Base empleada por la Comisión fue la siguiente:

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

Donde:

---

161 La Comisión utilizó el valor de la UIT para el año 2021, año en el cual se emitió la Resolución Final, el cual equivalió a S/ 4.400.

162 **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**
Artículo 46.- El monto de las multas
46.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:
(…)
b) Si la infracción fuera calificada como **grave**, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el **diez por ciento (10%)** de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.
[Énfasis agregado]

163 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. Sobre el particular, ver la Resolución 010-2013/CLC y la Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI.

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

$Ventas$:	Ventas en soles (S/) de Seal por el suministro de energía a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre, desde el inicio de sus contratos hasta el término del periodo investigado (diciembre de 2020).
$Factor\ de\ exoneración$:	La Comisión lo determina en 38%, correspondiente al porcentaje de la facturación de la energía de aquellos usuarios que habrían contratado con Seal debido a las exoneraciones ofrecidas[164].
Mg:	Promedio de margen de utilidad operativa de Seal entre enero de 2016 y diciembre de 2020[165].
P_{det}:	La Comisión determinó que la probabilidad de detección para este caso es de 90%.

398. Luego de la multa base obtenida a partir de la fórmula antes señalada, la Comisión actualizó el valor de la multa entre diciembre de 2020 (fecha en que finalizó el periodo investigado en el presente procedimiento) y la fecha de la emisión de la Resolución Final, es decir, setiembre de 2021. Para ello, utilizó un factor de 1.0462[166].

III.4.4. Sobre el cálculo del beneficio extraordinario

399. Para la estimación de la Multa Base, la primera instancia empleó los elementos referidos en el numeral 397, los cuales han sido objetados por la apelante. Estos cuestionamientos serán evaluados a continuación, para luego determinar la Multa Base de acuerdo con el cálculo que efectúe la Sala.

A) Cuestionamientos sobre las ventas de Seal para determinar el beneficio extraordinario

---

164 La Comisión estimó dicho factor como la facturación mensual promedio ponderado de aquellos usuarios libres que originalmente fueron beneficiados de la exoneración y que, luego de finalizar sus contratos con Seal entre enero de 2019 y diciembre de 2020, decidieron cambiar de suministrador, respecto de la facturación mensual promedio ponderado del total de clientes que fueron beneficiados de la exoneración y que finalizaron sus contratos entre enero de 2019 y diciembre de 2020.

La Comisión determinó que, entre enero de 2019 y diciembre de 2020, diecinueve (19) usuarios libres que se beneficiaron de la exoneración y acumulaban una facturación mensual de S/ 1,138,866.00 finalizaron sus contratos, de los cuales, diez (10) decidieron cambiar de suministrador con una facturación mensual de S/ 437,428.00, por lo que el factor de exoneración corresponde a 38%.

165 De acuerdo con lo publicado en los reportes trimestrales de Seal, disponibles en: https://www.fonafe.gob.pe/empresasdelacorporacion/seal.

166 Este factor refleja la diferencia entre el Índice de Precios al Consumidor de diciembre de 2020 y septiembre de 2021, última fecha disponible para dicho Índice antes de la emisión de la Resolución Final. En tal sentido, dicho resultado resulta de dividir el Índice de Precios al Consumidor de diciembre de 2020 (135.3179) y de septiembre de 2021 (141.564408).

400. En apelación, Seal señaló que la Comisión consideró erróneamente los ingresos de nueve (9) usuarios[167] luego de haber culminado su primer contrato en el mercado libre. En efecto, según la apelante, la primera instancia habría incluido los ingresos asociados a la renovación de los contratos firmados por estos clientes con Seal, luego de la finalización del primer contrato que suscribieron entre los años 2018 y 2019, cuando esos clientes migraron del mercado regulado. De acuerdo con la empresa denunciada, los ingresos por las ventas a dichos clientes luego del vencimiento del primer contrato no deben ser considerados para efectos de determinar el supuesto beneficio ilícito.

401. Al respecto, esta Sala ha podido verificar que, contrariamente a lo afirmado por Seal, la Comisión solo tomó en cuenta los ingresos derivados del suministro de energía correspondientes al primer contrato de los usuarios aludidos por la apelante, es decir, a los contratos de suministro que estos clientes acordaron con Seal al migrar al mercado libre. En el Cuadro 5 se detalla el periodo considerado por la primera instancia para el análisis de los ingresos por el suministro de energía para estos clientes, lo cual coincide con el plazo del contrato que originalmente acordaron estos clientes con Seal al migrar al mercado libre.

Cuadro 5
Ventas totales por suministro de energía consideradas por la Comisión para los clientes libres indicados por Seal en su apelación

Cliente	Código	Periodo considerado por la Comisión		Ventas totales (potencia y energía) en S/
		Inicio	Fin	
Laive S.A.1/	CL0708	01-Ene-16	31-Dic-18	672,582.97
Laive S.A.1/	CL0709	01-Ene-16	31-Dic-18	1,878,641.22
Papelera Panamericana S.A.	CL0702	01-Ene-16	31-Dic-18	4,125,913.95
Los Ranchos S.A.C.2/	CL0725	01-Feb-16	31-Ene-19	1,475,949.83
Los Ranchos S.A.C.2/	CL0726	01-Feb-16	31-Ene-19	2,763,056.41
Los Ranchos S.A.C.2/	CL0727	01-Feb-16	31-Ene-19	4,746,969.14
Corporación Rico (Food Markets) S.A.C.	CL2680	01-Feb-16	31-Ene-19	1,896,813.56
Minera Laytaruma S.A.	CL1169	01-Nov-16	31-Dic-19	6,559,712.14
La Joya Mining S.A.C.	CL1423	01-Mar-17	29-Feb-20	1,574,755.50

Nota: 1/ El usuario Laive S.A. tenía dos (2) puntos de suministro (51547 y 200798), 2/ El usuario Los Ranchos S.A.C. tenía tres (3) suministros (217807, 286640 y 449573).
Fuente: Osinergmin
Elaboración: ST-SDC

[167] Si bien en su escrito de alegatos finales Seal cuestionó los ingresos calculados por la primera instancia de seis (6) usuarios libres, lo cierto es que dichos usuarios están asociados a nueve (9) puntos de suministro, por lo que en realidad se trata de nueve (9) usuarios. Estos son: Laive S.A. (suministros 51547 y 200798), Papelera Panamericana S.A., Los Ranchos S.A.C. (suministros 217807, 286640 y 449573), Corporación Rico S.A.C., Minera Laytaruma S.A. y la Joya Mining S.A.C.

402. De otro lado, Seal señala que la Comisión consideró erróneamente los ingresos de tres (3) puntos de suministro que corresponden a Mall Aventura S.A., para el cálculo del beneficio ilícito. Esto, a pesar de que la referida empresa contrató inicialmente con Enel al migrar del mercado regulado al mercado libre, por lo que los ingresos de Seal asociados a dichos suministros no deberían considerarse dentro del cálculo del beneficio ilícito.

403. Al respecto, se observa que la apelante hace alusión a los siguientes puntos de suministros de Mall Aventura S.A.: 348845, 348846 y 348847. Sin embargo, al revisar el detalle del cálculo del beneficio ilícito realizado por la Comisión, se aprecia que dicha instancia no consideró los ingresos por suministro de energía de dicho cliente, el cual -efectivamente- no contrató con Seal al migrar del mercado regulado al mercado libre[168].

404. Conforme a lo expuesto en los párrafos anteriores, se aprecia que la Comisión no incluyó en el cálculo del beneficio ilícito las ventas obtenidas por Seal luego de la finalización del contrato que originalmente celebró con sus clientes que migraron del mercado regulado, ni las ventas asociadas a Mall Aventura S.A. (empresa que contrató con otro suministrador al migrar al mercado libre). Por tanto, corresponde desestimar los argumentos en apelación de Seal en este extremo.

405. La apelante también señala que resulta incorrecto considerar el concepto de facturación por potencia como parte del beneficio ilícito, debido a que dichos ingresos se trasladarían íntegramente hacia el generador. En atención a ello, Seal señala que los ingresos totales determinados por la primera instancia estarían sobreestimados[169].

406. Al respecto, es pertinente señalar que los precios en el mercado libre se forman a partir de procesos de negociación que llevan a cabo los suministradores (generadores y distribuidores), por un lado, y los usuarios libres, por el otro.

407. De acuerdo con el artículo 8 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, se establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuase en condiciones de competencia. En ese sentido, el literal

---

168 Es pertinente precisar que, si bien la Comisión había considerado erróneamente a Mall Aventura S.A. como parte de los clientes que migraron al mercado libre y eligieron a Seal como suministrador al momento de calcular las participaciones en el mercado afectado, cuando procedió a determinar el beneficio extraordinario (para efectos de la graduación de la sanción aplicable) no incluyó las ventas correspondientes a dicha empresa.

Al respecto, cabe recordar que la Sala no ha incluido a Mall Aventura S.A. entre las empresas que migraron al mercado libre y contrataron con Seal al analizar la conducta investigada (ver la nota (a) del Gráfico 3 de la presente resolución). Por esta misma razón, tampoco se incluirán las ventas a dicho cliente para el cálculo del beneficio ilícito.

169 Al respecto, Seal señala que los ingresos correctos ascenderían a S/ 42,846,465.18.

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

a) del artículo 6 del Reglamento de Usuarios Libres establece que el contrato de suministro entre el suministrador y el usuario libre deberá contener los precios de energía y potencia a ser transferidos, los cuales son negociados entre ambas partes, tomando en cuenta la Barra de Referencia de Generación correspondiente al punto o puntos de suministro del usuario libre.

408. En este punto cabe resaltar que, a diferencia de las tarifas por el uso de redes de transmisión o distribución que son reguladas por el Osinergmin de acuerdo con el referido literal a) del artículo 6 del Reglamento de Usuarios Libres, el precio de potencia es negociado libremente por Seal con sus futuros clientes, por lo que la facturación por este concepto deriva, entre otros factores, del precio de potencia acordado.

409. Si bien Seal es una empresa distribuidora que no produce energía y debe contratar con empresas generadoras para adquirir la energía que suministra a sus clientes libres, ello no desvirtúa que la facturación por potencia -que Seal negocia con sus clientes- forme parte de los ingresos percibidos por dicha empresa en sus relaciones comerciales en el mercado libre.

410. Aun cuando la obtención de la energía de los generadores implicaría un costo para Seal, lo cierto es que la Comisión dedujo los costos de la denunciada al aplicar el margen de utilidad operativa en la fórmula de estimación del beneficio ilícito. Entonces, es la aplicación de esta variable lo que permite descontar los costos incurridos por la empresa distribuidora para la adquisición de energía y potencia a los generadores en el mercado aguas arriba.

411. Por lo expuesto, esta Sala coincide con la Comisión en considerar los ingresos facturados por potencia como parte de los ingresos de Seal por la venta (suministro) de energía eléctrica, para el cálculo del beneficio ilícito que esperaba obtener dicha empresa por la comisión de la infracción. En consecuencia, se descarta este extremo del argumento en apelación de Seal.

412. Respecto al monto de los ingresos totales por el suministro de energía a los usuarios libres que provienen del mercado regulado, se observa que la Comisión solo consideró las ventas de Seal por el suministro de energía durante el periodo investigado (enero de 2016 a diciembre de 2020). No obstante, 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 2020, llegando incluso hasta diciembre de 2024[170].

[170] Por ejemplo, se observa que, de acuerdo con los informes mensuales del mercado libre publicados por el Osinergmin, el cliente libre Inmobiliaria Magnopata S.A. ha firmado un contrato con Seal cuya vigencia inició el 1 de diciembre de 2019 y se extenderá hasta el 31 de diciembre de 2024.

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

413. Las ganancias que esperaba obtener Seal por realizar la práctica anticompetitiva lógicamente están asociadas con las ventas por el suministro de energía a los clientes que optaron por mantener a dicha empresa como su proveedora de energía en el mercado libre, debido a la exoneración del plazo de preaviso y/o la no exigencia previa de la instalación de equipos. Estos ingresos no solo se esperaban percibir hasta diciembre de 2020, sino que incluyen las ventas correspondientes a todo el periodo de vigencia de los contratos celebrados entre Seal y los referidos clientes.

414. Por lo anterior, la Sala tomará en cuenta las ventas por suministro de energía a los clientes de Seal que se beneficiaron con al menos una de las exoneraciones materia de investigación, desde el inicio de tales contratos hasta su finalización (aun cuando el vencimiento de ciertos contratos sea posterior a diciembre de 2020), en tanto se hayan celebrado durante el periodo investigado.

415. En este punto cabe reiterar que, de acuerdo con el literal a) del artículo 47 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la sanción aplicable se calcula en base al beneficio ilícito esperado; es decir, considerando el beneficio extraordinario que los agentes involucrados esperaban obtener al realizar la conducta anticompetitiva.

416. 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 agentes infractores esperaban obtener de la conducta anticompetitiva y no necesariamente en base al ingreso efectivamente percibido[171].

417. El Poder Judicial también se ha pronunciado 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-INDECOPI[172], la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de Lima, concluyó que es válido utilizar el beneficio ilícito

171 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.

172 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.

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

esperado (potencial) para graduar la sanción imponible, como se observa a continuación[173]:

> **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 sanciónse sustente en daños concretos, cuando la misma norma señala que para la configuraciónde la infracción basta el daño potencial a la competencia y al bienestar del consumidor, enesa línea si la infracción se puede configurar por daños potenciales, es válido que lagraduación de la sanción se sustente en tal figura, lo contrario, sería afirmar que solo lasconductas anticompetitivas que causen daños concretos pueden ser sancionadas".* (Subrayado agregado).

418. Para determinar los beneficios esperados por Seal como consecuencia de la conducta anticompetitiva, se empleará la mejor información disponible en el expediente, esto es, la información real de ventas proporcionada por Seal que consta en los Boletines del Osinergmin[174]; y, en caso de que no se cuente con información de ventas para algún periodo, se estimará dicha información a partir de los periodos para los cuales sí consta información de ventas.

419. La información de ventas por suministro de energía a los usuarios libres que está publicada en los boletines de Osinergmin, se encuentra disponible hasta febrero de 2022. En tal sentido, se utilizará la información reportada de ventas para aquellos clientes cuyos contratos estuvieron vigentes entre enero de 2016 y febrero de 2022.

420. Con relación a los usuarios libres cuyos contratos con Seal finalizan luego de febrero de 2022, se considerarán las ventas reportadas hasta dicha fecha; mientras que para los meses posteriores se estimarán las ventas hasta el término del contrato. Esto último se efectuará considerando el promedio de las

---

173 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.

174 Se considerará la información reportada por las suministradoras y sistematizada en el Boletín de Usuarios Libres publicado por el Osinergmin, para aquellos usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuarios libres con Seal. Cabe resaltar que la información del Boletín de Usuarios Libres solo incluye cobros relacionados con la energía comercializada y no los cargos por transmisión o distribución.

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

$$Ventas = Precio\ Potencia_{S/\ Kw-mes} * Consumo\ Potencia_{kW} + Precio\ Energía\ Horas\ Punta_{ctm\ S/\ kWh} * Consumo\ Energía\ Horas\ Punta_{kWh} + Precio\ Energía\ Horas\ Fuera\ Punta_{ctm\ S/\ kWh} * Consumo\ Energía\ Horas\ Fuera\ Punta_{kWh}$$

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

ventas mensuales desde el inicio del contrato hasta febrero de 2022[175] y se asumirá dicho promedio de ventas hasta el término del contrato.

421. Una vez realizados los cálculos antes señalados, se estima que las ventas totales esperadas por Seal derivadas del suministro de energía (facturación por energía y potencia) a los usuarios libres que migraron del mercado regulado durante el periodo investigado y que fueron beneficiados con al menos una de las exoneraciones materia de investigación al contratar el suministro de energía con dicha empresa, ascienden a un total de S/ 77,927,574.26.

B) Cuestionamientos y determinación del factor de exoneración

422. El factor de exoneración busca aproximar el porcentaje de usuarios que habría elegido contratar con Seal como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso y/o la no exigencia *ex ante* de instalación de equipos, diferenciándolos de aquellos usuarios que eligieron a Seal como suministrador por las características de su propuesta comercial no relacionadas con estos ofrecimientos.

423. Para el cálculo de dicho factor, la Comisión tomó en cuenta a diecinueve (19) usuarios libres que fueron beneficiados con alguna de las exoneraciones investigadas al contratar el suministro de energía con Seal entre 2016 y 2020, cuyos contratos terminaron entre enero del 2019 y diciembre del 2020 y que representaron -en conjunto- una facturación promedio mensual de S/ 1,138,866. En base a lo anterior, la Comisión indicó que diez (10) usuarios, los cuales representaron una facturación promedio mensual de S/ 437,428, decidieron cambiar de suministrador al vencer sus contratos con Seal.

424. Por ende, la primera instancia determinó que el factor de exoneración estaba dado por la proporción que representa la facturación promedio mensual de los usuarios que no renovaron contrato con Seal (S/ 437,428), respecto de la facturación promedio mensual de todos los clientes cuyo contrato con Seal venció entre enero 2019 y diciembre 2020 (S/ 1,138,866). De este modo, la Comisión determinó que el factor de exoneración ascendería a 38%.

425. Respecto a este punto, la apelante sostuvo que sería inexacto lo señalado por la Comisión respecto a la cantidad de usuarios que habrían contratado con Seal debido a la exoneración del plazo de preaviso y/o la no exigencia *ex ante* de instalación de equipos. A decir de Seal, la primera instancia:

175 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 (febrero de 2022). 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 por parte de Seal.

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

(i) no analizó otras razones distintas a la hipótesis anticompetitiva que motivaron a los usuarios a contratar con Seal. Por ejemplo, Inca Tops S.A., Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A. y Fábrica de Chocolates La Ibérica S.A. (quienes suscribieron contratos con Seal en 2016), habrían elegido a la denunciada -al migrar al mercado libre- debido al menor precio[176] y otros atributos del servicio ofrecido; y,

(ii) no consideró las respuestas de las empresas al cuestionario enviado por la Secretaría Técnica de la Comisión, en donde la mayoría de las empresas señaló que Seal no les ofreció exonerarlas del plazo de preaviso o de la instalación previa de equipos para migrar al mercado libre, y que la exoneración del plazo de preaviso no fue determinante para suscribir el contratar con Seal.

426. De acuerdo con Seal, las empresas Inca Tops S.A., Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A., Fábrica de Chocolates La Ibérica, Rocatech S.A.C. y América Móvil Perú S.A.C. deberían ser excluidas del cálculo del factor de exoneración[177], pues estas empresas no habrían contratado con Seal debido a la exoneración del plazo de preaviso y/o la no exigencia *ex ante* de instalación de equipos, como afirma la primera instancia. En virtud de ello, Seal indica que dicho factor ascendería a 8% y no a 38%, como determinó la Comisión.

427. Como se indicó previamente, para el cálculo del factor de exoneración, la Comisión evaluó la situación de diecinueve (19) usuarios cuyo contrato con Seal finalizó entre enero de 2019 y diciembre de 2020, encontrando que diez (10) de ellos decidieron cambiar de suministrador. Estos clientes son: Inca tops S.A. (con cuatro puntos de suministros: 393180, 17744, 271641 y 95422), Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A., Fábrica de Chocolates La Ibérica S.A., Rocatech S.A.C., América Móvil S.A.C. y Ladrillera el Diamante S.A.C. (con dos suministros: 58226 y 30910).

428. Según obra en el expediente, la primera instancia requirió información a treinta y dos (32) usuarios para lo cual adjuntó un cuestionario con la finalidad de contar con mayores elementos de juicio acerca del impacto que las políticas de exoneración de preaviso y/o la no exigencia *ex ante* de la instalación de equipos tuvieron sobre la elección del suministrador por parte de los usuarios que migraron del régimen regulado al libre. Sin embargo, solo quince (15) usuarios

176 En su apelación Seal detalla que, por ejemplo, en el año 2016 hubo un periodo donde el precio medio que cobraba a los usuarios libres que antes eran regulados era menor a los otros suministradores. Agrega que alrededor de las fechas de cambio de condición de dichos usuarios, los precios medios de la energía cobrados por Seal estuvieron por debajo de los precios cobrados por otros suministradores.

177 Es pertinente señalar que, si bien Seal solicitó que tampoco se tome en cuenta la respuesta de Imco Servicios S.A.C., lo cierto es que dicha empresa no fue considerada en el cálculo del factor de exoneración por la primera instancia. En tal sentido, no se tomará en cuenta su respuesta a dicho requerimiento en este análisis.

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

respondieron el cuestionario[178], de los cuales la Comisión consideró que únicamente diez (10) usuarios atendieron concretamente a la consulta formulada; pero la primera instancia no tomó en cuenta tales respuestas al considerar que mostraban inconsistencias y por su número no eran representativas para obtener conclusiones sobre el comportamiento de los usuarios de Seal.

429. Con relación a las respuestas de los usuarios que atendieron los referidos requerimientos de información, corresponde precisar que Seal ha solicitado que se consideren las respuestas formuladas por cinco (5) usuarios que habrían cambiado de suministrador al culminar sus contratos con Seal (Inca Tops S.A., Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A., Fábrica de Chocolates La Ibérica S.A., Rocatech S.A.C. y América Móvil Perú S.A.C.), por lo que la controversia en este punto se circunscribe a estos clientes.

430. A continuación, se analizarán las respuestas de cada una de las empresas mencionadas por la apelante.

431. En primer lugar, Inca Tops S.A. señaló que Seal le ofreció la posibilidad de cambiar de condición a usuario libre sin esperar el plazo de preaviso de un año; sin embargo, indicó que esta propuesta no habría sido determinante para suscribir el contrato con Seal. Además, Inca Tops S.A. señaló que al término de su contrato con Seal, decidió contratar con un nuevo suministrador debido a la ventaja tarifaria que este último le ofrecía[179].

432. Sobre el particular, si bien Inca Tops S.A. indicó que la exoneración del plazo de preaviso no habría sido determinante para contratar con Seal, lo cierto es que dicha empresa no precisó cuál habría sido entonces la razón para escoger a Seal como suministrador.

433. Por otra parte, a partir de la respuesta brindada por Inca Tops S.A. al explicar la razón por la cual eligió a un nuevo suministrador al terminar su contrato con Seal, se colige que -para este cliente- el precio o tarifa era un factor altamente relevante para contratar el suministro de energía[180]. Sin embargo, en el año 2016

178 Las empresas que respondieron el cuestionario fueron: Papelera Panamericana S.A., Inca Tops S.A., Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A., Laive S.A., Corporación Rico (Food Markets) S.A.C, Rocatech S.A.C., Minera Laytaruma S.A., América Móvil Perú S.A.C., Ulitex Sole Peru S.A.C., Minera Confianza S.A.C., Ladrillera Vitor S.R.L., Agrícola Pampa Baja S.A.C., Laboratorios Portugal, IMCO Servicios S.A.C. y Pesquera Diamante.

179 Con relación a la exoneración de la instalación de equipos como requisito previo para la migración, Inca Tops S.A. indicó que Seal no le ofreció dicha exoneración y que ya contaba con tales equipos antes de la migración, por lo que la respuesta de dicha empresa al requerimiento de información no contiene información sobre la relevancia que esta exoneración pudo tener para la elección de su suministrador al migrar al mercado libre.

180 Para observar el cambio de tendencia en el precio que pagó Inca Tops S.A., se tomó en cuenta el precio promedio que pagó dicha empresa durante el último año de contrato con Seal (2019) y el precio promedio que pagó durante el primer año de contrato (2020) con su nuevo suministrador (Egasa).

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

(año en que firmó contrato con Seal), existían precios más competitivos en el mercado que los ofrecidos por la denunciada[181]. Inclusive, Inca Tops S.A. señaló haber recibido propuestas económicas de otros generadores, como San Gabán y Egasa, teniendo esta última precios más bajos que Seal[182].

434. Las razones expuestas reflejan inconsistencias en las respuestas brindadas respecto a los motivos por los cuales Inca Tops S.A. habría elegido a Seal como suministrador al migrar al mercado libre, pues dicha empresa reconoce la importancia del precio en su decisión de contratación (pues ello habría luego motivado a que cambiara de suministrador); lo cual es contradictorio con el hecho de haber optado en un primer momento por Seal, pese a tener un precio más elevado que los otros dos generadores que habían hecho sus propuestas comerciales. A esto se suma que Inca Tops S.A. no brindó información complementaria sobre las razones que motivaron su contratación primigenia con Seal y que permita subsanar la contradicción antes señalada.

435. Por consiguiente, la Sala considera que no resulta adecuado considerar las respuestas de dicha empresa al momento de calcular el factor de exoneración.

436. En el caso de Rocatech S.A.C. y América Móvil Perú S.A.C., ambas señalaron que Seal no les habría ofrecido la exoneración del plazo de preaviso para cambiar a la condición de usuarios libres. Sin embargo, lo cierto es que transcurrió menos de un año entre la fecha de remisión de las cartas de preaviso y la fecha en que dichas empresas empezaron a facturar como clientes libres[183] lo cual demuestra que los referidos clientes sí fueron exonerados del plazo de preaviso.

437. Adicionalmente, Rocatech S.A.C. indicó que al término de su contrato decidió cambiar de suministrador debido a que obtuvo un mejor precio; mientras que América Móvil Perú S.A.C. manifestó que al término de su contrato eligió a un nuevo suministrador luego de evaluar diversas propuestas en el marco de un

---

181 Por ejemplo, el precio promedio de Enel durante dicho año fue de 11.71 céntimos de sol por kWh y el precio promedio de Statkraft fue de 12.58 céntimos de sol por kWh, mientras que Inca Tops S.A. pagó a Seal un precio promedio de 16.81 céntimos de sol por kWh durante el 2016.

182 Egasa tuvo un precio promedio de 12.01 céntimos de sol por kWh durante el año 2016, menor que el precio promedio de Seal durante dicho año. Por su parte, se aprecia que, durante el año 2016, San Gabán no contrató con ningún cliente libre que antes era regulado en el área de concesión de Seal.

183 Rocatech S.A.C. remitió una carta informando a Seal la decisión de cambiarse de condición a cliente libre con fecha del 9 de noviembre de 2016. En el mismo mes (noviembre de 2016) dicha empresa ya facturaba por consumo de energía en condición de cliente libre, por lo que se deduce que fue exonerado del plazo de preaviso. De igual forma, América Móvil Perú S.A.C. envió una carta el 18 de octubre del 2016 requiriendo a Seal el cambio de condición de usuario regulado a cliente libre y al mes siguiente (noviembre de 2016) dicha empresa ya facturaba por consumo de energía en condición de cliente libre, por lo que también se deduce que fue exonerado del plazo de preaviso.

En ambos casos, el periodo entre la remisión de la carta de preaviso y la fecha en que ya habían sido cambiados de usuarios regulados a libres, es menor al año.

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

concurso[184]. Lo anterior denota que ambas empresas valoraban el precio como un factor relevante para elegir a su suministrador de energía.

438. Ahora bien, durante el año en que ambas empresas contrataron con Seal (2016) hubo en el mercado precios significativamente más competitivos que el ofrecido por este agente económico y, a pesar de ello, tales clientes optaron por Seal. En efecto, el precio promedio de Egasa y Statkraft durante el año 2016 fue de 12.01 y 12.58 céntimos de sol por kWh, respectivamente; mientras que el precio promedio de Seal durante el mismo año fue de 16.89 céntimos de sol por kWh.

439. Lo expuesto permite constatar que las respuestas brindadas por Rocatech S.A.C. y América Móvil Perú S.A.C. presentan inconsistencias respecto al otorgamiento de la exoneración del plazo de preaviso, así como a los factores por los cuales habrían elegido a Seal como su suministrador al migrar al mercado libre[185] (pues tal decisión no sería congruente con la relevancia que dichos clientes habrían dado al criterio del precio). En tal sentido, tampoco corresponde emplear las respuestas dadas por dichas empresas en el análisis del factor de exoneración.

440. Por su parte, Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A. señaló que, además de Seal, recibió propuestas de otros suministradores de energía para el cambio de condición. Este cliente agregó que no podía precisar si Seal le ofreció la exoneración del plazo de preaviso (a pesar de que se ha verificado que sí obtuvo tal beneficio) ni tenía documentación que sustente si le ofrecieron la exoneración de la instalación de equipos como requisito para cambiar de condición.

441. Finalmente, Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A. indicó que tampoco podía precisar las características del proceso de elección del suministrador al momento de cambiar a la condición a usuario libre, pues dicha gestión había sido realizada por personal que ya no laboraba en la empresa.

442. Sobre el particular, si bien la empresa antes mencionada no precisó la existencia o no de la exoneración del plazo de preaviso, lo cierto es que los

184 A partir de enero de 2019, Rocatech S.A.C. contrató con Egasa obteniendo un precio promedio 36% menor que el que pagaba a Seal; mientras que América Móvil Perú S.A.C. contrató con Statkraft obteniendo un precio promedio 40% menor que el contratado con Seal.

185 Con relación a la exoneración de la instalación de equipos como requisito previo para la migración, Rocatech S.A.C. y América Móvil Perú S.A.C. indicaron que Seal no les ofreció dicha exoneración y que ya contaban con tales equipos antes de la migración, por lo que las respuestas de dichas empresas no contienen información sobre la relevancia o no que esta exoneración pudo tener para la elección de su suministrador al migrar al mercado libre.

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

documentos obrantes en el expediente (cartas de preaviso) muestran que sí recibió tal exoneración por parte de Seal[186].

443. Asimismo, Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A. reconoció que tuvo ofertas por parte de otras suministradoras, pero no precisó como se llevó a cabo la selección de Seal como su suministrador ni la relevancia que habría tenido la mencionada exoneración del plazo de preaviso. Por ende, no se podría sustentar que la conducta imputada haya sido indiferente al momento de la contratación primigenia con Seal.

444. Si bien Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A. refirió que las ventajas tarifarias habrían sido determinantes en la decisión de escoger a Seal como su suministrador (cuando realizó el cambio de condición de regulado a libre), esta respuesta no resulta consistente, pues al momento de contratar con Seal en el año 2016, existían otros suministradores con precios significativamente menores que Seal.

445. Mas aún, al término de su contrato, esta empresa cambió de suministrador y optó por la generadora Egasa, con la cual obtuvo una reducción igual al 31% del precio promedio que tenía con Seal. Lo anterior refuerza la relevancia del precio como factor considerado por dicho cliente para la selección de su suministrador de energía y hace más evidente que las respuestas dadas por Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A. no permiten constatar la eventual existencia de algún elemento determinante (además de las exoneraciones derivadas de la conducta anticompetitiva objeto de evaluación en este procedimiento) que sustente la elección de Seal como proveedor.

446. Por las razones expuestas, tampoco corresponde emplear las respuestas dadas por esta empresa en el análisis del factor de exoneración.

447. En el caso de Fábrica de Chocolates La Ibérica S.A., se observa que dicha empresa no respondió el requerimiento de información de la Secretaría Técnica de la Comisión[187], por lo que corresponde desestimar el argumento de Seal sobre este extremo.

---

186 Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A. remitió una carta confirmando a Seal la decisión de cambiarse de condición a cliente libre con fecha del 9 de noviembre de 2015. Dos meses después (enero de 2016) dicha empresa ya facturaba por consumo de energía como cliente libre, por lo que se deduce que fue exonerado del plazo de preaviso, pues el periodo entre la remisión de la carta de preaviso y la fecha en que se produjo su cambio de condición es inferior a un año.

187 El 10 de febrero de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión remitió la Carta N° 136-2021/ST-CLC-INDECOPI a Fábrica de Chocolates la Ibérica S.A. requiriendo que presenten la información detallada en el cuestionario adjunto. No obstante, en el expediente no se aprecia respuesta alguna a dicho requerimiento por parte de la empresa antes mencionada.

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

448. De acuerdo con lo analizado anteriormente, la Sala considera que los cuestionarios respondidos por Inca Tops S.A., Rocatech S.A.C., América Móvil Perú S.A.C. e Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A. no resultan pertinentes para desestimar la inclusión de dichas empresas en el cálculo del factor de exoneración. Incluso, en el caso de Fábrica de Chocolates La Ibérica S.A., dicha empresa no respondió el requerimiento de información formulado por la Secretaría Técnica de la Comisión.

449. A mayor abundamiento, no debe perderse de vista que la estimación del mencionado factor de exoneración busca aproximar los beneficios que Seal esperaba obtener de su conducta y no los beneficios efectivamente obtenidos. Esta estimación se realiza a partir del comportamiento de los usuarios libres de Seal que fueron beneficiados con alguna de las exoneraciones investigadas y cuyos contratos vencieron entre enero de 2019 y diciembre de 2020, periodo que incluye los meses anteriores más cercanos al inicio del presente procedimiento y un breve lapso consecutivo que permite completar el segundo año analizado (mitigando cualquier eventual factor estacional) y que fue tomado en cuenta por la primera instancia.

450. La empresa denunciada propuso una metodología alternativa para calcular el factor de exoneración. En particular indicó que, para efectos del cálculo del factor de exoneración, la primera instancia debió considerar a un total de treinta y un (31) usuarios[188], que corresponden al número total de usuarios que tuvieron la posibilidad de cambiar de suministrador ante la conclusión de sus contratos con Seal. Para ello, Seal indicó que debían considerarse a doce (12) usuarios que ingresaron directamente al mercado libre y no solo a diecinueve (19) usuarios, como determinó la Comisión. Sobre dicha base, el factor de exoneración debería ser de 16.64%[189].

451. Respecto a la inclusión de clientes que ingresaron directamente al mercado libre para el cálculo del factor de exoneración, por las razones expuestas en el numeral 354 al analizar la conducta investigada, carece de asidero incluir a dichas empresas en el cálculo del factor de exoneración, debido a que no forman parte del mercado afectado, esto es, no se trata de clientes libres que hayan migrado del mercado regulado en el área de concesión de Seal. En consecuencia, también corresponde desestimar este argumento de apelación.

---

188 Este monto corresponde a la suma de doce (12) usuarios que ingresaron directamente al mercado libre y los diecinueve (19) usuarios que terminaron su contrato con Seal entre enero de 2019 y diciembre de 2020 y que se beneficiaron de alguna de las exoneraciones investigadas.

189 Este monto corresponde a la proporción que representa la facturación promedio de los diez (10) usuarios que al término de su contrato se cambiaron de suministrador y la facturación promedio mensual de total de usuarios que tuvieron la posibilidad de irse con otro suministrador al concluir sus contratos con Seal -los cuales serían treinta y un (31) usuarios, según lo alegado por la apelante-.

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

452. Respecto a la metodología de cálculo del factor de exoneración, tal como se mencionó anteriormente, la Comisión empleó la proporción de la facturación promedio mensual de la energía de los diez (10) usuarios libres que originalmente fueron beneficiados con alguna de las exoneraciones y que luego de finalizar sus contratos con Seal entre enero de 2019 y diciembre de 2020, decidieron cambiar de suministrador, en relación con el promedio mensual acumulado de facturación de los diecinueve (19) usuarios libres que terminaron su contrato con Seal durante dicho periodo.

453. Al determinar el factor de exoneración, la Comisión refirió que dicho factor se puede estimar no solo considerando el monto facturado por los clientes, sino también el número de usuarios y la potencia contratada[190].

454. Conforme a lo indicado en el presente pronunciamiento, el factor de exoneración busca aproximar el porcentaje de usuarios que habrían elegido contratar con Seal como consecuencia de la conducta anticompetitiva imputada. Es decir, con la inclusión de este factor en el cálculo del beneficio ilícito, se pretende estimar el número de clientes cuya contratación con Seal se vio influenciada por alguna de las exoneraciones comprendidas en la conducta imputada.

455. En ese sentido, la Sala considera que el factor de exoneración debe establecerse en función a la cantidad de usuarios que cambiaron de suministrador al concluir sus contratos con Seal entre enero de 2019 y diciembre de 2020, y no en base a su facturación promedio, pues lo que se busca determinar es el número de clientes para quienes habría sido relevante beneficiarse con alguna de las exoneraciones ofrecidas por Seal a fin de contratar el suministro de energía con dicho agente, al margen del consumo que hayan presentado durante el periodo investigado. Cabe señalar que, en un pronunciamiento anterior[191] referido a una conducta similar a la investigada en el presente caso, la Sala también determinó el factor de exoneración en base a la cantidad de usuarios y no por su facturación promedio.

456. Por tanto, este Colegiado calculará el factor de exoneración empleando la cantidad de clientes que, luego de terminar sus contratos con Seal, cambiaron a otro suministrador (10 clientes), en relación con la cantidad total de clientes que terminaron su contrato con Seal (19 clientes) entre enero de 2019 y

190 Al respecto ver el numeral 264 y la nota al pie 147 de la Resolución Final.

191 Este pronunciamiento corresponde a un caso anterior 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, en el cual la Sala calculó el factor de exoneración con base en el porcentaje de usuarios que habrían contratado con la empresa denunciada en aquel caso, debido al ofrecimiento de la exoneración del plazo de preaviso. Este porcentaje fue calculado considerando la cantidad de usuarios libres que antes eran regulados y que terminaron su contrato entre julio de 2019 y abril de 2021 con la empresa denunciada. Al respecto ver la Resolución 0035-2022/SDC-INDECOPI del 3 de marzo de 2022.

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

diciembre de 2020, sin perjuicio de la facturación que haya correspondido a cada cliente. De esta manera, la Sala considera que el factor de exoneración asciende a 52.63%[192] y no a 38 % como consideró la primera instancia.

457. Es pertinente reiterar que la estimación de este factor se realizó empleando una muestra de clientes libres que antes eran regulados, la cual asciende a un total de 19 empresas. Ello se debe a que dichas empresas habían culminado su contrato en el periodo considerado por la Comisión (enero de 2019 y diciembre de 2020), lo que resulta atendible, conforme a lo expresado en el numeral 449.

458. Inclusive, es importante considerar que: (i) existen clientes que deciden permanecer con su actual suministrador por inercia, lo cual no descarta que hayan elegido a Seal inicialmente por alguna de las exoneraciones ofrecidas; y, (ii) Seal redujo sus precios para diversos clientes que decidieron renovar con dicha empresa, por lo que su permanencia podría haber sido influenciada por la referida disminución de precios.

459. De esta manera, esta Sala considera que el factor de exoneración para el presente caso es igual a 52.63%, pues para efectos del cálculo de la multa, este porcentaje representa la mejor estimación del porcentaje de empresas que optaron por Seal influenciadas por la exoneración del plazo de preaviso y/o la no exigencia de instalar equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito para la migración, dada la información disponible.

C) Cuestionamientos y determinación del margen operativo empleado

460. En la Resolución Final, la Comisión utilizó el margen de utilidad operativa para aproximar las ganancias que Seal habría obtenido por las ventas de energía eléctrica a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuarios libres.

461. En su recurso de apelación, Seal señaló que el beneficio ilícito calculado por la Comisión estaría sobreestimado, pues parte de dicha utilidad se paga a favor del fisco. Considerando ello, la empresa recurrente propone emplear el margen de utilidad neta, pues este indicador financiero incluye el pago del impuesto a la renta, a diferencia del margen de utilidad operativa.

462. Seal agregó que otras agencias de competencia deducirían las tasas impositivas de las multas aplicadas en casos de infracciones contra la libre

[192] Este resultado se obtiene de calcular la siguiente operación: (10/19) *100 = 52.63%.

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

competencia[193], por lo que en el presente caso también debería descontarse el impuesto a la renta.

463. Al respecto, la Sala coincide con la primera instancia en que corresponde utilizar el margen de utilidad operativa en el cálculo el beneficio ilícito[194], en tanto dicho margen representa las ventas menos los costos de ventas y gastos operativos, es decir, muestra el resultado total de la actividad económica bajo análisis incluyendo las erogaciones relacionadas con la operación del negocio. Por su parte, el margen de utilidad neta propuesto por Seal implicaría incorporar en el cálculo de la multa factores financieros y tributarios que no se encuentran necesariamente relacionados con la operación de la actividad económica específica sobre la cual tuvo efectos la conducta investigada (suministro de energía a usuarios libres que provienen del mercado regulado).

464. Además, aspectos tales como la carga tributaria de Seal, resultan claramente ajenos a la conducta investigada pues el monto a pagar por concepto de impuesto a la renta se ve influenciado 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. De esta manera, dichos aspectos no podrían ser incluidos para determinar el beneficio que la empresa infractora esperaba obtener por la realización de la conducta anticompetitiva, por lo que no formaría parte del beneficio esperado en el presente caso.

465. Cabe agregar que en pronunciamientos anteriores[195], la Sala ha desestimado el descuento del impuesto a la renta para calcular la multa aplicable por incurrir en conductas anticompetitivas, por razones similares a las expuestas en la presente resolución. Así, por ejemplo, en la Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI, la Sala señaló lo siguiente:

> *"257. Sobre este punto, la 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 deba corresponder necesariamente al beneficio efectivamente percibido por el infractor, luego de aplicado el impuesto a la renta, lo cual resulta ajeno a los*

193 Por ejemplo, Seal hizo referencia al documento denominado "*CMA's guidance as to the appropriate amount of a penalty*" de la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido (*Competition and Markets Authority,* en inglés).

194 Cabe indicar que el margen de utilidad operativa ya ha sido utilizado por la Sala en pronunciamientos anteriores, como en el caso de practicas colusorias verticales en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra (Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI) y en otro caso más reciente referido a un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes (Resolución 0035-2022/SDC-INDECOPI).

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

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

procedimientos en materia de defensa de la libre competencia, en donde se debe considerar el factor de ***beneficio ilícito esperado*** *por el agente infractor."*
(Énfasis agregado).

466. Ahora bien, el hecho de que algunas agencias de competencia decidan deducir los impuestos para determinar los ingresos sobre los que aplicarán las sanciones previstas en sus ordenamientos jurídicos, no implica que el cálculo de la multa efectuada en el presente caso sea contrario a lo previsto en el artículo 47 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

467. Ciertamente, el criterio previsto en la legislación nacional para la determinación de la multa aplicable es el *"beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción"*, el cual ha sido estimado en base a las ventas relacionadas con la infracción verificada, multiplicado por el factor de exoneración (porcentaje de clientes que habrían contratado con Seal debido a las exoneraciones ofrecidas por dicha empresa) y por el margen de utilidad operativa (utilidades que Seal obtuvo por la realización de esta conducta). Lo anterior denota que, en este cálculo, no corresponde incluir los gastos o ingresos financieros de Seal ni los factores tributarios pues -como se ha explicado previamente- resultan ajenos a la conducta investigada.

468. A mayor abundamiento, el Poder Judicial también ha indicado que no corresponde la deducción de impuestos al calcular el beneficio ilícito esperado por la realización de conductas anticompetitivas. En una reciente sentencia emitida en primera instancia en el Expediente Judicial 951-2020-0-1801-JR-CA-26[196], el Vigésimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo Sub Especializado en Temas de Mercado desestimó que en el cálculo del beneficio ilícito esperado deba descontarse el Impuesto General a las Ventas, en tanto ello no estaba previsto en la norma de la materia[197].

---

196 Expediente judicial en el que se evalúa la validez de la Resolución 225-2019/SDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2019, referido a una práctica colusoria horizontal para fijar el precio de venta del GLP vehicular en la ciudad de Chimbote entre los años 2012 y 2014.

197 Sentencia emitida el 31 de enero de 2022:

"15.3. En el caso de autos, SOLGAS alega la vulneración al principio de predictibilidad, pues, según refiere, se incluyó en el cálculo de la multa al porcentaje correspondiente al IGV, aun cuando el mismo INDECOPI se pronunció en varias oportunidades señalando precisamente lo contrario, la razón es simple, no es un monto percibido por SOLGAS y, por lo tanto, no puede ser tomado en cuenta como parte del supuesto beneficio que recibió por las ventas. Empero, la recurrente no ha demostrado la regularidad de dicho criterio, limitándose a identificar un caso en donde se habría resuelto de manera distinta en una práctica de abuso de procedimientos legales; por lo tanto, no puede asumirse que sea un razonamiento plenamente implementado por el INDECOPI.

15.4. Sin perjuicio de ello, se debe mencionar que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no contempla algún tipo de regla para considerar dentro del análisis los cobros asumidos por concepto de IGV; por el contrario, la norma alude al total de ingresos brutos; asimismo, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia emitida en el Expediente 7276-2013 [Casación N°9661 – 2017- Lima de fecha 15 de junio de 2021] ha señalado que en la determinación de las multas, no corresponde tener en cuenta aspectos no fijados en la norma de la materia. En consecuencia, debe desestimarse lo alegado en este punto de la demanda."

(Subrayado agregado).

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

469. Conforme a los argumentos reseñados en los numerales precedentes, corresponde desestimar los cuestionamientos de Seal respecto al empleo del margen de utilidad operativa.

III.4.5. Cuestionamientos y determinación de la probabilidad de detección

470. En apelación, Seal señaló que la Comisión debió considerar una probabilidad de detección de 100%, por las siguientes razones:

(i) El mercado eléctrico es uno de los sectores económicos más regulados del país.
(ii) En el sector eléctrico toda la información es pública (incluso los contratos en el mercado libre).
(iii) En el sector eléctrico hay transparencia en toda la información, incluso existen precios promedio procesados por Osinergmin.
(iv) Seal ha coadyuvado al desarrollo del procedimiento sancionador y no ha ocultado información sobre la conducta cuestionada.

471. Sobre este punto, la Comisión efectivamente consideró dichas características para determinar la probabilidad de detección del presente caso, asignándole un 90%.

472. 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 Comisión[198].

473. Este estudio sugiere un intervalo de probabilidad de 73% al 90% para los casos de abuso de posición de dominio. Por tanto, la probabilidad estimada por la primera instancia se encuentra dentro del rango establecido por el Documento de Trabajo de la GEE, el cual deriva de un estudio realizado mediante una metodología válida (evaluación estadística sobre la base del juicio prudencial

198 **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).

de expertos)[199] que puede brindar resultados atendibles, siempre que las fuentes recurridas sean representativas en relación con el asunto analizado.

474. 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 Seal 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.

475. Ahora bien, este Colegiado considera que no corresponde establecer la probabilidad de detección en 100% como solicita Seal, debido a que:

- 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 suministros, entre otros), así como entrevistas[200].

- La evaluación del carácter anticompetitivo de la conducta fue 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 las conductas en las que se materializó la práctica discriminatoria (la exoneración del plazo de preaviso y/o el requisito de instalación previa de equipos) se realizó en el mercado incluso aproximadamente dos años y medio antes de ser denunciada por uno de los competidores de Seal en el mercado afectado.

476. En ese sentido, la Sala considera que la probabilidad determinada por la Comisión es correcta, por lo que se descarta el argumento planteado por Seal en este extremo.

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

199 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%f1oMuestra.pdf. Fecha de última visita: 30 de junio de 2022.

200 Por ejemplo, la Secretaría Técnica de la Comisión realizó entrevistas a funcionarios de Seal.

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

477. Considerando lo expuesto respecto a los alegatos de apelación, se procederá a calcular la multa que correspondería a la recurrente.

478. El beneficio ilícito extraordinario está representado por las ganancias que Seal 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 Seal logró captar como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso y la exoneración de la exigencia de contar *ex ante* con equipos de seguridad, lo cual no podía ser replicado por los demás suministradores.

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

Donde:

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

$Factor\ de\ exoneración$: Se estimó un valor de 52.63% y corresponde al porcentaje de usuarios que habrían contratado con Seal, influenciados por el ofrecimiento de exoneración del plazo de preaviso y/o la no exigencia de la instalación de equipos de medición, protección y limitación de potencia como requisito previo a la migración; con relación al total de clientes provenientes del mercado regulado que suscribieron contrato con Seal en el periodo investigado.

Mg : Promedio de margen de utilidad operativa de Seal entre enero de 2016 y diciembre de 2020.

479. De acuerdo con lo desarrollado anteriormente, el beneficio ilícito extraordinario (ajustado por la inflación) en el presente caso es igual a:

Cuadro 6
Beneficio ilícito extraordinario

Ventas (S/ miles)	Porcentaje de Cambio	Margen Operativo	Factor de Ajuste	Multa Base (S/ miles)
77,927.57	52.63%	16%	1.0462	6,934.26

Nota: El cálculo se realiza considerando todos los decimales.
Fuente: Reportes estadísticos de Osinergmin
Elaboración: ST-SDC

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

480. En ese sentido, la multa base es de S/ 6,934,256.91 (seis millones novecientos treinta y cuatro mil doscientos cincuenta y seis con 91/100 soles).

481. Asimismo, 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 Seal por la ejecución de la práctica anticompetitiva evaluada en este procedimiento, equivale a S/ 7,704,729.90 (siete millones setecientos cuatro mil setecientos veintinueve con 90/100) o 1,751.07 UIT[201].

482. A continuación, se debe considerar la gravedad de la conducta sancionada a efectos de corroborar que la multa calculada no supere el límite establecido en el artículo 46.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

483. Sobre el particular, la Sala coincide con la Comisión en que la conducta anticompetitiva cometida por Seal es **grave**, en atención a los siguientes criterios: (i) la cuota de mercado del infractor, equivalente al 100% de los mercados relevantes; (ii) el alcance de la restricción a la competencia corresponde al total de clientes de Seal en su zona de concesión (región Arequipa), a quienes se les habría aplicado la exoneración materia de análisis; y que, (iii) la conducta habría beneficiado a Seal, considerando que -durante el periodo investigado- dicha empresa obtuvo contratos que representaron el 50% de nuevos usuarios libres cuya demanda se encontraba entre 200 kW y 2500 kW, así como el 44% de la potencia contratada; (iv) sin embargo, la conducta imputada no se extendió a otros segmentos de usuarios libres en el área de concesión de Seal, pues no les resultaba aplicable el plazo de preaviso ni el requisito de instalación previa de equipos, los cuales fueron objeto de diferenciación.

484. Considerando que se trata de una infracción calificada como grave y que la multa preliminarmente determinada supera el tope previsto en el artículo 46 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[202], corresponde disminuirla hasta el límite máximo de 1,000 UIT.

---

201 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).

202 **DECRETO SUPREMO 030-2019-PCM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**
Artículo 46.- El monto de las multas
46.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:
(…)
c) 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 atodas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.
[Énfasis agregado]

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

485. Finalmente, la información que obra en el expediente permite afirmar que la multa antes señalada no supera el límite legal de 10% de los ingresos brutos de Seal durante el ejercicio económico correspondiente al año 2020[203].

486. Por las razones expuestas, también corresponde confirmar el extremo de la Resolución Final que sancionó a Seal con una multa ascendente a 1,000 UIT.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: declarar la reserva y confidencialidad de la información contenida en los Anexos 16-C, 16-F, 16-G, 16-H y 16-J, presentados por la Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. en su escrito del 22 de junio de 2022.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 052-2021/CLC-INDECOPI del 15 de octubre de 2021, en el extremo que declaró responsable a la Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. por la realización de un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en los mercados de suministro y distribución de energía eléctrica a usuarios regulados con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres que provienen del mercado regulado en el área de concesión de la empresa imputada; en específico, por exonerar de manera selectiva, injustificada y discriminatoria del plazo del preaviso de un año y no exigir la instalación previa de los equipos de medición, protección y limitación de potencia, previstos en los artículos 4.1 y 4.3 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, a favor de aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; y, por el contrario, exigir el cumplimiento de estos requisitos a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores; infracción tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

TERCERO: confirmar la Resolución 052-2021/CLC-INDECOPI del 15 de octubre de 2021, en el extremo que sancionó a la Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. con una multa de mil (1,000) Unidades Impositivas Tributarias.

CUARTO: requerir a Sociedad Eléctrica del Sur Oeste 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

[203] De acuerdo con la evaluación presupuestal y financiera de Seal en el año 2020, publicados en la página web del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), sus ingresos por actividades ordinarias fueron de S/ 556,798,613.
Al respecto, consultar https://www.fonafe.gob.pe/empresasdelacorporacion/seal. Fecha última visita: 30 de junio de 2022.

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

Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS[204], precisándose además, que los actuados serán remitidos a la Unidad de Ejecución Coactiva para los fines de ley.

Con la intervención de los señores vocales Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, José Francisco Martín Perla Anaya, Carmen Jacqueline Gavelán Díaz y Gilmer Ricardo Paredes Castro.

Firma Digital
Indecopi
Firmado digitalmente por MARTINELLI MONTOYA Ana Rosa Cristina FAU 20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 27.07.2022 13:45:21 -05:00

ANA ROSA CRISTINA MARTINELLI MONTOYA
Vocal

Firmado digitalmente por: PERLA ANAYA Jose Francisco Martin FAU 20133840533 soft
Fecha: 28/07/2022 10:24:15-0500

JOSÉ FRANCISCO MARTÍN PERLA ANAYA
Vocal

Firma Digital
Indecopi
Firmado digitalmente por GAVELAN DIAZ Carmen Jacqueline FAU 20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 01.08.2022 21:00:18 -05:00

CARMEN JACQUELINE GAVELÁN DÍAZ
Vocal

Firma Digital
Indecopi
Firmado digitalmente por PAREDES CASTRO Gilmer Ricardo FAU 20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.08.2022 08:04:29 -05:00

GILMER RICARDO PAREDES CASTRO
Vocal

---

204 **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:
(…)

ANEXO

Cálculo del precio y consumo de energía de los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuario libre en el área de concesión de Seal entre enero de 2016 y diciembre de 2020

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 Seal, se ha utilizado 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 abril de 2022[205] que contienen la información de precios y consumos durante el periodo de enero de 2016 a febrero de 2022[206].

Los reportes estadísticos mensuales incluyen información comercial de los clientes libres como: (i) los consumos de potencia en horas de punta y fuera de punta en la barra de generación y de consumo, (ii) los consumos de energía en horas de punta y fuera de punta en la barra de generación y de consumo, (iii) los precios de la potencia y de la energía en horas punta y fuera de punta en la barra de generación. Para el análisis se consideró únicamente la información correspondiente a los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuarios libres en el área de concesión de Seal, los cuales fueron reportados por la propia empresa distribuidora.

Específicamente, se consideró la información de los usuarios listados en el cuadro siguiente, que corresponden a usuarios de Seal y de otros suministradores.

Suministro	Razón Social	Código Osinergmin	Potencia*
348228	Estilos S.R.L.	CL0692	400
51920	Papelera Panamericana S.A.	CL0702	1080
393180	Inca Tops S.A.	CL0703	600
17744	Inca Tops S.A.	CL0704	700
271641	Inca Tops S.A.	CL0705	280
95422	Inca Tops S.A.	CL0706	700
55083	Incalpaca Textiles Peruanos Export S.A.	CL0707	950
51547	Laive S.A.	CL0708	270
200798	Laive S.A.	CL0709	600
217807	Los Ranchos S.A.C.	CL0725	460
286640	Los Ranchos S.A.C.	CL0726	880
449573	Los Ranchos S.A.C.	CL0727	1470

205 Dichos reportes se pueden descargar desde 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: 30 de junio de 2022.

Dentro de esta, dirigirse a Publicaciones, luego a Informes Mensuales y finalmente, dentro de Mercado Libre de Electricidad, se encontrarán los Reportes como una base de datos de Excel.

206 Cabe indicar que los reportes poseen un retraso de dos meses en la información que presentan, por eso es que la información correspondiente a enero de 2016 y febrero de 2022 se publicó en los reportes de marzo de 2016 y abril de 2022, respectivamente.

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

Suministro	Razón Social	Código Osinergmin	Potencia*
326954	Corporación Rico (Food Markets) S.A.C.	CL0728	650
54012	Fábrica de Chocolates La Ibérica S.A.	CL0729	420
332393	Nicoll Perú S.A.	CL0752	450
377240	Cencosud Retail Perú S.A.	CL0944	900
347684	Cencosud Retail Perú S.A.	CL0945	700
388554	Cencosud Retail Perú S.A.	CL0946	900
387089	Tres Palmeras S.A.	CL0956	2300
343292	Supermercados Peruanos S.A.	CL1023	800
298393	Supermercados Peruanos S.A.	CL1024	990
343293	Real Plaza S.R.L.	CL1063	1670
343292	Oechsle (Tiendas Peruanas S.A.)	CL1073	700
196868	Los Ranchos S.A.C.	CL1140	800
87763	Alicorp S.A.A.	CL1165	2000
382820	Alicorp S.A.A.	CL1166	750
162019	Rocatech S.A.C.	CL1168	400
263210	Minera Laytaruma S.A.	CL1169	1600
244226	America Movil Perú S.A.C.	CL1170	400
58226	Ladrillera el Diamante S.A.C.	CL1214	700
30910	Ladrillera el Diamante S.A.C.	CL1215	800
70171	Michell y CIA S.A.	CL1237	550
28596	Michell y CIA S.A.	CL1238	1050
106759	Michell y CIA S.A.	CL1239	1250
392688	Mexichem Perú S.A.	CL1240	1370
348671	Tiendas por Departamento Ripley S.A.	CL1275	800
348733	Saga Falabella S.A.	CL1331	800
248473	Saga Falabella S.A.	CL1332	830
348735	Sodimac S.A.	CL1343	640
258093	Minera Titan del Perú S.R.L.	CL1360	1000
324758	La Joya Mining S.A.C.	CL1423	450
355780	Makro Supermayorista S.A.	CL1431	250
347681	Parque Lambramani S.A.C.	CL1449	700
347682	Parque Lambramani S.A.C.	CL1449	240
348807	Hipermercados Tottus S.A.	CL1470	1105
290909	Danper Arequipa S.A.C.	CL1590	400
12623	Gloria S.A.	CL1610	4000
260618	Pesquera Diamante S.A.	CL1618	2000
179391	Inkabor S.A.C.	CL1663	1700
284993	Minera Confianza	CL1699	600
28066	Consorcio Industrial Arequipa S.A. - CIDASA	CL1750	500
348845	Mall Aventura S.A.	CL1852	600
348846	Mall Aventura S.A.	CL1853	750
348847	Mall Aventura S.A.	CL1854	450
334876	Laboratorios Naturales y Genéricos S.A.C.	CL1867	600
46634	Full Glass Perú S.A.C.	CL1868	550
422429	Cencosud Retail Perú S.A.	CL1900	2300
221125	Embotelladora San Miguel del Sur S.A.C.	CL1905	960
322616	Embotelladora San Miguel del Sur S.A.C.	CL1906	750

Suministro	Razón Social	Código Osinergmin	Potencia*
270120	Embotelladora San Miguel del Sur S.A.C.	CL1907	900
270139	Granja Rinconada del Sur S.A.	CL1983	832
43763	Corporación Peruana de Productos Químicos S.A.	CL2029	300
101789	Alimentos Procesados S.A.	CL2058	800
443337	Universidad Tecnológica del Perú S.A.C.	CL2076	400
44267	Telefónica del Perú S.A.	CL2118	350
278412	Imco Servicios S.A.C.	CL2167	640
470068	EMC Green Group S.A.	CL2298	600
94311	Los Ranchos S.A.C.	CL2299	400
366142	Los Ranchos S.A.C.	CL2300	400
217754	Ladrillera Choque S.A.C.	CL2356	600
367487	Ladrillera Vitor S.R.L.	CL2357	400
252358	Agrícola Pampa Baja S.A.C.	CL2370	900
300701	Curtiembre Global S.A.C	CL2393	250
13262	Molino las Mercedes S.A.	CL2399	350
355233	Camposur INC. S.A.C.	CL2400	260
123721	Consorcio Terminales	CL2405	300
272577	Minera Paraiso S.A.	CL2461	680
384391	Alquipa S.A.C.	CL2462	1200
401086	Veta Dorada S.A.C.	CL2477	1250
293287	Analytica Mineral Services S.A.C	CL2487	400
402003	Empresa Minera Otapara S.A.	CL2519	360
102985	Camal Frigoríco Don Goyo S.A.C.	CL2520	250
289299	Ulitex Sole Perú S.A.C.	CL2521	350
81956	Puertos del Pacífico S.A.	CL2551	380
222198	Central Azucarera Chucarapi Pampa Blanca S.A.	CL2646	820
247827	Corporación Rico S.A.C.	CL2680	2500
455587	Inmobiliaria Magnopata S.A.	CL2681	700
39704	Negociaciones e Inversiones Doral S.A.C.	CL2725	330
435623	Minera Sotrami S.A.	CL2726	2000
219792	Curtiembre Austral S.R.L.	CL2789	200
423803	Agropecuaria Gold Pig S.A.C.	CL2812	519
351727	Fabripak E.I.R.L.	CL2884	400
280103	Socosani S.A.	CL2889	600
467094	Frio Frias E.I.R.L.	CL2904	675
351986	Cia. Minera Jerusalen S.A.C.	CL2936	450
266197	Tannery Latina S.A.C.	CL2969	400
272877	Negociación Lanera Alfa S.A.C.	CL2970	400
260159	Temper & Lam E.I.R.L.	CL2971	300
472135	Envasadora Majes E.L.R.L.	CL2972	224
224635	Empresa Editora El Comercio S.A.	CL2973	700
263307	Gam Corp S.A.	CL2994	220
469451	Logística AQP S.A.C.	CL3010	400
33946	Central Peruana de Comercialización Avícola E.I.R.L.-CEPCO	CL3011	220
419007	Ladripesa S.R.L.	CL3043	450

* Corresponde al valor de la potencia declara por Seal.

Fuente: Información proporcionada por Seal.

Con la información entre enero de 2016 y febrero de 2022 de los reportes estadísticos mensuales del mercado libre de electricidad, se obtuvo información de los 104 usuarios listados en el cuadro anterior, haciendo un total de 4,944 datos. Ahora bien, para emplear 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 observó la existencia de consumos de potencia en horas de punta en la barra de entrega que registraban un valor igual a cero, pero que sí registraban consumos de potencia en horas fuera de punta y consumos de energía en horas punta y horas fuera de punta en la barra de entrega. En dichos casos, para efectos del cálculo de las ventas por suministro de energía, se reemplazó el consumo de potencia en horas de punta en la barra de entrega con la información del consumo de potencia en horas fuera de punta en la barra de entrega (31 datos, 0,63% del total)[207].

Asimismo, se observó la existencia de consumos de potencia en horas fuera de punta en la barra de entrega que registraban un valor igual a cero, pero que sí registraban datos de consumos de potencia en la barra de generación. En dichos casos, se reemplazó el consumo de potencia en horas fuera de punta en la barra de entrega con la información del consumo de potencia en la barra de generación (3 datos, 0.06% del total)[208].

En segundo lugar, se eliminaron aquellos consumos de potencia y de energía en horas de 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 (30 datos, 0.61% del total)[209].

En tercer lugar, algunos precios de potencia y de energía en horas de punta y en horas fuera de punta habían sido registrados en una moneda distinta al sol. En particular, se registró su valor en dólares (US$) por kW-mes para potencia (centavos

---

207 Corresponde al consumo de potencia en hora punta en la barra de entrega de los siguientes usuarios: (i) Full Glass Perú S.A.C. (CL1868) en el mes de febrero de 2021; (ii) Curtiembre Global S.A.C (CL2393) en los meses de noviembre y diciembre de 2019, febrero y marzo de 2020, mayo a agosto de 2020, octubre a diciembre de 2020, abril a junio de 2021 y, finalmente, setiembre a diciembre de 2021; (iii) Estilos S.R.L. (CL0692) en el mes de junio de 2020; (iv) Rocatech S.A.C. (CL1168) en el mes de enero de 2017; y (v) Temper & Lam (CL2971) en los meses de diciembre de 2020 a marzo de 2021, junio y julio de 2021, y finalmente, setiembre a diciembre de 2021.

208 Que corresponde al consumo de potencia en fuera de punta en la barra de entrega del usuario Nicoll Perú S.A. (CL0752) en los meses de marzo a mayo de 2016.

209 Que corresponde al consumo de potencia en horas de punta en la barra de entrega de los usuarios: (i) Nicoll Perú S.A. (CL0752) en el mes de abril de 2020; (ii) Curtiembre Global S.A.C (CL2393) en el mes de abril de 2020; (iii) Ulitex Sole Perú S.A.C. (CL2521) en el mes de abril de 2020; (iv) Puertos del Pacífico S.A. (CL2551) en el mes de abril de 2020; (v) Curtiembre Austral S.R.L. (CL2789) en el mes de abril de 2020; y (vi) Telefónica del Perú S.A. (CL2118) en los meses de julio de 2018 a julio de 2020.

de dólar por kWh, para energía). En tal sentido, se transformó a soles (S/) por kW-mes (o centavos de sol por kWh, para energía) a un grupo de cuarenta y seis (46) datos de precios potencia (0.93% del total)[210] [211] y a un grupo de cuarenta y dos (42) datos de precios de energía en horas de punta y fuera de punta, respectivamente (1.70% del total)[212]. Asimismo, se observó que un precio de potencia había sido registrado con un valor igual a cero, por lo que se reemplazó con el precio potencia registrado en el mes inmediatamente anterior[213]; mientras que otro precio de potencia había sido registrado con valor negativo, por lo que se reemplazó el dato convirtiéndolo en valor positivo[214].

Finalmente, algunos precios de potencia reportados por Seal se habrían registrado en una unidad distinta al estándar manejado en los reportes estadísticos de Osinergmin. Al respecto, se deduce que ciertos precios fueron registrados en dólares

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

211 Corresponde a la información de los siguientes usuarios: (i) Analytica Mineral Services S.A.C (CL2487) en los meses de junio de 2019 a mayo de 2020; (ii) Camal Frigoríco Don Goyo S.A.C. (CL2520) en los meses de julio 2019 a mayo de 2020; (iii) Curtiembre Austral S.R.L. (CL2789) en los meses de febrero y marzo de 2020; (iv) Curtiembre Global S.A.C (CL2393) en los meses de octubre de 2019 a marzo de 2020 y mayo de 2020; (v) Mexichem Perú S.A. (CL1240) en los meses de diciembre de 2016 y enero de 2017; (vi) Michell y CIA S.A. (CL1239) en los meses de diciembre de 2016 y enero de 2017; y (vii) Puertos del Pacífico S.A. (CL2551) en los meses de agosto de 2019 a marzo de 2020.

212 Corresponde a la información de los siguientes usuarios: (i) Analytica Mineral Services S.A.C (CL2487) en los meses de junio de 2019 a mayo de 2020; (ii) Camal Frigoríco Don Goyo S.A.C. (CL2520) en los meses de julio 2019 a mayo de 2020; (iii) Curtiembre Austral S.R.L. (CL2789) en los meses de febrero y marzo de 2020; (iv) Curtiembre Global S.A.C. (CL2393) en los meses de octubre de 2019 a marzo de 2020 y mayo de 2020; y (v) Puertos del Pacífico S.A. (CL2551) en los meses de agosto de 2019 a marzo de 2020.

213 Se observa que, en el mes de mayo de 2021, el usuario Full Glass Perú S.A.C. (CL1868) presentó información de precios de energía en horas de punta y horas 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 con el precio potencia registrado en el mes inmediatamente anterior al mes en cuestión.

214 Se observa que, en el mes de noviembre de 2020, el usuario Danper Arequipa S.A.C. (CL1590) presentó información del precio potencia en valor negativo, lo que se trataría de un error material, por lo que corresponde corregir dicho dato a valor positivo.

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

(US$) por MW-mes para dicho precio potencia[215]. En ese sentido, se transformó el precio potencia a soles (S/) por kW-mes en 36 datos (0.73% del total)[216].

La información con el tratamiento de datos descrito anteriormente se ha utilizado a fin de calcular el precio medio de la energía, de manera mensual para cada usuario, empleando la siguiente formula:

$$\begin{aligned} Precio\ medio = {} & Precio\ Potencia_{S/\ por\ Kw-mes} / (7.2 * 0.8) \\ & + Precio\ Energía\ Horas\ Punta_{cts\ S/\ por\ Kwh} * 0.2 \\ & + Precio\ Energía\ Horas\ Fuera\ Punta_{cts\ S/\ por\ Kwh} * 0.8 \end{aligned}$$

De igual manera, la información tratada fue utilizada para calcular las ventas por el suministro de energía de Seal, a fin de determinar la multa aplicable en el presente caso, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\begin{aligned} Ventas = {} & Precio\ Potencia_{S/\ kW-mes} * Consumo\ Potencia_{kW-mes} \\ & + Precio\ Energía\ Horas\ Punta_{ctm\ S/\ por\ kWh} \\ & * Consumo\ Energía\ Horas\ Punta_{kWh} \\ & + Precio\ Energía\ Horas\ Fuera\ Punta_{ctm\ S/\ por\ kWh} \\ & * Consumo\ Energía\ Horas\ Fuera\ Punta_{kWh} \end{aligned}$$

215 Al respecto, se identificó que los precios de potencia reportados por Enel para el usuario Mall Aventura S.A. son atípicamente altos en algunos meses en comparación a los precios fijados en el contrato correspondiente. En principio, se observa que el precio de potencia fijado en el contrato suscrito entre Enel y Mall Aventura S.A. corresponde a la "Tarifa en Barra expresado en soles". Siendo así, el precio básico de la potencia de punta determinado por el Osinergmin para enero de 2018 fue de S/ 20.15 por kW-mes; mientras que el precio reportado por Enel para dicho cliente en el mismo mes fue de S/ 64.82 por kW-mes.

Lo anterior permite advertir 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 soles (S/) por kW-mes, como debió reportarse.

Teniendo en cuenta ello y una vez transformado el precio reportado a soles (S/) por kW-mes, se obtiene que el precio cobrado por potencia a Mall Aventura S.A. por parte de Enel fue de S/ 20.83 por kW-mes, monto cercano al precio básico de potencia determinado por Osinergmin. La pequeña divergencia se explicaría debido a la diferencia con el tipo de cambio que habría empleado Enel para transformar sus precios de soles a dólares.

216 Corresponde a la información del usuario Mall Aventura S.A. (usuario que corresponde a tres puntos de suministro: CL1852, CL1853 y CL1854) en los meses de enero a diciembre de 2018.

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