

Expediente 009-2021/CLC**Resolución 055-2023/CLC-INDECOPI**

16 de mayo de 2023

VISTOS:

El escrito de denuncia presentado el 3 de agosto de 2018 por Atria Energía S.A.C. (en adelante, Atria Energía, antes Eléctrica Santa Rosa S.A.C.)¹ en contra de Electro Dunas S.A.A. (en adelante, Electro Dunas); la Resolución 041-2021/DLC-INDECOPI del 28 de diciembre de 2021 (en adelante, la Resolución de Inicio); los descargos a la Resolución de Inicio; el Informe Técnico 052-2022-DLC-INDECOPI del 24 de noviembre de 2022 (en adelante, el Informe Técnico), los escritos de alegatos al Informe Técnico; la audiencia de informe oral llevada a cabo el 1 de febrero de 2023, los alegatos finales presentados por Electro Dunas y Atria Energía; y las demás actuaciones del procedimiento; y,

CONSIDERANDO:

1. El 3 de agosto de 2018, Atria Energía presentó una denuncia contra Electro Dunas ante la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, la Dirección, antes, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia²) por un supuesto abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes e incitar a terceros a dejar de contratar con su empresa y otras conductas, en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres en la zona de concesión de Electro Dunas, conductas tipificadas en los literales b), g) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA³. La denuncia se sustentó en los siguientes argumentos:
 - En Perú, existen tres tipos de usuarios de electricidad: (i) usuarios regulados que tienen una demanda máxima anual de energía eléctrica de 200 kW y deben contratar el suministro de energía eléctrica con el distribuidor de la zona en la que están ubicados; (ii) usuarios libres que tienen una demanda

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

² Según lo establecido en el literal a) del artículo 97 del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia ejerce las funciones de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. El texto integrado del nuevo ROF fue aprobado por la Resolución 063-2021-PRE/INDECOPI del 4 de junio de 2021 y publicado en la plataforma del Estado Peruano el 10 de junio de 2021. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/1959220-reglamento-de-organizacion-y-funciones-del-indecopi> (última visita: 12 de mayo de 2023)

³ Aprobada mediante Decreto Legislativo 1034 (2008) y modificada mediante Decretos Legislativos 1205 (2015), 1396 (2018) y 1510 (2020). Las referencias a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas en el presente informe corresponden al Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 030-2019-PCM.

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

- Respecto del mercado de suministro de energía eléctrica, existen dos: (i) el mercado de distribución de energía a usuarios regulados, otorgado de forma exclusiva a un solo titular (distribuidor); y (ii) el mercado de suministro de electricidad a usuarios libres, en el que participan en igualdad de condiciones las empresas generadoras y distribuidoras.
- Conforme al marco legal vigente, todos los usuarios de energía eléctrica (regulados y libres), ubicados dentro de una zona de concesión de un distribuidor, deben estar conectados a una red de distribución para recibir la electricidad. Siendo ello así, si bien el usuario libre tiene libertad para elegir al suministrador de energía, para recibir electricidad debe conectarse a una red de distribución (operada por un distribuidor).
- Electro Dunas es la titular de la concesión de distribución de electricidad en las regiones de Huancavelica, Ayacucho y, principalmente, Ica. Tanto los usuarios regulados como los libres ubicados en dicha zona de concesión deben estar conectados a la red de distribución de Electro Dunas.
- Atria Energía realizaba ofertas competitivas a los usuarios regulados con un precio de suministro inferior al de Electro Dunas con la finalidad de que dichos usuarios –ubicados en la zona de concesión de Electro Dunas y cuya demanda oscila entre los 200 kW y 2500 kW– cambien su condición a libres y contraten el suministro de energía con ella. Sin embargo, luego de que los referidos usuarios le comunicaban a Electro Dunas su decisión de cambiar su condición a libres y que la migración se haría efectiva en el plazo de un año de acuerdo con el marco regulatorio, Electro Dunas les ofrecía la migración inmediata, entre otras condiciones, con la finalidad de que permanezcan en su cartera de usuarios.
- Concretamente, cuando los usuarios regulados Mercurio E.I.R.L. (en adelante, Mercurio), Cables Eléctricos Brande S.A.C. (en adelante, Brande) y Procesadora Alonso S.A.C. (en adelante, Procesadora Alonso) le comunicaron a Electro Dunas su intención de cambiar su condición a usuarios libres contratando el suministro de energía con Atria Energía, Electro Dunas les ofreció migrarlos al mercado libre con ella de forma inmediata. Incluso, este ofrecimiento habría generado que Mercurio incumpla el contrato de suministro suscrito con Atria Energía.
- Así, Electro Dunas utiliza su posición de dominio en el mercado de distribución en su zona de concesión, para afectar negativa e ilegalmente las condiciones de competencia en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres, en el que compite con Atria Energía y otros generadores. Dicha situación no puede ser superada o evitada por Atria Energía en tanto todos

los usuarios libres ubicados en la zona de concesión de Electro Dunas están conectados a su red de distribución y necesariamente deben emplear esa red para recibir la electricidad de cualquier suministrador.

2. El 15 de marzo de 2019, Atria Energía complementó su denuncia indicando lo siguiente:

- El mecanismo anticompetitivo de Electro Dunas consiste en interferir en la relación contractual de los usuarios que deciden migrar al mercado libre contratando a un competidor de Electro Dunas, ofreciendo un descuento selectivo del precio al usuario que pretende migrar, con la única finalidad de igualar o mejorar el precio ofrecido por el competidor y excluirlo del mercado, pese a conocer que dicho competidor ya celebró un contrato de suministro con el referido usuario y únicamente se encuentra esperando la fecha para el inicio del suministro.
- Electro Dunas ofrece en los contratos de suministro que celebra con sus usuarios una «cláusula de nación más favorecida» que solo aplica para sus usuarios libres. Concretamente, Electro Dunas afirma que no existen mejores condiciones de calidad para sus usuarios libres, pero les ofrece que, en caso el cliente detecte mejores condiciones ofrecidas a otro cliente, las mismas condiciones se le aplicarían inmediatamente.
- Una vez alcanzado el objetivo de Electro Dunas de que el usuario libre termine su contrato con el competidor para permanecer como su cliente, Electro Dunas niega las lecturas del suministro de dicho usuario a su competidor, eliminando así toda posibilidad de que el competidor pueda contratar con el usuario, pese a que los usuarios libres pueden mantener una relación con dos o más suministradores.

3. Posteriormente, la Dirección realizó las siguientes actuaciones en el marco del presente procedimiento:

- Citó a Electro Dunas a una entrevista, la cual se llevó a cabo el 30 de octubre de 2019.
- Remitió un requerimiento de información a Atria Energía con el objetivo de reunir mayores elementos de juicio en relación con su denuncia, el cual fue atendido el 28 de octubre de 2019.
- Solicitó a Atria Energía aclarar determinados aspectos referidos a su escrito del 28 de octubre de 2019, requerimiento atendido el 14 de noviembre de 2019.
- Citó a Mercurio a una entrevista, la cual se llevó a cabo el 10 de enero de 2020.

4. Mediante Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI, la Dirección resolvió no admitir a trámite la denuncia formulada por Atria Energía, al no haberse acreditado la existencia de indicios razonables acerca de un supuesto abuso de posición de dominio por parte de Electro Dunas.

La Dirección consideró que no era posible afirmar que Electro Dunas había generado un efecto excluyente en el mercado, al exonerar del plazo del preaviso de un año que se establece en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres a aquellos usuarios regulados que decidían contratar con dicha empresa y por el contrario exigir el cumplimiento de dicho plazo a aquellos usuarios que optaban por cambiar de suministrador de energía.

Para la Dirección, si bien Electro Dunas tendría una participación importante en el mercado de suministro de energía de usuarios regulados que tienen la posibilidad de cambiar su condición a usuario libre, no sería necesariamente consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso, sino de los precios competitivos ofrecidos por dicha empresa, los cuales eran los más bajos del mercado en comparación con los ofrecidos por algunas generadoras.

5. El 14 de julio de 2020, Atria Energía interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI.
6. Mediante Resolución 031-2021/SDC-INDECOPI, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi (en adelante, la Sala) resolvió el recurso de apelación formulado por Atria Energía contra la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI, revocándola en el extremo que declaró improcedente la denuncia por abuso de posición de dominio contra Electro Dunas por la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, consistente en la exoneración del plazo de preaviso para que los usuarios regulados cambien a la condición de usuarios libres, dependiendo de si estos deciden continuar contratando con la empresa denunciada, y confirmó dicha resolución en sus demás extremos⁴. Asimismo, en el tercer punto resolutivo de dicha decisión, la Sala ordenó a la Dirección admitir a trámite la denuncia presentada por Atria Energía, señalando lo siguiente:

«[S]e REVOCA la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI del 13 de marzo de 2020 en el extremo que declaró IMPROCEDENTE la denuncia por actos de abuso de posición de dominio, con relación a la presunta aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes consistentes en la exoneración del plazo de preaviso para que los usuarios regulados pasen a tener la condición de clientes libres, dependiendo de si estos deciden continuar contratando con la empresa denunciada. Este supuesto estaría tipificado en el literal b) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA. Por consiguiente, se ordena que la autoridad competente admita a trámite este extremo de la denuncia.

Esta Sala considera indiciariamente que la exoneración del plazo de preaviso a favor de los clientes que permanezcan con la denunciada y no para aquellos clientes que opten por alguna otra empresa competidora (como Atria Energía S.A.C.), podría tener una incidencia sobre tales clientes al momento de seleccionar a la empresa proveedora de energía eléctrica. Esto, en la medida de que dicha presunta diferenciación implicaría que quienes contraten con la denunciada accederían

⁴ La Sala confirmó la Resolución 006-2020/ST-CLC-INDECOPI en los extremos que declaró improcedente la denuncia por actos de abuso de posición de dominio, con relación a la presunta aplicación de condiciones desiguales consistentes en supuestos descuentos y rebajas de precios, lo cual estaría tipificado en el literal b) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la supuesta negativa de proporcionar información a Atria Energía para que pueda emitir la facturación a sus usuarios, supuesto que estaría tipificado en el literal h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

inmediatamente a los precios competitivos existentes en el mercado de clientes libres y los demás tendrían que esperar un año.

Asimismo, es importante anotar que la exoneración cuestionada obedecería a una decisión unilateral de la empresa denunciada, valiéndose de su posición dominante en otro mercado conexo. Por tanto, se considera -a nivel indiciario- que esta presunta conducta podría restringir la competencia en el mercado de usuarios regulados que migran a ser clientes libres, afectando a los competidores de Electro Dunas S.A.A. (como Atria Energía S.A.C.) y, por ende, generar un efecto exclusorio».

[Énfasis agregado]

7. Mediante la Resolución de Inicio, la Dirección resolvió iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Electro Dunas por la presunta realización de un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, consistentes en la exoneración del plazo de preaviso para que los usuarios regulados pasaran a tener la condición de usuarios libres, dependiendo de si estos decidían continuar contratando con la empresa denunciada o con un competidor.

Conforme a la Resolución de Inicio, la infracción imputada a Electro Dunas se encontraba tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA⁵.

8. La Resolución de Inicio fue notificada a Electro Dunas el 25 de enero de 2022, indicándole su derecho a presentar descargos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.1 del TUO de la LRCA. En la misma fecha, la Resolución de Inicio también fue notificada a Atria Energía.
9. Mediante escritos del 2 y 8 de febrero de 2022, Atria Energía y Electro Dunas, respectivamente, designaron a sus representantes y fijaron su domicilio procesal electrónico.

⁵ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

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

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

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

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

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

10. Mediante escrito de fecha 7 de marzo de 2022, Electro Dunas presentó sus descargos a la Resolución de Inicio, contradiciendo la denuncia presentada por Atria Energía y los argumentos establecidos en dicha decisión. Al respecto, Electro Dunas señaló lo siguiente:

- Conforme a la normativa del sector eléctrico, existen los siguientes grupos de usuarios: (i) los usuarios regulados que tienen una demanda máxima menor a 200 kW por punto de suministro, (ii) los usuarios libres que tienen una demanda máxima superior a 2500 kW por punto de suministro y (iii) los usuarios optativos que consumen entre 200 kW y 2500 kW y tienen la opción de decidir su condición de usuario libre o regulado.
- La definición del mercado relevante según la Resolución de Inicio es limitada e incorrecta. El mercado relevante debería ser el de suministro de energía eléctrica a usuarios cuya demanda máxima anual se encuentra entre los 200 kW y 2500 kW, comprendiendo este tanto a los usuarios libres como regulados, y el alcance geográfico debería trascender al área de concesión de Electro Dunas.
- Si se considerase la definición de mercado propuesta, no se cumpliría con acreditar que Electro Dunas cuenta con posición de dominio. Ello en tanto: (i) la participación de Electro Dunas en el referido mercado es baja, pues operan otras generadoras que suministran electricidad a los usuarios optativos y (ii) la regulación restringe el poder de negociación de Electro Dunas sobre los usuarios optativos regulados, ya que, de acuerdo con el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, Ley de Concesiones Eléctricas), Electro Dunas tiene la obligación de firmar compromisos con generadoras para abastecer a los usuarios regulados por lo menos durante dos (2) años.

Respecto del punto (ii), los usuarios optativos son los que cuentan con poder de negociación sobre Electro Dunas, al tener la posibilidad de sustituirlo por otro proveedor y, si bien deben dar preaviso de al menos un (1) año en caso opten por un cambio de suministrador, dicho plazo de preaviso compensa el sobre costo por la potencia ya contratada por Electro Dunas.

- La conducta imputada en el procedimiento está amparada en la Ley 28832, el Reglamento de Usuarios Libres, así como pronunciamientos del Osinergmin como el Oficio N° 3086-2018-OS-DSE del 9 de octubre de 2018 y atiende a una racionalidad sistemática.
- Sobre el derecho de Electro Dunas a ofrecer la exoneración, la posibilidad de que los usuarios regulados migren al libre expone a la distribuidora al riesgo de enfrentar diversos costos que deben ser atenuados como: (i) costo de un exceso de potencia contratada y (ii) costo en la gestión de contratos de suministro con empresas generadoras. En esa línea, la exoneración del plazo de preaviso es un derecho reconocido a las distribuidoras a efectos de que puedan revisar y adecuar sus políticas comerciales ante la partida de un cliente. Por lo expuesto, la conducta realizada por Electro Dunas es razonable comercialmente, proporcional y atendible y no es posible que se sancione a un administrado por el ejercicio regular de un derecho.

- Asimismo, no se ha evidenciado un nexo causal entre la conducta y los efectos en el mercado de suministro de electricidad a usuarios libres, es decir, no se registra evidencia de que la exoneración haya generado que los usuarios optativos permanezcan con Electro Dunas en lugar de contratar con otro proveedor de electricidad. Aún más, otros factores, como el ofrecimiento de precios más bajos que los de su competencia, habrían sido razones para la permanencia de dichos usuarios.
 - En el supuesto negado que los usuarios que retuvo Electro Dunas hubieran basado su decisión en la exoneración de plazo, esta situación no habría generado una distorsión significativa en el mercado de suministro de energía en tanto los usuarios optativos exonerados por Electro Dunas no representan un peso importante con relación al total del mercado de suministro de energía a usuarios optativos libres. Por lo expuesto, la conducta no tiene el potencial de afectar la competencia de forma significativa en el presunto mercado afectado.
11. Mediante Cartas 263 y 264-2022/DLC-INDECOPI, notificadas el 14 de marzo de 2022, la Dirección informó a las partes del procedimiento acerca del inicio del periodo de prueba.
12. Mediante Carta 296-2022/DLC-INDECOPI del 18 de marzo de 2022, la Dirección requirió a Electro Dunas presentar información contractual y/o comercial vinculada con los acuerdos efectuados con empresas generadoras para el suministro de energía de usuarios regulados y libres, información variada sobre modificación de contratos a partir de migración de usuarios regulados hacia el mercado libre, así como data estadística de los cambios de condición. El 8 de abril de 2022 y 24 de mayo de 2022, Electro Dunas cumplió con atender el requerimiento de información⁶.
13. El 10 de abril de 2022, Atria Energía absolvió los descargos presentados por Electro Dunas y formuló los siguientes argumentos:
- Electro Dunas ha aplicado el remedio de preaviso de un (1) año de manera desleal discriminatoria y anticompetitiva, en tanto solo ha exigido el plazo de preaviso a los usuarios regulados que han optado por migrar con otros suministradores.
 - Respecto de la postura de Electro Dunas referente a que el marco normativo vigente y el Oficio 3086-2018-OS-DSE reconocen un derecho a favor de Electro Dunas consistente en exonerar el plazo de preaviso, los referidos documentos no hacen referencia a un supuesto excepcional de trato a favor de los usuarios regulados que migran al mercado libre con Electro Dunas. Al respecto, dicha exoneración, en caso hubiera sido permitida, conforme a criterio establecido en la Resolución 0479-2014/SDC-INDECOPI, debería haber sido establecida mediante una autorización legal expresa.

⁶ Electro Dunas solicitó dos (2) prórrogas de plazo para atender el requerimiento de información mediante escritos del 8 de abril y 5 de mayo de 2022, atendidas mediante Cartas 418 y 469-2022/DLC-INDECOPI.

- Además, la conducta sancionable no es la exoneración en sí misma, sino la aplicación discriminatoria y arbitraria por parte de Electro Dunas.
- Asimismo, aun en el supuesto que Osinergmin hubiese validado la exoneración a sus usuarios del plazo de preaviso, ello no podría entenderse como una autorización para aplicar la exoneración de manera discriminatoria. Sobre el particular, Electro Dunas, al ser un agente con posición de dominio que actúa en mercados conexos, tiene la obligación especial de no emplear una norma regulatoria de manera arbitraria y discriminatoria.
- Por otro lado, respecto de la afirmación de Electro Dunas de que la exoneración de plazo del preaviso se aplica a los usuarios que continuarán utilizando la potencia contratada por Electro Dunas con la generadora, dicha afirmación resulta falsa, en tanto el distribuidor no puede atender ambos mercados con el mismo contrato de suministro.
- Sobre el mercado relevante y la posición de Electro Dunas, la conducta anticompetitiva se produce de manera previa a la migración de los usuarios al mercado libre y que al único proveedor al cual estos usuarios regulados pueden solicitar el cambio de condición es a Electro Dunas. Así, la exoneración del plazo de preaviso no es una conducta que se ejecutaría en el mercado libre, sino que solo es observable en la relación entre Electro Dunas y sus usuarios regulados en su zona de concesión que han decidido migrar al mercado libre. Por lo expuesto, la Resolución de Inicio ha definido correctamente el mercado relevante y no podría abarcar a todos los usuarios regulados y libres, ni trascender la zona de concesión de Electro Dunas.
- Sobre la no acreditación del trato diferenciado, respecto de un único servicio como es el suministro de energía a usuarios regulados y que abarca la recepción de solicitudes de migración, Electro Dunas aplica condiciones distintas. Mientras que a los usuarios regulados que migran con Electro Dunas les exonera del plazo de preaviso, a los usuarios regulados que optan por un nuevo suministrador, les exige el plazo.
- Sobre la evidencia de nexo causal entre la conducta de exoneración de plazo y la decisión de los usuarios optativos de migrar con Electro Dunas, de la información disponible en la Resolución de Inicio, ha quedado demostrado que el comportamiento de los usuarios varió debido al inicio de la política de Electro Dunas de exonerar el plazo de preaviso y, por ese motivo, se trata de una condición decisiva para los usuarios que optaban por migrar.
- Finalmente, Electro Dunas continúa cometiendo la presunta infracción imputada en la Resolución de Inicio, toda vez que:
 - En enero de 2022, la empresa El Pedregal S.A. solicitó propuestas para la migración de dos suministros regulados al mercado libre de electricidad que fueron atendidas por Atria Energía, Electro Dunas y otros suministradores, optando finalmente por Electro Dunas.

- El contrato de suministro fue suscrito el 28 de febrero de 2022 y se consignó que el inicio del suministro sería el 1 de febrero de 2022, resultando evidente la exoneración del plazo de preaviso por parte de Electro Dunas a la empresa El Pedregal S.A.
14. Mediante escrito del 22 de abril de 2022, Electro Dunas solicitó a la Dirección que se le remitiera el archivo Excel o Stata empleado para elaborar las Tablas 4, 5, 6 y 7 de la Resolución de Inicio, así como tener una reunión a efectos de consultar sobre la metodología que se siguió para elaborar las hojas de cálculo. La solicitud fue atendida mediante Carta 450-2022/DLC-INDECOPI del 29 de abril de 2022, mediante la cual la Dirección remitió lo solicitado y convocó a Electro Dunas a una reunión virtual para el 5 de mayo de 2022.
 15. Mediante escrito del 9 de mayo de 2022, Electro Dunas solicitó a la Dirección que se le remitiera el archivo do file con el procedimiento que se empleó para limpiar las bases originales de los «boletines mensuales» del Osinergmin y los do files o metodología empleada para arribar a los resultados establecidos en las Tablas 4, 5, 6, 7 y 8 de la Resolución de Inicio. La solicitud fue atendida mediante Carta 533-2022/DLC-INDECOPI del 23 de mayo de 2022 dirigida a Electro Dunas, y también fue remitida a Atria Energía mediante Carta 534-2022/DLC-INDECOPI, notificada en la misma fecha⁷.
 16. Mediante Resolución 026-2022/CLC-INDECOPI del 19 de mayo de 2022, se aprobó la solicitud de abstención planteada por la señora Nancy Aracelli Laca Ramos, miembro de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, a efectos de abstenerse del conocimiento del procedimiento seguido contra Electro Dunas bajo el Expediente 009-2021/CLC-INDECOPI.
 17. El 26 de agosto de 2022, mediante Carta 1036-2022/DLC-INDECOPI, la Dirección convocó a Electro Dunas a una entrevista a desarrollarse el 6 de setiembre de 2022. La entrevista se realizó en la fecha referida y fue grabada.
 18. Mediante 1059-2022/DLC-INDECOPI, notificada el 7 de setiembre de 2022, la Dirección solicitó a Electro Dunas presentar información relacionada con (i) documentación que sustente el proceso de migración de usuarios regulados que cambiaron su condición a libre, manteniendo a Electro Dunas como suministrador; (ii) remisión de los contratos firmados con los usuarios objeto del punto (i); y, (iii) la descripción del proceso de migración de usuarios regulados que cambiaron su condición a libre de Electro Dunas. Mediante escritos del 28 de setiembre y 18 de octubre de 2022, Electro Dunas atendió el requerimiento de información⁸.
 19. Mediante diversas cartas notificadas entre el 21 y 29 de setiembre de 2022, la Dirección requirió información a diversas empresas sobre la documentación que sustentó su proceso de migración como usuario regulado de electricidad que

⁷ Cabe precisar que los documentos fueron incorporados al Expediente 009-2021/CLC-INDECOPI mediante Razón de Dirección 020-2022/DLC-INDECOPI del 13 de mayo de 2022.

⁸ Considerando la prórroga de plazo solicitada por Electro Dunas concedida por la Dirección mediante Carta 1203-2022/DLC-INDECOPI.

cambió su condición a cliente libre, eligiendo suministrador a Electro Dunas o a otra empresa⁹. Dichos requerimientos fueron atendidos entre el 28 de setiembre y el 5 de octubre de 2022.

20. El 28 de setiembre de 2022, Electro Dunas presentó una ampliación de descargos, en la cual desarrolló los siguientes puntos:

- Reiteró que la Dirección habría delimitado de manera incorrecta el mercado relevante, sobredimensionando su participación y poder de mercado. Una correcta delimitación permitiría verificar que Electro Dunas no cuenta con posición de dominio.
- La aplicación del plazo de preaviso no puede ser considerada como abusiva ni anticompetitiva, en tanto emana del marco normativo previsto para el supuesto de terminación unilateral del suministro regulado por parte del usuario. Al respecto, el marco normativo reconoce el plazo de preaviso como una medida que busca proteger al suministrador actual, es decir, a aquella distribuidora que atiende en el mercado regulado al usuario optativo que ha decidido migrar al segmento libre. Dicho marco normativo comprende tanto lo dispuesto en la Ley 28832, el Reglamento de Usuarios Libres, como los pronunciamientos del Osinergmin mediante Oficio 3086-2018-OS-DSE del 9 de octubre de 2018 y la exposición de motivos publicada por Resolución Ministerial 227-2022-MINEM, que busca modificar lo previsto sobre el cambio de condición de los usuarios optativos según la Ley 28832. Por ello, en línea con lo expuesto a nivel normativo y regulatorio, su trato no puede ser calificado de discriminatorio, sino que responde a la existencia de estrategias comerciales razonables y legítimas.
- Resulta incorrecto sostener que el plazo de preaviso deba ser exigido tanto ante un supuesto de cambio de condición unilateral (migración del usuario con otra empresa), como ante un cambio de condición convencional (migración del usuario con el distribuidor de su zona de concesión), debido a que los efectos no son equivalentes en la esfera de una empresa de distribución. En la resolución convencional no existiría una disrupción abrupta en la esfera jurídica de alguna de las partes, pues el fin del vínculo contractual se origina en la decisión libre, voluntaria e informada de los sujetos y dependerá de ellos, en caso lo hubiere, la asignación de los costos de transacción. Esta situación no ocurre en el caso de resolución unilateral, en la cual, en aplicación del principio de buena fe, se ha previsto la exigencia de requisitos para tutelar a la parte afectada que sería en este caso Electro Dunas.
- Por otro lado, los resultados comerciales que Electro Dunas habría obtenido son el resultado de estrategias comerciales que habrían implicado la revisión de su estructura de costos y la diversificación de sus actividades, logrando así la preferencia de usuarios sobre la base de una oferta comercial con menores precios.

⁹ A través de las Cartas 1117, 1118, 1119, 1120, 1121, 1122, 1123, 1125, 1126, 1127, 1128, 1129, 1130, 1131, 1333, 1134, 1135, 1136 y 1145-2022/DLC-INDECOPI.

- Asimismo, Electro Dunas se diferencia de otras distribuidoras estatales cuya gestión no persigue, necesariamente, los objetivos que tienen las empresas de índole privada, ni aplicarían estrategias comerciales como las realizadas por Electro Dunas.
 - Asimismo, mediante el mismo escrito, Electro Dunas incorporó el informe «Asesoría económica en la investigación del Indecopi por un presunto caso de abuso de posición de dominio en el mercado eléctrico» elaborado por Apoyo Consultoría.
21. Mediante Cartas 1221 y 1222-2022/DLC-INDECOPI notificadas el 19 de octubre de 2022 se informó a Electro Dunas y Atria Energía que el período de prueba había concluido y que la Dirección procedería a emitir el Informe Técnico.
22. Mediante Resoluciones 102, 103 y 104-2022/DLC-INDECOPI del 23 de noviembre de 2022, la Dirección resolvió las solicitudes de confidencialidad presentadas por Electro Dunas durante el trámite del procedimiento.
23. En el Informe Técnico, la Dirección sustentó su opinión técnica en relación con los diversos aspectos del presente procedimiento y recomendó a la Comisión lo siguiente:
- i. Declarar fundada la denuncia interpuesta por Atria Energía en contra de Electro Dunas por 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 los usuarios regulados que poseen una demanda de potencia entre 200 kW y 2 500 kW, con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres. Esta infracción se acredita, en específico, por exonerar de manera selectiva, injustificada y discriminatoria del plazo del preaviso de un año prevista en el artículo 4 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 este requisito a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores. Esta conducta se encuentra tipificada como infracción en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - ii. Declarar que la infracción acreditada es grave e imponer una multa a Electro Dunas de 133,30 UIT, ascendente en la fecha de emisión del presente informe a S/ 613 198,57 (seiscientos trece mil ciento noventa y ocho con 57/100 soles).
 - iii. Monitorear las recomendaciones brindadas al Ministerio de Energía y Minas, así como gestionar las acciones necesarias con otras entidades de la Administración Pública en atención al reporte «Mercado de venta de electricidad a usuarios finales» elaborado por la Comisión de Defensa de Libre Competencia.

24. El Informe Técnico fue notificado a Electro Dunas y Atria Energía mediante Notificaciones 382 y 383-2022/DLC-INDECOPI, enviadas por correo electrónico el 28 de noviembre de 2022.
25. Mediante Razón de Dirección 051-2022/DLC-INDECOPI del 2 de diciembre de 2022, se incorporó al procedimiento administrativo sancionador una copia del documento denominado "Reporte del mercado de venta de electricidad a usuarios finales", elaborado por el Indecopi.
26. Mediante escrito del 5 de diciembre de 2022, Electro Dunas solicitó que: (i) se le notificara el archivo Excel/Stata utilizado para llegar a los resultados de los cuadros 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Informe Técnico; la metodología empleada para establecer los rangos de precios medios; así como el listado de los doce (12) usuarios cuyos contratos habrían culminado entre enero de 2020 y junio de 2022; y, (ii) se le brindara nuevamente el plazo legal previsto en el artículo 36.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas para la presentación de sus alegatos. La solicitud fue atendida mediante Carta 1541-2022/DLC-INDECOPI del 13 de diciembre de 2022, mediante la cual la Dirección remitió a Electro Dunas lo solicitado y denegó su solicitud de otorgamiento de un nuevo plazo legal para la presentación de sus descargos.
27. Mediante escrito del 12 de enero de 2023, Atria Energía presentó alegaciones al Informe Técnico señalando lo siguiente:
- Electro Dunas utilizaba su posición de dominio en el mercado de suministro a usuarios regulados para afectar las condiciones de competencia en el mercado de suministro a usuarios libres, en el cual compete con Atria Energía y otros generadores.
 - Dicha situación no podía ser evitada o superada por Atria Energía, pues todos los usuarios libres ubicados en el área de concesión de Electro Dunas estaban conectados a la red de distribución de dicha empresa y debían utilizar esa red para recibir el suministro de cualquier generador.
 - La Dirección pudo verificar que, entre los años 2017 y 2021, el número de usuarios libres de Electro Dunas pasó de 8 a 106. Hasta dicho momento, la posición de dominio de Electro Dunas no solo había sido delimitada por la Dirección, sino también la afectación de su conducta en un mercado conexo al mercado relevante en el que opera.
 - Electro Dunas admitía haber ofrecido un trato diferenciado a los clientes que permanecían en su cartera, bajo la justificación de que la normativa aplicable se los permitiría. Al respecto, que el Reglamento de Usuarios Libres establezca los mismos requisitos para las generadoras y distribuidoras, no resulta razón suficiente para sustentar que esto tenga por finalidad otorgar una ventaja competitiva para las últimas, por lo que no existía ninguna norma que habilitase a Electro Dunas a realizar el tratamiento diferenciado.
 - La existencia de dicho trato diferenciado se acreditaba con las afirmaciones de Electro Dunas y se trata de una política comercial con la cual la empresa

capturaba una porción importante del mercado, ventaja que no podía ser replicada por ninguno de sus competidores.

- Si bien Electro Dunas podía establecer como política comercial la exoneración del plazo de preaviso, era ilegal que lo haga de forma discriminatoria y anticompetitiva.
 - Sobre los efectos anticompetitivos de la conducta de Electro Dunas, el análisis elaborado por la Dirección era acertado en la medida que reflejaba, con el debido sustento económico, una de las muchas ventajas que utilizaba Electro Dunas para mantener indebidamente a los clientes que migran al mercado libre dentro de su cartera, aprovechándose de las ventajas que solo esta podía ofrecer debido a la conexión física irrenunciable de estos clientes a sus redes de suministro.
 - El hecho de que las empresas generadoras nunca tengan contacto físico con el cliente, ya que suministran electricidad a través de la red del distribuidor, permitía que Electro Dunas emplee tácticas abusivas como las exoneraciones a su favor.
 - Finalmente, solicitó a la Comisión el uso de la palabra para la exposición de sus argumentos y alegaciones.
28. Mediante escrito del 16 de enero de 2023, Electro Dunas solicitó el uso de la palabra a la Comisión a efectos de exponer sus alegatos al Informe Técnico. Asimismo, dicha empresa se ratificó en todos los argumentos presentados a lo largo del procedimiento, contenidos en los escritos 3 y 8 del 7 de marzo y 28 de setiembre de 2022, respectivamente.
29. Posteriormente, el 24 de enero de 2023 se citó a las partes a la audiencia de informe oral¹⁰, la cual se llevó a cabo el 1 de febrero de 2023, donde hicieron uso de la palabra los representantes de Electro Dunas y Atria Energía¹¹.
30. Mediante Resolución 006-2023/DLC-INDECOPI del 3 de febrero de 2023, la Dirección declaró que las Resoluciones 102-2022/DLC-INDECOPI y 103-2022/DLC-INDECOPI del 23 de noviembre de 2022 habían quedado consentidas y, por lo tanto, firmes en todos sus extremos.
31. El 6 de febrero de 2023, Atria Energía remitió la presentación utilizada en la audiencia de informe oral.
32. Mediante Cartas 112 y 113-2023/DLC-INDECOPI del 7 de febrero de 2023, la Dirección informó a Atria Energía y Electro Dunas, respectivamente, que podían

¹⁰ Mediante Cartas 051-2023/DLC-INDECOPI y 054-2023/DLC-INDECOPI, se citó al informe oral a Atria Energía y a Electro Dunas, respectivamente.

¹¹ Mediante escritos del 25 y 30 de enero de 2023, Atria Energía y Electro Dunas acreditaron representantes para la audiencia de informe oral, respectivamente.



presentar alegatos finales en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados a partir de la realización de dicha audiencia.

33. Mediante escrito del 8 de febrero de 2023, Electro Dunas remitió la presentación utilizada en la audiencia de informe oral.
34. El 15 de febrero de 2023, Electro Dunas presentó sus alegatos finales al Informe Técnico, señalando lo siguiente:

▪ Sobre la definición del mercado relevante realizada por la Dirección:

- Una correcta delimitación del mercado relevante debió incluir no solo a los usuarios regulados, sino también a los optativos regulados y libres conforme a la prueba SSNIP.
- En consecuencia, el mercado geográfico era de alcance nacional pues cualquier distribuidor podía atender a los usuarios optativos libres, al estar todos conectados al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional.

▪ Sobre la no aplicación de un trato desigual por parte de Electro Dunas

- Si bien el ordenamiento jurídico peruano, así como los ordenamientos de la mayoría de los países de tradición romano-germánica, preveía un plazo de preaviso para la resolución unilateral de cualquier contrato a plazo indeterminado, aquel no era exigible para la resolución convencional.
- En efecto, la exigencia de un plazo de preaviso se justificaba en la resolución unilateral de un contrato pues permitía a la parte afectada adoptar medidas que mitigaran los efectos de dicha decisión abrupta e intempestiva. Por el contrario, tal exigencia no se justificaba en un supuesto de resolución convencional del contrato, al no presentarse dicha circunstancia de terminación abrupta e intempestiva, siendo que los efectos de la terminación contractual eran internalizados por ambas partes.

Por ejemplo, cuando un inquilino acordaba con su arrendador la migración a otra unidad inmobiliaria, la resolución convencional del contrato de arrendamiento no generaba los efectos de una terminación contractual abrupta e intempestiva en la esfera del arrendador, pues las partes consensualmente aceptaban el cambio y, por tanto, no era exigible que el inquilino cumpliera con el plazo de preaviso.

En términos similares, la resolución convencional del contrato de trabajo no generaba los mismos efectos de una resolución unilateral y abrupta en la esfera del empleador porque, ante la voluntad del trabajador de migrar a otro puesto, tal empleador asumía los costos asociados a dicha decisión, no siendo exigible un plazo de preaviso.

- En el presente caso, cuando un usuario migraba con el propio distribuidor dentro de la zona de concesión, no se generaba un perjuicio en la esfera económica del distribuidor pues el margen regulado se compensaba con el

margen comercial del suministro de energía en el segmento libre y finalmente los costos de la migración eran internalizados por dicho distribuidor.

- Por lo tanto, en el presente caso nos encontramos ante un supuesto de resolución contractual convencional donde no es exigible el plazo de preaviso. En tal sentido, la Dirección había pretendido equivocadamente equiparar los efectos de una resolución contractual unilateral a los de una resolución convencional en la esfera de una empresa distribuidora.
- Sobre los precios promedio
 - El Informe Técnico omitió evaluar los precios más bajos de Electro Dunas y los precios más altos de la competencia. En tal sentido, era evidente que la Dirección concluiría que los precios de Electro Dunas fueran más altos, en comparación con los precios bajos de la competencia.
 - Por ejemplo, en el gráfico ubicado en la página 7, los precios medios de Electro Dunas, en el periodo del 2018 al 2020, llegaron a ser más de 2.00 cts. S/ /kWh más bajos que los de su competencia.
- Sobre el comportamiento de Electro Dunas entre los años 2016 y 2017
 - El Informe Técnico omitió analizar dicho periodo, siendo que Electro Dunas únicamente contrató con un usuario optativo libre en el año 2017.
 - En tal sentido, el hecho de que no haya migrado decenas de clientes en los años previos al 2018 evidencia, por sí solo, que la "exoneración" del plazo de preaviso no fue una de las variables determinantes para los usuarios optativos que decidieron mantener a Electro Dunas como suministrador pues, de haberlo sido, estos hubieran migrado masivamente con Electro Dunas en los años 2016 y 2017.
- Sobre el comportamiento de Electro Dunas después del año 2020
 - El Informe Técnico ignoraba los resultados comerciales de Electro Dunas posteriores al 2020, con excepción de 2 casos de no renovación de usuarios "libres" utilizados para sustentar su hipótesis anticompetitiva, pero que se explican por razones ajenas al plazo de preaviso.
 - En tal sentido, se omitió considerar, por ejemplo, que en tal periodo Electro Dunas renovó contratos con 34 usuarios al finalizar la vigencia de sus contratos "libres" originales.
 - Así, Electro Dunas volvió a contratar con estos usuarios cuando "el año de preaviso" ni siquiera podría ser una variable en la contratación, lo que evidencia que el plazo sobre el que se erige la hipótesis anticompetitiva no es una condición determinante de los resultados comerciales de Electro Dunas.

Adicionalmente, Electro Dunas solicitó la confidencialidad de los Anexos 16-A, 16-B, 16-C, los párrafos quinto y sexto de la sección 4.2 y los párrafos tercero y cuarto de la sección 4.3 del referido escrito¹².

35. En la misma fecha, Atria Energía presentó sus alegatos finales al Informe Técnico, reiterando los argumentos expuestos por la Dirección. Adicionalmente, señalaron lo siguiente:

- Las afirmaciones de Electro Dunas en la audiencia de informe oral en relación con la definición del mercado relevante, la exoneración del plazo de preaviso y el análisis de precio son tendenciosas, en la medida que pretenden mostrar a la Dirección como un órgano que ha llevado a cabo una investigación descuidada, llegando incluso a sostener que habría ocultado información.
- Si Electro Dunas consideraba que tal información no había sido analizada de manera correcta o que no se había aplicado una metodología adecuada, hubiera podido cuestionarla con argumentos técnicos y legales adecuados; sin embargo, no logró aportar verdaderos elementos de juicio para rebatir la investigación de la Dirección.
- Resultaba incuestionable que el mercado geográfico relevante sea la zona de concesión de Electro Dunas y no todo el territorio nacional, pues no existía proveedor alternativo de suministro a usuarios regulados que posean una demanda entre 200 kW y 2500 kW.

Asimismo, la posición de dominio de Electro Dunas en el mercado producto relevante estaba dada por la ley, por lo que el mercado geográfico relevante tenía que limitarse al área de concesión de Electro Dunas.

- En consecuencia, resultaba evidente que la determinación del mercado relevante efectuada por la Dirección era correcta. En tal sentido, la delimitación no debería modificarse para incluir también a los usuarios libres, en tanto la conducta denunciada se materializaba cuando el distribuidor es el único proveedor que puede suministrar electricidad, esto es, cuando los usuarios tenían la condición de regulados.
- En relación con la exoneración del plazo de preaviso, Electro Dunas había defendido que la exoneración era "su derecho" y que se trataba de una de las características de su oferta pues por precio no podían competir con los generadores. En tal sentido, con ese ofrecimiento de traspaso inmediato al mercado libre, retenían al cliente y cobraban precios que permitían obtener ganancias y compensar la pérdida de otro mercado.
- En la audiencia de informe oral, Electro Dunas trató de equiparar al contrato de suministro de energía eléctrica de un distribuidor y un usuario regulado,

¹²

Cabe precisar que, el 6 de febrero de 2023, Electro Dunas presentó un escrito complementario a través del cual subsanó la referida solicitud de confidencialidad, adjuntando el resumen no confidencial de los párrafos quinto y sexto de la sección 4.2 y los párrafos tercero y cuarto de la sección 4.3 del escrito del 15 de febrero de 2023.

con contratos no regulados, como el contrato de arrendamiento de bien inmueble o el contrato de trabajo.

Sin embargo, Electro Dunas no explicó cómo es que sería correcto – sin la existencia de una cláusula o pacto – tratar discriminatoriamente (para la aplicación o no del plazo de preaviso) a sus usuarios regulados, considerando que estos estarían obligados a contratar con el distribuidor suministrador en el marco de una relación de servicio público.

- Por tanto, este caso no se trataría de la aplicación o no de un pacto o cláusula contractual – que, por lo demás, no existe – sino que consistiría en la aplicación de una condición regulatoria que establece que todos los usuarios regulados que pretendan migrar a usuarios libres deben comunicarlo cumpliendo un plazo de preaviso establecido.
 - Finalmente, no podría considerarse que en este caso se hubiesen “ocultado datos”, en tanto la Dirección, a efectos de determinar la comisión de la conducta anticompetitiva denunciada, analizó la información correspondiente al periodo evaluado, en el cual se enmarcaba la comisión de los hechos denunciados, y expuso la metodología empleada de forma detallada.
36. Mediante Oficios 466-2023-OS-DSE y 496-2023-OS-DSE remitidos el 17 y 27 de marzo de 2023, respectivamente, la Gerencia de Supervisión de Electricidad absolvió la solicitud de información formulada por la Dirección¹³ a través del Oficio 023-2023/DLC-INDECOPI de fecha 9 de marzo de 2023, en el cual requirió se remitieran diversos contratos suscritos entre Electro Dunas y usuarios libres que no se encontraban publicados en la página web del Osinergmin.
37. Mediante la Resolución 054-2023/CLC-INDECOPI, del 16 de mayo de 2023, la Comisión se pronunció sobre la solicitud de confidencialidad presentada por Electro Dunas el 15 de febrero de 2023.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

38. La presente decisión tiene por objeto determinar si Electro Dunas incurrió en una práctica 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 infracción a lo dispuesto en los literales b) y h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA; y, de ser el caso, imponer las sanciones y medidas correctivas correspondientes.

¹³

Cabe precisar que de conformidad con el inciso i) del artículo 15.2. del TUO de la LRCA es atribución de la Dirección brindar el apoyo administrativo que requiera la Comisión.

III. MARCO TEÓRICO

3.1. Abuso de posición de dominio

39. El artículo 10.1 del TUO de la LRCA establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico que goza de posición de dominio en el mercado relevante restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. En la misma línea, el artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio contra competidores reales o potenciales del agente dominante en el mercado afectado para que se configure un abuso de posición de dominio.

40. De acuerdo con lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:

- a. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
- b. Que el supuesto infractor haya cometido una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia.
- c. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.

41. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad de afectar o distorsionar unilateralmente y en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del mercado. Esta capacidad puede ser consecuencia de factores como una importante participación de mercado, un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial. Si un agente no contara con posición de dominio, no podría analizarse si su conducta constituye un ejercicio abusivo de tal posición.

El cumplimiento de este requisito no puede evaluarse en abstracto, sino que debe analizarse en relación con un mercado específico. En ese sentido, para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor gozaría de dicha posición.

42. En lo que se refiere al segundo requisito, corresponde a la autoridad verificar la existencia de la conducta supuestamente abusiva. Estas restricciones indebidas a la competencia son aquellas conductas que, conforme a lo señalado en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, impiden o dificultan el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Al respecto, el artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas recoge ejemplos típicos de conductas abusivas, como la negativa de trato (literal a), la discriminación (literal b), las cláusulas de atadura (literal c) y el abuso de procesos legales (literal f). Sin embargo, este artículo también permite analizar otras conductas que no son señaladas expresamente pero que también tienen el

objetivo de impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores por razones diferentes a una mayor eficiencia económica (literal h).

Considerando que el análisis del efecto restrictivo, las posibles justificaciones de eficiencia que pueda sustentar la denunciada y el balance a cargo de la autoridad generalmente corresponden a la última etapa del análisis, en esta etapa corresponde a la autoridad esencialmente acreditar la existencia de la conducta cuestionada.

43. El tercer y último requisito exige que la conducta del presunto infractor le permita obtener beneficios y causar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio), por razones distintas a la mayor eficiencia económica. Es decir, debe producirse un efecto anticompetitivo neto.

El TUO de la LRCA exige la obtención de beneficios como explicación de la comisión de la conducta infractora, evitando perseguir aquellas conductas que no están en capacidad de reportarle beneficios al presunto infractor (conductas arbitrarias o irracionales). En esencia, estos beneficios derivan de que la presunta conducta abusiva restringió o pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas), en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos¹⁴ (es decir, que produjo un «efecto exclusorio»).

44. En otras palabras, para determinar la existencia de un efecto restrictivo, debe acreditarse que la conducta investigada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor o de alguna de sus empresas vinculadas (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o restringir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).
45. En la calificación de este requisito, debe verificarse una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre el presunto infractor y los presuntos afectados; además de la capacidad de la conducta investigada para afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

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

46. En la calificación de este requisito, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en una justificación comercial o de eficiencia válida y que, por lo tanto, responde a una mayor eficiencia económica, no se configurará un abuso de posición de dominio. Una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar de los

¹⁴ Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, considerando 65.

consumidores. Si el presunto infractor demostrase la introducción de eficiencias, estas deberán ser contrastadas con los efectos restrictivos de la conducta observados.

47. Este balance de efectos es consecuencia de lo establecido por el artículo 10.4 del TUO de la LRCA¹⁵, que establece que los casos de abuso de posición de dominio deben ser analizados a la luz de la «prohibición relativa». Conforme al artículo 9 de la referida norma¹⁶, la prohibición relativa exige a la autoridad probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores. De esta manera, si los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la conducta analizada son superiores a los posibles beneficios que podría generar, esta constituirá un abuso de posición de dominio.

48. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de manera concurrente. En tal sentido, bastará que no se acredite alguno de estos requisitos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

3.2. Trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes (Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas art. 10.2.b)

49. La autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual¹⁷ conforman la libertad de contratación, que se encuentra expresamente reconocida en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú¹⁸. No obstante, como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosos pronunciamientos¹⁹, las libertades contractuales están sujetas a determinados límites o deben ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico, como el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución²⁰.

¹⁵ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 10.- Del abuso de la posición de dominio.
10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

¹⁶ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 9.- Prohibición relativa.- En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, correspondiente al Expediente 4788-2005/PATC.

¹⁸ **Constitución Política del Perú**
Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

¹⁹ Ver, por ejemplo, la Sentencia recaída en el Expediente 2736-2004-AA del 16 de diciembre de 2005, fundamento 11; Sentencia recaída en el Expediente 00010-2014-PI/TC del 29 de enero de 2016, fundamento 6 del voto singular del magistrado Espinosa Saldaña; y, Sentencia recaída en el Expediente 03866-2006-AA/TC del 12 de noviembre de 2007, fundamento 17.

²⁰ **Constitución Política del Perú**

De esta manera, es posible afirmar que la libertad de contratación y la libertad contractual de la que goza todo agente económico pueden verse limitadas en aquellos supuestos en los que un agente económico que goza de una posición de dominio ejerce dichas libertades con el objeto o efecto de restringir de manera indebida la competencia en el mercado relevante.

50. Uno de los supuestos en que el ejercicio de la libertad contractual puede resultar incompatible con el marco jurídico de defensa de la competencia corresponde al de aquellas conductas por las cuales un agente dominante excluye del mercado a un competidor, directo o indirecto, real o potencial, mediante la contratación bajo condiciones discriminatorias que carecen de justificación. Este trato diferenciado o discriminatorio se encuentra recogido como una modalidad de abuso de posición de dominio en el literal b) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA en los siguientes términos:

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

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

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

51. En relación con esta modalidad puede observarse que no se encontrarán prohibidos aquellos tratos diferenciados, incluso aquellos realizados por un agente con posición de dominio, cuando se sustenten en justificaciones comerciales objetivas, en particular aquellas que tienen por objeto introducir eficiencias que puedan estimular la competencia en beneficio de los consumidores. En cambio, será reprochable aquel tratamiento discriminatorio que tenga por finalidad restringir de manera indebida la competencia para obtener beneficios y perjudicar a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, colocándolos de manera injustificada en una situación desventajosa frente a otros.
52. Como se puede apreciar, de manera similar a las otras modalidades de abuso de posición de dominio, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes se encuentra sujeta a una prohibición relativa (o «regla de la razón») pues únicamente resultará reprochable cuando dicho trato no se encuentre justificado, coloque a unos competidores en una situación desventajosa frente a otros y otorgue beneficios al agente dominante.

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

Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

53. Cabe agregar que, al evaluarse un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes, no resulta necesario que el agente dominante pruebe fehacientemente que su decisión de realizar un trato diferenciado era la más eficiente en el mercado, siendo suficiente que se trate de una decisión razonable considerando los fines válidos de su negocio.
54. Finalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 del TUO de la LRCA, la conducta analizada, además de ser injustificada, tiene que producir un efecto exclusorio, es decir, que debe estar en capacidad de generar un daño efectivo o potencial sobre uno o más competidores, limitando su capacidad de mantenerse en el mercado, provocando su salida o, incluso, limitando la entrada de competencia potencial.

IV. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

4.1. Posición de dominio de Electro Dunas en el mercado relevante y el mercado afectado.

4.1.1. Identificación del mercado relevante

55. Según el artículo 6 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, para definir el mercado relevante es necesario identificar el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante²¹.
56. En el presente caso, para la identificación del mercado de producto relevante y del mercado geográfico relevante, es necesario describir, en primer lugar, las actividades realizadas por las empresas involucradas.
57. Atria Energía, la denunciante, es una empresa dedicada a la generación y suministro de energía eléctrica mientras que Electro Dunas, la denunciada, es una empresa que realiza actividades de distribución y suministro de energía eléctrica.
58. En general, entre las actividades que una empresa de generación eléctrica puede realizar –adicionales a la propia generación de energía– se encuentran el suministro de energía a otra empresa de generación a través de negociaciones en el mercado spot; el suministro de energía a usuarios libres²² a través de contratos

²¹ **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.

²² De acuerdo con lo establecido por la Ley de Concesiones Eléctricas y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, los usuarios libres son aquellos cuya demanda máxima es superior a 2 500 KW por punto de

bilaterales negociados entre las partes; y, por último, el suministro de energía a empresas de distribución eléctrica para el suministro de sus usuarios a través de licitaciones o negociaciones bilaterales²³.

59. Por otro lado, las empresas de distribución brindan el servicio de distribución de energía eléctrica o transporte de energía a los usuarios finales que pueden ser regulados²⁴ o libres. Dicho servicio es prestado por la empresa distribuidora de manera exclusiva en su área de concesión²⁵. Adicionalmente, la empresa distribuidora suministra energía eléctrica a usuarios libres a través de contratos bilaterales negociados entre las partes, y se encarga de suministrar energía eléctrica a los usuarios regulados que se encuentren dentro de su área de concesión.
60. Cabe señalar que, en el Perú, las actividades de suministro y distribución de energía eléctrica a usuarios regulados son realizadas por las empresas de distribución²⁶, no existiendo proveedores alternativos para el suministro de energía eléctrica de estos usuarios. Por esta misma razón, conforme al marco normativo, las empresas de distribución están obligadas a suministrar electricidad a quien lo solicite en su área de concesión²⁷.
61. Por su parte, si bien las empresas de generación pueden participar en el suministro de energía a usuarios libres ubicados en las redes de distribución de

suministro; adicionalmente, los usuarios que consumen entre 200 y 2 500 KW por punto de suministro tienen la opción de elegir su condición de usuario libre o regulado.

²³ Según lo expuesto en la sección 3.2.1 de la Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI, que autoriza sin condiciones la operación de concentración empresarial en el sector eléctrico presentada por ISQ Global Fund GPGP, LTD. y ISQ Global Fund II GP, LLC. para la adquisición del 100% de las acciones de Inkia Americas Ltd. Disponible en el siguiente enlace:

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/5550c2f0-3c37-425c-99a2-db9e5602b2ab> (última visita: 12 de mayo de 2023)

²⁴ De acuerdo con lo establecido por la Ley de Concesiones Eléctricas y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, los usuarios regulados son aquellos que tienen una demanda máxima menor a 200 kW por punto de suministro y aquellos que, teniendo un consumo mayor a 200 kW y menor a 2500 kW, decidan mantenerse dentro del mercado regulado.

²⁵ **Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas**

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

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.

²⁶ TAMAYO, Jesús; Julio SALVADOR; Arturo VÁSQUEZ y Ricardo DE LA CRUZ (Editores). (2016). La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país, Osinergmin. Lima-Perú. p. 42.

²⁷ **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;

una empresa distribuidora, en todos los casos dichas empresas generadoras requieren utilizar las redes de la empresa distribuidora.

62. En ese contexto, Atria Energía señala que Electro Dunas, aprovechando su condición de exclusividad en los mercados de distribución y de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en su zona de concesión, estaría realizando una serie de presuntas prácticas anticompetitivas que afectarían el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres (en especial, aquellos que pueden elegir su condición de usuarios regulados o libres).

63. Específicamente, Atria Energía denunció que Electro Dunas habría incurrido en un abuso de su posición de dominio mediante el siguiente hecho concreto:

«Indebida exoneración del plazo legalmente establecido para cambiar de condición de Usuario Regulado a Cliente libre que Electro Dunas aplica a los usuarios que contratan el suministro con ella y ofrecimiento de un descuento selectivo del precio al usuario que pretende migrar, con la única finalidad de igualar o mejorar el precio ofrecido por el competidor y excluirlo del mercado».

64. Al respecto, es necesario resaltar que, en el caso de los usuarios regulados que quieren cambiar de condición a usuarios libres, Electro Dunas – como suministrador de energía a usuarios regulados en su área de concesión y conforme se podrá observar más adelante – tiene la posibilidad, en la práctica, de exigirles o exonerarles de los requisitos que les permiten migrar a la condición de libres.
65. En ese contexto, Electro Dunas podría haber aprovechado su condición de exclusividad en los mercados de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados, en su área de concesión, para obtener una ventaja indebida sobre Atria Energía y otros suministradores, con quienes compite en el mercado de suministro de energía a usuarios libres (en especial, usuarios que pueden elegir su condición de usuarios regulados o libres).
66. De este modo, la conducta denunciada de Electro Dunas debe analizarse en el mercado relacionado con el suministro de energía eléctrica a usuarios regulados, mercado que se definirá a continuación.

a. Mercado de producto relevante

67. El mercado de producto relevante está compuesto por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. La determinación del producto relevante implica identificar las necesidades que el bien o servicio bajo análisis busca satisfacer para poder reconocer, en función a dichas necesidades, qué productos podrían ser adquiridos de manera alternativa. Luego, para el análisis de sustitución, deben evaluarse, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores, así como las características, usos y precios de los posibles sustitutos.
68. En el presente caso, el servicio involucrado en la conducta investigada es el de **suministro de energía eléctrica a usuarios regulados**. Así, se determinará si

existen sustitutos adecuados a estos, en función a las necesidades que dichos servicios buscan satisfacer.

69. La conducta investigada involucra al servicio de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados debido a que la exoneración del plazo de preaviso, para que un usuario regulado cambie de condición a usuario libre, se realizaba mientras que el usuario era regulado y su suministrador de energía eléctrica era la empresa de distribución; siendo esta una etapa anterior al cambio de condición del usuario. En este sentido, quien tendría la posibilidad de exonerar del plazo de preaviso, sería el suministrador del usuario regulado, es decir la empresa de distribución.
70. Así, el servicio de suministro de energía eléctrica relevante excluye a los usuarios libres, en la medida que la denuncia versa sobre un posible trato diferenciado a usuarios regulados que manifiestan su intención de migrar al régimen de usuarios libres, y no un trato diferenciado entre usuarios libres. Además, cabe resaltar que los usuarios libres se encuentran normativamente sujetos a condiciones de suministro y demanda de energía distintas a la de los usuarios regulados. Finalmente, como se verá más adelante, el segmento de usuarios libres dentro del área de concesión de Electro Dunas que antes mantenían la condición de usuarios regulados integraría el mercado afectado.

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

71. Los usuarios regulados son aquellos que tienen una demanda máxima menor a 200 kW por punto de suministro, que corresponden a los hogares; y aquellos que, teniendo un consumo mayor a 200 kW y menor a 2500 kW, decidan mantenerse dentro del segmento regulado, que corresponde a los pequeños comercios e industrias.
72. La demanda de electricidad de los hogares es derivada de los requerimientos de energía de los artefactos que estos poseen, los cuales les proporcionan iluminación, refrigeración, ventilación y calefacción²⁸. Cabe señalar que, si bien estos artefactos podrían funcionar a base de energía distinta a la eléctrica, como, por ejemplo, a partir de gas natural, lo cierto es que esta fuente de energía aún no está masificada a nivel nacional, debido a que los hogares requieren de instalaciones específicas para acceder a ella, y no existirían incentivos suficientes para que estos asuman la inversión requerida ni para que las empresas busquen masificar el servicio²⁹. En la zona de concesión de Electro Dunas existe un proveedor de gas natural por red de ductos, Contugas S.A.C. Sin embargo, la expansión del servicio aún es limitada. En ese sentido, no es posible afirmar que actualmente los hogares puedan reemplazar del todo el uso de electricidad por otra fuente de energía.

²⁸ TAMAYO, Jesús et al., Óp. Cit. p. 17.

²⁹ De acuerdo con información del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), más de 1 millón 600 mil hogares cuentan con gas natural a julio del 2022 a nivel nacional. Esto corresponde a cerca del 21% de hogares del Perú. El 84% de estos hogares se encuentran en Lima Metropolitana y Callao.
Ver: <https://www.minem.gob.pe/estadistica.php?idSector=5&idEstadistica=13491> (última visita: 12 de mayo de 2023)

73. Asimismo, los pequeños comercios e industrias utilizan la energía eléctrica dentro de sus procesos de producción como un insumo debido a que requieren de una fuente de energía continua y sostenible³⁰. En general, este tipo de consumidores podrían buscar otro tipo de fuentes de energía diferentes a la electricidad como, por ejemplo, el gas. Sin embargo, la decisión de cambiar de una fuente de energía a otra involucra la realización de inversiones en conexiones y contar con artefactos compatibles para el uso de una fuente de energía distinta a la eléctrica³¹ (como en el caso del gas), por lo que la sustitución entre fuentes de energía sería limitada en este tipo de usuarios. Así, los pequeños comercios e industrias no podrían reemplazar el uso de electricidad por otra fuente de energía en el corto plazo, en la medida que se requieren inversiones relevantes que limitarían la decisión de cambio.
74. Ahora bien, estos usuarios podrían tener otras fuentes de energía eléctrica distinta a la producida por las centrales de generación, por ejemplo, podrían generar su propia energía con equipos de generación eléctrica (autoabastecimiento). Sin embargo, esta alternativa tampoco resulta del todo viable debido a que se requiere adquirir e instalar equipos tales como grupos electrógenos, turbinas o microturbinas³², lo que involucra realizar inversiones que podrían no ser rentables para la mayoría de estos usuarios.
75. En conclusión, por el lado de la demanda no existiría un sustituto adecuado para la energía eléctrica que pueda cubrir las necesidades de los usuarios regulados. Por lo tanto, esta Comisión considera que es posible definir el mercado de producto relevante como el de **suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW**.

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

76. Sobre la base de las consideraciones planteadas, la Comisión concluye que es posible identificar como mercado de producto relevante al suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW.

b. Mercado geográfico relevante

³⁰ TAMAYO, Jesús et al., Óp. Cit. p. 17.

³¹ Por ejemplo, para instalar un sistema de aire acondicionado que opera a base de gas natural se requiere de artefactos específicos tales como el Aire acondicionado GHP (Gas Heat Pump). Al respecto, consultar <https://www.calidda.com.pe/industria/Paginas/Aire-acondicionado-a-Gas-Natural.aspx#seccion> (última visita: 12 de mayo de 2023)

³² Por ejemplo, para instalar un proyecto de autogeneración a gas natural para la producción de energía eléctrica se requeriría de grupos electrógenos, turbinas o microturbinas dentro de las instalaciones del usuario. Al respecto, consultar <https://www.calidda.com.pe/industria/Paginas/Autogeneracion-a-Gas-Natural.aspx#seccion> (última visita: 12 de mayo de 2023)

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

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

78. Considerando que la Ley de Concesiones Eléctricas establece que la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica es desarrollada por una sola empresa de manera exclusiva en su área de concesión³³, y que los únicos suministradores de energía para los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 y 2 500 kW son las empresas de distribución; se puede concluir que cada empresa distribuidora sería la única que puede ofrecer el suministro de energía eléctrica a dichos usuarios regulados en el área de concesión.

79. En tal sentido, los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 y 2 500 kW ubicados en el área de concesión de una empresa de distribución no tendrían proveedores alternativos a dicha empresa de distribución para el suministro eléctrico³⁴.

80. Por lo tanto, esta Comisión considera que el mercado geográfico relevante para el servicio de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 y 2 500 kW se encontraría delimitado por el área de concesión de Electro Dunas (departamentos de Ayacucho, Huancavelica e Ica).

c. Conclusión sobre el mercado relevante

81. Considerando el análisis realizado sobre los mercados de producto y geográfico relevantes, la Comisión concluye que el mercado relevante se encuentra constituido por el **suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de Electro Dunas**.

4.1.2. Posición de dominio de Electro Dunas

82. Habiendo definido el mercado relevante, corresponde determinar si, en dicho mercado, Electro Dunas ostentaba una posición de dominio durante el período analizado en el presente procedimiento (2017-2020).
83. Como se ha señalado, conforme al marco normativo vigente, la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica a usuarios finales en una zona determinada se desarrolla exclusivamente por la empresa titular de la concesión

³³ **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.

³⁴

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

en dicha área. En ese sentido, hasta la fecha, el único proveedor de suministro de electricidad para los usuarios regulados ha sido la empresa de distribución, en su área de concesión.

84. En efecto, en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en el área de concesión de la red de distribución de Electro Dunas no opera ni podría operar otra empresa diferente, por lo que Electro Dunas no enfrentaría competencia actual ni potencial en los mercados relevantes.
85. De acuerdo con la memoria anual de Electro Dunas del año 2021, esta empresa desarrolla sus actividades en las provincias de Ica, Pisco, Chincha, Nasca y Palpa, en el departamento de Ica; Castrovirreyna y Huaytará en el departamento de Huancavelica; y Lucanas, Parinacochas, Paucar del Sara Sara y Sucre en el departamento de Ayacucho. En total cuenta con un área de distribución de 5 402 km² y brinda energía eléctrica a más de 259 mil usuarios a diciembre del 2021³⁵.
86. El Cuadro 1 exhibe la distribución total de los usuarios de Electro Dunas, así como la distribución del consumo de energía para el año 2021. Sobre el particular, esta Comisión observa que el sistema eléctrico Ica agrupa el 34% de los usuarios de Electro Dunas y el 40% de la energía consumida en el 2021, seguido del sistema eléctrico Chincha, con el 18% de los usuarios y el 14% de la energía consumida.

Cuadro 1
Usuarios de Electro Dunas y energía consumida (GWh)
según sistema eléctrico 2021

Sistema Eléctrico	Nombre	Número de usuarios	Participación	GWh	Participación
SE0043	Chincha	46 677	18%	100,09	14%
SE0044	Ica	87 676	34%	290,91	40%
SE0046	Pisco	32 810	13%	74,40	10%
SE0047	Coracora	3 488	1%	2,89	0%
SE0049	Pausa	1 062	0%	0,99	0%
SE0051	Huaytará-Chocorvos	6 143	2%	3,57	0%
SE0053	Chaviña	586	0%	0,20	0%
SE0054	Incuyo	420	0%	0,21	0%
SE0056	Tambo Quemado	136	0%	0,05	0%
SE0246	Palpa Rural	7 523	3%	20,57	3%
SE0247	Puquio Rural	6 427	2%	3,63	0%
SE1043	Chincha Baja Densidad	10 104	4%	41,21	6%

35

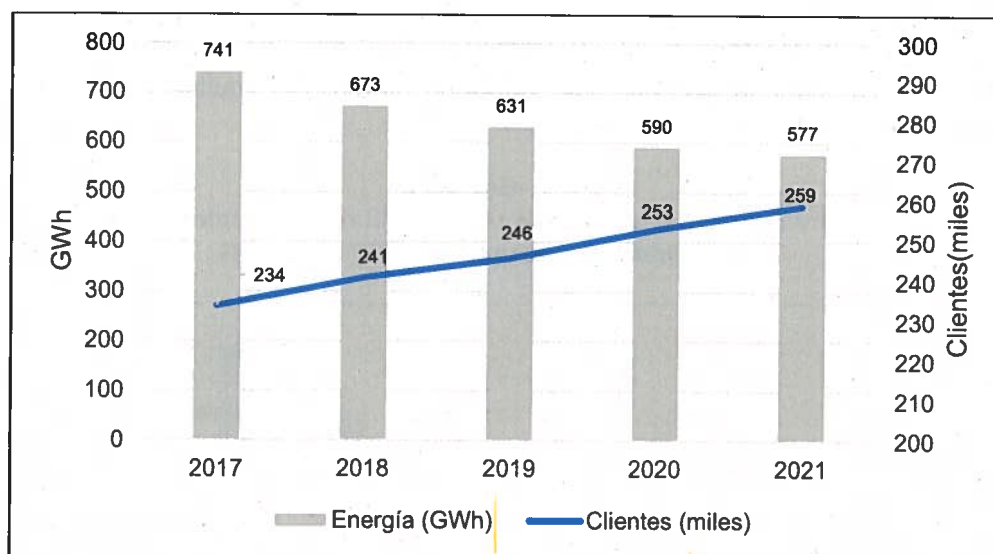
Memoria Anual 2021 Electro Dunas. Disponible en:
<https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Memoria%20Anual%20Electro%20Dunas%20SAA%202021.pdf>
(última visita: 12 de mayo de 2023)

SE1045	Nasca	14 723	6%	29,31	4%
SE1046	Pisco Urbano Rural	4 239	2%	6,86	1%
SE2044	Santa Margarita	19 958	8%	88,99	12%
SE2045	Nasca Rural	1 553	1%	20,12	3%
SE2046	Paracas	2 086	1%	18,19	2%
SE3044	Tacama	2 700	1%	13,46	2%
SE3045	Palpa	3 272	1%	5,23	1%
SE4045	Puquio	4 395	2%	3,30	0%
SR0040	Chincha Rural	3 202	1%	3,76	1%
Total		259 197	100%	727,9	100%

Fuente: Osinergmin
Elaboración: Comisión

87. En esa línea, en lo que respecta a la evolución de los usuarios regulados de Electro Dunas para el periodo 2017-2021, el Gráfico 1 muestra que este número se incrementó en 11% durante ese periodo, mientras que la energía consumida por los usuarios regulados se redujo en alrededor de 22%.

Gráfico 1
Evolución del número de usuarios regulados de Electro Dunas y energía consumida (GWh) 2017-2021



Fuente: Osinergmin
Elaboración: Comisión

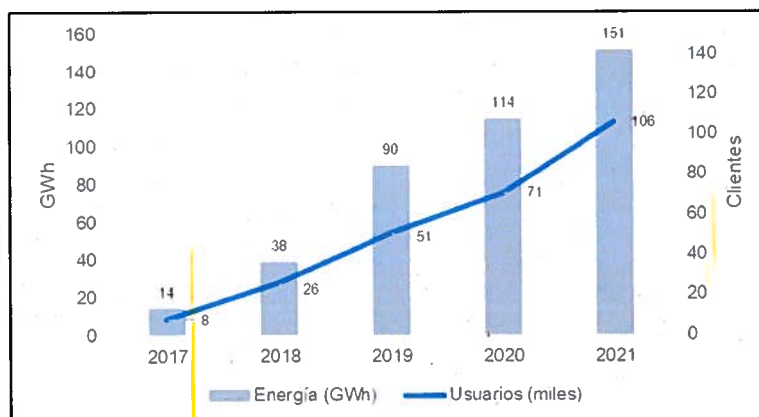
88. Considerando lo expuesto y teniendo en cuenta que Electro Dunas tiene el 100% de cuota de participación en relación con los usuarios regulados que poseen una

demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión, así como no enfrenta competencia potencial en este segmento desde que inició operaciones en dicha área, esta Comisión concluye que Electro Dunas habría ostentado posición de dominio en el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión durante el período analizado en el presente procedimiento (2017-2020).

4.1.3. Sobre el mercado afectado

89. Ahora bien, dependiendo de la conducta investigada, un abuso de posición de dominio puede tener efectos en el mercado relevante o en un mercado relacionado. En ese sentido, el mercado relevante puede no coincidir con el mercado afectado.
90. En el presente caso, de acuerdo con los términos de la denuncia, Electro Dunas habría exonerado del plazo de espera de un año como requisito previo para hacer efectivo el cambio de condición de usuario regulado a libre, a aquellos usuarios que continuasen contratando con su empresa. Al respecto, como se mencionó, aquellos usuarios que tienen un consumo mayor a 200 kW y menor a 2500 kW de potencia tienen la potestad de decidir si permanecen como usuarios regulados o si cambian a ser usuarios libres.
91. De esta forma, la hipótesis anticompetitiva sugiere que Electro Dunas habría aprovechado su condición como único proveedor en el mercado de distribución y de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en su área de concesión para afectar la competencia en el suministro de energía eléctrica a los usuarios libres que provenían del mercado regulado.
92. En efecto, el Gráfico 2 muestra que el número de usuarios libres de Electro Dunas pasó de ocho (8) a ciento seis (106) entre los años 2017 y 2021, mientras que la energía consumida por los usuarios libres se multiplicó por once (11), aproximadamente, en el mismo periodo.

Gráfico 2
Evolución del número de usuarios libres de Electro Dunas
y energía consumida (GWh) 2017-2021



Fuente: Osinergmin
Elaboración: Comisión

93. Así, a criterio de la denunciante, Electro Dunas habría utilizado la posición de dominio en el mercado relevante para afectar el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados. De esta forma, el mercado afectado sería el de suministro a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de Electro Dunas. Dichos usuarios corresponderían principalmente a pequeños comercios e industrias.
94. Como se señaló anteriormente, los pequeños comercios e industrias utilizan la energía dentro de sus procesos de producción como un insumo, requiriendo de una fuente de energía continua y sostenible. Sobre estos consumidores, la Dirección observa que ellos no podrían, razonablemente, reemplazar su consumo de energía eléctrica con fuentes de energía diferentes a la electricidad, pues esta decisión involucra la realización de inversiones significativas en instalaciones y artefactos.
95. Al respecto, Contugas S.A.C. ofertaba gas natural dentro de área de concesión de Electro Dunas; sin embargo, no se cuenta con información sobre usuarios que hayan decidido sustituir su suministro de energía eléctrica para abastecerse principalmente de gas natural. Asimismo, los comercios consumen gas natural normalmente para sustituir al gas licuado de petróleo, mientras que las industrias sustituyen el diésel por el gas natural. De igual manera, los pequeños comercios e industrias requerirían inversiones significativas que limitarían su decisión de cambio.
96. Por otro lado, los usuarios regulados que están en condiciones de cambiar de condición a usuario libre pueden optar por celebrar contratos con empresas generadoras o distribuidoras para la adquisición de energía eléctrica. Estos agentes suscriben contratos bilaterales que reflejan las tarifas y otros aspectos del servicio que, a diferencia de los contratos con usuarios regulados, son negociados entre las partes. En general, los usuarios libres ubicados en una determinada área de concesión pueden tener como proveedores a empresas generadoras cuyas centrales se encuentren ubicadas fuera del área de concesión de la empresa encargada de la distribución.

En el presente caso, la conducta analizada habría implicado un supuesto aprovechamiento de Electro Dunas de la condición de exclusividad que ostenta en el mercado relevante, para captar, de forma presuntamente indebida, a los usuarios que optan por cambiar al segmento libre. En ese sentido, si bien la conducta investigada se realiza en el mercado relevante, dicha conducta podría afectar la competencia entre Electro Dunas y las empresas de generación, como es el caso de Atria Energía, en el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuario libre dentro del área de concesión de Electro Dunas.

Finalmente, cabe señalar que, en esta misma línea, la Comisión ha reconocido que determinadas prácticas de las empresas distribuidoras podrían afectar la competencia en mercados relacionados como son el mercado de suministro de

usuarios libres en su área de concesión y el mercado de usuarios libres que provienen del mercado regulado³⁶.

97. En conclusión, la Comisión considera como el mercado afectado el de **suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuario libre dentro del área de concesión de Electro Dunas**.

4.1.4. Argumentos presentados por la empresa denunciada sobre el mercado relevante, el mercado afectado y la posición de dominio

98. En relación con la definición del mercado relevante, como parte de sus alegatos, Electro Dunas ha señalado que la práctica denunciada se enmarca en su actividad de comercialización de energía eléctrica a usuarios libres y usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuarios libres.
99. Sobre el particular, Electro Dunas ha expuesto que el mercado de producto relevante debe incluir a aquellos usuarios que tienen una demanda de potencia mayor de 200 KW y menor de 2500 KW (usuarios optativos), sean estos usuarios regulados o libres. Respecto del mercado geográfico, Electro Dunas indicó que este debe abarcar a todo el sistema eléctrico interconectado nacional, en la medida que los usuarios optativos libres pueden establecer contratos con cualquier suministrador ubicado en ese ámbito geográfico y concluye que, en este mercado, Electro Dunas tendría una participación reducida.
100. Al respecto, como ha sido explicado anteriormente, la Comisión ha definido el mercado relevante como el de 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 Electro Dunas, pues la conducta investigada se habría desarrollado sobre aquellos usuarios que eran regulados y que habían decidido cambiar su condición a usuarios libres.

En efecto, únicamente en el caso de los usuarios regulados que desean cambiar de condición a usuarios libres, el suministrador de energía a usuarios regulados en su área de concesión tiene la posibilidad, en la práctica, de exigirles o exonerarles de los requisitos que les permiten migrar a la condición de libres.

101. En tal sentido, la definición del mercado sugerida por Electro Dunas no estaría tomando en cuenta el mercado donde se realiza la presunta práctica de exoneración selectiva. En particular, la práctica investigada tiene lugar cuando el usuario es regulado, de manera previa al cambio de condición a usuario libre, es decir cuando a este usuario regulado le resulta aplicable el plazo de preaviso. Este segmento de usuarios se encuentra en condiciones distintas y particulares a las de otros usuarios (regulados o libres), pues no pueden cambiar su condición sino a través de las condiciones previstas en el Reglamento de Usuarios Libres.

³⁶ Ver Resoluciones 042 y 052-2021/CLC-INDECOPI.

102. Considerar la definición de mercado postulada por Electro Dunas (el mercado de usuarios libres) implicaría que la presunta práctica de exoneración del plazo de preaviso para el cambio de condición a usuarios libres tendría lugar cuando el usuario ya tiene la condición de libre, lo cual no guarda correspondencia con los hechos investigados. En efecto, en relación con los usuarios libres ya no resulta posible analizar posibles prácticas de exoneración del plazo de preaviso.

103. Por lo señalado, la Comisión concluye que no corresponde replantear la definición del mercado relevante en los términos indicados por Electro Dunas. Sin perjuicio de ello, las condiciones de competencia en el mercado de usuarios libres que antes eran regulados serán considerados por la Comisión al analizar los posibles efectos de la conducta denunciada.

4.1.5. Conclusión sobre la posición de dominio de Electro Dunas en el mercado relevante y sobre el mercado afectado.

104. En suma, durante el período analizado en el presente procedimiento (2017-2020), Electro Dunas ha ostentado posición de dominio en el mercado relevante, constituido por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de Electro Dunas, donde no opera ni podría operar otra empresa, por lo que no ha enfrentado competencia actual ni potencial en dicho mercado.

105. En lo que respecta al mercado afectado, tal como se ha referido anteriormente, este corresponde al suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuario libre dentro del área de concesión de Electro Dunas. En este mercado, además de Electro Dunas, participan otros suministradores. Las condiciones de competencia en este último mercado serán consideradas por esta Comisión al analizar los posibles efectos de la conducta denunciada.

4.2. Realización de una conducta dirigida a restringir la competencia.

4.2.1. Alcances de la práctica investigada: Exoneración del plazo de preaviso a usuarios regulados que solicitaron cambiar su condición a libres.

106. Según advirtió Atria Energía, Electro Dunas habría ofrecido a aquellos usuarios regulados que deseaban migrar de condición a usuarios libres, la exoneración del plazo del preaviso de un (1) año exigido en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, siempre que contratasen el suministro de energía con ella. Por el contrario, a los usuarios que decidían contratar dicho servicio con un competidor al migrar al segmento libre, les exigía el cumplimiento del plazo de preaviso de un (1) año antes indicado.

107. En tal sentido, Atria Energía señaló que la exoneración en cuestión habría sido ofrecida por Electro Dunas en el caso de los suministros a los usuarios Mercurio Brande y Procesadora Alonso, siendo parte de la propuesta de Electro Dunas la migración inmediata al mercado libre en tanto la mantengan como su suministradora.

En efecto, la exoneración se materializó en el caso de la primera empresa. Así, el contrato de suministro entre Mercurio y Electro Dunas fue suscrito el 26 de febrero de 2018 y tiene como fecha de inicio del servicio el 1 de marzo de 2018³⁷. Este hecho habría generado que Mercurio incumpla el contrato de suministro suscrito con Atria Energía, cuyo inicio de suministro estaba planeado para 1 de julio de 2018.

108. Asimismo, Atria Energía aportó³⁸ información al expediente sobre un contrato de suministro (extraído del portal web del Osinergmin) suscrito entre Electro Dunas y la empresa El Pedregal S.A. Sobre el particular, el contrato de suministro fue suscrito el 28 de febrero de 2022 y se consignó que el inicio del suministro sería el 1 de febrero de 2022.
109. En el Informe Técnico, la Dirección sostuvo que se encontraba acreditado que Electro Dunas había establecido un trato diferenciado entre los usuarios que, al cambiar de condición de usuarios regulados a usuarios libres, optaron por un nuevo de suministrador de energía frente a los que permanecieron como usuarios propios.
110. En línea con lo señalado por la Dirección, esta Comisión ha verificado que el trato diferenciado de Electro Dunas relacionado con la exoneración del plazo de preaviso a favor de los usuarios que permanecían como usuarios suyos habría alcanzado, por lo menos, a cincuenta y ocho (58) usuarios. En contraste, este trato favorable habría sido negado por Electro Dunas a los usuarios que decidían optar por otro suministrador en, por lo menos, ciento diez (110) ocasiones, de las cuales cincuenta y seis (56) corresponden a contratos suscritos por dichos usuarios con la denunciante, Atria Energía³⁹.
111. Este tratamiento diferenciado, que Electro Dunas ha reconocido pero cuya legalidad ha defendido -conforme se desarrollará en la siguiente sección-, podría haber colocado en desventaja a los competidores de la referida empresa en el mercado de usuarios libres que provienen del segmento regulado, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.

³⁷ En la Cláusula Cuarta del Contrato GL-047-2018-GG-Electro Dunas- Contrato de Suministro de Electricidad no regulado entre Electro Dunas y Mercurio se indica que el contrato tendrá vigencia hasta el 28 de febrero de 2021, iniciándose el 01 de marzo de 2018.

³⁸ Mediante su escrito de absolución de descargos del 10 de abril de 2022.

³⁹ Al respecto, ver los Cuadros 3, 4, 5 y 6 del Informe Técnico. Estos cuadros muestran en detalle las fechas de envío de propuestas por parte de Electro Dunas y la fecha de inicio de suministro (Cuadro 3 para migración luego de una primera propuesta, Cuadro 4 para los casos de migración luego de una segunda propuesta). El Cuadro 5 contiene el detalle de los casos en los cuales solo se cuenta con la información de firma de contratos e inicio de suministro de los usuarios que migraron con Electro Dunas. Finalmente, el Cuadro 6 muestra el detalle de fecha de firma de contrato y fecha de inicio de suministro para los casos en los que los usuarios regulados cambiaron su condición a libres contratando con otro suministrador.

4.2.2. Argumentos de las partes acerca de la realización de la exoneración del plazo de preaviso

112. Electro Dunas ha sostenido que *"en el presente caso la DLC pretende equivocadamente equiparar los efectos de una resolución unilateral y resolución convencional en la esfera de una empresa distribuidora. No obstante, dicha premisa resulta errada"*. La empresa imputada sustentó dicho alegato en virtud de las siguientes consideraciones:

- Si bien el ordenamiento jurídico peruano, así como los ordenamientos de la mayoría de los países de tradición romano-germánica, preveía un plazo de preaviso para la resolución unilateral de cualquier contrato a plazo indeterminado, aquel no era exigible para la resolución convencional.
- En efecto, la exigencia de un plazo de preaviso se justificaba en la resolución unilateral de un contrato pues permitía a la parte afectada adoptar medidas que mitigaran los efectos de dicha decisión abrupta e intempestiva. Por el contrario, tal exigencia no se justificaba en un supuesto de resolución convencional del contrato, al no presentarse dicha circunstancia de terminación abrupta e intempestiva, siendo que los efectos de la terminación contractual eran internalizados por ambas partes.

Por ejemplo, cuando un inquilino acordaba con su arrendador la migración a otra unidad inmobiliaria, la resolución convencional del contrato de arrendamiento no generaba los efectos de una terminación contractual abrupta e intempestiva en la esfera del arrendador, pues las partes consensualmente aceptaban el cambio y, por tanto, no era exigible que el inquilino cumpliera con el plazo de preaviso.

En términos similares, la resolución convencional del contrato de trabajo no generaba los mismos efectos de una resolución unilateral y abrupta en la esfera del empleador porque, ante la voluntad del trabajador de migrar a otro puesto, tal empleador asumía los costos asociados a dicha decisión, no siendo exigible un plazo de preaviso.

- En el presente caso, cuando un usuario migraba con el propio distribuidor dentro de la zona de concesión, no se generaba un perjuicio en la esfera económica del distribuidor pues el margen regulado se compensaba con el margen comercial del suministro de energía en el segmento libre y finalmente los costos de la migración eran internalizados por dicho distribuidor.
- Por lo tanto, en el presente caso nos encontrábamos ante un supuesto de resolución contractual convencional donde no era exigible el plazo de preaviso. En tal sentido, la Dirección había pretendido equivocadamente equiparar los efectos de una resolución contractual unilateral a los de una resolución convencional en la esfera de una empresa distribuidora.

113. Por su parte, Atria Energía ha señalado lo siguiente:

- En la audiencia de informe oral, Electro Dunas trató de equiparar al contrato de suministro de energía eléctrica de un distribuidor y un usuario regulado, con contratos no regulados, como el contrato de arrendamiento de bien inmueble o el contrato de trabajo.
Sin embargo, Electro Dunas no explicó cómo es que sería correcto –sin la existencia de una cláusula o pacto– tratar discriminatoriamente (para la aplicación o no del plazo de preaviso) a sus usuarios regulados, considerando que estos estarían obligados a contratar con el distribuidor suministrador en el marco de una relación de servicio público.
- Por tanto, este caso no se trataría de la aplicación o no de un pacto o cláusula contractual –que, por lo demás, no existe– sino que consistiría en la aplicación de una condición regulatoria que establece que todos los usuarios regulados que pretendan migrar a usuarios libres deben comunicarlo cumpliendo un plazo de preaviso establecido.

114. Al respecto, es importante recordar que la conducta imputada a Electro Dunas como presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales, es la exoneración del plazo de preaviso (establecido en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad) a sus usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa, a diferencia de los usuarios que contrataron con sus competidores, a quienes sí se les exige el referido plazo de preaviso.
115. Sobre el particular, esta Comisión aprecia que el alegato de Electro Dunas no niega que se haya verificado la exoneración descrita en el párrafo anterior, sino que afirma que esta se dio en un supuesto de resolución contractual convencional, en el cual no es exigible el plazo de preaviso en cuestión. En otras palabras, en lugar de cuestionar la exoneración imputada, dicha empresa pretende justificarla invocando los efectos de una resolución contractual convencional en su caso.
116. No obstante, como se explica a continuación, el supuesto de hecho materia de análisis en el presente caso no corresponde al de una resolución contractual convencional.
117. Respecto de la resolución contractual convencional, invocada por Electro Dunas, cabe señalar que los artículos 1428 y 1430 del Código Civil⁴⁰ establecen los siguientes elementos de dicho supuesto de hecho: (i) un **contrato con prestaciones recíprocas (no necesariamente sujeto a regulación especial)**; (ii) **incumplimiento** de alguna de las prestaciones; y (iii) un convenio o **cláusula**

⁴⁰

Código Civil

Artículo 1428.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

Artículo 1430.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

[Énfasis agregado]

pactada por las partes que expresamente señale que el contrato se resolverá cuando una de ellas no cumpla determinada prestación a su cargo.

118. De verificarse dichos elementos, se producirán los efectos jurídicos correspondientes a una resolución contractual convencional, es decir, la terminación del vínculo de pleno derecho con la sola comunicación de la parte interesada en valerse de la cláusula resolutoria antes señalada (sin necesidad de plazo de preaviso alguno), conforme al artículo 1430 del Código Civil citado precedentemente.
119. Por otro lado, en relación con el supuesto de hecho materia de análisis en el presente caso, respecto del cual se discute la exigibilidad del plazo de preaviso, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832 y el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres⁴¹ establecen los elementos que lo configuran: (i) un **contrato de suministro de energía eléctrica (sujeto a regulación por las normas antes señaladas)**; y (ii) la **solicitud de un usuario de cambiar su condición**, por ejemplo de usuario regulado a usuario libre.
120. De esta manera, cuando se verifiquen ambos elementos, se producirán los efectos jurídicos previstos en la normativa, consistentes en el cambio de condición del usuario regulado a usuario libre, siendo que el suministrador podrá exigir a dicho usuario el cumplimiento de un plazo de preaviso no menor a un (1) año como requisito para que se concrete el referido cambio⁴². Tal exigibilidad es, precisamente, controvertida por Electro Dunas en el presente caso – invocando los efectos de la resolución contractual convencional – respecto de sus usuarios

⁴¹ **Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica**
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Nueva opción para Usuarios Libres

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

Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad

Artículo 4.- Requisitos y condiciones

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

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

⁴² Mediante Oficio 395-2019-OS-DSE del 7 de febrero de 2019, el Osinergmin indicó lo siguiente: «El Suministrador 1 tiene la facultad, incluso si el usuario regulado será posteriormente su propio usuario libre (o viceversa), de exigirle la permanencia de un año en su primera condición. No obstante, en concordancia con el Principio de Razonabilidad, y teniendo en cuenta que las normas que establecen obligaciones o restringen derechos deben interpretarse de la forma menos lesiva posible, se considera que, tratándose de un régimen de libertad y competencia (del nuevo usuario regulado) el Suministrador 1 y el nuevo usuario libre podrían acordar liberarse del plazo establecido por norma.» [Énfasis agregado]

Ver nota a pie 10 del «Reporte del mercado de venta de electricidad a usuarios finales». Disponible en: <https://bit.ly/42VrjiJ> (última visita: 12 de mayo de 2023)

regulados que eligieron cambiar su condición a libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa.

121. Como puede apreciarse, se trata de supuestos de hecho completamente distintos. Así, mientras que en la resolución contractual convencional se vincula con el **incumplimiento de un contrato** con prestaciones recíprocas, no necesariamente sujeto a regulación, en el cual las partes han pactado una cláusula resolutoria expresa; el supuesto de hecho materia de análisis se refiere a la **pretensión de cambio de condición de usuario** regulado a usuario libre en el marco de un contrato de suministro de energía eléctrica siguiendo lo expresamente establecido en la regulación, la cual faculta al suministrador a exigir al referido usuario el cumplimiento de un plazo de preaviso no menor a un (1) año. De ello deriva que Electro Dunas no está en capacidad de eludir la regulación a efectos de que se apliquen los efectos jurídicos de una resolución contractual convencional al presente caso.

A mayor abundamiento, incluso asumiendo que se tratara de supuestos de hecho similares (que no son pues, como se ha señalado, el supuesto de hecho que da lugar a la resolución contractual convencional se caracteriza por un **incumplimiento contractual** y el presente caso por una **pretensión de cambio de condición de usuario** regulado a usuario libre en el marco de un contrato de suministro de energía eléctrica), el Código Civil – invocado por Electro Dunas para determinar la exigibilidad del plazo de preaviso – no sería la norma aplicable, sino la Ley 28832 y el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres citados precedentemente, es decir, las normas específicas en el marco del **principio de especialidad**. Ello, además, teniendo en cuenta que el artículo IX del Código Civil establece expresamente que: *“Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”*.

122. En términos similares, el ejemplo del arrendamiento indeterminado que, en efecto, puede concluir con el solo aviso del arrendador al arrendatario y sin necesidad del cumplimiento de un plazo de preaviso, conforme al artículo 1703 del Código Civil⁴³; así como el del contrato de trabajo, para cuya terminación en caso de renuncia del trabajador existe un plazo de preaviso de treinta (30) días que puede ser exonerado por el empleador, conforme al artículo 18 del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral⁴⁴; constituyen supuestos de hecho distintos al analizado en el presente caso, regulados por sus propias normas y cuyos efectos jurídicos no pueden ser aplicados al presente procedimiento.

123. En virtud de lo expuesto, corresponde desestimar el alegato planteado por Electro Dunas en este punto, pues el presente caso no constituye un supuesto de

⁴³ **Código Civil**

Artículo 1703.- Se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante.

⁴⁴ **T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral**

Artículo 18.- En caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación. El empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día.

resolución contractual convencional en los términos del Código Civil, por lo que no cabe aplicarle los efectos jurídicos de dicha institución, máxime cuando el caso concreto está sujeto a su propia regulación, es decir, a la Ley 28832 y el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres.

4.2.3. Conclusiones sobre la existencia de la conducta denunciada

124. En suma, esta Comisión estima que ha quedado acreditado que Electro Dunas estableció un trato diferenciado entre los clientes que cambiaron de suministrador de energía y los que permanecían como clientes propios, al cambiar de condición de usuarios regulados a usuarios libres.
125. El trato diferenciado de Electro Dunas relacionado con la exoneración del plazo de preaviso a favor de los usuarios que permanecían como clientes suyos habría alcanzado, por lo menos, a cincuenta y ocho (58) usuarios identificados por esta Comisión durante el periodo 2017-2020. En contraste, este trato favorable habría sido negado por Electro Dunas a los usuarios que decidían optar por otro suministrador en, por lo menos, ciento diez (110) ocasiones, de las cuales cincuenta y seis (56) corresponden a contratos suscritos por dichos usuarios con la denunciante, Atria Energía.
126. Este tratamiento diferenciado, que ha sido reconocido por Electro Dunas, podría haber colocado en desventaja a los competidores de Electro Dunas en el mercado de usuarios libres que provienen del mercado regulado, por razones distintas a la mayor eficiencia económica, conforme se analizará en la siguiente sección. En este punto, cabe resaltar que Electro Dunas podía acordar con tales usuarios la exoneración del plazo de preaviso establecido por la Ley 28832 y el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres⁴⁵, siempre que ello no suponga un acto discriminatorio en el marco de las normas de libre competencia, en efecto, el ejercicio de tal prerrogativa de exoneración no podía realizarse en contravención al TUO de la LRCA.

4.3. Existencia de un efecto anticompetitivo neto.

127. Conforme a lo explicado en la presente Resolución, se ha acreditado que, durante el período analizado en el presente procedimiento (2017-2020), Electro Dunas ha ostentado una posición de dominio en los mercados relevantes, constituidos por 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.
128. En línea con lo señalado por la Dirección en su Informe Técnico, esta Comisión considera que, al ostentar dicha posición de dominio, Electro Dunas ha tenido obligaciones especiales al diseñar sus estrategias comerciales, con el objeto de no lesionar indebidamente la competencia en el mercado relevante u otros mercados en que opera. Así, por ejemplo, no debería aplicar condiciones más beneficiosas a los usuarios de los mercados en los que tiene competencia (como exonerarlos del plazo de preaviso para migrar al mercado libre), si estas no son coherentes con las reglas de libre competencia ni están sustentadas en una mayor eficiencia económica.

⁴⁵

Ver nota a pie 42.

129. En el presente caso, se ha acreditado que, en efecto, Electro Dunas, aprovechando su posición como única empresa que suministra energía eléctrica a usuarios regulados y como única empresa que distribuye energía eléctrica a los usuarios, estableció un trato diferenciado entre los usuarios que cambiaron de suministrador de energía y los que permanecían como sus usuarios, al pasar del régimen de usuarios regulados a usuarios libres.
130. Por ello, a continuación, corresponde determinar si dicho trato diferenciado tuvo el efecto de perjudicar injustificadamente a sus competidores (efecto exclusorio) y si, en ausencia de justificaciones procompetitivas, se ha producido un efecto anticompetitivo neto, lo cual configuraría el último elemento de análisis de un supuesto de abuso de posición de dominio, conforme a lo explicado en el marco teórico de la presente Resolución.

4.3.1. Efecto anticompetitivo identificado (efecto exclusorio)

131. A criterio de esta Comisión, el trato discriminatorio desarrollado por Electro Dunas habría afectado el mercado de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados, con demanda que oscila entre los 200 kW y los 2500 kW, que deciden cambiar de condición a usuarios libres dentro del área de concesión de Electro Dunas. En particular, como se observa a continuación, Electro Dunas habría capturado usuarios del mercado antes señalado como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso prevista en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, el cual configura un requisito previo para que se haga efectivo el cambio de condición de usuario regulado a libre. Este ofrecimiento no podría haber sido replicado por ningún otro competidor de Electro Dunas.

a. Desempeño de Electro Dunas en el mercado afectado entre 2017 y 2020

132. A nivel nacional, el plazo de preaviso cobró especial importancia a partir del año 2016, periodo en el cual se registró un considerable incremento de usuarios libres como resultado de la reducción de precios de energía eléctrica en este mercado⁴⁶.
133. Al respecto, a partir del año 2016 se observó una fuerte reducción en el precio medio⁴⁷ de la energía a los usuarios libres. Así, entre 2015 y 2021, el precio medio disminuyó en 15.3% a nivel nacional, pasando de 7,06 cent. US\$ por KWh a 5,98 cent. US\$ por KWh⁴⁸.
134. La reducción del precio medio de la energía eléctrica a los usuarios libres incrementó la diferencia entre dicho precio y el precio a los usuarios regulados, de manera tal que el precio a usuarios libres pasó de ser, en promedio, 47% menor

⁴⁶ Según la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, entre los años 2009 y 2017, la oferta de generación se incrementó más del 130% debido al ingreso de nuevas centrales de generación en el SEIN.

⁴⁷ Que corresponde al precio medio del mercado libre publicado por el Ministerio de Energía y Minas en su Anuario Estadístico del año 2021.

⁴⁸ Al respecto, ver Gráfico 3 en el numeral 124 del Informe Técnico.

que el precio a usuarios regulados en el 2015, a ser 63% menor que el precio a usuarios regulados en el 2021. De esta manera, los precios en el mercado libre habrían resultado ser cada vez más atractivos para aquellos usuarios regulados que tenían la opción de cambiar de condición.

135. La caída en el precio medio observada habría incentivado a numerosos usuarios regulados, en el segmento optativo, a migrar al régimen de usuarios libres. Es en dicho contexto que el plazo de preaviso de un (1) año sería un aspecto importante para los usuarios regulados que podían cambiar de condición a usuarios libres, en la medida que determinaba el momento en que podían empezar a beneficiarse de la reducción de precios. Siendo ello así, mientras menor era el plazo para que un usuario regulado cambie de condición a usuario libre, más pronto empezaba dicho usuario a beneficiarse de la reducción de precios
136. Según la información presentada por Electro Dunas, entre 2017 y 2020 se intensificó la migración al régimen de usuarios libres de usuarios que proveían del mercado regulado en su área de concesión. Así, en 2017 migraron cuarenta y seis (46) usuarios libres que antes eran regulados, con una potencia contratada promedio de 948 KW; en 2018 ingresaron cincuenta y uno (51) nuevos usuarios, con una potencia contratada promedio de 542 KW; en 2019 ingresaron cuarenta y siete (47) usuarios con una potencia contratada promedio de 410 KW; y, finalmente, en 2020 fueron treinta y tres (33) los usuarios que pasaron de ser regulados a libres, con una potencia contratada promedio de 461 KW⁴⁹.
137. En ese sentido, se observa que el ingreso de usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en el área de concesión de Electro Dunas se incrementó en el 2018, pero disminuyó para los años 2019 y 2020. Por su parte, la potencia contratada promedio de los usuarios que ingresaron al mercado de usuarios libres tuvo una tendencia decreciente entre 2017 y 2019, mientras que en el 2020 se incrementó la potencia contratada promedio de los nuevos usuarios libres, pero sin alcanzar los niveles observados en 2017 y 2018.
138. Ahora bien, se ha observado también que estos nuevos usuarios tienen potencias contratadas diferenciadas entre sí. De manera particular, la Comisión aprecia que los nuevos usuarios libres del 2017 poseían una potencia mínima de 208 kW y una potencia máxima de 3 000 kW y, por otro lado, los nuevos usuarios libres del 2020 contrataron una potencia mínima de 60 kW y una potencia máxima de 2 500 kW⁵⁰.
139. Asimismo, estos nuevos usuarios libres han suscrito contratos de suministro con plazos de duración entre tres (3) y seis (6) años, en su mayoría, no registrándose una relación entre la potencia contratada y la duración de dicho contrato. La mayoría de los nuevos usuarios libres de Electro Dunas (85%) suscribieron contratos de suministro con una duración de hasta tres (3) años⁵¹.

⁴⁹ Al respecto, ver Gráfico 4 en el numeral 127 del Informe Técnico.

⁵⁰ Al respecto, ver Cuadro 8 en el numeral 129 del Informe Técnico.

⁵¹ Al respecto, ver Gráfico 5 en el numeral 130 del Informe Técnico.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

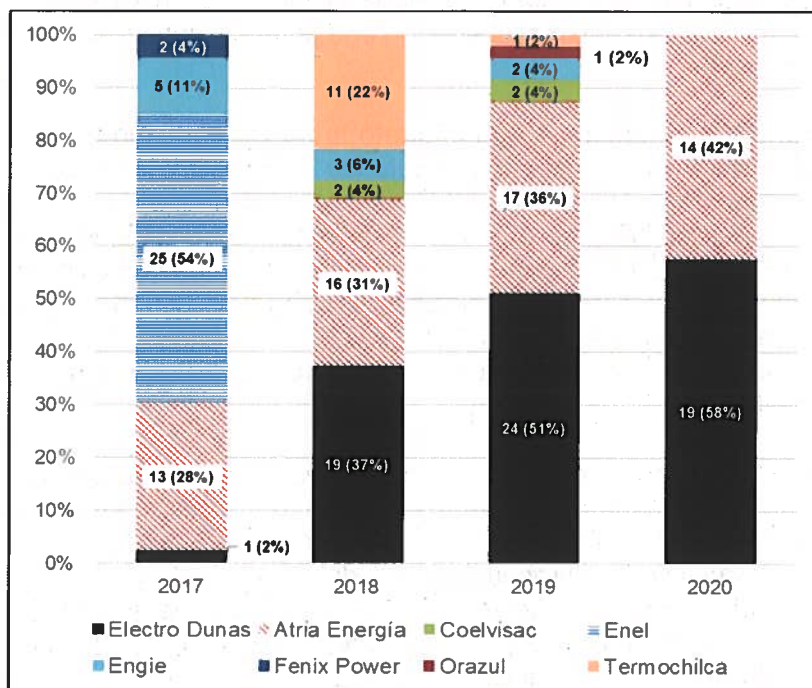
INDECOPI

140. Cabe señalar que los nuevos usuarios libres que antes fueron usuarios regulados contrataron con Electro Dunas y con distintas empresas de generación. El Gráfico 3 muestra el ingreso de los nuevos usuarios libres por suministrador en el área de concesión de Electro Dunas, según número de nuevos usuarios y potencia contratada entre 2017 y 2020.

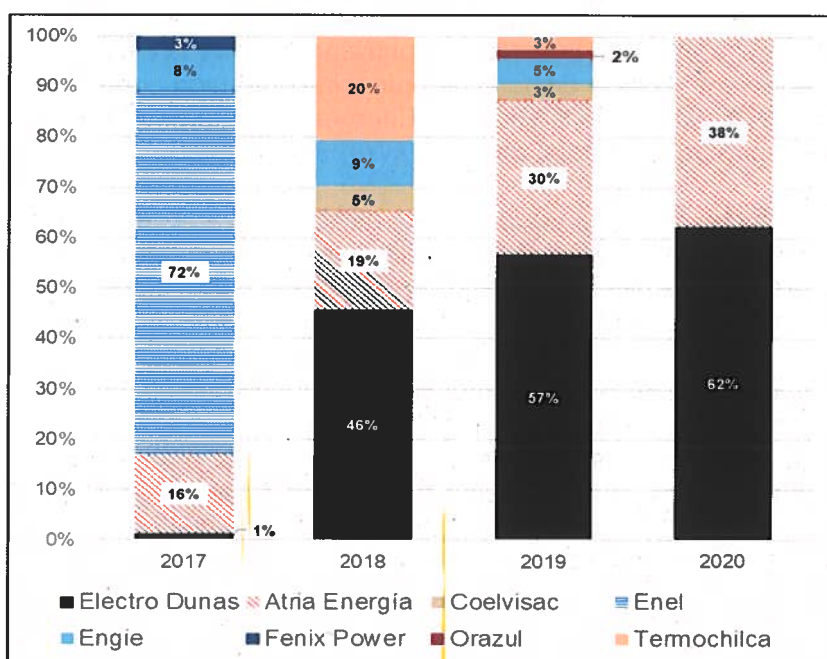
[Continúa en la página siguiente]

Gráfico 3: Número de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados y su potencia contratada total en el área de concesión de Electro Dunas, por empresa suministradora (2017-2020)

(a) Número de nuevos usuarios



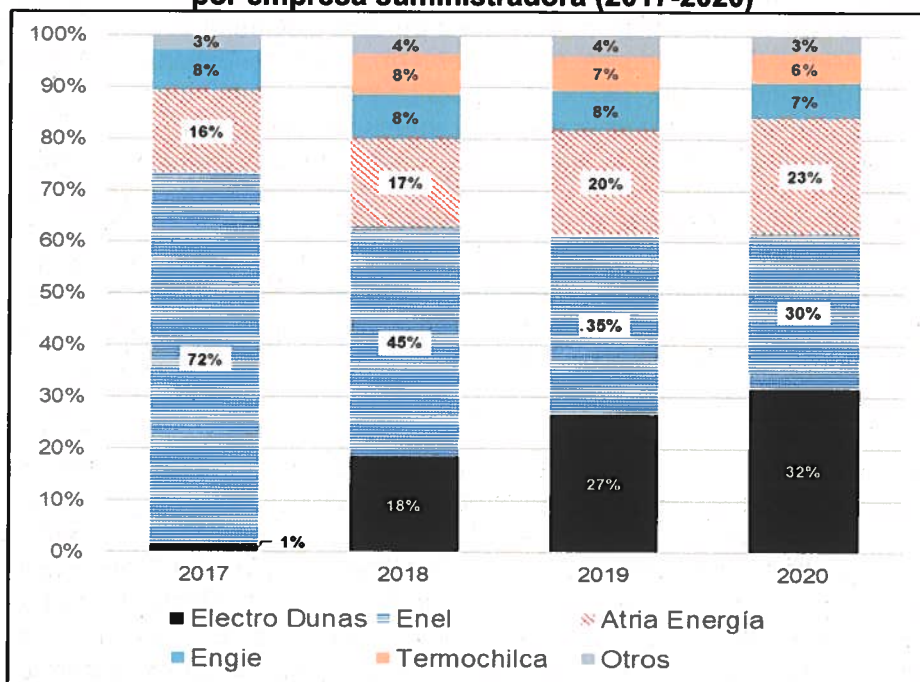
(b) Potencia contratada total



Fuente: Escrito de descargos de Electro Dunas
Elaboración: Comisión

141. Como se puede observar, en 2017, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Enel Generación Perú con veinticinco (25) usuarios, representando el 54% del total de nuevos usuarios en dicho año y estos usuarios contrataron una potencia de 31 475 kW en total, lo cual representó el 72% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A esta empresa le siguió Atria Energía, con trece (13) usuarios (28% del total) que representaron una potencia contratada total de 6 958 kW (16% del total).
142. En 2018, la empresa que contrató la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Electro Dunas, con diecinueve (19) usuarios, representando el 37% del total de nuevos usuarios en dicho año y estos usuarios contrataron 12 415 kW de potencia en total, lo cual representó el 46% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A esta empresa, le siguió Atria Energía con dieciséis (16) nuevos usuarios, que representaron una potencia contratada de 5 199 kW (19% del total) y Termochilca con once (11) usuarios que representaron una potencia contratada total de 5 543 kW (20% del total).
143. En 2019, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Electro Dunas, con veinticuatro (24) usuarios que representaron el 51% del total y estos usuarios contrataron 10 928 kW de potencia, lo que representó el 57% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A Electro Dunas le siguió Atria Energía, con diecisiete (17) usuarios (36% del total), que representaron una potencia contratada de 5 860 kW (30% del total de potencia contratada).
144. Finalmente, en el año 2020, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Electro Dunas, con diecinueve (19) usuarios, que representaron el 58% del total de nuevos usuarios de dicho año. Estos usuarios contrataron 9 464 kW de potencia en total, lo cual representó el 62% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A Electro Dunas le siguió Atria Energía con catorce (14) usuarios (42% del total), con una potencia total de 5 740 kW (38% del total).
145. Producto de este análisis, es posible advertir que Electro Dunas registra incrementos progresivos y significativos, tanto en el número de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados entre 2017 y 2020, así como en el porcentaje de potencia que estos nuevos usuarios contrataron en dicho periodo.
146. En efecto, analizando la potencia contratada acumulada de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados entre 2017 y 2020 se aprecia que Electro Dunas logró posicionarse como la empresa más importante en el mercado afectado. Así, de la revisión del Gráfico 4, se observa que la participación de Electro Dunas sobre la potencia contratada acumulada fue incrementándose progresiva y significativamente.

Gráfico 4: Potencia contratada acumulada de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados en el área de concesión de Electro Dunas, por empresa suministradora (2017-2020)



Fuente: Escrito de descargos de Electro Dunas
Elaboración: Comisión

147. En efecto, al **2017**, Electro Dunas concentró solo el **1%** de la potencia acumulada contratada (500 kW), mientras que al año **2020** pasó a concentrar el **32%** de la potencia contratada acumulada desde el 2017 (33 308 kW de 105 132 kW). A Electro Dunas le siguen Enel, con 30% (31 475 kW) de la potencia contratada acumulada entre 2017 y 2020; y Atria Energía, con 23% (27 757 kW) de la potencia contratada acumulada en este periodo.
148. Por último, en lo que respecta al consumo acumulado de energía de los nuevos usuarios libres que antes eran regulados en el periodo 2017-2020, se observa que Electro Dunas también logró posicionarse como la empresa más importante de este mercado. En efecto, Electro Dunas logró captar el 28% (367 443 MWh de 1 327 299 MWh) del consumo acumulado de energía de los nuevos usuarios libres en el periodo 2017-2020. A Electro Dunas le siguieron Enel Generación Perú con el 26% (338 686 MWh) del consumo acumulado de energía, y Atria Energía con el 25% (334 920 MWh) del consumo acumulado de energía en el periodo 2017-2020.
- b. **Nexo causal entre el desempeño de Electro Dunas y el tratamiento diferenciado en el mercado afectado**
149. A criterio de la Comisión, los resultados favorables de Electro Dunas observados en el mercado afectado habrían sido resultado de la exoneración del plazo de preaviso, realizado por Electro Dunas a favor de sus usuarios en el mercado regulado que aceptaban continuar siendo clientes suyos al migrar al régimen de usuarios libres entre 2017 y 2020.

150. En ese sentido, al negar tales condiciones favorables a los usuarios que decidían contratar el suministro con otra empresa, Electro Dunas generaba un condicionamiento que, para un grupo de clientes, podría constituir un incentivo decisivo para contratar con ella a precios promedio superiores a los que ofrecían otras suministradoras en el mercado. Este condicionamiento, a su vez, no se sustentaría en la mayor eficiencia económica de la oferta de Electro Dunas, sino en su posición dominante y la imposibilidad de otras empresas de replicar el referido beneficio, al encontrarse limitadas por el marco regulatorio aplicable.
151. Así, en virtud de lo expuesto en los considerandos 100 a 104 de la Resolución 031-2021/SDC-INDECOPI, en el Informe Técnico se realizó un análisis basado en toda la distribución de los precios medios de energía ofrecidos a los nuevos usuarios libres que fueron usuarios regulados en el área de concesión de Electro Dunas⁵². Esta Comisión coincide con el análisis y conclusiones a los cuales se arribó en dicho informe.
152. En efecto, a partir del análisis de los precios se identificó la existencia de traslapes en la distribución de precios medios de energía ofrecidos por los suministradores⁵³. Así, esta Comisión ha observado que, para el año 2017, no existió traslape entre los precios medios ofrecidos por Electro Dunas y el resto de suministradores dentro del área de concesión de Electro Dunas. De esta manera, Electro Dunas captó un cliente al cual exoneró del plazo de preaviso y cobró un precio mayor al ofrecido por el resto de suministradores dentro de su área de concesión.
153. Para el año 2018, se verifica la existencia de traslape de precios medios en la distribución de los precios ofrecidos por Electro Dunas y el resto de suministradores dentro del área de concesión de Electro Dunas. Así, esta Comisión ha observado que existieron veintinueve (29) nuevos usuarios que se encontraron dentro del rango intermedio de precios, once (11) de los cuales contrataron con Electro Dunas⁵⁴. En línea con lo señalado por la Dirección, el rango de traslape de precios identificado resulta relevante para evaluar el rol de la política de exoneración del plazo de preaviso por parte de Electro Dunas. En efecto, en este rango, el precio promedio ofrecido por Electro Dunas es ligeramente superior al ofrecido por otros suministradores (12,58 cts. S/ /kWh vs 12,27 cts. S/ /kWh)
154. En lo que respecta al año 2019, considerando la información de los precios medios ofrecidos por Electro Dunas y el resto de suministradores dentro de su área de concesión, no es posible, del análisis propuesto en el Informe Técnico, afirmar que

⁵² El precio medio de la energía está formado por el precio para la potencia (PP), un precio de la energía en hora punta (PEHP) y un precio de la energía fuera de punta (PEFP), utilizando la siguiente fórmula:

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

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

⁵³ Al respecto, ver Cuadro 10 en el numeral 145 del Informe Técnico.

⁵⁴ Al respecto, ver Cuadro 11 en el numeral 151 del Informe Técnico.

la exoneración del plazo de preaviso permitió captar significativamente más usuarios a Electro Dunas debido a que la empresa pudo ofrecer menores precios, en promedio, a los nuevos usuarios libres que antes eran regulados⁵⁵. Por otro lado, al evaluar la distribución de precios ofrecidos durante el año 2020 a nuevos usuarios libres que fueron regulados en el área de concesión de Electro Dunas, en línea con el Informe Técnico, se identificaron a doce (12) nuevos usuarios dentro del rango de traslape de precios medios ofrecidos por Electro Dunas y otros suministradores dentro de su área de concesión, nueve (9) de los cuales contrataron con Electro Dunas⁵⁶. Asimismo, el precio promedio ofrecido por Electro Dunas en este rango fue ligeramente superior al ofrecido por el resto de suministradores (13,38 cts. S/ /kWh vs 13,08 cts. S/ /kWh). Así, considerando el análisis de los precios durante el periodo 2017-2020, se identificaron a veintiún (21) nuevos suministros libres que fueron regulados para los cuales se habría generado efecto exclusorio. Ya sea porque el precio ofrecido por Electro Dunas se encontró por encima de cualquiera de los precios ofrecidos por otros suministradores (1 usuario en el 2017), o porque estos suministros que contrataron con Electro Dunas se encontraron en el área de traslape de precios (11 en el 2018 y 9 en el 2020).

155. A mayor abundamiento, en lo que respecta a las características de los nuevos usuarios libres que fueron regulados, el 36% de empresas relacionadas con estos nuevos suministros desarrollan actividades en el sector agropecuario, 26% en el sector manufactura, 20% en el sector servicios, mientras el restante 18% agrupa sectores como pesca, minería y otros⁵⁷.
156. Asimismo, en cuanto a la potencia contratada por los nuevos usuarios libres se observa que si bien, en promedio, los nuevos usuarios libres que contratan con Electro Dunas demandan mayor potencia que los nuevos usuarios libres que contrataron con otros suministradores, estas diferencias no son estadísticamente significativas⁵⁸.
157. Adicionalmente, siguiendo el análisis propuesto por la Dirección en los numerales 158 y 159 del Informe Técnico, la Comisión ha actualizado la información de los nuevos usuarios que culminaron sus contratos con Electro Dunas a diciembre del 2022. Al respecto, de los cuarenta y un (41) usuarios que culminaron su primer contrato con Electro Dunas entre enero del 2020 y diciembre del 2022, catorce (14) se encontraron en el rango de precios en el cual se habría generado un efecto

⁵⁵ Al respecto, ver Cuadro 12 en el numeral 154 del Informe Técnico.

⁵⁶ Al respecto, ver Cuadro 13 en el numeral 155 del Informe Técnico.

⁵⁷ Esta caracterización de sectores se realiza tomando en cuenta los números de RUC de las empresas asociadas con los nuevos suministros libres que eran regulados y la clasificación CIU disponible en el portal de consulta RUC de Sunat (<https://e-consultaruc.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/FrameCriterioBusquedaWeb.jsp>)

⁵⁸ Al respecto, se realizaron pruebas estadísticas de diferencias de medias para las potencias contratadas por los nuevos usuarios libres que contrataron con Electro Dunas versus las potencias contratadas por los nuevos usuarios libres que contrataron con otros suministradores. Los resultados de las pruebas estadísticas aplicadas para cada año, tanto para el total de las observaciones como para las observaciones correspondientes al rango de traslape de precios, no permiten rechazar la hipótesis nula de no diferencias entre los valores promedio de las potencias contratadas.

exclusorio. De estos últimos, tres (3) no renovaron con Electro Dunas y se mantuvieron como usuarios libres contratando con otros suministradores⁵⁹.

158. De esta manera, por lo menos, el **21,43%** de usuarios, identificados en el rango de precios en el que se habría generado el efecto excluyente, se mantuvieron en el mercado libre y decidieron no renovar su contrato con Electro Dunas y buscaron celebrar sus nuevos contratos con otros suministradores. Esta Comisión considera este como un escenario conservador debido a que casi todos los nuevos usuarios libres que migraron el año 2020 aún no culminan sus contratos⁶⁰, de manera que –al término de estos– Electro Dunas podría ofrecerles mejores condiciones.
159. En suma, la Comisión considera que esta situación refleja que la razón efectiva por la cual por lo menos el **21,43%** de usuarios ubicados en el rango de precios en el que se habría generado el efecto excluyente, habría decidido contratar originalmente con Electro Dunas debido a la exoneración del plazo de preaviso que esta les ofreció para que celebraran contratos de suministro con ella y no con otras empresas. Con ello, la estrategia de exoneración discriminatoria del plazo de preaviso habría afectado a los competidores de Electro Dunas, quienes no estaban en capacidad de ofrecer una condición similar a estos usuarios.
160. De esta manera, si bien acotado, este **21,43%** del total de usuarios libres dentro del rango en el cual se habría generado efecto excluyente, cuyos contratos vencieron entre enero de 2020 y diciembre de 2022, representa un efecto neto anticompetitivo atribuible a la conducta anticompetitiva materializada por Electro Dunas durante el periodo investigado.

c. Conclusión sobre el efecto excluyente identificado

161. A partir de la información analizada, esta Comisión ha observado que el tratamiento favorable ofrecido por Electro Dunas –consistente en exonerar del plazo del preaviso artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad a los usuarios que desean migrar del régimen de usuarios regulados al de usuarios libres, condicionado a que se mantengan como usuarios suyos y excluyendo a otros suministradores–; le habría permitido a Electro Dunas incrementar su participación en el mercado afectado, correspondiente al suministro de usuarios libres dentro de su área de concesión, tanto en lo que se refiere al porcentaje de usuarios nuevos como el de potencia total contratada.
162. Asimismo, la Comisión ha observado que Electro Dunas ha obtenido beneficios en dicho segmento de usuarios libres a partir de la implementación de este trato

⁵⁹ Al respecto, se ha tomado en cuenta la información de migración de suministros regulados a libres, así como la información de los contratos remitidos por Electro Dunas. Adicionalmente, se ha verificado la extensión de los contratos o el cambio de suministrador con la información disponible por Osinergmin (contratos y adendas de usuarios libres, boletín mensual de clientes libres).

⁶⁰ Solo uno de los nuevos usuarios libres que migró el año 2020 culminó su contrato con Electro Dunas en abril del 2022, un suministro de Grupo Santa Elena S.A. De acuerdo con información de los boletines de clientes libres del Osinergmin, este usuario habría renovado su contrato.

diferenciado, pues este le ha permitido, contratar con usuarios a precios ligeramente superiores a los ofrecidos por Atria Energía y otros suministradores.

163. Finalmente, esta Comisión coincide con la Dirección al considerar que la evidencia analizada permite concluir que la razón esencial por la que un grupo de usuarios decidió contratar el suministro de energía eléctrica con Electro Dunas bajo el régimen de usuarios libres correspondió a la discriminatoria exoneración del plazo de preaviso. Muestra de ello es que, una vez vencidos dichos contratos, el **21,43%** de los usuarios que se mantuvieron en el mercado de usuarios libres, dentro del rango en el cual se habría generado efecto excluyente, decidieron cambiar de suministrador y beneficiarse de mejores condiciones ofrecidas por estos otros competidores⁶¹. Esto representa un efecto neto anticompetitivo atribuible a la conducta anticompetitiva materializada por Electro Dunas durante el periodo investigado.
164. De esta manera, la Comisión estima acreditada la existencia de un efecto excluyente derivado del tratamiento diferenciado adoptado por Electro Dunas, aprovechando su posición de dominio en el mercado relevante, para obtener beneficios a costa de sus competidores en el mercado afectado. Sin perjuicio de ello, corresponde analizar las posibles justificaciones esbozadas por Electro Dunas para determinar si existen efectos procompetitivos que superen el efecto excluyente identificado.

4.3.2. Análisis de alegatos adicionales esbozados por Electro Dunas

165. Adicionalmente a los argumentos de Electro Dunas relacionados con la definición del mercado relevante, el mercado afectado y la posición de dominio (analizados y desvirtuados en la sección 4.1.4) y los referidos a la exoneración del plazo de preaviso, corresponde evaluar los argumentos presentados por dicha empresa en sus alegatos finales, vinculados con el análisis de precios contenido en el Informe Técnico y con la evaluación del desempeño comercial de Electro Dunas en periodos previos al año 2017 y posteriores al 2020.

a. Sobre el análisis de precios de energía promedios

166. En sus alegatos finales, Electro Dunas señala que en el Informe Técnico la Dirección omitió evaluar los precios más bajos de Electro Dunas y los precios más altos de la competencia. Así, era evidente que la Dirección concluiría que los precios de Electro Dunas fueran más altos, en comparación con los precios de la competencia.

En ese sentido, el análisis presentado en el Informe Técnico en cuanto a la comparación de precios para identificar el efecto excluyente se encontraría sesgado.

⁶¹ Cabe precisar que, una vez que el contrato de suministro de estos usuarios termina, tienen la opción de cambiar de suministrador inmediatamente. En tal sentido, el plazo de preaviso contenido en la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad no aplicarían en este caso ya que solo se refieren al cambio de condición de usuario regulado a usuario libre.

En ese sentido, dichas obligaciones no serían aplicables para realizar un cambio de suministrador dentro del mercado libre, salvo que las estipulaciones contractuales entre las partes dispongan lo contrario.

167. Al respecto, de acuerdo con el Informe Técnico, la Dirección consideró pertinente llevar a cabo un análisis que permita comparar no solo los precios promedios o la mediana de los precios de energía ofrecidos por Electro Dunas y el resto de otros suministradores dentro de su área de concesión, sino también sus respectivas distribuciones con el objetivo de identificar áreas de traslape de precios. Ello permite identificar intervalos de precios similares en los cuales la exoneración del plazo de preaviso habría tenido un rol relevante en las decisiones de los usuarios regulados que migraron a usuarios libres.
168. Asimismo, cabe indicar que lo expuesto en el Informe Técnico está relacionado con el análisis exigido por la Sala en su Resolución 031-2021/SDC-INDECOPI. Al respecto, la Sala señala que, pese a que Electro Dunas y Atria Energía cobraron precios similares en el rango intermedio de precios, se produjo un gran cambio de preferencias que no podría atribuirse a una brecha en la competitividad de precios⁶².
169. Adicionalmente, la Comisión trae a colación el hecho de que el análisis de precios expuesto en el Informe Técnico no lleva a concluir que los precios de Electro Dunas son los más altos en comparación con los de otros suministradores en su área de concesión. En efecto, durante el año 2019, el análisis propuesto por la Dirección permitió identificar un rango de traslape de precios, pero en este rango los precios ofrecidos por Electro Dunas fueron menores a los ofrecidos por otros suministradores en su área de concesión. En consecuencia, no es posible identificar un efecto exclusorio para este grupo de usuarios, razón por la cual sus ventas son excluidas de la propuesta de sanción contenida en el Informe Técnico⁶³.
170. Si bien a partir del análisis descrito en el párrafo precedente no se ha encontrado efecto exclusorio durante el año 2019, si fue posible identificarlo para los años 2017, 2018 y 2020; años en los cuales a partir del análisis del rango de traslape de precios se advierte la existencia de efecto exclusorio para un grupo de nuevos usuarios libres que antes fueron regulados. En virtud de lo expuesto, se considera que los argumentos presentados por Electro Dunas no desvirtúan el análisis realizado en el Informe Técnico, el cual guarda consistencia con lo señalado por la Sala.
- b. Sobre el desempeño comercial de Electro Dunas en periodos entre 2016 y 2017 y posteriores al 2020.**
171. Electro Dunas indica, como parte de sus alegatos finales, que el Informe Técnico ha omitido analizar el periodo comprendido entre los años 2016 y 2017. Al respecto, señala que el solo hecho de que Electro Dunas no haya captado decenas de clientes libres que antes eran regulados en años previos al 2018 evidenciaría que la exoneración del plazo de preaviso no fue una de las variables determinantes para los usuarios optativos que decidieron mantener a Electro

⁶² Al respecto, ver los numerales 100, 101, 102, 103 y 104 de la Resolución 031-2021/SDC-INDECOPI.

⁶³ Al respecto, ver el numeral 154 del Informe Técnico.

Dunas como suministrador pues, de haberlo sido, estos hubieran migrado masivamente con Electro Dunas en los años 2016 y 2017.

172. De manera similar, alega que el Informe Técnico ignora los resultados comerciales de Electro Dunas posteriores al 2020, con excepción de dos (2) casos de no renovación de usuarios libres utilizados para sustentar la hipótesis anticompetitiva, pero que se explican por razones ajenas al plazo de preaviso.
173. Al respecto, cabe precisar que la Dirección ha identificado el inicio de la práctica en el año 2017 y, según indica el Informe Técnico, la captación de nuevos usuarios libres por parte de Electro Dunas se fortaleció a partir del año 2018. En efecto, en el Informe Técnico se señala que esta situación podría haber sido consecuencia tanto de la exoneración del plazo de preaviso, como de la competencia de precios en el mercado⁶⁴.

En ese sentido que, siguiendo el análisis de la Sala, la Dirección lleva a cabo un análisis detallado de los precios que le permite identificar rangos en los cuales estos habrían sido similares y la exoneración del preaviso habría jugado un rol relevante en la decisión de los nuevos usuarios libres en cuanto a contratar con Electro Dunas.

174. Cabe señalar que esta Comisión reconoce que, a partir de la información compartida por Electro Dunas en el presente procedimiento, dicha empresa estuvo en mejores condiciones para competir en el segmento de usuarios libres a partir de la firma de contratos de opción con generadoras. Sin embargo, coincide con la Sala y la Dirección en que este no habría sido el único factor que explica el desempeño comercial de Electro Dunas, en particular a partir del 2018. Así, el análisis llevado a cabo permite identificar rangos de precios en los cuales la exoneración del plazo de preaviso habría jugado un rol importante para explicar parte del desempeño de Electro Dunas. En efecto, como se ha señalado, se identificó un (1) nuevo suministro que contrató con Electro Dunas con precios por encima de los ofrecidos por otros suministradores (en el 2017) y veinte (20) (11 en 2018 y 9 en 2020) nuevos suministros, que se encuentran en el rango intermedio de precios referido, lo cual representa, en opinión de esta Comisión, un cálculo conservador respecto del desempeño de Electro Dunas durante el periodo investigado.
175. En lo que respecta a los resultados comerciales posteriores al 2020, la evaluación de las decisiones de los nuevos usuarios libres permite aproximar, de manera conservadora, una medida del factor de exclusión. En efecto, el factor de exclusión se calcula como el porcentaje de nuevos usuarios libres que, al término de su primer contrato, deciden seguir como usuarios libres y contratar con otro suministrador y que, adicionalmente, se encontraban dentro del rango de precios en los cuales se habría generado el efecto excluyente.
176. Así, teniendo en cuenta la duración de los contratos de los nuevos usuarios libres, el análisis se extiende a periodos posteriores al año 2020 para evaluar si los

⁶⁴

Al respecto, ver el numeral 142 del Informe Técnico.

nuevos usuarios libres que contrataron con Electro Dunas deciden renovar sus contratos por periodos adicionales o, por el contrario, deciden cambiar de suministrador. Como ha sido reconocido por la Sala en casos similares⁶⁵, esta es una aproximación conservadora toda vez que, respecto de contratos posteriores a la práctica de la exoneración del plazo de preaviso, Electro Dunas pudo haber ofrecido mejores condiciones en comparación con las de los primeros contratos. Ello con el objeto de incrementar la probabilidad de que aquellos contratos se renueven.

En ese sentido, esta Comisión coincide con el análisis llevado a cabo por la Dirección en su Informe Técnico, y considera que corresponde utilizar información posterior al año 2020 únicamente de los nuevos suministros que fueron regulados identificados a través del análisis de traslape de precios. Asimismo, esta Comisión considera que esta estrategia de análisis es conservadora para el cálculo del factor excluyente.

177. En lo que respecta a la alegación de Electro Dunas de que los dos (2) casos de nuevos usuarios libres que decidieron no renovar con Electro Dunas identificados en el Informe Técnico se explican por razones ajenas al plazo de preaviso, esta Comisión estima que no existen elementos suficientes para arribar a esa conclusión.
178. En el primero de los casos, Electro Dunas señala que la empresa habría decidido que los dos suministros con los que cuenta sean atendidos por una única empresa. Al respecto, Electro Dunas no ha aportado mayores elementos que permitan sustentar esta afirmación. Adicionalmente, esta Comisión ha podido verificar que, si bien los dos suministros que tiene la empresa son atendidos por el mismo suministrador, los precios de energía que paga por el suministro en mención con el nuevo suministrador son menores a los que pagaba cuando era cliente con Electro Dunas.
179. En el segundo caso señalado por Electro Dunas, la empresa denunciada argumenta que decidió no renovar el contrato debido a que se trataba de un usuario con incumplimiento de pagos. Electro Dunas sustenta su afirmación en las comunicaciones con el usuario, las cuales hacen referencia a incumplimientos de pagos en los meses de enero, febrero y marzo del año 2020, y la estadística de tareas llevadas a cabo en relación con el suministro (la cual comprende desde abril del 2014 hasta mayo del 2021).
180. De la información presentada por Electro Dunas se desprende que el usuario ya presentaba problemas con sus pagos y había sido sujeto a cortes del servicio cuando aún era regulado, pero que los regularizaba para volver obtener el servicio. Es decir, a pesar del historial moroso del usuario regulado, previo a su migración a usuario libre, Electro Dunas le ofreció exonerarlo del plazo de preaviso para que migre a ser usuario libre manteniéndose como su cliente. Asimismo, se desprende de la información presentada por Electro Dunas que, una vez que el usuario cambió su condición a libre (en abril del 2018), solo reportó incidencias de corte a partir de mayo del 2020, lo que se relaciona con las justificaciones del usuario a

⁶⁵

Al respecto, ver el numeral 296 de la Resolución 035-2022/SDC-INDECOPI y el numeral 356 de la Resolución 094-2022/SDC-INDECOPI.

Electro Dunas y las dificultades que presentaron un conjunto de empresas para hacer frente a sus obligaciones por las consecuencias económicas de la pandemia del Covid-19⁶⁶.

181. En tal sentido, esta Comisión concluye que no es posible atender los argumentos planteados por Electro Dunas en relación con los dos usuarios identificados inicialmente en el Informe Técnico que sirven de base para el cálculo del factor de exoneración.

4.3.3. Conclusión sobre la existencia de un efecto anticompetitivo neto

182. En suma, esta Comisión coincide con la Dirección al considerar que la política de exoneración del plazo de aviso a los usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en su área de concesión entre 2017 y 2020, aplicada por Electro Dunas aprovechando su posición de dominio en el mercado de suministro de energía a usuarios regulados; le permitió a la denunciada obtener beneficios en el mercado de suministro de energía a usuarios libres en su área de concesión, a costa de otros competidores en dicho mercado (efecto exclusorio).
183. En efecto, lo que en la práctica se observó es que la posición que tiene Electro Dunas como única empresa en el mercado relevante le permite elegir las condiciones que aplicará a aquellos usuarios regulados que deciden migrar a usuarios libres y contratar el suministro de energía con una empresa generadora, en comparación con aquellos usuarios que deciden continuar las relaciones comerciales con su empresa. Estas condiciones fueron ofrecidas aprovechando su posición de dominio para dificultar la permanencia de sus competidores en el mercado afectado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
184. Asimismo, esta Comisión estima que Electro Dunas no ha cumplido con brindar una justificación o razón de eficiencia atendible para su política comercial de aplicación de distintas condiciones (la exoneración del plazo solo para determinados clientes) ante situaciones equivalentes (la migración de usuarios regulados a usuarios libres). De esta manera, se ha acreditado que existe un efecto anticompetitivo neto, consistente en dificultar la permanencia de competidores en el mercado afectado (efecto exclusorio) por razones distintas a la mayor eficiencia económica.
185. Al haberse cumplido el tercer y último elemento de análisis, esta Comisión considera acreditado que Electro Dunas incurrió en un abuso de posición de dominio, aplicando injustificadamente condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en los mercados de distribución y de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión (donde ostenta posición de dominio) con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres dentro de su área de concesión; al exonerar del plazo del preaviso de un año, a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su

⁶⁶

Para mayor referencia, el suministro, una vez en condición de usuario libre, reporta una incidencia de corte en el año 2020 y dos incidencias de corte en el año 2021, mientras que periodos previos a su migración reporta un historial de incidencias de cortes o negación a cortes mayor (7 en el año 2016, 7 en el año 2015 y 4 en el año 2014).

condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con Electro Dunas; y, en contraste, exigir el cumplimiento de este requisito a los usuarios que contrataron con sus competidores. Esta infracción se encuentra tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

V. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

5.1. Reglas para la determinación de la sanción

186. El artículo 248.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General reconoce el principio de razonabilidad como esencial en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, en los siguientes términos:

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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:

- a. El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
 - b. La probabilidad de detección de la infracción;
 - c. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
 - d. El perjuicio económico causado;
 - e. La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
 - f. Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
 - g. La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.
187. Las sanciones de tipo administrativo tienen como principal objetivo disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. Ello implica que la magnitud de dichas sanciones debe ser igual o superior al beneficio esperado de realizar las infracciones. El objetivo es garantizar que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo, no solo sobre las empresas infractoras sino sobre el resto de los agentes económicos del mercado. Sin perjuicio de ello, la autoridad de competencia tiene la posibilidad de graduar la sanción, incrementándola o reduciéndola, en función de los respectivos criterios agravantes o atenuantes que resulten aplicables en cada caso concreto.
188. Por ello, el artículo 47 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción en procedimientos sobre conductas anticompetitivas:
- El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
 - La probabilidad de detección de la infracción;
 - La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
 - La dimensión del mercado afectado;
 - La cuota de mercado del infractor;
 - 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;

- La duración de la restricción de la competencia;
 - La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
 - La actuación procesal de la parte.
189. Los dos primeros criterios, el beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección de la infracción, responden al principio de razonabilidad. En efecto, dado que la sanción debe cumplir una función disuasiva, debe procurarse que sea mayor que los beneficios que el infractor esperaba obtener como consecuencia de su conducta ilícita.
190. Así, estos dos criterios permitirán determinar un monto base de la multa que, en atención al principio de razonabilidad, garantice el cumplimiento de la función disuasiva de la sanción.
191. No obstante, también deben tenerse en cuenta otras circunstancias vinculadas con la conducta infractora que permitirán apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivarán el incremento o la disminución de la multa base, en virtud del principio de proporcionalidad⁶⁷.
192. Así, criterios como la dimensión del mercado afectado, los efectos reales y potenciales sobre otros competidores y los consumidores, la participación de mercado del infractor y la duración de la conducta ilícita, son factores que permiten apreciar las repercusiones de la conducta infractora y, de esta manera, ayudan a establecer la gravedad de la infracción.
193. Del mismo modo, y siguiendo la jurisprudencia de la Sala, criterios como la indebida actuación procesal y la reincidencia pueden ser considerados como agravantes de la sanción y, por lo tanto, pueden incrementar la multa base determinada a partir del principio de razonabilidad⁶⁸.
194. Al respecto, se ha señalado que *«una vez determinado el beneficio esperado y la probabilidad de detección de la infracción, la autoridad administrativa podrá tener en consideración otros factores como los efectos reales o potenciales en los consumidores y en el mercado de la conducta infractora, la conducta procedimental y la reincidencia de la denunciada, entre otros criterios establecidos legalmente, para agravar o atenuar la magnitud de la sanción a imponerse»*⁶⁹.

⁶⁷

«[E]s en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas». Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre de 2004 (Expediente 2192-2004-AA).

⁶⁸

Sobre el incumplimiento del deber observar una adecuada conducta procesal como factor agravante, ver Resolución 352-2008/TDC-INDECOPI del 26 de febrero de 2008. Respecto de la reincidencia como factor agravante para la imposición de una multa, ver Resolución 839-2009/TDC-INDECOPI del 29 de abril de 2008.

⁶⁹

Resolución 960-2008/TDC-INDECOPI del 19 de mayo de 2008.

5.2. Cálculo de la multa correspondiente a Electro Dunas

195. De acuerdo con lo anterior, para el cálculo de la multa base, se considera el beneficio esperado extraordinario y la probabilidad de detección de modo que, a mayor beneficio extraordinario, mayor será el beneficio esperado y, por lo tanto, mayor deberá ser la multa. Por otro lado, a menor probabilidad de detección, mayor será el beneficio esperado y, en consecuencia, mayor deberá ser la multa. En ese sentido, el cálculo de la multa se realizará aplicando la siguiente fórmula:

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} = \text{Beneficio Esperado} \leq \text{Multa}$$

196. En el presente caso, siguiendo el criterio esbozado en el Informe Técnico, el beneficio ilícito extraordinario está representado por las ganancias que Electro Dunas esperaba obtener al realizar la práctica anticompetitiva. Es decir, las ganancias asociadas a las ventas de energía eléctrica que Electro Dunas realizó producto de la exoneración de plazo de preaviso a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre dentro del área de concesión de Electro Dunas, y que los demás suministradores no pudieron replicar⁷⁰.

197. En ese sentido, se determinó el Beneficio Extraordinario de Electro Dunas de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$B_{Ext} = \text{Ventas} * \text{Factor de Exoneración} * Mg$$

Donde:

- Ventas : Ventas de Electro Dunas por el suministro de energía a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre (S/) desde el inicio hasta el término de su contrato y que se encontraron en los rangos de precios en que se ha podido identificar el efecto excluyente.
- Factor de exoneración : Igual a 21,43% y corresponde al porcentaje de usuarios que habrían establecido un contrato con Electro Dunas debido al ofrecimiento de exoneración del plazo de preaviso.
- Mg : Promedio del margen de utilidad operativa de Electro Dunas entre 2017 y 2022.⁷¹

198. Las ventas de Electro Dunas por el suministro de energía a aquellos usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre que migraron entre enero de 2017 y diciembre de 2020, y se encontraron en los rangos de precios en los que se ha identificado efecto excluyente, se calculan tomando en consideración la suma del valor de las ventas reportadas para cada usuario mencionado desde el inicio de su contrato hasta el término de este o hasta diciembre de 2022, según

⁷⁰ Al respecto, en otros casos de conductas excluyentes, la Comisión ha calculado el beneficio ilícito en base a las ganancias obtenidas por la empresa que desarrolla la práctica y que debieron ser realizadas por la empresa excluida. Al respecto, consultar la Resolución 010-2013/CLC y la Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI.

⁷¹ De acuerdo con lo reportado por Electro Dunas a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). La información se encuentra disponible en https://www.smv.gob.pe/SIMV/Bp_InformacionFinanciera?op=bq11 (última visita: 12 de mayo de 2023)

sea el caso.⁷² Al respecto, esta Comisión ha verificado que existieron un conjunto de clientes que, si bien cambiaron de condición al mercado libre, concluyeron sus contratos originales y, pudiendo cambiar de suministrador, optaron por seguir contratando con Electro Dunas, de manera que los montos correspondientes a estas renovaciones son excluidos del cálculo de las ventas.

199. El factor de exoneración busca aproximar a los usuarios que habrían escogido contratar con Electro Dunas producto del ofrecimiento de la exoneración del plazo de preaviso, diferenciándolos de aquellos usuarios que eligieron a Electro Dunas como suministrador por las características de su propuesta comercial no relacionadas con estos ofrecimientos. El factor de exoneración representa el porcentaje de usuarios que Electro Dunas obtuvo como consecuencia de aplicar la exoneración del plazo.
200. Para calcular el factor de exoneración, se ha tomado como referencia el porcentaje de usuarios que fueron exonerados del plazo de preaviso, se encontraban dentro del rango de precios en los cuales el plazo de preaviso habría sido relevante para decidir contratar con Electro Dunas, y decidieron cambiar de suministrador luego de terminar su contrato de suministro con Electro Dunas. Al finalizar el contrato de suministro, la condición de exoneración ya no resultaba aplicable. En este escenario conservador, se concluyó que dichos usuarios habrían contratado con Electro Dunas como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso y que, en el caso de que no se les hubiese otorgado esta exoneración, habrían cambiado de suministrador. Este número corresponde a tres (3) de catorce (14) usuarios que migraron inicialmente con Electro Dunas. Por ello, **el factor de exoneración correspondería a 21,43%.**
201. Por su parte, el margen de utilidad operativa de Electro Dunas busca aproximar las ganancias que, efectivamente, Electro Dunas habría obtenido por las ventas de energía eléctrica a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre⁷³. Esta Comisión ha verificado la información de los estados financieros de Electro Dunas, de manera que el margen operativo durante el período 2017-2022 ascendería a 17,31%.
202. Por último, para actualizar el valor de la multa entre diciembre de 2020, fecha en la que la práctica habría concluido, y la fecha de emisión de la presente Resolución, se utiliza un factor de **1,181**, que refleja la diferencia entre el Índice de Precios al Consumidor de diciembre de 2020 y abril de 2023, última fecha disponible para dicho Índice⁷⁴.

⁷² Aunque los contratos de suministro que Electro Dunas ha establecido con algunos usuarios tienen una fecha de término posterior al 2022, la Dirección indicó en su Informe Técnico que no existe suficiente información para proyectar, de manera adecuada, la facturación de dichos usuarios hasta el término de sus contratos, especialmente por la gradual recuperación que viene teniendo la economía luego de la crisis generado por la pandemia del Covid 19. En tal sentido, la Dirección decidió considerar un escenario conservador para el cálculo de las ventas de Electro Dunas.

⁷³ Al respecto, la Comisión ha utilizado anteriormente el margen operativo para aproximar los beneficios extraordinarios de una práctica anticompetitiva. Por ejemplo, consultar la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI.

⁷⁴ Este factor resulta de dividir el Índice de Precios al Consumidor de diciembre de 2020 (93,9581) y de abril de 2023 (111,0055).

203. En base a estos criterios, el siguiente cuadro muestra el cálculo del beneficio ilícito extraordinario en el presente caso:

Cuadro 2
Beneficio ilícito extraordinario

Ventas (S/ miles)	Factor de exoneración	Margen operativo	Factor de ajuste por IPC	Multa Base (S/ miles)
20.419,92	21,43%	17,31%	1,181	894,96

Fuente: Escrito de descargos de Electro Dunas, Boletín de Usuarios Libres del Osinergmin, Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) y BCRP.
Elaboración: Comisión

204. En lo que se refiere a la probabilidad de detección de la infracción investigada, la Dirección en su Informe Técnico estima que esta probabilidad es alta y que, en consecuencia, debe tener un valor de **0.90**. Ello, debido a que la aplicación de la política investigada era un hecho verificable en el mercado relevante, del cual los agentes participantes en el mercado y el organismo regulador competente habían tomado conocimiento, y que permitió a Atria Energía plantear su denuncia⁷⁵. Es pertinente señalar que este valor ha sido considerado por la Comisión en anteriores decisiones sobre abuso de posición de dominio, como por ejemplo en la Resolución 041-2021/CLC-INDECOPI.

Al respecto, esta Comisión coincide con la Dirección en que el trato diferenciado implementado por Electro Dunas no fue realizado de una manera clandestina y que Electro Dunas no ha desarrollado acciones para ocultar la conducta aquí analizada. En línea con ello, debe tenerse en cuenta que esta estrategia se desplegó en un mercado altamente regulado, donde existen mecanismos de transparencia que permiten a los distintos agentes del mercado y a la autoridad acceder a información detallada sobre las actividades de las empresas supervisadas⁷⁶.

De esta forma, la transparencia del mercado y el carácter público de esta política comercial le permitió a Atria Energía formular sus denuncias ante diversas autoridades. Además, debe considerarse que, tanto el Ministerio de Energía y Minas como el Osinergmin y el propio Indecopi, a través de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, habían tomado conocimiento de los hechos denunciados por Atria Energía, inclusive antes de que la Dirección investigara dicha conducta e iniciara el presente procedimiento.

205. En atención a ello, habida cuenta de las particulares circunstancias del presente caso y del marcado carácter público de la conducta investigada, esta Comisión coincide con la Dirección y considera que puede determinarse una probabilidad de detección de **0,9**.

⁷⁵ Esto en la medida que el artículo 6 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, establece que los suministradores deben remitir al Osinergmin una copia de los contratos, los cuales son de dominio público.

⁷⁶ Por ejemplo, a través de las bases de datos de acceso público del Osinergmin disponibles en su portal web.

206. De esta manera, dividiendo el beneficio ilícito extraordinario (B_{ext}) entre la probabilidad de detección (P_{det}), se obtiene que la multa aplicable a Electro Dunas por la ejecución de la práctica anticompetitiva sería de **S/ 994 403,69 (novecientos noventa y cuatro mil cuatrocientos tres con 69/100) o 200,89 UIT.**

207. Para efectos de determinar la gravedad de la infracción, la Comisión tiene en cuenta: (i) la cuota de mercado del infractor, equivalente al 100% del mercado relevante; (ii) el alcance de la restricción a la competencia, que habría afectado por lo menos al 21,43% de los usuarios libres de Electro Dunas provenientes del sector de usuarios regulados que se encontraron en el rango de precios en que se presentó efecto exclusorio; y que (iii) hacia 2020, la conducta habría beneficiado a Electro Dunas significativamente, permitiéndole obtener contratos que representaron alrededor del 58% de nuevos usuarios libres y 62% de la potencia contratada, así como el 32% de la potencia contratada acumulada.

En ese sentido, esta Comisión considera que, en el presente caso, la conducta infractora de Electro Dunas fue **grave**.

208. Finalmente, en atención a lo señalado por el artículo 46 del TUO de la LRCA⁷⁷, se ha verificado que la multa estimada no supera el 10% de los ingresos brutos de Electro Dunas o de su grupo económico durante el ejercicio económico correspondiente al 2022⁷⁸.

VI. MEDIDA CORRECTIVA

209. Sin perjuicio de la multa determinada para la empresa infractora, la Dirección recomendó a la Comisión que continúe haciendo seguimiento del reporte «Mercado de venta de electricidad a usuarios finales»⁷⁹ y, en particular, verifique las acciones implementadas a partir de tal documento.

210. Al respecto, la capacidad de la Comisión de dictar medidas correctivas es coherente con las atribuciones que corresponden a toda autoridad administrativa

⁷⁷ **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]

⁷⁸ De acuerdo con la información financiera reportada por Electro Dunas a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), sus ingresos por actividades ordinarias para el periodo 2022 ascendieron a 488,59 millones de soles. Al respecto, consultar:
https://www.smv.gob.pe/SIMV/Frm_InformacionFinanciera?data=A70181B60967D74090DCD93C4920AA1D769614EC12 (última visita: 12 de mayo de 2023)

⁷⁹ Disponible en el siguiente enlace:
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/8477189/Reporte+de+mercado+de+venta+de+electricidad+a+usuarios+finales%281%29.pdf/28ea3ee8-66ef-2743-79a2-f6e99e881404> (última visita: 12 de mayo de 2023)

que ejerce función sancionadora⁸⁰ y con las otorgadas a esta instancia por el artículo 49.1 del TUO de la LRCA⁸¹. Dicha facultad ha sido reconocida, además, por el Tribunal Constitucional como una de las facultades esenciales o inherentes con que cuenta la autoridad de competencia para el adecuado cumplimiento de sus objetivos⁸².

⁸⁰ **Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 249. -Determinación de la responsabilidad

249.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto. [Énfasis agregado]

⁸¹ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 49.- Medidas correctivas.-

49.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, las cuales, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;
- b) De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o,
- d) El acceso a una asociación u organización de intermediación.
- e) El desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia.

⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de diciembre de 2006, recaída sobre el Expediente 1963-2006-PA/TC (Caso de Distribuidora Norte Pacasmayo, DINO):

«8. Esta función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58° de la Constitución, en cuyo tenor se estipula: "la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (...)". Por su parte, el artículo 59° establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria. Asimismo, el artículo 61° confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas [...].

9. En coherencia con tales imperativos, se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia, para cuyo efectivo cumplimiento los Organismos reguladores y el INDECOPI juegan un rol preponderante, tanto en la promoción y defensa de la competencia como en la protección a los consumidores y usuarios. [...]

22. Ahora bien, ¿es posible afirmar que INDECOPI, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios? Desde luego que no. Admitir que Indecopi no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (artículo 61° de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65° de la Constitución). [...]

26. [...] [E] INDECOPI está facultado para establecer sanciones pecuniarias por las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701; pero ello no implica que se encuentre imposibilitado de dictar medidas complementarias –distintas a las sanciones– justamente para hacer efectivo lo previsto en dicho dispositivo legal. Afirmar que la actuación de INDECOPI deba restringirse únicamente a establecer sanciones pecuniarias y no otras medidas complementarias para garantizar el cumplimiento de la Ley y la Constitución, como, por ejemplo, ordenar el cese de las conductas infractoras sería tan absurdo como admitir que en nuestro sistema jurídico los infractores pueden continuar con sus conductas contrarias a Ley en la medida en que cumplan con pagar el costo económico de su infracción.

El artículo 1 del Decreto Legislativo 701 [antigua Ley de libre competencia] establece que el objetivo de dicha Ley es «eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (...)». Es claro, pues, que dicho objetivo no se cumpliría si tan solo se sancionara económicamente la infracción, y no se ordenara

211. En el presente caso, la Comisión concuerda con la Dirección en que son los organismos sectoriales (el Osinergmin y el Ministerio de Energía y Minas) que regulan la actividad de Electro Dunas y otras empresas distribuidoras de energía eléctrica, quienes están en capacidad de determinar – en ejercicio de sus competencias regulatorias y luego del análisis correspondiente sobre la situación actual y el desempeño del sector – si existe la necesidad o pertinencia de introducir mayor regulación al sector que resulte aplicable a los casos en que empresas como la denunciada deseen realizar algún tratamiento diferenciado a determinados clientes que migren del sector regulado al libre.
212. De allí que, en ejercicio de las facultades de abogacía atribuidas por el literal e) del artículo 14.2 del TUO de la LRCA ⁸³, esta Comisión emitió el reporte «Mercado de venta de electricidad a usuarios finales», citado precedentemente, en el cual se recomendó al Ministerio de Energía y Minas que, *«en el ejercicio de sus competencias regulatorias, determinen la necesidad o pertinencia de modificar la normativa existente o introducir mayor regulación en el sector eléctrico que evite que las empresas distribuidoras puedan utilizar su posición dominante en el suministro a usuarios regulados para aplicar algún tratamiento diferenciado a aquellos usuarios que decidan cambiar su condición a usuarios regulados»*. En tal sentido, a la fecha esta Comisión continúa haciendo seguimiento de dicho reporte, verificando las acciones implementadas a partir de su emisión.
213. Por lo expuesto, carece de objeto ordenar una medida correctiva en el presente caso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la responsabilidad de Electro Dunas S.A.A., por la realización de un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados con efectos en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres; en específico, por exonerar de manera selectiva, injustificada y discriminatoria del plazo de preaviso de un año previsto en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres

el cese de las prácticas contrarias a la referida Ley. Pero ello debe ser realizado por el INDECOPI bajo un test de razonabilidad y proporcionalidad.»

83

Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 14.- La Comisión

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

e) Sugerir, exhortar o recomendar a las entidades de la Administración Pública señaladas en el Artículo I de la Ley N° 27444 sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada o la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros. La Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI deberá remitir las recomendaciones de la Comisión a las entidades de la Administración Pública correspondientes, las cuales deberán responder explicando su posición en relación con las propuestas planteadas en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles desde su notificación, bajo responsabilidad. Las recomendaciones también serán comunicadas a la Presidencia del Consejo de Ministros y al Ministerio de Economía y Finanzas.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

SEGUNDO: Sancionar a Electro Dunas S.A.A. con una multa ascendente a 200,89 UIT.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Lucio Andrés Sánchez Povis, María del Pilar Cebrecos González y Sandra Patricia Li Carmelino .

Lucio Andrés Sánchez Povis
Presidente