

**Expediente 003-2019/CLC****Resolución 042-2021/CLC-INDECOPI**

9 de julio de 2021

VISTOS:

El escrito de denuncia presentado el 30 de setiembre de 2020 por Atria Energía S.A.C. (en adelante, Atria Energía, antes Eléctrica Santa Rosa S.A.C.)¹ en contra de Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. (en adelante, Ensa); la Resolución 026-2019/ST-CLC-INDECOPI del 30 de setiembre de 2019 (en adelante, la Resolución de Inicio), mediante la cual la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Ensa; por la presunta 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 infracción a lo dispuesto en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas²; los descargos a la Resolución de Inicio; el Informe Técnico 073-2020/ST-CLC-INDECOPI del 20 de noviembre de 2020 (en adelante, el Informe Técnico), los escritos de alegatos al Informe Técnico; las audiencias de informe oral llevadas a cabo el 18 de febrero y el 19 de mayo de 2020, los alegatos finales presentados por Ensa y Atria; y las demás actuaciones del procedimiento; y.

CONSIDERANDO:

1. El 28 de marzo de 2018, Atria Energía presentó una denuncia contra Ensa 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, en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres en la ciudad de Chiclayo, conductas tipificadas en los literales b), g) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas³. La denuncia se sustentó en los siguientes argumentos:

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 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.

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

▪ Sobre los mercados involucrados, usuarios regulados y usuarios libres:

- En Perú existen dos mercados de suministro de electricidad: (i) el mercado de distribución de energía a usuarios regulados, otorgado en concesión 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.
- Por su parte, 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 electricidad con el distribuidor de la zona en la que están ubicados, (ii) usuarios libres, que tienen una demanda máxima anual de energía eléctrica mayor a 2500 kW y pueden contratar el suministro de electricidad con cualquier generador o con el distribuidor de la zona en la que están ubicados; y (iii) usuarios que tienen una demanda anual de energía eléctrica mayor de 200 kW y menor a 2500 kW, quienes pueden decidir ser usuarios regulados (y, por tanto, solo contratar con el distribuidor de su zona) o libres (y, poder contratar con cualquier generador o el distribuidor de su zona).
- Conforme al marco legal vigente, todos los usuarios de electricidad (usuarios regulados y usuarios libres), ubicados dentro de una zona de concesión de un distribuidor, deben estar conectados a una red de distribución para recibir la electricidad a través de esa red. De este modo, si bien el usuario libre tiene libertad para elegir al suministrador de energía, debe conectarse a la red de distribución de la zona en que se encuentre (operada por un distribuidor) para recibir la electricidad.

▪ Sobre la posición de dominio y la conducta exclusoria de Ensa:

- Ensa es la titular de la concesión de distribución de electricidad en la ciudad de Chiclayo. Por ello, tanto los usuarios regulados como los usuarios libres ubicados en dicha zona de concesión deben estar conectados a la red de distribución de Ensa.
- Se ha podido observar desde junio de 2017 (y posiblemente desde antes), que cuando un usuario regulado —cuya demanda anual oscila entre los 200 kW y los 2500 kW— que se encuentra ubicado en la zona de concesión de Ensa manifiesta su decisión de migrar a usuario libre cambiando de suministrador⁴, Ensa le ofrece, indebidamente, determinadas condiciones

⁴ A fin de sustentar este extremo de la denuncia, Atria Energía presentó los siguientes medios probatorios:

- Contrato de Suministro de Electricidad suscrito el 20 de enero de 2017 entre Atria Energía y Comercial Molinera San Luis S.A.C. (en adelante, Comosal).
- Contrato de Suministro de Electricidad suscrito el 19 de mayo de 2017 entre Atria Energía y Molinera Tropical del Norte S.A.C. (en adelante, Tropical).
- Contrato de Suministro de Electricidad suscrito el 4 de octubre de 2017 entre Atria Energía y Molinera del Centro S.C.R.L. (en adelante, Molicentro).
- Cartas remitidas por Comosal, Tropical y Molicentro a Ensa el 30 de enero, 19 de mayo y 10 de octubre de 2017, respectivamente, informando sobre su cambio de condición de Usuarios Regulados a Usuarios Libres, así como el nombre de su nuevo suministrador de energía (Atria Energía).

comerciales que solo dicha empresa puede otorgarles debido a su posición de dominio en el mercado de distribución de energía, incluyendo⁵:

- (i) Exoneración del plazo legal de preaviso para cambiar de condición de Usuario Regulado a Usuario Libre.
- (ii) Atención preferencial para nuevos suministros y ampliaciones de potencia.
- (iii) Atención preferencial en caso de emergencia y problemas de calidad originados en la red de distribución.

- De este modo, Ensa utiliza su posición de dominio (monopólica) en el mercado de distribución en la ciudad de Chiclayo, 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. Esta situación no puede ser evitada o superada por Atria Energía debido a que todos los usuarios libres ubicados en la ciudad de Chiclayo necesitan estar conectados a la red de distribución de Ensa para recibir la electricidad contratada, al margen del suministrador contratado.

2. Mediante la Resolución de Inicio, la Secretaría Técnica inició un procedimiento administrativo sancionador contra Ensa por la presunta 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 del plazo del preaviso de un año a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; y, por el contrario, exigir el cumplimiento de este requisito a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores.

Conforme a la Resolución de Inicio, la infracción imputada a Ensa se encuentra tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁶.

-
- Cartas remitidas por Ensa a Comosal y Tropical el 26 de junio y 24 de julio de 2017, respectivamente, indicándoles su intención de mantener la relación comercial con dichas empresas e invitándolas a una reunión de trabajo.
 - Carta remitida por Molicentro a Atria Energía el 15 de noviembre de 2017 indicándole su decisión de rescindir el Contrato de Suministro de Electricidad debido a que habría recibido una mejor oferta por parte de otra empresa generadora de energía eléctrica que le proveería el servicio de suministro de forma inmediata.
 - Reporte de los contratos inscritos por Ensa en el Registro de Osinergmin.

⁵ Como se ha señalado, Atria Energía precisó que los referidos hechos estaban tipificados en los literales b), g) y h) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁶ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

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

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

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

3. Mediante escrito del 16 de diciembre de 2019, Ensa presentó sus descargos a la Resolución de Inicio, señalando lo siguiente:

- Sobre la provisión de energía en el mercado libre y el mercado regulado:
 - La regulación de la actividad de generación de energía eléctrica establece un esquema diferenciado por tipo de usuarios, donde los consumidores de energía pueden ser calificados como usuarios regulados o usuarios libres. En ese sentido, existe una diferencia entre el mercado para abastecer de energía a usuarios regulados («mercado regulado») y el mercado para abastecer a usuarios libres («mercado libre»).
 - La provisión de energía en el mercado regulado se realiza de manera exclusiva por las empresas distribuidoras de energía eléctrica, mientras que en el mercado libre el usuario puede contratar directamente con las empresas generadoras. En este último mercado también pueden participar las empresas distribuidoras, en competencia con las generadoras.
 - Las empresas distribuidoras necesariamente tienen contratos de suministro con las empresas generadoras para atender a los usuarios libres y a los usuarios regulados. En virtud de la Ley de Generación Eficiente, estos contratos pueden ser de largo plazo (que aseguran potencia a largo plazo a un precio estable y predecible) o bilaterales (que aseguran demanda a mediano y corto plazo).
- Sobre el marco aplicable a Ensa:
 - Ensa es una empresa que presta el servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica, y también participa como ofertante en el suministro de electricidad a los usuarios libres. El comportamiento de Ensa y de otras distribuidoras responde al modelo del mercado eléctrico.
 - La Ley de Generación Eficiente introdujo la posibilidad de que los usuarios regulados con cierto nivel de consumo pasen a ser libres, fijando ciertas condiciones y requisitos para la migración de clientes a través de su reglamentación. Ello se debió a que esta norma no modificó la obligación establecida por la Ley de Concesiones Eléctricas de asegurar la demanda del mercado regulado por un mínimo de dos años.

Así, el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad estableció como condición para la migración de usuarios regulados a libres, la comunicación

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.

de dicha intención al suministrador actual, con una anticipación no menor a un año a la fecha señalada para el cambio de condición.

▪ Sobre los efectos de la migración de clientes al mercado libre:

- La migración afecta a las distribuidoras pues tienen que asumir los costos de la compra de potencia (generados en virtud de la obligación de la Ley de Concesiones Eléctricas), y de la gestión de sus contratos de suministro con las generadoras (para considerar las bajas en la demanda), para lo cual es necesario contar con un plazo adecuado.
- Como consecuencia de la reducción de precios en el mercado de corto plazo, se ha producido una migración masiva de clientes del mercado regulado al mercado libre. Frente a esta situación, las distribuidoras carecen de capacidad de respuesta, debido a las restricciones impuestas en sus contratos con las generadoras para atender el mercado regulado. Ello ocasiona que tengan que asumir el costo de la sobrecontratación de energía.
- Desde el año 2016 a la fecha, como consecuencia de la sobrecontratación por la migración de clientes al mercado libre y la negativa de las generadoras de reducir la potencia fija, Ensa ha registrado pérdidas de 16.57 millones de soles.
- La facultad de las distribuidoras de poder exigir el preaviso de al menos un año para la migración de clientes tiene por finalidad protegerlas, al darles la posibilidad de poder recuperar las inversiones realizadas en el aseguramiento de demanda en el mercado regulado.

A pesar de ello, el resultado para las distribuidoras ha sido nefasto, pues no ha sido posible modificar los contratos con las generadoras respecto de la potencia contratada.

- Para poder competir en el mercado libre, las distribuidoras necesitan contratos de suministro con las generadoras. Ello implica que no puedan responder a las fluctuaciones de precios en tiempo real, ya que no pueden ofrecer precios por debajo al pactado con las generadoras.

En ese sentido, no se puede esperar que las distribuidoras estructuren su precio de igual forma que las generadoras, ni que renuncien a hacer uso de los derechos que les han sido reconocidos (como la facultad de exoneración del plazo cuando no se ha cambiado de suministrador).

- Teniendo en cuenta dicho contexto, las empresas de distribución como Ensa resaltan en sus ofertas que, si bien el precio es un factor importante, no es el único, si se tienen en cuenta otros aspectos como: las pérdidas de electricidad que se dan en la transmisión del sistema, prioridad del suministro ante un racionamiento, así como la exoneración del plazo para la migración cuando el cliente se mantiene en la cartera del distribuidor.

- Tanto el Osinergmin como la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal han reconocido la legalidad de esa exoneración, en la medida que el plazo de preaviso se ha establecido en favor de las distribuidoras.
 - Pretender que (i) las distribuidoras pierdan clientes regulados, (ii) deban seguir pagando por la potencia fija en contratos exigidos por la regulación con las generadoras, y (iii) compitan por precios sin poder acudir al mercado spot, es agravar la situación financiera de las distribuidoras y desconocer la única ventaja competitiva que poseen para actuar en el mercado libre.
- Sobre la determinación del mercado relevante y la posición de dominio:
- En cuanto a la determinación del mercado relevante, la conducta denunciada que debe de tenerse en cuenta para tales efectos es aquella que cuestiona a Ensa en su rol de suministrador de energía, al haber ofrecido la exoneración del plazo de espera para el cambio de condición de usuario regulado a libre.

En ese sentido, el mercado de producto relevante es el suministro de energía eléctrica para los consumidores cuya demanda oscila entre los 200 y 2 500 KW por punto de suministro, que son aquellos que pueden migrar al mercado libre.

En cuanto al mercado geográfico, este se encuentra determinado por todo el territorio nacional, dado que la existencia de redes interconectadas a nivel nacional hace posible que las empresas de generación y distribución puedan ofrecer sus condiciones comerciales a cualquier usuario libre en el Perú.

- Ensa no cuenta con posición de dominio. En el mercado relevante de usuarios libres, Ensa tiene una participación insignificante (aproximadamente 3%) debido a la gran cantidad de empresas distribuidoras y generadoras que pueden ofertar el suministro a nivel nacional. Además, la zona norte, donde se encuentra el área de concesión de Ensa, es la que consume menos energía en el país.

▪ Sobre las justificaciones de la conducta de Ensa:

- La conducta de Ensa se encontraría justificada. En atención a la situación del mercado eléctrico y la migración masiva de usuarios regulados a libres, Ensa buscó estrategias que le permitan mitigar las pérdidas derivadas de dicha migración y de los pagos de potencia fija que había contratado para atender el mercado regulado.

Una de esas estrategias fue la renegociación de contratos con los generadores para reducir la potencia fija contratada para el mercado regulado. No obstante, solo se logró trasladar la potencia contratada hasta el 2023.

De otro lado, en la medida que Ensa no podía ofrecer menores precios que los pactados con las generadoras, adoptó la política comercial de exonerar el

plazo de preaviso de un año para aquellos clientes regulados que permanezcan en su cartera como usuarios libres.

- El preaviso es un derecho a favor de las distribuidoras, pudiendo exonerar a determinados usuarios de manera discrecional, lo cual ha sido reconocido por Osinergmin. La norma que establece este derecho tiene como propósito mitigar el impacto negativo de la migración de usuarios, que ha ocasionado pérdidas a las distribuidoras como consecuencia de la sobrecontratación de potencia fija en los contratos para atender a los clientes regulados.

En ese sentido, la instauración del presente procedimiento administrativo sancionador pretende limitar el derecho otorgado a favor de las distribuidoras como Ensa, que sirve para mitigar las pérdidas asociadas a la sobrecontratación de potencia a la cual se ven obligadas debido a la misma regulación.

▪ Otras alegaciones:

- La Secretaría Técnica analizó de forma incorrecta el crecimiento de Ensa en la Resolución de Inicio. Debe tenerse en cuenta que algunos de los usuarios que se consideraron parte del crecimiento de la empresa ya eran usuarios libres que escogieron que Ensa sea su suministradora.

Asimismo, en el periodo 2016-2020 no todos los clientes que se encontraban dentro del área de concesión de Ensa, y que migraron de usuarios regulados a usuarios libres, escogieron a la empresa como su suministradora.

- En el periodo 2016-2020, Atria Energía ha presentado un crecimiento sostenido, mientras que Ensa únicamente ha podido mantener su cuota de participación, en el mercado. En ese sentido, no se puede concluir que Atria Energía ha sufrido un menoscabo económico, ni que dicho perjuicio se haya debido a la conducta de Ensa.
- Los beneficios obtenidos por Ensa solo sirven para mitigar las pérdidas sufridas por la sobrecontratación de potencia para el mercado regulado como consecuencia de la migración de usuarios. Ensa se encuentra en un decrecimiento económico.

4. Entre el 2 y 3 enero de 2020 se les informó a las partes del procedimiento acerca del inicio del periodo de prueba. Asimismo, se notificó a Atria Energía con los descargos presentados por Ensa.
5. El 24 de febrero de 2020, Atria Energía presentó un escrito absolviendo los descargos de Ensa, en base a los siguientes argumentos:

▪ Sobre las justificaciones invocadas por Ensa:

- Ensa no niega haber incurrido en las infracciones imputadas, sino que aduce que dicho comportamiento se encontraba justificado en la supuesta necesidad de atenuar los costos derivados de la sobrecontratación de potencia y la gestión de contratos con las generadoras, como consecuencia de la migración de los clientes regulados al mercado libre.
- Si la verdadera finalidad del plazo de preaviso de un año hubiese sido mitigar los efectos de la migración de clientes regulados al mercado libre, el plazo hubiese sido mucho mayor o, en todo caso, se hubiesen establecido requisitos más exigentes.
- El Reglamento de Usuarios Libres estableció el plazo de preaviso con la finalidad de proteger la demanda de la distribuidora, sin embargo, no hizo distinciones en relación con su aplicación y cumplimiento. Es decir, dicho reglamento no ha establecido que el plazo solo sea obligatorio para los clientes que quieran migrar al mercado libre con un suministrador distinto, y que Ensa esté habilitada a exonerar a sus clientes de este requisito.
- Asimismo, dicho reglamento fue promulgado ocho años antes de la 'nueva' crisis del sector eléctrico derivada de la declaración de precios de gas natural, siendo imposible prever dicha situación en la finalidad de la norma. En ese sentido, dicha crisis ha sido utilizada por Ensa únicamente para justificar y dar apariencia de legalidad a sus actos.
- El plazo de preaviso no se fijó con la finalidad de otorgar a las distribuidoras una ventaja en perjuicio de las generadoras con las que compiten en el mercado libre, pues dicho plazo no permite mitigar los efectos económicos de la migración de usuarios regulados al mercado libre al no haberse logrado modificar la potencia contratada de los contratos a largo plazo.

▪ Sobre las condiciones del mercado investigado:

- Las condiciones del mercado eléctrico reflejan, hoy en día, precios bajos en el mercado spot; no obstante, ello podría variar dentro de unos años pues dichos precios podrían incrementarse. Frente a dicha situación de incremento de precios en el mercado spot, Ensa podría asegurar su suministro al precio de su contrato, que podría ser menor que el spot, porque no estaría expuesta a la volatilidad de precios en el mercado.
- La Comisión debe tener en consideración que el mercado eléctrico se encuentra sujeto a las reglas de oferta y demanda, por lo que las condiciones pueden variar en el tiempo. No es la configuración del mercado la que determina cómo compiten las empresas, pues ello puede cambiar y no por eso se va a cambiar la forma en la que compiten los agentes económicos en este sector.
- Conforme a lo indicado en la denuncia, el mercado relevante de producto es el mercado de suministro de electricidad bajo el régimen de libertad de precios

(clientes libres), y el mercado geográfico relevante es la zona de concesión de distribución de Ensa en la ciudad de Chiclayo. Así, el mercado relevante es el mercado de suministro de electricidad a clientes libres en la ciudad de Chiclayo.

▪ Otras alegaciones:

- El abuso de posición de dominio de Ensa en el mercado relevante es consecuencia del ilegal traslado de las ventajas que ostenta en el mercado de distribución, como consecuencia de su posición monopólica.
 - Si bien es cierto que las distribuidoras pueden competir con las generadoras no solo en su zona de concesión, ninguna tendría incentivos para hacerlo pues es su posición monopólica en el mercado de distribución la que justamente les permite aplicar como ventaja competitiva la exoneración del plazo de preaviso.
 - La intención de Ensa es que los clientes no migren al mercado libre con suministradores distintos porque eso aumentaría su porcentaje de sobrecontratación de potencia y energía a los generadores. Por ello, justificándose en no poder competir por precios, ofrece condiciones que sus competidores no pueden ofrecer. Esto constituye una práctica que daña gravemente la competencia.
 - El ofrecimiento de Ensa es ilícito, no solo por contravenir el marco normativo vigente, sino porque tal vulneración constituye un ejercicio abusivo por parte del único agente del mercado eléctrico que puede dispensar a los clientes libres del cumplimiento del plazo de preaviso, ofreciendo condiciones más beneficiosas de ahorro en detrimento de las empresas generadoras, quienes no tienen forma de 'flexibilizar' los requisitos establecidos por la regulación vigente para el cambio de condición.
6. Mediante Cartas 518 y 519-2020/ST-CLC-INDECOPI se informó a las partes del procedimiento que el período de prueba había concluido y que la Secretaría Técnica procedería a emitir el Informe Técnico.
7. Mediante el Informe Técnico, la Secretaría Técnica sustentó su opinión técnica en relación con los diversos aspectos del presente procedimiento y recomendó a esta Comisión lo siguiente:
- i. Declarar fundada la denuncia interpuesta por Atria Energía S.A.C. (antes Eléctrica Santa Rosa S.A.C) en contra de Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. 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 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 del plazo del preaviso de un año a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; y, por el

contrario, exigir el cumplimiento de este requisito a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores; infracción tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

- ii. Imponer una multa a Ensa ascendente a S/ 5 534 424,25 (cinco millones quinientos treinta y cuatro mil cuatrocientos veinticuatro con 25/100 soles) o 1 287,08 UIT, sin perjuicio de lo cual, de considerar la Comisión que la infracción califica como grave, dicha multa deberá ser reducida en atención al tope establecido en el artículo 46.1.b) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - iii. Dictar como medida correctiva que Ensa adopte un documento accesible a los potenciales interesados que recoja los criterios a considerar para una aplicación general y no discriminatoria de la exoneración o reducción del plazo de preaviso para la migración de usuarios regulados al mercado libre.
8. El Informe Técnico fue notificado a Ensa y Atria Energía mediante Notificaciones 265 y 266-2020/ST-CLC-INDECOPI, enviadas por correo electrónico el 27 de noviembre de 2020.
9. El 13 de enero de 2021, Ensa presentó sus alegatos al Informe Técnico, señalando lo siguiente:
- Sobre el mercado relevante:
 - Consideran que el mercado relevante no debe comprender el mercado regulado sino el mercado libre, dado que es en dicho espacio donde se aplica el beneficio materia de discusión (la exoneración del plazo de preaviso).
 - La conducta bajo análisis es el otorgamiento de un beneficio exclusivo a los clientes de Ensa (que cambian de condición de regulados a libres), consistente en el adelanto de vigencia del contrato de suministro, exonerando al cliente del plazo previsto en el Reglamento de Usuarios Libres.

En ese sentido, no todos los usuarios del mercado regulado tienen que ser considerados dentro del mercado relevante, sino únicamente aquellos que puedan efectuar el cambio de condición al mercado libre de acuerdo a su demanda.
 - Sin embargo, en el mercado relevante definido por la Secretaría Técnica se estaría incluyendo a los usuarios regulados con mínima demanda (que no pueden migrar al mercado libre). Respecto de dichos usuarios no cabe “apalancar” la posición de dominio de Ensa y otorgarles un beneficio para persuadirlos a que continúen con la empresa pues existe una restricción legal, siendo el único suministrador posible.
 - Es el usuario regulado con una demanda entre 200 y 2500 kW el que puede recibir ofertas comerciales de todas las empresas generadoras y distribuidoras, respecto de los cuales Ensa podría ofrecer la exoneración del plazo de preaviso como una oferente más.

Por ello, el mercado geográfico involucraría a todas las empresas de generación y distribución que pueden configurar su oferta libremente a dicha categoría de usuarios.

- La evaluación y materialización de las ofertas comerciales se produce en el mercado libre íntegramente. El hecho de que la oferta se realice cuando el cliente se encuentra aún en el mercado regulado no supone que la conducta se realice en dicho mercado. En ese sentido, se debe reevaluar el mercado relevante determinado por la Secretaría Técnica.
- En el mercado libre Ensa no goza de posición de dominio, siendo su participación insignificante
- Sobre la conducta denunciada:
 - El crecimiento de Ensa no es significativo como la Secretaría Técnica describe en el Informe Técnico: en la zona de concesión de Ensa se produjeron ochenta y seis (86) migraciones al mercado libre, de las cuales cuarenta y cuatro (44) se realizaron con Ensa (51%), y cuarenta y dos (42) con otros suministradores. Dicha participación se diluye más si se tiene en cuenta el total de clientes regulados con demanda suficiente para migrar al mercado libre.
 - Si Ensa hubiera podido brindar un beneficio insuperable respecto de otras opciones, hubiese obtenido una mayor cantidad de clientes migrantes, debiendo captar una mayor parte del mercado.
 - La exoneración fue favorable solo para algunos clientes, pero no fue un factor determinante para concluir que restringió la competencia ya que hubo una gran parte de usuarios (48%) que migró con otro suministrador.
 - Otro aspecto que demuestra que la exoneración no fue un factor determinante para la migración al mercado libre es la duración de los contratos de suministro que suscribió Ensa con sus nuevos usuarios libres.

Así como hubo usuarios que suscribieron contratos por el mínimo legal exigido para la migración de usuarios (y cumplir con la obligación de mantenerse por tres años en el mercado libre), existen otros clientes que suscribieron contratos por un periodo mayor, siendo que la gran mayoría de contratos fueron suscritos por un plazo de cinco (5) años.

Si la exoneración hubiese sido un factor determinante, los clientes hubiesen contratado con Ensa solo por los tres (3) años que exige la norma y luego cambiarían de suministrador.

- Por otro lado, la Secretaría Técnica concluye erróneamente que los resultados favorables de Ensa en el mercado afectado habrían sido resultado de la exoneración, configurándose como un incentivo decisivo para contratar con la empresa. Prueba de ello es que Ensa habría ofrecido precios hasta

93,8% más caros que sus competidores y, una vez culminados los contratos, los usuarios cambiaban de suministrador.

Para realizar dicha comparación de precios, la Secretaría Técnica debió individualizar a los suministradores que participan del área de concesión de Ensa; sin embargo, no lo hizo. Como consecuencia de ello, se generan distorsiones en la información presentada ya que al comparar a todos los generadores por igual se beneficia a empresas como Atria Energía que ofrece un precio más alto que los grandes generadores.

Por otro lado, la Secretaría Técnica no habría incluido en el precio que facturan las generadoras el precio de transmisión principal, por lo que los resultados obtenidos no son comparables.

- Ensa no ha sido la opción más cara para los que migran al mercado libre y, por ello, la exoneración de plazo no es la razón por la cual los usuarios optaron por esta empresa. La empresa ha incrementado su participación en el mercado gracias a sus precios y su mejor oferta (propias prestaciones).
- Respecto al cálculo realizado por la Secretaría Técnica sobre el número de usuarios que renovaron con Ensa, se utilizó un universo muy limitado de usuarios a los que se les vencieron los contratos (siete -7- usuarios considerando el periodo de julio 2019 y junio 2020).

Sin perjuicio de ello, el 43% de dichos usuarios decidieron permanecer con Ensa, a pesar de que ya no ofrecía la exoneración y que -de acuerdo a la Secretaría Técnica- ofrecía un precio 94% más caro, lo que sirve de indicio para concluir que las exoneraciones del plazo de preaviso no eran el único factor para contratar con Ensa.

En ese sentido, de ser cierta la tesis de la Secretaría Técnica, dicho porcentaje de usuarios que renovaron con Ensa debió haber sido mucho menor.

▪ Sobre las justificaciones de la conducta:

- La conducta de Ensa fue realizada conforme a la razonabilidad de su giro de negocio. Asimismo, se trata de una conducta permitida en el mercado eléctrico, situación reconocida por el Ministerio de Energía y Minas - MINEM y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin, que era necesaria para gestionar sus ofertas comerciales en el mercado libre, tal como hicieron otras empresas distribuidoras dado el contexto generado por la crisis del sector eléctrico.
- Contrariamente a lo señalado por la Secretaría Técnica, la participación en el mercado a corto plazo no es una posibilidad para mitigar la sobrecontratación de potencia. Ello debido a que, de acuerdo con el Reglamento del Mercado Mayorista, los distribuidores únicamente pueden comprar en el mercado a corto plazo para atender la demanda de sus usuarios libres hasta por un 10%

de la máxima demanda registrada por el total de dichos usuarios en los últimos doce (12) meses.

- Respecto a la posibilidad de Ensa para renegociar los contratos suscritos con las generadoras, señala la empresa que dichos contratos son producto de la intervención del regulador y de la agencia de promoción de la inversión privada, donde la distribuidora puede proponer las bases de la licitación pero finalmente son aprobadas por el Osinergmin.

En ese sentido, incluir la posibilidad de obligar a los generadores a reajustar la potencia según lo requerido por la distribuidora, podría tener el efecto de reducir o eliminar la participación de los generadores en las licitaciones.

- La única posibilidad para reajustar la potencia era mediante la renegociación con las generadoras, situación a la que se negaron. Por ello, se aprobó el Decreto Supremo 022-2018-EM, que modificó el Reglamento de Licitaciones del Suministro de Electricidad (en adelante, el DS 022-2018), que permitió suscribir adendas a los contratos.

Además, Ensa tiene contratos suscritos con Electroperú S.A. en el marco de la oferta de potencia como consecuencia de la licitación "Energía de Centrales Hidroeléctricas", donde las posibilidades de renegociación son limitadas.

- Los contratos suscritos con las generadoras, en cumplimiento de la Ley de Generación Eficiente, supeditan la reducción de potencia a la aprobación de aquellas.
- El único mecanismo previsto por la regulación para superar la sobrecontratación de potencia es la exoneración del plazo de preaviso. Si bien no es un mecanismo perfecto, supone una salvedad que permite al distribuidor programar la demanda sobrecontratada en el plazo mínimo de un año o, caso contrario, tener un año para provisionar el costo.

A pesar de ello, es posible que dicha exoneración solo sirva para posponer los impactos de la migración de clientes. Sin embargo, gracias a dicho mecanismo Ensa puede ofrecer al usuario migrante una reducción de precios y, con ello, un ahorro en costos inmediato.

- El ejercicio del derecho de exoneración es una ventaja competitiva para participar en el mercado libre, al ser imposible que las distribuidoras compitan por precios con las generadoras. En ese sentido, calificar la ventaja de Ensa como anticompetitiva excluiría a las distribuidoras del mercado eléctrico en el corto plazo, restringiendo la competencia al reducirse la oferta.

El no esperar un año para migrar a usuario libre le genera un beneficio al usuario migrante, lo cual se traduce en una utilidad económica con la misma lógica que ofertar un menor precio.

- Atria Energía y las demás generadoras han respondido a las estrategias de las distribuidoras reduciendo sus precios, lo cual indica que dicha conducta

genera mayores beneficios en los usuarios que deciden cambiar su condición regulatoria.

▪ Sobre la multa propuesta:

- En la fórmula utilizada por la Secretaría Técnica para calcular el beneficio ilícito no se ha tenido en cuenta la forma como se compone el precio de los clientes libres, asumiendo que varios conceptos regulados son ingresos de Ensa.
- Respecto al factor de exoneración, es cuestionable que el 57% que usa la Secretaría Técnica sea producto de determinar cuántos clientes se mantuvieron con ENSA de un universo de solo siete (7) empresas.
- Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la actuación de ENSA desde el momento en que tomó conocimiento de que su conducta podía producir alguna afectación en la competencia, consistente en (i) no continuar realizando la conducta cuestionada de manera voluntaria, y (ii) implementar un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia⁷.

10. El 15 de enero de 2021, Atria Energía presentó sus alegatos al Informe Técnico, reiterando los argumentos expuestos por la Secretaría Técnica. Adicionalmente, señalaron lo siguiente:

- Resaltan los precios ofrecidos por Ensa respecto de los demás suministradores, donde se observa una diferencia de hasta 93,8%. A decir de Atria Energía, este sería un indicio que demostraría que la conducta de Ensa es grave y no se limitaría a exonerar el plazo de preaviso y ofrecer un tratamiento preferencial a sus clientes.
- El comportamiento aparentemente irracional de los usuarios que migran con Ensa revelaría que los ofrecimientos de Ensa no se agotarían en la exoneración del plazo, sino que vendrían acompañados de amenazas de dejar de garantizar un trato igualitario en caso los usuarios contraten con otro suministrador, lo que podría tener un impacto en el desarrollo de las operaciones del cliente.
- Sobre la imposibilidad de ofrecer menores precios que los competidores, indica Atria Energía que el beneficio obtenido de la exoneración del plazo de preaviso se restringiría para Ensa, en perjuicio de los demás agentes del mercado.

⁷ Específicamente, Ensa señaló que el contrato con la empresa Píldora Nuevo Horizonte S.A.C. el 31 de enero de 2020, fue el último en el que se aplicó la exoneración del plazo de preaviso. Asimismo, Ensa informó que su programa de cumplimiento fue introducido mediante acuerdo de Directorio de fecha 28 de octubre de 2020.

11. El 18 de febrero y 19 de mayo de 2021⁸ se realizaron audiencias virtuales de informe oral, donde participaron e hicieron uso de la palabra los representantes de Ensa y Atria Energía.
12. El 23 de febrero y 4 de junio de 2021, Ensa remitió sus alegatos finales, volviendo a señalar los argumentos presentados a lo largo del procedimiento. Adicionalmente, indicó lo siguiente:
 - La empresa utilizó la misma fórmula que la Secretaría Técnica empleó para calcular los precios de suministro de energía eléctrica en el Informe Técnico, a partir de la cual determinaron que Ensa no es el suministrador con los precios más caros. A partir de sus cálculos detectaron que el precio más alto es el de Atria Energía, seguido de Statkraft Perú S.A. y, en tercer lugar, Ensa, Kallpa Generación S.A. y Huaura Power Group S.A.
 - Dentro de los conceptos que componen la tarifa por el suministro de energía, la única variable comparable es la de energía en comparación. Los demás conceptos son variables reguladas que no depende de los agentes sino del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional – COES SINAC, por lo que no pueden ser utilizadas para el cálculo de los precios.
 - Atria Energía puede configurar su oferta como lo hace Ensa dentro de los límites de la regulación. Así, puede acudir al mercado spot y también se detecta que ofrece financiamiento a los clientes que contraten en el mercado libre con dicha empresa. Ensa no puede ni acudir al mercado spot ni ofrecer financiamientos a sus clientes, al encontrarse prohibido por su código de ética y la naturaleza de la empresa.
 - La razón más importante para contratar con un suministrador se encuentra en el riesgo que los clientes están dispuestos a asumir. Al respecto, Atria Energía traslada varios riesgos a sus clientes a través de cláusulas contractuales, mientras que Ensa asume dichos riesgos como parte de su oferta.
13. El 5 de marzo y 3 de junio de 2021, Atria Energía remitió sus alegatos finales, reiterando las conclusiones presentadas por la Secretaría Técnica en el Informe Técnico. Adicionalmente, señaló lo siguiente:
 - La conducta denunciada restringe el acceso de usuarios que optan por migrar al mercado libre con otros suministradores y no puede ser considerada un beneficio exclusivo de Ensa.
 - No es correcto lo alegado por Ensa respecto a que la conducta denunciada se desarrolla y despliega sus efectos en el mercado libre. La exoneración del plazo de preaviso no es una conducta que se desarrolla en el mercado libre,

⁸ La segunda audiencia de informe oral fue convocada en atención a la designación de la señora Claudia Antoinette Mansen Arrieta como comisionada suplente, por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, en la sesión del 29 de abril de 2021. Ello como consecuencia de las abstenciones de los comisionados Nancy Aracelly Laca Ramos y Lucio Andrés Sánchez Povich, aprobados mediante Resoluciones 003-2021/CLC-INDECOPI y 005-2021/CLC-INDECOPI, respectivamente.

sino que es una condición que otorga Ensa a los usuarios regulados. Precisamente, es la conexión física con el cliente la que le permite a Ensa seleccionar a quiénes exonera del plazo de preaviso.

- Ensa ha admitido la conducta denunciada, justificándola en la necesidad de atenuar los costos de sobrecontratación de potencia y la gestión de contratos con las generadoras.
- Para que la conducta de Ensa sea admitida, debe brindar justificaciones basadas en razones de eficiencia económica y de bienestar de los consumidores, no en razones de índole comercial o regulatorio. No se trata de justificar económicamente la situación financiera de Ensa, quien pretende justificar su conducta abusiva en supuestas deficiencias de la regulación sectorial de electricidad y otras de índole comercial.
- Contrariamente a lo indicado por Ensa respecto a las licitaciones para el suministro del mercado regulado, la Ley de Generación Eficiente prevé que el suministrador tiene la facultad de establecer los requisitos y modalidades de compra de potencia y energía, así como los plazos contractuales a licitar.
- En el mismo sentido, ni la Ley de Generación Eficiente ni el Reglamento de Usuarios Libres establecen que el distribuidor se encuentre obligado a incluir cláusulas *take or pay* en sus contratos.
- Asimismo, la Resolución 688-2008-OS/CD, que aprueba los Procedimientos para Licitaciones de Largo Plazo de Suministros en el marco de la Ley 28832, citada por Ensa, no contiene limitaciones por parte del distribuidor para establecer los términos y condiciones de la licitación. Asimismo, dicha norma contiene reglas para la migración de usuarios al mercado libre.
- Lo anterior demuestra que Ensa no es víctima de la regulación puesto que no se vio obligada a sobrecontratar energía, así como tampoco se vio impedida de buscar solución a dichos problemas, siendo que el DS 022-2018 establece que las partes de un contrato de suministro pueden solicitar al Osinergmin las modificaciones sobre plazos, potencias contratadas y su energía asociada.
- La exoneración es importante para Ensa pues así pueden retener al cliente, cobrar precios 93.8% más altos para obtener ganancias y compensar las pérdidas del mercado regulado, realizando subsidios cruzados.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

14. La presente decisión tiene por objeto determinar si Ensa 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 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.; y, de ser el caso, imponer las sanciones y medidas correctivas correspondientes.

III. MARCO TEÓRICO

3.1. Abuso de posición de dominio

15. El artículo 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico que goza de posición de dominio en el mercado relevante restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. En la misma línea, los artículos 10.2 y 10.5 reiteran la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio para que se configure un abuso de posición de dominio, no siendo suficiente el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales⁹.
16. La necesidad de probar el efecto exclusorio de las prácticas de abuso de posición de dominio exige distinguir aquellas conductas que buscan mantener la participación de mercado mediante la exclusión o impedimento de ingreso al mercado de competidores reales o potenciales («conductas exclusorias»), de aquellas que simplemente son el producto del ejercicio del poder de mercado («conductas explotativas»). Las primeras se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la ley, mientras que en el segundo tipo de prácticas se encuentran aquellas relacionadas con mecanismos de maximización de beneficios de los agentes económicos¹⁰, por ejemplo a través de los denominados precios «excesivos», pero que no inciden directamente sobre el proceso competitivo¹¹.
17. Considerando lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
 - i. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - ii. Que el supuesto infractor haya cometido una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia.
 - iii. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto anticompetitivo neto, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.

⁹ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

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

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

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

¹⁰ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Organización Industrial. Universidad del Pacífico, 2006, BUP-CENDI. Lima, pág. 69.

¹¹ A nivel jurisprudencial, la Sala ha establecido que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no contempla las prácticas explotativas (por ejemplo, los precios excesivos o abusivos) como parte de las conductas de abuso de posición de dominio, limitándose a sancionar aquellas que generen efectos excluyentes. Ello, toda vez que el artículo 10.5 de la norma en mención establece que «no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales», siendo que las prácticas explotativas no afectan el proceso competitivo. Ver Resolución 708-2011/SC1-INDECOPI del 16 de marzo de 2011.

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

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

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

Al respecto, el artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas recoge ejemplos típicos de conductas abusivas, como la negativa de trato (literal a), la discriminación (literal b), las cláusulas de atadura (literal c) y el abuso de procesos legales (literal f).

Cabe señalar que el análisis del efecto restrictivo, las posibles justificaciones comerciales o de eficiencia que pueda sustentar la denunciada y el balance a cargo de la autoridad corresponden a la última etapa del análisis. Por ello, en esta etapa corresponde a la autoridad únicamente acreditar la existencia de la conducta cuestionada.

20. 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.

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas exige la obtención de beneficios como explicación de la comisión de la conducta infractora, evitando perseguir aquellas conductas que no están en capacidad de reportarle beneficios al presunto infractor (conductas arbitrarias o irracionales). En esencia, estos beneficios derivan de que la presunta conducta abusiva restringió o pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas), en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos¹² (es decir, que produjo un «efecto exclusorio»).

¹² Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, considerando 65.

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).

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.

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

Este balance de efectos es coherente con el artículo 10.4 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹³, que establece que los casos de abuso de posición de dominio deben ser analizados a la luz de la «prohibición relativa». La prohibición relativa exige, conforme al artículo 9 de la referida norma¹⁴, que para configurarse la infracción, la autoridad debe probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Como se ha señalado, si los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la conducta analizada son superiores a los posibles beneficios que podría generar, esta constituirá un abuso de posición de dominio.

¹³ **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.

¹⁴ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

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

21. 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)

22. La autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual¹⁵ conforman la libertad de contratación, que se encuentra expresamente reconocida en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú¹⁶. No obstante, como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosos pronunciamientos¹⁷, 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 Constitución¹⁸.

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.

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

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

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

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, correspondiente al Expediente 4788-2005/PA/TC.

¹⁶ **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.

¹⁷ 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.

¹⁸ **Constitución Política del Perú**
Artículo 61.- Libre competencia
El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

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.

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

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

26. 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.
27. Finalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la conducta analizada, además de ser injustificada, tiene que producir un efecto exclusorio, es decir, que debe estar en capacidad de generar un daño efectivo o potencial sobre uno o más competidores, limitando su capacidad de mantenerse en el mercado, provocando su salida o, incluso, limitando la entrada de competencia potencial.

IV. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

4.1. Posición de dominio de Ensa en el mercado relevante y el mercado afectado.

4.1.1. Identificación del mercado relevante

28. 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 relevante¹⁹.
29. En el presente caso, para la identificación del mercado de producto relevante y del mercado geográfico relevante, es necesario explicar, en primer lugar, las actividades realizadas por las empresas involucradas.
30. Atria Energía, la denunciante, es una empresa dedicada a la generación y suministro de energía eléctrica mientras que Ensa, la denunciada, es una empresa que realiza actividades de distribución y suministro de energía eléctrica.
31. 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 libres²⁰ a través de contratos bilaterales negociados entre las partes; y, por último, el suministro de energía a empresas de distribución eléctrica para el suministro de sus usuarios a través de licitaciones o negociaciones bilaterales²¹.
32. 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 regulados²² o libres. Dicho servicio es prestado por la empresa distribuidora de

¹⁹ **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.

²⁰ De acuerdo con lo establecido por la Ley de Concesiones Eléctricas y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, los usuarios libres son aquellos cuya demanda máxima es superior a 2 500 KW por punto de suministro; adicionalmente, los usuarios que consumen entre 200 y 2 500 KW por punto de suministro tienen la opción de elegir su condición de usuario libre o regulado.

²¹ 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 GP GP, LTD. y ISQ Global Fund II GP, LLC. para la adquisición del 100% de las acciones de Inkia Americas Ltd.

Disponible en el siguiente link:

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/5550c2f0-3c37-425c-99a2-db9e5602b2ab> (Última visita: 21 de junio de 2021).

²² 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

manera exclusiva en su área de concesión²³. 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.

33. Cabe señalar que, en el Perú, las actividades de suministro y distribución de energía eléctrica a usuarios regulados son realizadas por las empresas de distribución²⁴, 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 concesión²⁵.
34. 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 una empresa distribuidora, en todos los casos dichas empresas generadoras requieren utilizar las redes de la empresa distribuidora.
35. En este contexto, Atria Energía indica que Ensa, aprovechando su condición de exclusividad en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en su área de concesión, estaría otorgando una indebida exoneración del plazo establecido en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad para cambiar de condición de usuario regulado a usuario libre a aquellos usuarios que contratan el suministro con Ensa, afectando el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios libres; específicamente, aquellos usuarios que pueden elegir su condición de usuarios regulados o libres.
36. Al respecto, es necesario resaltar que, en el caso de los usuarios regulados que quieren cambiar de condición a usuarios libres, Ensa –como 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.

de suministro y aquellos que, teniendo un consumo mayor a 200 kW y menor a 2500 kW, decidan mantenerse dentro del mercado regulado.

²³ **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.

²⁴ 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.

²⁵ **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;

37. De este modo, la conducta denunciada de Ensa 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

38. 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.

39. El servicio involucrado en la conducta investigada sería el de **suministro de energía eléctrica a usuarios regulados** ubicados en el área de concesión de Ensa. Así, se determinará si existen sustitutos adecuados a estos, en función a las necesidades que dicho servicio busca satisfacer.

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

▪ Suministro de energía eléctrica a usuarios regulados

41. Los usuarios regulados son aquellos que tienen una demanda máxima menor a 200 kW por punto de suministro (que corresponden a los hogares), así como aquellos que, teniendo un consumo mayor a 200 kW y menor a 2 500 kW, decidan mantenerse dentro del segmento regulado (que corresponde a los pequeños comercios e industrias). Estos últimos son los que tendrían la opción de cambiar de condición a usuarios libres, de manera que el análisis siguiente se realizará solo sobre estos usuarios.

42. Los pequeños comercios e industrias utilizan la energía eléctrica como un insumo dentro de sus procesos de producción. En ese sentido, requieren de una fuente de energía continua y sostenible²⁶. En general, este tipo de consumidores podrían buscar fuentes de energía diferentes a la electricidad como, por ejemplo, el gas natural. En esa línea, Ensa ha señalado que diversas empresas ya ofertan gas natural a industrias y comercios, teniendo a Gases del Pacífico S.A.C. como distribuidor de gas natural en distritos donde también opera Ensa²⁷. Sin embargo,

²⁶ TAMAYO, Jesús et al. (2016). Óp. Cit. p. 33.

²⁷ De acuerdo con el Escrito de descargos de Ensa.

Ensa no ha presentado información que acredite el número de usuarios que habrían dejado de contratar el suministro de electricidad para sustituir integralmente sus requerimientos de energía con gas natural.

Asimismo, de acuerdo con Osinergmin, entre los comercios que han decidido optar por el gas natural como fuente de energía, se encuentran principalmente restaurantes, panaderías, tiendas comerciales y hoteles, negocios que no buscan sustituir el uso de energía eléctrica sino el de otro hidrocarburo —el Gas Licuado de Petróleo— para satisfacer sus necesidades de calefacción, cocción de alimentos y operación de pequeñas máquinas comerciales. Por su parte, el uso del gas natural en el sector industrial ha buscado sustituir el uso del petróleo en sus procesos productivos²⁸.

43. A lo señalado, cabe agregar que el cambio de una fuente de energía a otra involucra la realización de inversiones en conexiones y en artefactos compatibles para el uso de una fuente de energía distinta a la eléctrica²⁹, razón que limita significativamente la sustitución entre fuentes de energía para 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.
44. En conclusión, por el lado de la demanda no existiría un sustituto adecuado para la energía eléctrica que pueda cubrir las necesidades de estos usuarios regulados. Por lo tanto, esta Comisión considera que es posible definir al 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.

b. Mercado geográfico relevante

45. En relación con la delimitación geográfica del mercado, esta se debe determinar en función de las fuentes de provisión alternativa, en atención a las características del producto relevante y a las condiciones de adquisición.
46. 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 concesión³⁰ y que los únicos suministradores de energía para los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW son las empresas de distribución; se observa que cada empresa distribuidora sería la única que podría ofrecer el suministro de energía eléctrica a dichos usuarios regulados en el área de concesión. Los usuarios

²⁸ TAMAYO, Jesús; Julio SALVADOR; Arturo VÁSQUEZ y Ricardo DE LA CRUZ (Editores). (2014). La industria del gas natural en el Perú. A diez años del Proyecto Camisea. Osinergmin. Lima-Perú. p. 196-198.

²⁹ 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 21 de junio de 2021).

³⁰ **Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada mediante Decreto Ley 25844**

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.

regulados que poseen una demanda entre 200 kW 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 eléctrico³¹.

47. Por estas razones, esta Comisión considera que el mercado geográfico relevante se encuentra delimitado por el área de concesión de Ensa. De acuerdo con la Memoria Anual del 2019 de Ensa, esta desarrolla sus actividades en un área de concesión de 4 310 km², en los departamentos de Lambayeque y Cajamarca³².

c. Conclusión sobre el mercado relevante

48. Considerando el análisis realizado sobre el mercado de producto y geográfico relevante, se considera 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 Ensa.**

4.1.2. Posición de dominio de Ensa

49. Habiendo definido el mercado relevante, corresponde determinar si, en dicho mercado, Ensa ostentaba una posición de dominio durante el período analizado en el presente procedimiento (2016-2019).
50. Como se ha señalado, de acuerdo con la Ley de Concesiones Eléctricas, la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica a usuarios finales en un área determinada se desarrolla exclusivamente por la empresa titular de la concesión en dicha área. Ahora bien, entre estos usuarios finales es posible distinguir a los usuarios regulados y los usuarios libres. No obstante, considerando que el mercado relevante está relacionado con los usuarios regulados en la zona de concesión de Ensa, corresponde excluir de la determinación de la posición de Ensa a otros tipos de usuarios.
51. En efecto, conforme al marco normativo vigente, para los **usuarios regulados** que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW, el único proveedor de suministro de electricidad es la empresa de distribución en su área de concesión. De esta manera, en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de la red de distribución de Ensa no opera ni podría operar otra empresa diferente a ella, por lo que Ensa no enfrentaría competencia actual ni potencial en el mercado relevante.
52. Por lo tanto, al tener el 100% de cuota de participación en relación con los usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión, sin enfrentar competencia potencial en este segmento desde que inició

³¹ De manera similar, la Comisión Europea ha considerado que mercado geográfico relevante se define como la red en sí misma debido a que la distribución se realiza de manera exclusiva en áreas de concesión definidas. Al respecto, véase: COMP/M.3440 - EDP / ENI / GDP (2004) o COMP/ M.6984 - EPH/ STREDOSLOVENSKA ENERGETIKA (2013).

³² ELECTRONORTE S. A. Memoria Anual 2019. Disponible en: <https://www.distriluz.com.pe/ensa/images/nosotros/docs/memoria-ENSA-2019.pdf> (Última visita: 21 de junio de 2021).

operaciones en dicha área, esta Comisión considera que **Ensa ha ostentado posición de dominio en el suministro de energía eléctrica a los usuarios que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión durante el período analizado en el presente procedimiento (2016-2019).**

4.1.3. Sobre el mercado afectado

53. 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.
54. En el presente caso, de acuerdo con los términos de la denuncia, Ensa habría exonerado del plazo de espera de un año exigible a los usuarios regulados que soliciten su cambio de condición a usuarios libres, únicamente para aquellos usuarios que continuasen contratando con su empresa. De esta forma, Ensa habría aprovechado su condición como único proveedor en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados en su área de concesión, para afectar la competencia en el suministro de energía eléctrica a los usuarios libres que provenían del mercado regulado.
55. Así, Ensa habría utilizado la posición de dominio en el mercado relevante para afectar el mercado de suministro a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados. De esta forma, **el mercado afectado sería el de suministro a usuarios libres que previamente eran usuarios regulados en el área de concesión de Ensa.** Dichos usuarios corresponderían principalmente a pequeños comercios e industrias.
56. 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. Además, como se indicó, estos consumidores no podrían, razonablemente, reemplazar su consumo de energía eléctrica con fuentes de energía diferentes a la electricidad, pues esta decisión involucra la realización de inversiones significativas en instalaciones y artefactos.
57. En esa línea, Ensa ha manifestado que Gases del Pacífico S.A.C. ya oferta gas natural dentro de área de concesión de Ensa. Asimismo, ha señalado que, aunque los usuarios tendrían que asumir ciertos costos para cambiar la fuente de energía, dichos costos no son prohibitivos y, por el contrario, forman parte de una inversión que rápidamente obtendría retorno³³.
58. Sin embargo, Ensa no ha presentado información sobre usuarios que, efectivamente, hayan decidido sustituir su suministro de energía eléctrica para abastecerse principalmente de gas natural. Asimismo, como se ha mencionado, los comercios consumen gas natural normalmente para sustituir al gas licuado de petróleo, mientras que las industrias sustituyen el petróleo (diesel) por el gas natural. De igual manera, los pequeños comercios e industrias requerirían inversiones significativas que limitarían su decisión de cambio.

³³ De acuerdo con el escrito de descargos de Ensa.

59. 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 eléctrica³⁴. 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 distribución³⁵.
60. En el presente caso, la conducta analizada habría implicado un supuesto aprovechamiento de Ensa de la condición de exclusividad que ostenta en el mercado relevante, para captar, de forma presuntamente indebida, usuarios que optan por cambiar a la condición de usuarios libres. En ese sentido, si bien se realiza en el mercado relevante, la conducta afectaría la competencia entre Ensa 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 Ensa (esto es, parte de Lambayeque y Cajamarca).
61. Así, **el mercado afectado sería el de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuario libre dentro del área de concesión de Ensa.**
62. Cabe señalar que, en esta misma línea, la Comisión ha reconocido anteriormente 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.

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

63. En relación con la definición del mercado relevante, en su escrito de alegatos, Ensa ha mencionado que, debido a que la conducta analizada está relacionada con el otorgamiento de un beneficio exclusivo a los usuarios de Ensa que cambian de condición de regulado a libre, no es necesaria la definición de un mercado relevante -donde se ejecuta la conducta- y un mercado afectado -donde la conducta tendría efectos-, toda vez que la conducta denunciada se desarrolla y despliega sus efectos en el mercado de usuarios libres.

³⁴ **Decreto Supremo 022-2009-EM, Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad
Artículo 1.- Definiciones**

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

³⁵ A modo de ejemplo, en el 2019, Engie Energía Perú S.A. tenía ocho centrales de generación ubicadas en los departamentos de Ancash, Lima, Moquegua y Pasco, y abastece a usuarios libres ubicados en los departamentos de Ancash, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Ica, La Libertad, Lima, Pasco, Puno, Tacna, Junín y Apurímac.

³⁶ Al respecto, consultar el numeral 69 de la Resolución 007-2020-CLC-INDECOPI.

64. Al respecto, como se ha mencionado, Ensa estaría otorgando una indebida exoneración del plazo establecido en el artículo 4.1 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad a aquellos usuarios que deciden cambiar de condición de regulado a libre y que deciden contratar su suministro con Ensa. Dicha exoneración solo puede ser ofrecida por Ensa a los usuarios regulados, dentro de su área de concesión, que han decidido cambiar su condición y no sería relevante en el caso de usuarios que ya pertenecen al mercado libre. En tal sentido, si bien los efectos de la conducta se manifiestan en el mercado libre, específicamente en aquellos usuarios que pueden elegir su condición de usuarios regulados o libres; esta no sería ejecutada en el mercado libre, sino en el mercado regulado, donde Ensa tiene una conexión directa con los usuarios dentro de su área de concesión.
65. Por otro lado, Ensa ha indicado que, en el supuesto de que se acepte la definición de mercado relevante planteado; es decir, el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados en el área de concesión de Ensa, se estaría incluyendo a usuarios con demandas reducidas (menores a 200 kW) y que no pueden cambiar de condición a usuario libre.
66. Al respecto, si bien la definición de mercado relevante realizada por la Secretaría Técnica incluía a todos los usuarios regulados en el área de concesión de Ensa, las conclusiones sobre la posición de dominio de Ensa no cambian si se adopta la definición más acotada del mercado realizada en la presente Resolución, que incluye solo a aquellos usuarios regulados que demandan entre 200 kW y 2 500 kW. Ello, en la medida de que, al ser usuarios regulados, solo pueden suministrarse de energía a través de Ensa, en su calidad de único distribuidor en su área de concesión.
67. Por otro lado, en su escrito de alegatos, Ensa ha manifestado que no tendría posición de dominio en el mercado relevante, considerando este como el suministro de energía a usuarios libres a nivel nacional, toda vez que no tiene una participación que podría darle la posibilidad de modificar las condiciones de oferta y demanda en este mercado. En este mercado, Ensa alega que tiene una reducida participación debido a la gran cantidad de empresas distribuidoras y generadoras que pueden ofertar el suministro a nivel nacional, existiendo una vigorosa competencia en el mercado libre como consecuencia del precio artificialmente bajo al que pueden acceder los usuarios libres.
68. Sobre el particular, se ha definido el mercado relevante como el de suministro de energía eléctrica en el área de concesión de Ensa a usuarios regulados que demandan entre 200 kW y 2 500 kW (que no pueden cambiar de suministrador). En tal sentido, no corresponde analizar en este punto las condiciones de competencia en el mercado de usuarios libres. Sin perjuicio de ello, tales condiciones serán tomadas en cuenta por esta Comisión al analizar los posibles efectos de la conducta denunciada.

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

69. En suma, durante el período analizado en el presente procedimiento (2016-2019), Ensa ha ostentado posición de dominio en el mercado relevante, constituido por el suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que demandan entre 200 kW y 2 500 kW en el área de concesión de su red de distribución, donde no opera ni podría operar otra empresa distinta, por lo que no ha enfrentado competencia actual ni potencial en dicho mercado.
70. Otros suministradores mencionados por Ensa participarían en el mercado de usuarios libres, que incluye a aquellos usuarios que, siendo originalmente «regulados», están en condiciones de cambiar a la categoría de «libres», lo cual correspondería al mercado afectado, y no al mercado relevante identificado por esta Comisión. Las condiciones de competencia en este mercado serán tomadas en cuenta 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

71. De acuerdo con las afirmaciones realizadas por Atria Energía en su denuncia, por lo menos desde 2017, Ensa había venido ofreciendo a aquellos clientes que deseaban migrar de usuarios regulados a libres, la exoneración del plazo del preaviso de un (1) año exigido en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, siempre que contratasen el suministro de energía con ella. En cambio, a los usuarios que decidían contratar dicho servicio con un competidor, les exigía el cumplimiento del plazo de preaviso de un (1) año antes indicado³⁷.
72. Dicho ofrecimiento se habría realizado, en principio, entre junio y noviembre de 2017, a las empresas Molinera San Luis, Molinera Tropical y Molicentro, quienes –a pesar de la propuesta– continuaron siendo clientes libres de Atria Energía debido a que ya tenían contratos suscritos con ella. No obstante, Atria Energía señaló que, por lo menos, en diez (10) de los contratos de Ensa con usuarios libres que son de acceso público a través del portal del Osinergmin, observó que entre la suscripción de los contratos y el inicio del suministro solo transcurrían unos pocos días y no un (1) año, como habría exigido a clientes que migraban al régimen de usuarios libres con empresas distintas a Ensa.
73. La Secretaría Técnica consideró en la Resolución de Inicio que Ensa, como titular exclusivo del servicio de distribución y único suministrador de energía a usuarios regulados en su área de concesión, tendría la posibilidad de exigir o exonerar a

³⁷ De acuerdo con Atria Energía, la distinta aplicación del plazo de preaviso se acreditaría en los ofrecimientos que Ensa cursó a Molinera San Luis, Molinera Tropical y Molicentro, luego de que estas le comunicaran su intención de cambiar de suministrador (todas habían suscrito contratos de suministro con Atria Energía). Así, el ofrecimiento de la exoneración del año se habría realizado a través de las Cartas del 26 de junio y 24 de julio de 2017 remitidas a Molinera San Luis y Molinera Tropical, respectivamente. En relación con Molicentro asume que también se le habría realizado el mismo ofrecimiento debido a que la referida empresa remitió a Atria Energía la Carta del 14 de noviembre de 2017 en la que comunica que ha recibido una mejor propuesta que podría ser provista de manera inmediata.

aquellos usuarios regulados que tienen la posibilidad de cambiar su condición a usuario libre, el cumplimiento del plazo de preaviso de un año establecido en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832 y desarrollado en el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad³⁸.

Específicamente, es la posición que tiene Ensa como única empresa en el mercado relevante, lo que 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. Esta decisión puede involucrar un aprovechamiento de su posición de dominio para dificultar la permanencia de sus competidores en el mercado afectado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

74. En el mismo sentido, el Osinergmin ha señalado que los clientes de las empresas distribuidoras que optasen por migrar de usuario regulado a libre podían permanecer en la condición de regulado por el plazo de un (1) año, salvo que, en el marco de sus relaciones comerciales, las empresas distribuidoras les permitieran liberarse de este plazo³⁹. De esta manera, Ensa tiene la posibilidad de evaluar las estrategias comerciales que aplique, en función al plazo de preaviso, a los usuarios regulados que optan por cambiar su condición a usuarios libres.
75. En atención a lo expuesto, la Secretaría Técnica consideró en la Resolución de Inicio que Ensa ofreció exonerar del plazo de preaviso de un (1) año a aquellos usuarios que aceptaron permanecer como clientes suyos bajo el régimen de usuarios libres, con condiciones más beneficiosas aplicables inmediatamente.

Dicha conducta implicaría establecer un trato diferenciado entre los clientes que cambiaban de suministrador de energía y los que permanecían como clientes de Ensa, situación que podría colocar en desventaja a sus competidores en el mercado de usuarios libres que provienen del mercado regulado, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.

³⁸ **Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad**
Artículo 4.- Requisitos y condiciones

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

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

³⁹ Mediante Oficio 395-2019-OS-DSE del 7 de febrero de 2019, el Osinergmin atendió el requerimiento de la Secretaría Técnica formulado mediante Oficio 066-2018/ST-CLC-INDECOPI, y remitió como parte de su respuesta el Oficio 3086-2018-OS-DSE que previamente habría sido remitido también a la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal, donde indicó lo siguiente:

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

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

76. Por otro lado, en el Informe Técnico la Secretaría Técnica identificó el alcance concreto de dicha conducta en el mercado afectado, pudiendo verificar –dentro del período analizado en el presente procedimiento (2016-2019)– treinta y nueve (39) contratos de suministro de energía vigentes entre Ensa y sus clientes en los que (i) la fecha de inicio del suministro coincide con la fecha de firma, (ii) es posterior solo con unos días de diferencia, e incluso en algunos casos (iii) es anterior a la fecha de firma del contrato⁴⁰. La inmediatez entre la firma del contrato de suministro de energía y la fecha de inicio del servicio evidencia la exoneración del plazo de un año de preaviso.

En contraste, para el caso de los usuarios regulados de Ensa que, para proceder con el cambio de modalidad de regulado a libre, decidieron contratar el suministro de energía con otra empresa generadora, se verificó que cumplieron –como mínimo– con el plazo de preaviso de un año.⁴¹

77. Esta Comisión coincide con la Secretaría Técnica en que ha quedado acreditado que Ensa estableció un trato diferenciado entre los clientes que cambiaron de suministrador de energía y los que permanecían como clientes propios, al pasar del régimen de usuarios regulados a usuarios libres.
78. Dicho tratamiento diferenciado, que Ensa ha aceptado⁴² pero cuya legalidad ha defendido –conforme se desarrollará en la siguiente sección–, podría haber colocado en desventaja a los competidores de Ensa en el mercado de usuarios libres que provienen del mercado regulado, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.

4.2.2. Argumentos de las partes acerca de la realización de la conducta investigada

79. Ensa no ha negado haber aplicado el trato diferenciado entre los clientes que cambiaban de suministrador de energía al migrar a la condición de usuarios libres y los que permanecían como clientes propios. Por el contrario, Ensa ha reconocido que la exoneración del plazo de preaviso a dichos usuarios se estableció como una «una política comercial con el objetivo de mantener en cartera a los clientes regulados que cambiaban de condición», limitándose a justificar su conducta y señalar que, efectivamente, se encuentra jurídicamente habilitada para exigir o

⁴⁰ Ver Cuadro 2 en el numeral 94 del Informe Técnico.

⁴¹ Ver Cuadro 3 en el numeral 95 del Informe Técnico, que recoge la relación de clientes de Atria Energía que migraron del régimen de usuarios regulados bajo el ámbito de la concesión de Ensa, donde puede observarse un (1) año de anticipación entre la firma del contrato y el inicio del suministro.

Asimismo, ver Cuadro 4 en el numeral 96 del Informe Técnico, donde se recogen veintitrés (23) casos de clientes regulados, ubicados en el área de concesión de Ensa, que migraron al mercado libre con otras suministradoras, que tuvieron que cumplir un plazo de preaviso promedio de nueve (9) meses para proceder con el cambio de modalidad.

⁴² En la entrevista realizada por la Secretaría Técnica con fecha 20 de diciembre de 2018, los funcionarios de Ensa reconocieron que era posible exonerar del plazo y que, efectivamente, se ha dado ese beneficio en algunos casos (minuto 51:44 de la entrevista).

Asimismo, en la audiencia de informe oral del 19 de mayo de 2021, el representante de Ensa señaló expresamente que «efectivamente, la conducta nunca ha sido negada y, es más, Ensa considera que es lícito y Osinergmin considera lo mismo [...]» (minuto 25:00 a 25:10 de la grabación de la audiencia de informe oral)

exonerar a los usuarios regulados –que se encuentran en la posibilidad de cambiar su condición a usuarios libres– del referido plazo de preaviso.

En ese orden de ideas, Ensa ha observado que el plazo de preaviso sería un derecho que el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad otorga a favor de las distribuidoras con la finalidad mitigar el impacto negativo de la migración de usuarios regulados al mercado libre y competir con otras empresas suministradoras de energía eléctrica en dicho mercado. Según indica Ensa, este criterio también ha sido reconocido por el Osinergmin.

80. Por su parte, Atria Energía ha resaltado que Ensa no ha negado haber incurrido en la conducta imputada, sino que aduce que dicho comportamiento se encontraba justificado en la supuesta necesidad de atenuar los costos derivados de la sobrecontratación de potencia y la gestión de contratos con las generadoras, como consecuencia de la migración de los clientes regulados al mercado libre.
81. Considerando lo anterior, esta Comisión se ratifica en que **se encuentra acreditada la existencia de este trato diferenciado**, sin perjuicio del análisis que se realizará a continuación sobre los presuntos efectos anticompetitivos de la conducta y las justificaciones invocadas por Ensa.

4.3. Existencia de un efecto anticompetitivo neto.

82. De acuerdo con lo desarrollado en la sección anterior, se ha acreditado que, durante el período analizado en el presente procedimiento (2016-2019), Ensa ha ostentado una posición de dominio en el mercado relevante, constituido por el suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que demandan entre 200 kW y 2 500 kW en su área de concesión (parte de Lambayeque y Cajamarca). En línea con lo expuesto por la Secretaría Técnica, Ensa ha tenido obligaciones especiales al diseñar sus estrategias comerciales, como consecuencia de su posición de dominio en el mercado relevante; por lo que –por ejemplo– no debería aplicar condiciones más beneficiosas a los usuarios del mercado en los que tiene competencia (como exonerarlos del plazo de preaviso para migrar al mercado libre), si estas no están en capacidad de introducir mayor eficiencia económica al mercado.
83. Asimismo, se ha acreditado que Ensa, aprovechando su posición de única empresa que suministra energía eléctrica a usuarios regulados, estableció un trato diferenciado entre los usuarios que cambiaron de suministrador de energía y los que permanecían como usuarios propios, al pasar del régimen de usuarios regulados a usuarios libres.
84. 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.

4.3.1. Efecto anticompetitivo identificado (efecto exclusorio)

85. Esta Comisión coincide con la Secretaría Técnica en que el trato discriminatorio establecido por Ensa habría afectado el mercado de suministro de energía eléctrica a los usuarios regulados que deciden cambiar de condición a usuario libre dentro del área de concesión de la denunciada. Como se observa a continuación, Ensa habría capturado una proporción importante del mercado antes señalado como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso, exoneración que no pudo ser replicada por ningún otro competidor de Ensa.

a. Desempeño de Ensa en el mercado afectado entre 2016 y 2019

86. Siguiendo con lo expuesto en el Informe Técnico, el plazo de preaviso cobró especial importancia a partir del año 2016, periodo en el cual se registró un gran incremento de usuarios libres producto de la caída en los precios de la energía eléctrica en este mercado⁴³. Al respecto, desde inicios del año 2016 se observó una fuerte reducción en el precio medio de la energía a los usuarios libres. Así, entre enero de 2016 y diciembre de 2019, el precio medio disminuyó en 20% a nivel nacional, pasando de 18,81 céntimos por KWh a 15,13 céntimos por KWh.

87. 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, 55% menor que el precio a usuarios regulados en el 2016, a ser 71% menor que el precio a usuarios regulados en el 2019⁴⁴. De esta manera, los precios en el mercado libre habrían resultado cada vez más atractivos para aquellos usuarios regulados que tenían la opción de cambiar de condición.

88. La caída en el precio observada habría incentivado a numerosos usuarios regulados a migrar al régimen de usuarios libres. En dicho contexto, el plazo de preaviso de un año era 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.

89. Según la información presentada por Ensa, entre 2016 y 2019 se intensificó la migración al régimen de usuarios libres de clientes que provenían del mercado regulado en su área de concesión⁴⁵: En 2016 migraron catorce (14) usuarios antes regulados, con una potencia contratada promedio de 729 KW. En 2017, ingresaron veinte (20) nuevos usuarios libres que antes fueron usuarios regulados, con una potencia contratada promedio de 637 KW. En 2018, ingresaron treinta y ocho (38) usuarios libres que antes fueron usuarios regulados, con una potencia contratada

⁴³ 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.

⁴⁴ Ver Gráfico 2 en el numeral 106 del Informe Técnico.

⁴⁵ Al respecto, Ensa, en su escrito de descargos, cuestionó que algunos de los usuarios considerados por la Secretaría Técnica en la Resolución 026-2019/ST-CLC-INDECOPI, eran usuarios que ya contaban con la condición de usuario libre y no provenían del mercado regulado. En tal sentido, para los cálculos presentados en el Informe Técnico, la Secretaría Técnica consideró solo la información que Ensa proporcionó sobre los usuarios regulados que cambiaron su condición a usuario libre.

promedio de 584 KW. Finalmente, en 2019 fueron catorce (14) los clientes que pasaron de ser usuarios regulados a usuarios libres, con una potencia contratada promedio de 427 KW^{46 47}.

90. En ese sentido, siguiendo con el análisis presentado en el Informe Técnico, se observa que el ingreso de usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en el área de concesión de Ensa se incrementó entre el 2016 y 2018, siguiendo la tendencia observada a nivel nacional, mientras que para el año 2019, el número de nuevos usuarios se redujo. Por su parte, la potencia contratada promedio de los clientes que ingresaron al mercado de usuarios libres tuvo una tendencia decreciente entre 2016 y 2019^{48 49}.
91. Adicionalmente, la Comisión observa que dichos nuevos usuarios libres suscribieron contratos de suministro con plazos de duración entre 3 y 6 años, en su mayoría, no observándose una relación entre la potencia contratada y la duración de dicho contrato⁵⁰
92. Cabe señalar que los nuevos usuarios libres que antes fueron usuarios regulados contrataron con Ensa y con distintas empresas de generación⁵¹. Los resultados de esta contratación, entre 2016 y 2019, se pueden observar en los siguientes gráficos.

[Ver Gráficos en la siguiente página]

⁴⁶ Dicha situación se representó en el Gráfico 3, ubicado en el numeral 108 del Informe Técnico.

⁴⁷ Ensa, en su escrito de alegatos, remitió nueva información sobre los usuarios que cambiaron de condición de usuario regulado a libre en su área de concesión entre 2016 y 2019 encontrándose que en 2016 migraron catorce (14) usuarios antes regulados, con una potencia contratada promedio de 923 kW. En 2017, ingresaron veinte (20) nuevos usuarios libres que antes fueron usuarios regulados, con una potencia contratada promedio de 706 kW. En 2018, ingresaron treinta y ocho (38) usuarios libres que antes fueron usuarios regulados, con una potencia contratada promedio de 649 kW. Finalmente, en 2019 fueron quince (15) los clientes que pasaron de ser usuarios regulados a usuarios libres, con una potencia contratada promedio de 588 kW. Estos resultados son similares a los obtenidos con la información entregada por Ensa a la Secretaría Técnica.

⁴⁸ En el numeral 110 del Informe Técnico se observa que los nuevos usuarios tienen potencias contratadas diferenciadas entre sí, decreciendo año a año en el periodo investigado (ver Cuadro 5 en dicho numeral).

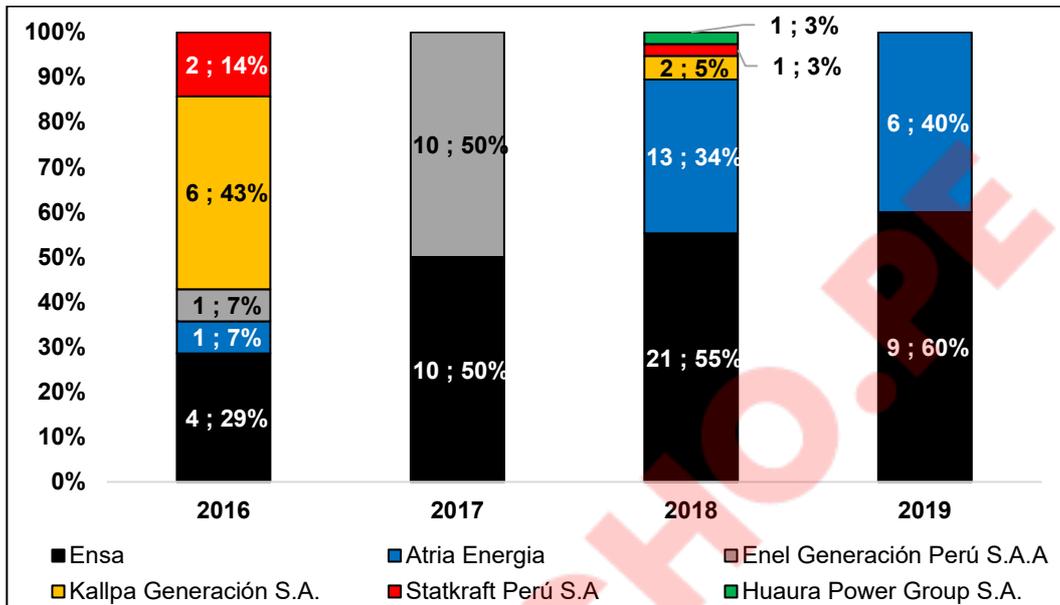
⁴⁹ Como se ha mencionado, Ensa entregó nueva información, en su escrito de alegatos, sobre las características de los usuarios regulados que cambiaron su condición a usuarios libres en su área de concesión. Los resultados se mantienen, incluso con esa nueva información.

⁵⁰ Ver Gráfico 4 en el numeral 111 del Informe Técnico.

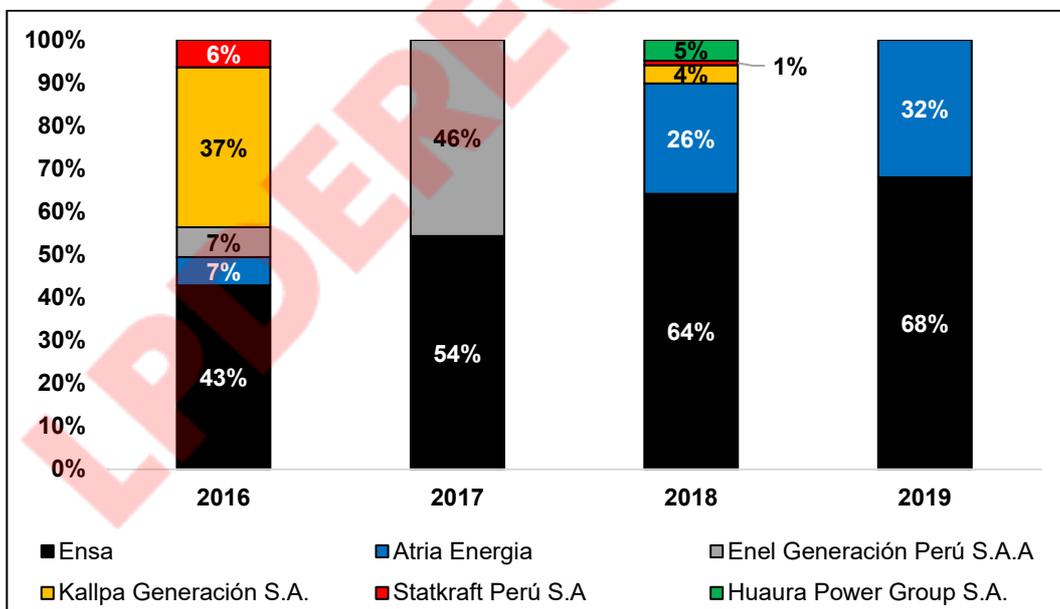
⁵¹ Este análisis fue realizado por la Secretaría Técnica, en base a la información presentada por Ensa en su escrito de descargos, y fue presentado en el Gráfico 5 en el numeral 112 del Informe Técnico. Sin embargo, se realiza un nuevo análisis en base a la información presentada por Ensa en su escrito de alegatos.

Gráfico 1: Número de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados y su potencia contratada total en el área de concesión de Ensa, por empresa suministradora (2016-2019)

(a) Número de nuevos usuarios



(b) Potencia contratada



Fuente: Escrito de alegatos de Ensa
 Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

93. De estos gráficos se puede concluir lo siguiente:

- (i) Para el año 2016, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Kallpa Generación S.A. (en adelante, Kallpa), con seis (6) usuarios, representando el 43% del total de nuevos usuarios en dicho año. Estos clientes contrataron una potencia de 4 810 kW en total, lo cual representó el 37% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A Kallpa le siguió Ensa, con cuatro (4) usuarios (29% del total) que representaron una potencia contratada total de 5 534 kW (43% del total). Por último, Statkraft Perú S.A., Atria Energía y Enel captaron dos (2), un (1) y un (1) usuario, cada uno⁵².
- (ii) Para el año 2017, la empresa que contrató la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue Ensa, con diez (10) usuarios, representando el 50% del total de nuevos usuarios en dicho año. Estos clientes contrataron 7 670 kW de potencia en total, lo cual representó el 54% del total de energía contratada por los nuevos usuarios libres. A Ensa le siguió Enel Generación Perú S.A.A. (en adelante, Enel), con diez (10) usuarios (50% del total) que representaron una potencia contratada total de 6 444 kW (46% del total)⁵³.
- (iii) Para el 2018, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue nuevamente Ensa, con veintiún (21) usuarios, que representaron el 55% del total de nuevos usuarios en dicho año. Estos usuarios contrataron 15 824 kW de potencia en total, lo cual representó el 64% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A Ensa le siguió Atria Energía, con trece (13) usuarios (34% del total) que representaron una potencia total de 6 353 kW (26% del total). Por último, Kallpa, Statkraft Perú S.A. y Huara Power Group S.A. lograron captar dos (2), un (1) y un (1) usuario, cada uno⁵⁴.
- (iv) Para el 2019, la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados fue nuevamente Ensa, con nueve (9) usuarios, que representaron el 60% del total de nuevos usuarios de dicho año. Estos usuarios contrataron 6 000 kW de potencia en total, lo cual

⁵² El Informe Técnico encontró que en el año 2016 la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios fue Kallpa con seis (6) usuarios, representando el 43% del total de nuevos usuarios en dicho año. Estos clientes contrataron una potencia de 4 810 kW en total, lo cual representó el 47% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A Kallpa le siguió Ensa, con cuatro (4) usuarios (29% del total) que representaron una potencia contratada total de 2 664 kW (26% del total).

⁵³ El Informe Técnico encontró que en el año 2017 la empresa que contrató la mayor cantidad de nuevos usuarios fue Ensa, con diez (10) usuarios, representando el 50% del total de nuevos usuarios en dicho año. Estos clientes contrataron 6 766 kW de potencia en total, lo cual representó el 53% del total de energía contratada por los nuevos usuarios libres. A Ensa le siguió Enel, con diez (10) usuarios (50% del total) que representaron una potencia contratada total de 5 966 kW (47% del total).

⁵⁴ El Informe Técnico encontró que en el año 2018 la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios fue nuevamente Ensa, con veintiún (21) usuarios, que representaron el 55% del total de nuevos usuarios en dicho año. Estos usuarios contrataron 14 579 kW de potencia en total, lo cual representó el 66% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A Ensa le siguió Atria Energía, con trece (13) usuarios (34% del total) que representaron una potencia total de 5 885 kW (27% del total). Por último, Kallpa y Statkraft Perú S.A. lograron captar dos (2) usuarios cada uno (5% del total) con una potencia total de 1 120 kW (5% del total) y 606 kW (3% del total), respectivamente.

representó el 68% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A Ensa le siguió Atria Energía con seis (6) usuarios (40% del total), con una potencia total de 2 820 kW (32% del total)⁵⁵.

94. De acuerdo con el análisis realizado por esta Comisión, es posible observar que Ensa incrementó su participación en el número de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados entre el 2016 y 2019, así como su participación en el porcentaje de potencia que estos nuevos usuarios contrataron.
95. Analizando la potencia contratada **acumulada** de nuevos usuarios libres que antes eran usuarios regulados entre 2016 y 2019⁵⁶, se observa que Ensa logró posicionarse como la empresa más importante en el mercado afectado:
- (i) En el 2016, Ensa captó el 43% (5 534 kW) de la potencia contratada de estos nuevos usuarios, seguido de Kallpa con el 37% (4 810 kW) de la potencia⁵⁷.
 - (ii) En el 2017, considerando la energía de los usuarios libres que ingresaron el 2016 y los nuevos usuarios del 2017, Ensa logró posicionarse en el primer lugar, suministrando el 49% (13 204 kW) del total de la potencia contratada por estos usuarios para dicho año, seguida por Enel con el 27% (7 344 kW) de la potencia contratada⁵⁸.
 - (iii) En el 2018, considerando la potencia de los usuarios libres que ingresaron el 2016 y 2017, así como la de los nuevos usuarios del 2018, Ensa logró mantenerse en el primer lugar, suministrando el 56% (29 028 kW) del total de la potencia contratada por dichos usuarios, seguida por Enel con el 14% (7 344 kW) de la potencia contratada⁵⁹.
 - (iv) Por último, en el 2019, considerando la energía de los usuarios libres que ingresaron el 2016, 2017 y 2018, así como los nuevos usuarios del 2019, Ensa logró mantenerse en el primer lugar, suministrando el 58% (35 028

⁵⁵ El Informe Técnico encontró que en el año 2018 la empresa que captó la mayor cantidad de nuevos usuarios fue nuevamente Ensa, con nueve (9) usuarios, que representaron el 64% del total de nuevos usuarios de dicho año. Estos usuarios contrataron 4 159 kW de potencia en total, lo cual representó el 70% del total de potencia contratada por los nuevos usuarios libres. A Ensa le siguió nuevamente Atria Energía con cinco (5) usuarios (36% del total), con una potencia total de 1 820 kW (30% del total).

⁵⁶ Este análisis fue realizado por la Secretaría Técnica, en base a la información presentada por Ensa en su escrito de descargos, y fue presentado en el Gráfico 6 en el numeral 117 del Informe Técnico. Sin embargo, se realiza un nuevo análisis en base a la información presentada por Ensa en su escrito de alegatos.

⁵⁷ El Informe Técnico encontró que para el año 2016, Ensa solo captó el 26% (2 664 kW) de la potencia contratada, mientras que Kallpa obtuvo una mejor participación ese año, captando el 47% (4 810 kW) de la potencia contratada.

⁵⁸ El Informe Técnico encontró que para el año 2017, Ensa logró posicionarse en el primer lugar, suministrando el 41% (9 430 kW) del total de la potencia contratada, seguida por Enel con el 30% (6 866 kW) de la potencia contratada.

⁵⁹ El Informe Técnico encontró que para el año 2018, Ensa logró mantenerse en el primer lugar, incrementando su participación al 53% (24 009 kW) del total de la potencia contratada, seguida por Atria Energía con el 15% (6 885 kW) de la potencia contratada.

kW) del total de la potencia contratada por dichos usuarios, seguida por Atria Energía con el 17% (10 023 kW) de la potencia contratada⁶⁰.

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

96. De acuerdo con el criterio de la Secretaría Técnica expuesto en el Informe Técnico, los resultados favorables de Ensa observados en el mercado afectado habrían sido resultado, principalmente, de la exoneración del plazo de preaviso realizado por Ensa a favor de sus clientes en el mercado regulado que aceptaban continuar siendo clientes suyos al migrar al régimen de usuarios libres entre 2016 y 2019.
97. Ello, porque al negar tal exoneración a los usuarios que decidían contratar el suministro con otra empresa, Ensa generaba un condicionamiento que para un número significativo de clientes constituía un incentivo decisivo para contratar con ella a precios superiores a los que ofrecían otras suministradoras en el mercado. Este condicionamiento, a su vez, no se sustentaba en la mayor eficiencia económica de la oferta de Ensa, sino en su posición dominante y la imposibilidad de otras empresas de replicar el referido beneficio, al encontrarse limitadas por el marco regulatorio aplicable.
98. Al respecto, incluso Ensa ha reconocido que la exoneración del plazo de preaviso fue su principal variable competitiva para retener clientes que migraron al régimen de usuarios libres, al señalar en sus descargos que «las empresas distribuidoras [...] para menguar en algo las pérdidas sufridas por la migración de sus clientes pueden ofrecer la exoneración del plazo de preaviso y permitir que sus clientes puedan migrar rápidamente al mercado libre aún cuando el precio que se les ofrecerá siempre será mayor que las otorgadas por las Generadoras»⁶¹.

En esa misma línea, Ensa ha reconocido que el factor diferencial de su oferta ha sido, precisamente, la exoneración del plazo de preaviso recogido en la Ley de Generación Eficiente y el Reglamento de Usuarios Libres⁶².

99. Por otro lado, la Secretaría Técnica concluyó, en su Informe Técnico, que los precios de suministro de energía eléctrica que Ensa cobró a los usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en su área de concesión fueron significativamente superiores a los precios cobrados por los demás suministradores. En efecto, de acuerdo con el cálculo efectuado por la Secretaría

⁶⁰ El Informe Técnico encontró que para el año 2019, Ensa logró mantenerse en primer lugar, incrementando nuevamente su participación al 55% (28 168 kW) del total de la potencia contratada, seguida por Atria Energía con el 17% (8 705 kW) de la potencia contratada.

⁶¹ Páginas 27 y 28 del escrito de descargos de Ensa, presentado el 16 de diciembre de 2019.

⁶² De hecho, Ensa ha señalado en la página 23 de sus descargos, luego de sustentar que las pérdidas derivadas de la migración de usuarios regulados al mercado libre fundamentan la existencia del plazo de preaviso de un (1) año, que Atria Energía tiene el interés de «eliminar el único elemento diferenciador que tiene Ensa para estructurar su oferta».

Técnica, el precio ponderado de la energía⁶³ cobrado por Ensa a los usuarios regulados que cambiaron su condición a usuarios libres, por el servicio de suministro de energía eléctrica, fue en promedio 25,59 céntimos por kWh entre el 2016 y 2019, el cual supera en 93,8% al precio ponderado cobrado por los demás suministradores⁶⁴, durante el mismo período⁶⁵.

100. Sobre el particular, en su escrito de alegatos, Ensa cuestionó el cálculo del precio realizado por la Secretaría Técnica mencionando que comparar el precio de Ensa con el precio promedio de los demás suministradores distorsionaría el análisis. Específicamente mencionó que existirían suministradores con precios bajos, debido a su gran capacidad de generación y combinación eficiente de tecnologías de generación, que reducirían el precio promedio. En ese sentido, recomendó que el análisis de precios muestre la individualización del precio de cada suministrador.

En esa línea, indicó que, al individualizar el precio de cada suministrador, se observaría que Ensa tuvo un precio promedio de S/ 13,47 céntimos por kWh entre el 2016 y 2019, siendo menor que el precio promedio de Atria Energía, de S/ 16,09 céntimos por kWh⁶⁶; además, señaló que se han considerado otros conceptos dentro del precio de los usuarios libres tales como peajes por transmisión principal o secundario y el valor agregado de distribución, los que son cargos regulados.

101. Al respecto, esta Comisión advierte que la información presentada por Ensa, en su escrito de alegatos, no estima adecuadamente los precios de los usuarios libres ya que dentro de los contratos existen componentes para el cálculo del precio de la potencia y energía que no ha considerado. Particularmente, no se ha calculado el impacto de los factores de actualización, que incorpora la evolución del precio del gas natural para generación eléctrica y de índices de precios al productor en Estados Unidos.
102. En tal sentido, la fuente de información que recogería, con mayor precisión, la información de precios del suministro de energía a usuarios libres es el Reporte estadístico mensual del mercado libre de electricidad publicado por el Osinergmin

⁶³ El precio ponderado está formado por el precio para la potencia (PP), un precio de la energía en hora punta (PEHP) y un precio de la energía fuera de punta (PEFP). Para calcular el precio ponderado se utiliza la siguiente fórmula:

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

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

⁶⁴ La Secretaría Técnica también comparó los componentes del precio ponderado, obteniendo que el precio de la potencia (PP) promedio de los usuarios de Ensa ha sido S/ 54,56 por kW al mes entre el 2016 y 2019, el cual supera en 166% al precio promedio cobrado por los demás suministradores; el precio promedio de la energía en hora punta (PEHP) de Ensa ha sido S/ 19,26 céntimos por kWh entre el 2016 y 2019, el cual supera en 97% al precio promedio cobrado por los demás suministradores; y el precio promedio de la energía fuera de punta (PEFP) de Ensa ha sido S/ 15,34 céntimos por kWh entre el 2016 y 2019, el cual supera en 59% al precio promedio cobrado por los demás suministradores.

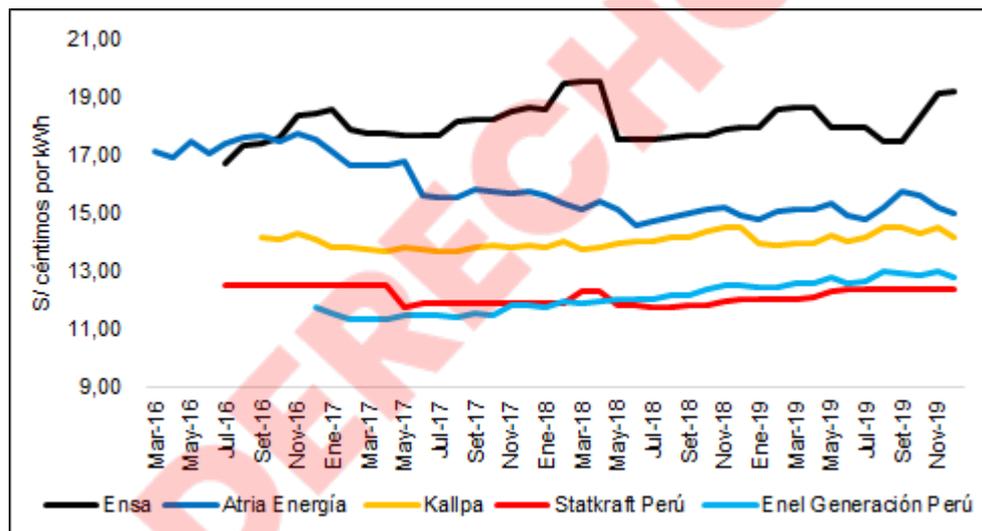
⁶⁵ Ver Gráfico 7 en el numeral 125 del Informe Técnico.

⁶⁶ Para realizar sus cálculos, Ensa obtuvo información sobre el precio base de cada uno de los contratos de los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuario libre en su área de concesión entre 2016 y 2019. Este precio se encontraba en dólares americanos por MWh (US\$ por MWh), por lo que utilizó el tipo de cambio el último día de cada mes para convertir este precio a centavos de sol por kWh (cts S/ por kWh).

entre enero de 2016 y diciembre de 2019⁶⁷, en la medida que este se elabora en base a la información proporcionada por cada uno de los suministradores sobre las características de sus usuarios libres. Sin embargo, esta Comisión ha advertido que la información de estos Reportes puede requerir algún tratamiento previo, el que se presenta con mayor detalle en el Anexo 1 de la presente Resolución, para que refleje adecuadamente la dinámica de los precios y consumos de los usuarios libres que previamente fueron regulados.

103. Ahora bien, considerando la información de los Reportes mencionados anteriormente se observa que el precio⁶⁸ promedio de la energía cobrado por Ensa a los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuario libre en su área de concesión fue de S/ 18,15 céntimos por kWh entre 2016 y 2019, que es superior al precio promedio de los demás suministradores, de S/ 13,29 céntimos por kWh. Específicamente se tiene que el precio promedio de Ensa fue 36,6% superior al precio promedio de los demás suministradores entre 2016 y 2019.

Gráfico 2: Evolución de los precios promedio (en céntimos por kWh) de la energía de Ensa y otros suministradores a usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en el área de concesión de Ensa (2016-2019)



Fuente: Reporte estadístico mensual del mercado libre de electricidad de Osinergmin
Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

104. A pesar de la diferencia de precios, los usuarios regulados que cambiaron de condición a libres habrían apreciado que contratar con Ensa sería una opción más beneficiosa debido a la exoneración. Al respecto, esta Comisión ha determinado que la comparación del pago acumulado actualizado de cambiar de condición a

⁶⁷ Dichos reportes se pueden descargar desde la página web del Osinergmin, en la siguiente ruta <https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/regulacion-tarifaria/publicaciones/regulacion-tarifaria>. Dentro de esta, deberán dirigirse a Publicaciones, luego a Informes Mensuales, y finalmente dentro de Mercado Libre de Electricidad encontrarán los Reportes como una base de datos de Excel.

⁶⁸ El precio 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:

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

usuario libre de manera inmediata con Ensa sería menor que el que se realizaría, esperando un año para cambiar de condición, con otro suministrador.

105. Para concluir lo anterior, se tomarán en cuenta los siguientes supuestos: (i) el usuario regulado que cambia de condición tendría un consumo mensual de 200 Mwh⁶⁹; (ii) el precio de la energía que pagaba como usuario regulado en el 2016 fue de S/ 27,56 céntimos por kWh⁷⁰; (iii) el precio promedio cobrado por Ensa en el mercado libre en el 2016 fue de S/ 17,63 céntimos por kWh; y (iv) el precio promedio cobrado por los demás suministradores en el 2016 fue de S/ 15,31 céntimos por kWh⁷¹.
106. Ahora bien, analizando los pagos que se realizarían en un contrato de tres años, el usuario que escogiera a Ensa como su suministrador esperaría pagar S/ 423,11 mil⁷² el primer año como usuario libre mientras que, si escogiera a otro suministrador debería cumplir con el plazo de preaviso y mantenerse como usuario regulado, esperando pagar S/ 661,42 mil⁷³.

En el segundo año, el usuario que escogió a Ensa como su suministrador esperaría pagar S/ 377,78 mil⁷⁴, actualizado a valores de 2016, mientras que con otro suministrador esperaría pagar S/ 328,17 mil⁷⁵, actualizado a valores de 2016.

⁶⁹ Que es el consumo promedio mensual de energía de los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuario libre en el área de concesión de Ensa entre 2016 y 2019.

⁷⁰ Para obtener este valor, primero se calcula el precio ponderado de la energía cobrada a los usuarios regulados con la opción tarifaria MT3 de manera mensual, entre enero y diciembre de 2016, en el sistema eléctrico de Chiclayo, utilizando la siguiente fórmula:

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

Por ejemplo, para el mes de enero de 2016 el valor del cargo por potencia activa de generación para los usuarios presentes en hora punta fue de S/ 48,07 por kW-mes, el cargo por energía activa en hora punta fue de S/ 23,19 cts. por kWh, y el cargo por energía activa fuera de punta fue de S/ 19,36 cts. por kWh. Con eso, el precio ponderado de la energía para el mes de enero de 2016 fue de S/ 28,47 cts. por kWh.

Si se consideran los valores de las opciones tarifarias MT2 y MT4, el precio de la energía sería de S/ 28,18 cts. por kWh y S/ 27,77 cts. por kWh.

Al respecto, consultar los pliegos tarifarios en el siguiente enlace <https://www.osinergmin.gob.pe/Tarifas/Electricidad/PliegosTarifariosUsuarioFinal.aspx?Id=140000>

⁷¹ Con lo que el precio de Ensa sería mayor al de los demás suministradores en 15,1%.

⁷² Que resulta de multiplicar el consumo anual de 2 400 Mwh (12 meses de 200 Mwh de consumo) por el precio ponderado de la energía de Ensa, de S/ 17,63 céntimos por kWh.

⁷³ Que resulta de multiplicar el consumo anual de 2 400 Mwh por el precio ponderado de la energía como usuario regulado, de S/ 27,56 céntimos por kWh.

⁷⁴ Que resulta de multiplicar el consumo anual de 2 400 Mwh por el precio ponderado de la energía de Ensa de S/ 17,63 céntimos por kWh y el factor de actualización 0,8929, que resulta de aplicar la fórmula $\left(\frac{1}{1+12\%}\right)^1$ que permite llevar la facturación del año 2017 a valores del año 2016 considerando una tasa de descuento de 12%, que es la tasa utilizada por la Ley de Concesiones Eléctricas.

⁷⁵ Que resulta de multiplicar el consumo anual de 2 400 Mwh por el precio ponderado de la energía del resto de suministradores, de S/ 15,31 céntimos por kWh y el factor de actualización 0,8929.

En el tercer año, el usuario que escogió a Ensa como su suministrador esperaría pagar S/ 337,30 mil⁷⁶, actualizado a valores de 2016, mientras que con otro suministrador esperaría pagar S/ 293,01 mil⁷⁷, actualizado a valores de 2016.

Finalmente, el valor actualizado acumulado por escoger a Ensa como suministrador, en un contrato de tres años, sería de S/ 1,138 millones mientras que, escogiendo a otro suministrador, este sería de S/ 1,283 millones en ese mismo periodo, siendo este contrato un 12,7% más costoso que la opción ofrecida por Ensa. Esta situación se mantendría incluso con contratos de mayor duración, teniéndose que un contrato con otro suministrador sería 2,0% más costoso que un contrato con Ensa con una duración de seis años.

107. Aunque el resultado anterior se ha obtenido considerando una diferencia de precios de 15,1%, siendo S/ 17,63 céntimos por kWh para Ensa y S/ 15,31 céntimos por kWh para los demás suministradores; si se utiliza una mayor diferencia de precios, como por ejemplo el 36,6% observado entre 2016 y 2019 (siendo S/ 18,15 céntimos por kWh para Ensa y S/ 13,29 céntimos por kWh para los demás suministradores), escoger a otro suministrador sería 2,4% más costoso que un contrato con Ensa con una duración de tres años⁷⁸.
108. Por otro lado, en su escrito de alegatos, Ensa señaló que la mayoría de los contratos de suministro que suscribió con los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuario libre tuvieron una duración de cinco años, siendo superior a la duración mínima exigida a estos usuarios, que es de tres años. Así, la exoneración no habría sido un elemento determinante para la migración ya que los usuarios solo habrían contratado con Ensa por tres años y habrían buscado un nuevo suministrador.
109. Al respecto, esta Comisión ha comprobado que el marco normativo vigente no exige una duración mínima a los contratos de suministro de usuarios libres; la única restricción observada es la impuesta por el Reglamento de usuarios libres, que exige al usuario regulado que cambia de condición a usuario libre que permanezca en esta condición por tres años, como mínimo. En la medida que no existe regulación sobre la duración de estos contratos, el usuario evaluará la conveniencia del contrato que el ofrece el suministrador con quien decide contratar, pudiendo enfrentarse solo a contratos de cinco años sin la posibilidad de negociación en la duración de este.
110. Por su parte, esta Comisión ha observado que la Secretaría Técnica analizó la conducta de los usuarios libres ante el vencimiento de los contratos que mantenían con Ensa entre julio de 2019 y junio de 2020. Específicamente, se

⁷⁶ Que resulta de multiplicar el consumo anual de 2 400 Mwh por el precio ponderado de la energía de Ensa de S/ 17,63 céntimos por Kwh y el factor de actualización 0,7972, que resulta de aplicar la fórmula $\left(\frac{1}{1+12\%}\right)^2$ que permite llevar la facturación del año 2018 a valores del año 2016.

⁷⁷ Que resulta de multiplicar el consumo anual de 2 400 Mwh por el precio ponderado de la energía del resto de suministradores, de S/ 15,31 céntimos por Kwh y el factor de actualización 0,7972.

⁷⁸ En este caso, el valor actualizado acumulado por escoger a Ensa como suministrador, en un contrato de tres años, sería de S/ 1,172 millones mientras que, escogiendo a otro suministrador, este sería de S/ 1,200 millones en ese mismo periodo.

observa que ocho (8) usuarios culminaron su contrato durante este periodo, de los cuales cuatro (4) se mantuvieron como usuarios libres, pero decidieron cambiar de suministrador⁷⁹. Por su parte, tres (3) usuarios decidieron renovar su contrato con Ensa⁸⁰. Finalmente, uno (1) desapareció del mercado libre⁸¹. Al respecto, esta Comisión ha observado que este número de usuarios no ha cambiado con la información actualizada a abril de 2021.

111. De esta manera, señala la Secretaría Técnica que, por lo menos, el 57% de usuarios que se mantuvieron en el mercado libre decidió no renovar su contrato con Ensa y buscaron celebrar sus nuevos contratos con otros suministradores. Dicha situación, a criterio de la Secretaría Técnica, reflejaría que la principal razón por la cual estos usuarios habrían decidido contratar originalmente con Ensa se encontraría en la exoneración del plazo de preaviso que Ensa condicionó a la celebración de contratos de suministro con ella y no con otras empresas.

Al respecto, esta Comisión coincide con la Secretaría Técnica en que el cambio de suministrador a la culminación de los contratos suscritos con Ensa demostraría que la intención de estos usuarios fue acceder cuanto antes al mercado libre y disfrutar de las ventajas aparejadas a la condición de usuario libre, motivo por el cual decidieron aceptar a Ensa como suministrador, pues solo dicha empresa podía ofrecer la exoneración del plazo de preaviso, a pesar de que sus tarifas eran mayores a las de otros proveedores. Posteriormente, luego de establecerse en el mercado libre, la mayoría de dichos usuarios buscaron otra alternativa y optaron por cambiar de suministrador, quienes ofrecerían un precio menor, de acuerdo con lo explicado anteriormente.

112. Finalmente, se observa que el precio de la energía que estos usuarios pagaron entre enero de 2020 y abril de 2021 –con suministradores distintos a Ensa– fue 41,0% menor que el promedio de los precios ofrecidos por Ensa. Asimismo, un 43% de los usuarios decidieron renovar su contrato con Ensa, observándose que el precio ponderado de la energía que estos usuarios pagaron entre enero de 2020 y abril de 2021, fue el mismo que los demás usuarios de Ensa, es decir, de aquellos usuarios regulados que migraron al mercado libre y que mantienen un contrato vigente con Ensa como suministrador.

c. Conclusión sobre el efecto exclusorio observado

113. A partir de la información analizada, la Comisión observa que el tratamiento favorable ofrecido por Ensa –consistente en exonerar del plazo del preaviso previsto en el 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 clientes suyos y excluyendo a otros suministradores–; le habría permitido a Ensa incrementar su participación en

⁷⁹ Estos son los usuarios Procomsac, Latercer S.A.C y Gandules Inc S.A.C., quienes son suministrados por Atria Energía; y El Águila S.R.L. quien es suministrado por Hydro Pátapo S.A.C.

⁸⁰ Estos usuarios son Sucesión Indivisa Gálvez Asurza Jorge Alejandro; Quicornac S.A.C. y Empresa Agroindustrial Cayalti S.A.A.

⁸¹ Se observó que Empresa Agroindustrial Pomalca S.A.A. finalizó su contrato en abril de 2020 y no se observa que posea un nuevo suministrador en el mercado libre.

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.

114. Asimismo, se ha observado que Ensa ha obtenido beneficios significativos en dicho segmento de usuarios libres a partir de la implementación de este trato diferenciado, que le ha permitido, entre el 2016 y 2019, cobrarles precios promedio superiores en 41,0% al precio ponderado cobrado por los demás suministradores.
115. Finalmente, esta Comisión coincide con la Secretaría Técnica en que la evidencia analizada permite concluir que la razón esencial por la que un grupo significativo de clientes decidió contratar el suministro de energía eléctrica con Ensa bajo el régimen de usuarios libres correspondió a la discriminatoria exoneración del plazo de preaviso a favor de tales usuarios. Muestra de ello es que, una vez vencidos dichos contratos, el 57% de los clientes que se mantuvieron en el mercado de usuarios libres decidieron cambiar de suministrador y beneficiarse de los menores precios ofrecidos por estos otros competidores⁸².
116. De esta manera, la Comisión considera que se ha acreditado la existencia de un efecto exclusorio derivado del tratamiento diferenciado adoptado por Ensa, aprovechando su posición de dominio en el mercado relevante, para obtener beneficios a costa de sus competidores en el mercado afectado. Sin perjuicio de ello, corresponderá analizar las posibles justificaciones esbozadas por Ensa para determinar si existen efectos procompetitivos que superen el efecto exclusorio identificado.

4.3.2. Justificaciones esbozadas por Ensa durante el procedimiento

a. «La exoneración del plazo de preaviso está prevista normativamente para proteger a las empresas distribuidoras»

117. Durante el procedimiento Ensa ha señalado que la facultad de las distribuidoras de poder exigir o exonerar el preaviso de al menos un año para la migración de clientes, establecido en el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, les otorga la posibilidad de recuperar las inversiones realizadas para cumplir con su obligación de asegurar la demanda en el mercado regulado, así como los costos que implica la gestión de sus contratos con las generadoras.

De esta manera, las distribuidoras pueden optar por ejercer este derecho y exigir el plazo de preaviso a los usuarios migrantes al mercado libre que cambien de suministrador, u optar por no ejercerlo y exonerar del plazo a los usuarios que migran al mercado libre manteniendo a la empresa como suministradora. Este derecho, según Ensa, ha sido reconocido a su favor por el Osinergmin.

⁸² 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, los plazos de preaviso contenidos en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de Generación Eficiente y el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, relacionados al plazo de preaviso de un (1) año, no aplicarían en este caso ya que solo se refieren al cambio de condición de usuario regulado a usuario libre.

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

Finalmente, Ensa señala que dicha potestad de exonerar del plazo de preaviso les permitiría a las distribuidoras competir con las generadoras en el mercado libre. Ello debido a que, por las características del mercado, no pueden estructurar sus precios de la misma forma que las generadoras (ya que no pueden responder a las fluctuaciones de precios en tiempo real).

118. Por su parte, Atria Energía ha observado que si la finalidad del plazo de preaviso hubiese sido mitigar los efectos de la migración de clientes regulados al mercado libre, el plazo hubiese sido mucho mayor o, en todo caso, se hubiesen establecido requisitos más exigentes⁸³.

Más aún, la denunciante resalta que si bien el Reglamento de Usuarios Libres estableció el plazo de preaviso con la finalidad de proteger la demanda de la distribuidora, la norma no hizo distinciones en cuanto a la aplicación de dicho preaviso y su cumplimiento en condiciones discriminatorias para los usuarios que se mantenían como clientes de la distribuidora frente a los que elegían a otro suministrador.

Asimismo, Atria Energía alega que el plazo de preaviso no fue fijado con la finalidad de otorgar una ventaja a las distribuidoras en perjuicio de las generadoras con las que compite en el mercado libre, puesto que dicho plazo no tendría un verdadero efecto en la mitigación de las consecuencias económicas de la migración de usuarios al mercado libre. De hecho, el plazo no tiene incidencia alguna en la capacidad de que las distribuidoras logren modificar la potencia contratada de sus contratos a largo plazo, que se mantendrán vigentes más allá de la duración del referido plazo de preaviso.

119. En primer lugar, la Secretaría Técnica señaló en el Informe Técnico que el plazo de preaviso analizado fue introducido a través de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, norma que tenía dentro de sus objetivos garantizar el desarrollo de la oferta y abastecimiento oportuno, seguro y eficiente de la energía eléctrica. Asimismo, buscó corregir las deficiencias en el mercado de generación que impedían el desarrollo de la competencia, incorporando medidas a tales efectos⁸⁴.

Dentro de dichas medidas, se buscó mejorar la participación de los usuarios libres, creándose la opción de poder definir si el usuario quiere permanecer en el mercado regulado o libre, de acuerdo con el rango de potencia que definiría el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad⁸⁵.

120. En ese sentido, indica la Secretaría Técnica, si bien se le dio a determinados clientes regulados la opción de elegir entre mantenerse como usuarios regulados o pasar al segmento de usuarios libres, se estableció que dicha decisión debe

⁸³ Escrito de fecha 24 de febrero de 2020.

⁸⁴ Dictamen de la Comisión de Energía y Minas recaído en los Proyectos de Ley 13875/2005-CR y 14065/2005-CR que recomiendan la aprobación de la «Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica», p. 2.

⁸⁵ Ídem. p. 8.

comunicarse con un plazo adecuado de anticipación, con la finalidad de evitar la especulación con los costos marginales de corto plazo⁸⁶.

121. De lo anterior se desprende que, efectivamente, el plazo de preaviso introducido por la Ley 28832 y recogido por el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad buscaba proteger al distribuidor que ya asumió compromisos de abastecimiento de su demanda, para evitar que asuma el costo de un exceso de demanda contratada⁸⁷.
122. Posteriormente, el Osinergmin ha señalado que los clientes de las empresas distribuidoras que optasen por migrar de usuario regulado a libre podían permanecer en la condición de regulado por el plazo de un (1) año, salvo que, en el marco de sus relaciones comerciales, las empresas distribuidoras les permitieran liberarse de este plazo⁸⁸.
123. No obstante, la Comisión comparte el criterio de la Secretaría Técnica respecto a que la posibilidad de exonerar el plazo de preaviso no le otorga a una empresa de distribución como Ensa el derecho para introducir condiciones discriminatorias entre sus usuarios regulados que intentan pasar al régimen de usuarios libres, razón por la cual este trato diferenciado no podría ser analizado como el ejercicio de una conducta inmune a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
124. Al respecto, la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad no facultan a las distribuidoras a aplicar el plazo de preaviso de forma discriminatoria entre los usuarios regulados que decidan migrar al mercado libre, dependiendo de si cambian de suministrador o se mantienen con la misma distribuidora en el nuevo mercado, como tampoco han establecido una limitación a la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
125. En efecto, el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad desarrolla en su artículo 4 el procedimiento y requisitos para efectuar el derecho de migración al mercado libre prevista en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, sin mencionar la posibilidad de introducir un trato diferenciado según el suministrador que elija el cliente en el mercado libre:

⁸⁶ Libro Blanco - Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, elaborado por la Comisión MEM-OSINERG creada por la Ley 28447. Pp. 94.

⁸⁷ Ídem. p. 420.

⁸⁸ Mediante Oficio 395-2019-OS-DSE del 5 de febrero de 2019, el Osinergmin remitió como parte de su respuesta el Oficio 3086-2018-OS-DSE que previamente habría sido remitido también a la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal, donde indicó lo siguiente:

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

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

Artículo 4.- Requisitos y condiciones

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

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

126. En esa línea, el Osinergmin ha indicado que dicha norma está orientada para el supuesto en que un usuario cambia, además de su condición, a su suministrador de energía, de tal forma que el plazo de preaviso le da la posibilidad al suministrador de adecuar su generación y demanda a la nueva situación. Sin embargo, reconoce que el suministrador tiene la facultad de negociar libremente con el usuario migrante la permanencia de un año en la condición de regulado, incluso si dicho usuario permanece como su cliente en el mercado libre.
127. Por ello, tratándose de un régimen de libertad y competencia respecto del nuevo usuario libre, el Osinergmin ha considerado que el suministrador y el usuario migrante podrían acordar liberarse del plazo establecido por la norma. Ello, en ningún caso, inhibiría la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas cuando la adopción de un tratamiento distinto entre usuarios tenga por efecto excluir a algunos competidores por razones incompatibles con dicha norma.
128. En suma, tanto la intención del legislador como la posición del regulador coinciden en que el plazo de preaviso consistiría en una prerrogativa a favor del distribuidor, establecida con la finalidad de permitirle reorganizar su demanda de energía frente a los posibles desbalances generados por la migración de clientes. Sin embargo, ni el marco normativo ni el Osinergmin han reconocido que esta prerrogativa pueda ejercerse de manera discriminatoria, mucho menos contraviniendo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, con mayor razón si se considera que en el mercado de usuarios libres, por su naturaleza, subyacen presupuestos de libertad en la negociación y contratación, así como de competencia entre la oferta de sus participantes.
129. En ese orden de ideas, cabe destacar que en este caso no se observa la existencia de una norma legal que autorice expresamente o incluso obligue a las empresas generadoras o distribuidoras a realizar la conducta denunciada, supuesto que -de conformidad con el artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁸⁹- limitaría la aplicación de las normas de competencia en atención a evitar sancionar a los agentes económicos por actuar conforme al ordenamiento jurídico.

⁸⁹**Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas****Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo**

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.

Al respecto, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi (en adelante, la Sala) mediante Resolución 0479-2014/SDC-INDECOPI explicó que el término «*como consecuencia de una norma legal*» del referido artículo 3 no debe entenderse como una relación de causalidad laxa entre la conducta realizada por los agentes económicos investigados y la «norma legal», sino a una autorización legal o incluso una obligación de realizar la conducta bajo análisis⁹⁰. Además, la interpretación de la «norma legal» en la que se basa la exención «debe ser **restrictiva o literal**, es decir, la norma debe autorizar claramente la conducta bajo análisis y no debe aplicarse extensivamente a otras conductas»⁹¹.

130. En el presente caso, de una interpretación restrictiva de la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad se desprende que dichas disposiciones no autorizan expresamente a las empresas distribuidoras a aplicar condiciones diferentes a los usuarios regulados que desean migrar a usuarios libres y deciden contratar con dichas empresas, más aún si estas carecen de justificación y pueden provocar un efecto anticompetitivo. Además, debe tenerse en cuenta que una interpretación en sentido contrario iría contra el mismo objeto de la Ley 28832, que tiene dentro de sus finalidades «*propiciar la efectiva competencia en el mercado de generación*»⁹².

En ese sentido, si bien la regulación otorga un derecho a favor de los distribuidores, el ejercicio de dicha atribución no puede implicar que el titular, de ostentar una posición dominante, aproveche dicha situación para obtener una ventaja en el mercado por factores distintos a una mayor eficiencia económica, pues ello constituiría un ejercicio abusivo de dicha condición. Esta situación, además, podría entenderse como una forma de vulneración al principio de buena fe, al utilizar un derecho de manera indebida, con el objeto o efecto de lesionar las reglas de libre competencia.⁹³

131. Por estas razones, esta Comisión coincide con la Secretaría Técnica en que no es posible atender el argumento planteado por Ensa según el cual la existencia de la prerrogativa de exonerar del plazo de preaviso a los usuarios regulados que migran al régimen de usuarios libres, le permite –en su calidad de distribuidora en el mercado regulado– ofrecer condiciones discriminatorias a dichos usuarios dependiendo de qué empresa estos elijan como suministradora, permitiéndole con ello afectar la competencia en este sector de una manera incompatible a las exigencias establecidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁹⁰ Resolución 0479-2014/SDC-INDECOPI, considerando 42.

⁹¹ Resolución 0479-2014/SDC-INDECOPI, considerando 43. Énfasis agregado.

⁹² **Ley 28832**

Artículo 2.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto perfeccionar las reglas establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas con la finalidad de:

c) Adoptar las medidas necesarias para propiciar la efectiva competencia en el mercado de generación

⁹³ Al respecto, podría cruzarse un símil con la figura del abuso de procesos legales, donde tanto la Comisión como la Sala han reconocido que el ejercicio de los derechos constitucionales de acción y petición puede ser limitado en los casos en que estos sean activados de manera sistemática y abusiva vulnerando otro bien jurídico constitucional, como lo es el principio de protección de la libre competencia (ver Resoluciones 0794-2013/SDC-INDECOPI, considerando 16; y 029-2015/CLC-INDECOPI, considerando 56).

b. «La exoneración del plazo era necesaria para mitigar sus pérdidas derivadas de la migración de sus usuarios hacia otras empresas suministradoras»

132. Ensa ha señalado que, desde el año 2016, viene registrando pérdidas de S/ 16,57 millones como consecuencia de la sobrecontratación de energía y la negativa de las generadoras de reducir la potencia fija. En tal sentido, la exoneración del plazo a determinados usuarios sería un mecanismo que permite a las distribuidoras como Ensa hacer frente a los perjuicios que podrían generarle los desbalances derivados de la «fuga» masiva y repentina de sus usuarios hacia otros suministradores, dejándola con excesos significativos de potencia contratada.

Por ello, Ensa manifestó que su política de exoneración del plazo de preaviso para los usuarios regulados que migraban a libres y que escogieran a la empresa como suministrador, tenía por objetivo mitigar las pérdidas que enfrentaba por la sobrecontratación de potencia para la atención de usuarios regulados, derivadas de licitaciones de largo plazo; y que se generaron por la migración de usuarios regulados a usuarios libres.

133. Sobre el particular, la Secretaría Técnica consideró en su Informe Técnico que los posibles desbalances de la demanda de energía a los que hace referencia Ensa, se producirían por el solo hecho de la migración de usuarios regulados al mercado libre, independientemente de si el usuario escogiera permanecer con el mismo suministrador u optase por cambiarlo. Al respecto, como se indica más adelante, esta Comisión observa que la energía que contrata la empresa distribuidora para atender a sus usuarios regulados podría haber sido redireccionada para atender a usuarios libres (propios o de otra empresa suministradora), sujeta a las condiciones en que la distribuidora negocia y contrata con las empresas generadoras.
134. En ese sentido, la mitigación de estos efectos esbozados de Ensa dependía, esencialmente, de la renegociación de las condiciones con las generadoras, según los propios términos de los contratos suscritos por Ensa, y -en un inicio- de la capacidad de Ensa para prever dichas situaciones de sobrecontratación al elaborar las bases de las licitaciones de suministro.
135. De hecho, el comportamiento de Ensa es coherente con esta conclusión, pues además de intentar renegociar la potencia contratada con las empresas generadoras, ha manifestado que, en el marco de las reuniones que sostenía con algunos clientes regulados que se encontraban evaluando la migración al mercado libre, ha contado con 'alianzas' con empresas generadoras para ofrecer un precio competitivo en el mercado libre⁹⁴.
136. Es decir, Ensa mantiene contratos de potencia con ciertas generadoras para participar en el mercado libre⁹⁵, lo que revelaría a criterio de la Comisión que el

⁹⁴ Minutos 10:00, 47:20 y 1:01:15 de la entrevista realizada con fecha 20 de diciembre de 2018.

⁹⁵ Hecho confirmado a través del escrito del 12 de agosto de 2020 presentado por Ensa, en el que señala textualmente lo siguiente '*para que ENSA pueda atender a sus clientes en el mercado libre debe contar con contratos totalmente diferentes a aquellos que sirven para cubrir la demanda del mercado regulado.*' Asimismo,

impacto efectivo de las pérdidas indicadas por la empresa tendría más relación con su manejo contractual y comercial, que con la aplicación o inaplicación del plazo de preaviso previsto en la Ley 28832 y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad.

137. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, por sí misma, la mitigación de pérdidas no puede constituir una defensa atendible, si es que la empresa no prueba cómo sus acciones están vinculadas con el objetivo de obtener ganancias de eficiencia que puedan promover la competencia en el mercado⁹⁶.

Ensa ha señalado que la potencia para el mercado libre ha sido contratada a través del Grupo Distriluz con las siguientes empresas:

- Egenor (Orazul Energy Perú S.A.)
- Termochilca S.A.
- Statkraft Perú S.A.
- Fénix Power Perú S.A.
- Enersur (Engie Energía Perú S.A.)
- Empresa Eléctrica de Piura S.A.
- Enel Generación Perú S.A.A.

Asimismo, en la audiencia de informe oral del 19 de mayo de 2021, el representante de Ensa señaló lo siguiente: «Electronorte [Ensa] lo que hace es: contrata con un generador el suministro de electricidad a un determinado precio para poder venderle a los clientes libres a un precio que está respaldado con un contrato de suministro» (minuto 41:40 a 42:00 de la grabación de la audiencia de informe oral)

96

Al respecto, cabe tener en cuenta el razonamiento esgrimido por el U.S. Department of Justice y la Federal Trade Commission en sus Horizontal Merger Guidelines, según la cual las empresas «deben sustentar sus alegatos de eficiencia de tal forma que la Agencia pueda verificar por medios razonables la probabilidad y magnitud de cada eficiencia afirmada, la forma y oportunidad en que serían alcanzadas (y cualquier costo de hacerlo), cómo es que cada eficiencia mejoraría la capacidad e incentivos de la empresa para competir [...]. Los alegatos de eficiencia no serán considerados si es que son presentados de manera vaga o especulativa, o si no pueden ser verificados de otra forma mediante medios razonables» (traducción libre de «Therefore, the merging firms must substantiate efficiency claims so that the Agency can verify by reasonable means the likelihood and magnitude of each asserted efficiency, how and when each would be achieved (and any costs of doing so), how each would enhance the merged firm's ability and incentive to compete [...]. Efficiency claims will not be considered if they are vague or speculative or otherwise cannot be verified by reasonable means.», disponible en el siguiente enlace: <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-0#4> -última visita: 16 de julio de 2021-).

Asimismo, las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, emitidas por la Comisión Europea, señalan que «las eficiencias en costes que generan reducciones de los costes variables o marginales tienen una mayor probabilidad de resultar pertinentes para la evaluación de las eficiencias que las reducciones de los costes fijos; en principio, es más probable que sean las primeras las que acaben dando lugar a unos precios más bajos para los consumidores. Las reducciones de costes que son meramente el resultado de una reducción anticompetitiva de la producción no pueden considerarse eficiencias que benefician a los consumidores» (párrafo 80, disponible en el siguiente enlace: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=EN) -última visita: 16 de julio de 2021-).

Finalmente, a nivel doctrinario también se resalta que la defensa de eficiencias es atendible cuando producen un mercado más competitivo, más no cuando beneficia a un solo agente en particular. Al respecto, ver ROGERS III, C. Paul. (1983). Limited Case for an Efficiency Defense in Horizontal Mergers. Tul. L. Rev. 58. Pp. 521-522:

«Si el derecho antitrust busca proteger la competencia en lugar de a los competidores, entonces las eficiencias son relevantes como un factor pro competitivo solo cuando producen un mercado más competitivo. Presumiblemente, la última consideración de la racionalidad de la eficiencia descansa en el bienestar del consumidor [...].

Las eficiencias ganadas a través de una fusión que no resultan en un mercado más competitivo solo benefician a un competidor -la empresa resultante- y no a la competencia en el mercado en general. La nueva empresa obtiene los beneficios de las nuevas eficiencias, por ejemplo, a través de menores costos, que pueden conllevar a mayores márgenes de ganancia.»

Traducción libre de:

138. En ese sentido, corresponde desestimar lo indicado por Ensa también en este extremo.

c. «Fue imposible renegociar los contratos con las generadoras»

139. Durante el procedimiento, Ensa ha manifestado que buscó llegar a acuerdos comerciales con las empresas generadoras para reducir la potencia contratada para la atención a usuarios regulados a fin de mitigar los efectos de la migración de estos usuarios⁹⁷. Esto, debido a que, conforme se desarrolló en el apárrafo anterior, la potencia de dichos contratos solo puede usarse para el suministro de usuarios regulados, de manera exclusiva y, en ningún caso, podrían usarse para atender a los usuarios libres

140. Ensa señaló, no obstante, que no se logró establecer algún acuerdo comercial con los generadores hasta diciembre de 2018, en el marco del Decreto Supremo 022-2018-EM. Es preciso indicar que, bajo la aplicación de dicha norma, las distribuidoras negociaron con las generadoras una ampliación en el plazo de los contratos para el suministro a usuarios regulados a cambio de una compensación por el pago de la potencia sobrecontratada. Cabe indicar que las adendas a estos contratos no implicaban la reducción de la potencia contratada o el traslado de potencia para la atención a usuarios libres.

141. Al respecto, esta Comisión observa que la norma en mención buscó establecer un procedimiento para la modificación de los contratos suscritos con los generadores, en atención a la situación de sobrecontratación de energía por parte de las distribuidoras⁹⁸.

Para ello, se incluyó una modificación en el Reglamento de Licitaciones de Suministro de Electricidad, aprobado mediante Decreto Supremo 052-2007-EM, a través de la cual se incluyó la posibilidad de que las partes de un contrato de

«If antitrust law indeed seeks to protect competition rather than competitors, then efficiencies are relevant as a procompetitive factor only when they produce a more competitive market. Presumably, the ultimate reckoning of the efficiency rationale must rest on purchaser benefit.[...]»

Efficiencies gained through a merger that does not result in a more competitive marketplace aid only one competitor-the resulting firm-and not competition in the marketplace as a whole. The new firm reaps the benefits of the new efficiencies, for example, through lower costs, which may lead to larger profit margins»

⁹⁷ En su escrito del 12 de agosto de 2020, Ensa presentó la relación de generadoras con las cuales intentó renegociar sus contratos de suministro para atender el mercado regulado, sin un resultado satisfactorio:

- SDF Energía S.A.
- Compañía Eléctrica El Platanal S.A.
- Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A.
- Empresa de Generación Eléctrica Cheves S.A.
- Electroperú S.A. – Proinversión

⁹⁸ En el considerando del Decreto Supremo 022-2018-EM se señala que *«la demanda no habría crecido con las tasas proyectadas en los procesos de Licitación desarrollados al amparo de la Ley N° 28832; lo cual habría generado sobrecontratación en las empresas de Distribución [...] ante la situación expuesta, se requiere establecer disposiciones reglamentarias transitorias que aseguren un procedimiento para la evaluación de las **propuestas de modificación de los Contratos resultantes de Licitaciones**, procurando cautelar el abastecimiento oportuno y eficiente del mercado regulado»* (énfasis y subrayado agregados)

suministro puedan presentar una solicitud de modificación al Osinergmin, que evalúa y aprueba dicha propuesta.

En tal sentido, a partir de la entrada en vigencia de la referida norma modificatoria, las partes del contrato de suministro (como Ensa) habrían tenido disponible una herramienta para solicitar la modificación de sus contratos.

142. Sin perjuicio de lo anterior, la Secretaría Técnica observó que, en algunos de los contratos suscritos por Ensa con las generadoras para atender el mercado regulado⁹⁹ se incluye una cláusula que prevé el cambio de condición de usuarios regulados a libres, previendo supuestos en los que: (i) el usuario migra al mercado libre manteniendo a Ensa como suministrador, y (ii) el usuario migra al mercado libre cambiando de suministrador. En el primer escenario, la potencia asignada a los usuarios regulados podía ser trasladada como potencia para los usuarios libres, mientras que en el segundo supuesto Ensa podrá solicitar la reducción de potencia contratada, sujeta a la conformidad del generador. En ambos casos, Ensa debe dar aviso al generador con una anticipación de diez (10) meses sustentando su solicitud.

Al respecto, esta Comisión advierte que dicha cláusula se incorpora de conformidad con el artículo 8 de los Procedimientos para Licitaciones de Largo Plazo de Suministros en el Marco de la Ley 28832 (en adelante, los Procedimientos para Licitaciones de Largo Plazo), a través del cual se establece el contenido de las bases de las licitaciones para el suministro de energía para el mercado regulado¹⁰⁰.

143. Como puede apreciarse, en principio la renegociación de la demanda de los usuarios que migran al mercado libre con un suministrador distinto depende de la aprobación de la empresa generadora, de acuerdo con los términos acordados en los contratos suscritos con Ensa.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que Ensa sí logró, en ciertos casos, incorporar cláusulas que le permitían trasladar la potencia asignada a sus usuarios regulados

⁹⁹ Se detectaron estas cláusulas en los contratos con las siguientes generadoras:

- Duke Energy Egenor S. en C. por A.
- SN Power Perú S.A.
- Fénix Power Perú S.A.
- Termoselva S.R.L.
- SDF Energía S.A.
- Enersur S.A.
- Electroperu S.A.
- Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A.
- Compañía Eléctrica El Platanal S.A.

¹⁰⁰ **Procedimientos para Licitaciones de Largo Plazo de Suministros en el Marco de la Ley 28832, aprobado por Resolución OSINERGMIN 688-2008-OS/CD**

Artículo 8°. Contenido de las bases sobre condiciones y características del suministro

Conforme lo indicado en el Artículo 7° del Reglamento, con relación al suministro, las Bases deberán especificar y detallar las materias que a continuación se indican:

- 8.12 El tratamiento de la potencia contratada total (para Usuarios Libres y Usuarios Regulados) como consecuencia de la migración de Usuarios Regulados de la Distribuidora a la categoría de Usuarios Libres de la misma Distribuidora, y viceversa. La potencia contratada total no podrá ser incrementada, y solo podrá ser reducida si el Adjudicatario así lo acepta. La Distribuidora deberá efectuar la correspondiente solicitud al generador con por lo menos 10 (diez) meses de anticipación, presentando el correspondiente sustento. En estos casos deberá indicarse el procedimiento a seguir.

para los usuarios libres. Cabe indicar que, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 28832 dichas cláusulas fueron propuestas por la distribuidora y finalmente fueron aprobadas por el Osinergmin¹⁰¹.

Lo anterior demostraría que Ensa, en la etapa de elaboración de las bases, sí previó un escenario de migración de usuarios y pudo pactar el traslado de potencia para ciertos casos, situación que fue aprobada por el regulador en su oportunidad. De ello se puede desprender que existen mecanismos en la regulación que le permiten a Ensa prevenir un escenario de sobrecontratación de potencia.

144. De esta forma, esta Comisión observa que las posibilidades de renegociación de la potencia contratada dependían de los contratos suscritos por Ensa con las generadoras, de acuerdo con los contratos aprobados por el regulador. No obstante, no debe perderse de vista que la regulación prevé mecanismos para (i) incorporar cláusulas en los contratos que permitan el traslado de potencia, y (ii) modificar los contratos de suministro. En ese sentido, Ensa pudo recurrir a dichos instrumentos, precisamente, para abordar la problemática que supuestamente justifica la exoneración del plazo de preaviso. Sin embargo, de la información que obra en el presente expediente, la Comisión no observa que Ensa haya recurrido eficazmente a tales medidas para gestionar la potencia contratada¹⁰².
145. Por lo demás, al igual que en el caso anterior, la justificación planteada por Ensa para la ejecución de la política de exoneración no correspondería a una estrategia que permitiese un manejo más eficiente de la potencia contratada para la atención a usuarios regulados en respuesta a la imposibilidad de la distribuidora de renegociar sus contratos de suministro con las generadoras, sino a una estrategia netamente dirigida a disminuir pérdidas, con independencia de las eficiencias o ineficiencias que tal conducta introducía al mercado.
146. En ese sentido, la Comisión coincide con la Secretaría Técnica en que la existencia de pérdidas económicas derivadas de las decisiones contractuales de las empresas no puede justificar que estas incurran en prácticas anticompetitivas. Afirmar lo contrario, implicaría adoptar una defensa incompatible con la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, bajo la cual, en ausencia de eficiencias procompetitivas, un agente económico justifique una actuación indebida en la necesidad de mitigar sus pérdidas u obtener mayores ganancias, lo cual resulta a todas luces inaceptable.
147. Por lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por Ensa también en este extremo.

¹⁰¹ **Ley 28832**

Artículo 6.- Bases de la Licitación

6.1 El Distribuidor que inicia el proceso de Licitación es responsable de conducirlo y preparar el proyecto de Bases de la Licitación, las cuales deben incluir entre otros requisitos la proforma de contrato, para presentarlas al OSINERGMIN para su aprobación.

¹⁰² Por ejemplo, no se observan documentos o comunicaciones que contengan tratativas con las generadoras sobre la renegociación de sus contratos, o la aplicación de las cláusulas que le permiten a Ensa gestionar el traslado de potencia (sea con la aprobación de la generadora o no).

d. «No existe un efecto exclusorio apreciable en el mercado de usuarios libres»

148. En su escrito de descargos, Ensa manifestó que, de la información sobre la migración de usuarios regulados al mercado libre en su área de concesión, se puede observar que Atria Energía habría mostrado un incremento en su participación por el número de usuarios que logró captar, mientras que Ensa solamente había logrado mantener su participación sin incrementarla. Asimismo, señaló que Enel ingresó a competir de manera agresiva en el 2017, pudiendo afectar al crecimiento de Atria Energía en este mercado.
149. Sobre el particular, es importante mencionar que, a pesar de que otros suministradores han logrado captar algunos de los usuarios libres que provenían del mercado regulado en el área de concesión de Ensa, ello no ha significado una reducción en la participación de Ensa en este mercado. Así, como se ha observado anteriormente, Ensa se mantuvo como la principal empresa suministradora con más el 50% del número de usuarios y potencia contratada entre 2017 y 2019. Por otro lado, considerando específicamente los resultados de Atria Energía, se observa que, aunque esta empresa logró captar a algunos de los usuarios, siempre ha mantenido una participación inferior a la de Ensa.
150. Asimismo, como se ha indicado, se ha demostrado que este resultado positivo de Ensa ha sido efecto, precisamente, de la política de exoneración del plazo de aviso a los usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en su área de concesión entre 2016 y 2019. Solo ello explicaría que estos clientes acepten mantenerse con Ensa al pasar al régimen de usuarios libres, cuando el precio promedio de la energía cobrado por Ensa a estos usuarios ha sido 36,6% superior al de los otros suministradores. Esto se confirma, además, porque solo el 43% de usuarios que culminaron su contrato con Ensa decidieron renovarlo, mientras que el 57% de usuarios libres decidieron cambiar de suministrador, obteniendo un precio 41,0% menor al ofrecido por Ensa.

e. «Ensa asume riesgos que las generadoras no asumen»

151. Ensa ha señalado que asume contractualmente riesgos que las generadoras no estarían dispuestas a asumir (por ejemplo, costos asociados a problemas de congestión de las líneas de transmisión o de suministro de gas), lo que termina siendo uno de los factores que harían atractiva su oferta y no la exoneración del plazo de preaviso.
152. Al respecto, esta Comisión verifica que, a diferencia de los contratos suscritos por Ensa, Atria Energía incluye, para diversos clientes, cláusulas que trasladan al cliente costos derivados de (i) la congestión en el sistema de transmisión; (ii) interrupción del suministro, transporte y/o distribución del gas natural, y (iii) congestión en los ductos de transporte y distribución de gas natural¹⁰³.

¹⁰³ Se ha podido verificar la siguiente cláusula de facturación en los contratos suscritos por Atria Energía con los clientes libres Fruto de Oro S.A.C. Agrícola La Venta S.A. y Ladrillera Cabrera S.A.C:

«Décimo Segunda.- Facturación
[...]

153. Sin embargo, la Comisión no observa que Ensa haya sustentado que el referido traslado de riesgos sea haya materializado efectivamente y haya producido un impacto significativo respecto al diferencial de precios observado durante el periodo investigado.
154. En ese sentido, esta Comisión considera que corresponde desestimar el argumento de Ensa en este extremo.

4.3.2. Conclusión sobre la existencia de un efecto anticompetitivo neto

155. La Comisión considera acreditado que la política de exoneración del plazo de aviso a los usuarios libres que antes fueron usuarios regulados en su área de concesión entre 2016 y 2019, adoptada por Ensa aprovechando su posición de dominio en el mercado de suministro de energía a usuarios regulados, le permitió 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).
156. Del mismo modo, la Comisión concluye que Ensa 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.
157. Al haberse cumplido el tercer y último elemento de análisis, la Comisión considera acreditado que Ensa incurrió en un abuso de posición de dominio, aplicando injustificadamente condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de energía eléctrica a usuarios regulados que poseen una demanda entre 200 kW y 2 500 kW (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; en específico, por exonerar del plazo del preaviso de un año a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con Ensa; 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.

Facturación de Costos Marginales Excepcionales y Sobrecostos de la Operación asignados a la Generadora por el Suministro al Cliente

En caso de presentarse cualquiera de los siguientes eventos: (i) congestión en el sistema eléctrico de transmisión, en caso la Generadora sea deficitaria del mercado de corto plazo del COES, en el área congestionada; (ii) interrupción total o parcial del suministro, transporte y/o distribución de gas natural; o, (iii) congestión en los ductos de transporte y distribución de gas natural, la Generadora facturará y el Cliente pagará el costo marginal de corto plazo que resulte aplicable, más un recargo del 1% o el precio de este Contrato, el que resultara mayor.»

Por el contrario, no se verifica una cláusula similar en los contratos suscritos por Ensa con Molino San Fernando S.R.L., Molino El Lirio S.A.C. y Complejo Agroindustrial Beta S.A.

V. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

5.1. Reglas para la determinación de la sanción

158. 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.

159. 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.

160. 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.

161. 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.

162. 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.
163. 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 proporcionalidad¹⁰⁴.
164. 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.
165. 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 razonabilidad¹⁰⁵.
166. 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»¹⁰⁶.

¹⁰⁴ «[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).

¹⁰⁵ Sobre el incumplimiento del deber observar una adecuada conducta procesal como factor agravante, ver Resolución 0352-2008/TDC-INDECOPI del 26 de febrero de 2008. Respecto de la reincidencia como factor agravante para la imposición de una multa, ver Resolución 0839-2009/TDC-INDECOPI del 29 de abril de 2008.

¹⁰⁶ Resolución 0960-2008/TDC-INDECOPI del 19 de mayo de 2008.

5.2. Cálculo de la multa correspondiente a Ensa

167. De acuerdo con lo anterior, para el cálculo de la multa base, se considera el beneficio ilícito 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:

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

168. En el presente caso, siguiendo el criterio esbozado en el Informe Técnico, el beneficio ilícito extraordinario está representado por las ganancias que Ensa esperaba obtener al realizar la práctica anticompetitiva. Es decir, las ganancias asociadas a las ventas de energía eléctrica que Ensa 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 Ensa, y que los demás suministradores no pudieron replicar¹⁰⁷.

169. En ese sentido, el Beneficio Extraordinario de Ensa se deriva de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$B_{Ext} = \text{Ventas} * \% \text{ de Cambio} * M_g$$

Donde:

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

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

M_g : Promedio del margen de utilidad operativa de Ensa entre enero de 2016 y diciembre de 2019¹⁰⁸.

170. Las ventas de Ensa por el suministro de energía a aquellos usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre que migraron entre enero de 2016 y diciembre de 2019¹⁰⁹, se calculan como sigue: se suma el valor de las

¹⁰⁷ Al respecto, en otros casos de conductas exclusorias, 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.

¹⁰⁸ De acuerdo con lo publicado en los Reportes trimestrales de Ensa, disponibles en: <https://www.fonafe.gob.pe/empresasdelacorporacion/electronorte>

¹⁰⁹ Aunque los contratos de suministro que Ensa ha establecido con estos usuarios tienen una fecha de término posterior al 2019, esta Comisión considerará, en línea con lo planteado por la Secretaría Técnica, un escenario conservador para el cálculo de las ventas de Ensa, considerando solo aquellas realizadas hasta diciembre de 2019.

ventas reportadas¹¹⁰ para cada usuario mencionado desde el inicio de su contrato hasta diciembre de 2019¹¹¹.

171. Al respecto, en su escrito de alegatos, Ensa señaló que en el cálculo de las ventas de Ensa se estaban considerando elementos adicionales al valor de la energía que esta negocia con sus usuarios libres y que corresponderían a cargos por peajes por transmisión principal o secundario y el valor agregado de distribución, los que son cargos regulados. En tal sentido, esta Comisión no utilizará la información del Sistema de Información Comercial de Osinergmin que utilizó la Secretaría Técnica para el cálculo de las ventas, sino que utilizará la información de los Reportes estadísticos mensuales del mercado libre de electricidad del Osinergmin. Asimismo, como se mencionó anteriormente, a esta información se le han aplicado determinados ajustes, los que se detallan en el Anexo 1 de la presente Resolución.
172. Por otra parte, el factor de exoneración busca aproximar a los usuarios, y las ventas asociadas, que habrían escogido contratar con Ensa como producto del ofrecimiento de la exoneración del plazo de preaviso, diferenciándolos de aquellos usuarios que eligieron a Ensa como suministrador por las características de su propuesta comercial no relacionadas con la referida exoneración del plazo. El factor de exoneración representa el porcentaje de ventas (facturación) que Ensa obtuvo como consecuencia de aplicar la exoneración del plazo.
173. Para calcular el factor de exoneración, la Secretaría Técnica tomó como referencia el porcentaje de usuarios que fueron exonerados del plazo de preaviso y decidieron cambiar de suministrador luego de terminar su contrato de suministro con Ensa. Al finalizar el contrato de suministro, la condición de exoneración ya no resultaba aplicable¹¹². Se considera que dichos usuarios habrían contratado con Ensa como consecuencia de la exoneración del plazo de preaviso y que, en el caso de que no se les hubiese otorgado la exoneración del plazo, habrían cambiado de suministrador.

¹¹⁰ Las ventas que Osinergmin ha reportado en los Reportes estadísticos mensuales del mercado libre de electricidad de Osinergmin para aquellos usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre con Ensa. La información del Reporte ha sido tratada de acuerdo con lo expuesto en el Anexo 1 de la presente Resolución y solo incluye cargos relacionados con la energía comercializada y no con cargos por transmisión o distribución.

El cálculo del valor de las ventas se realiza de la siguiente forma:

Ventas= Precio de la potencia en barra de generación (S/ por Kw-mes) * Consumo de potencia en hora punta en barra de entrega (Kw) + Precio de la energía en hora punta en barra de generación (cts S/ por Kwh) * Consumo de energía en hora punta en barra de entrega (Kwh) + Precio de la energía en fuera de punta (cts S/ por Kwh) * Consumo de energía en fuera de punta (Kwh)

¹¹¹ Por ejemplo, las ventas reportadas por Ensa a Grupo La República Publicaciones S.A. fueron de S/ 66 451 entre julio y diciembre de 2019, periodo en que ha reportado consumos de acuerdo con la información de los Reportes estadísticos mensuales del mercado libre de electricidad del Osinergmin.

¹¹² Ver numeral 109 de la presente Resolución.

174. Considerando un escenario conservador¹¹³, señala la Secretaría Técnica, el factor de exoneración será equivalente a la proporción de usuarios libres que originalmente fueron beneficiados de la exoneración del plazo de preaviso y que, luego de finalizar sus contratos con Ensa entre julio de 2019 y abril de 2021¹¹⁴, decidieron cambiar de suministrador. Sobre el particular, como se explicó anteriormente, se observó el vencimiento del contrato de suministro con Ensa para siete (7) usuarios; de los cuales, cuatro (4) decidieron cambiar de suministrador¹¹⁵. Por ello, el porcentaje de cambio que representa **el factor de exoneración correspondería a 57%**.
175. Por último, el margen de utilidad operativa de Ensa busca aproximar las ganancias que, efectivamente, Ensa habría obtenido por las ventas de energía eléctrica a los usuarios regulados que decidieron cambiar de condición a usuario libre¹¹⁶.
176. Por otro lado, para actualizar el valor de la multa entre diciembre de 2019, fecha en la que la práctica habría concluido, y la fecha de emisión de la presente Resolución, se utilizará un factor de 1,0417 que refleja la diferencia entre el Índice de Precios al Consumidor de diciembre de 2019 y junio de 2021, última fecha disponible para dicho Índice¹¹⁷.
177. El siguiente cuadro muestra el cálculo del beneficio ilícito extraordinario en el presente caso:

Cuadro 6
Beneficio ilícito extraordinario

Ventas (S/ miles)	Porcentaje de Cambio	Margen Operativo	Factor de Ajuste	Multa Base (S/ miles)
36 722,01	57%	14%	1,0417	2 962,76

Fuente: Escrito de descargos y alegatos de Ensa y Reportes estadísticos mensuales del mercado libre de electricidad del Osinergmin.

Elaboración: Secretaría Técnica

¹¹³ El porcentaje podría aproximarse con la potencia contratada o la facturación por la energía consumida por los usuarios cuyos contratos con Ensa finalizaron entre julio de 2019 y abril de 2021. Al respecto, si se considera la potencia, el porcentaje ascendería a 62%; mientras que, cuando se considera la facturación promedio mensual de estos usuarios durante la duración de su contrato, el porcentaje sería de 69%. Debido a que no se tiene información sobre las distintas características de los contratos de los usuarios que se habrían cambiado de suministrador en caso de que Ensa no hubiese aplicado la exoneración del plazo, se considerará para el presente cálculo el menor porcentaje, es decir, el porcentaje de usuarios que resulta ser el escenario más conservador.

¹¹⁴ Estos son usuarios regulados que cambiaron de condición de usuario regulado a usuario libre, teniendo como suministrador a Ensa entre 2016 y 2019. Al respecto, a abril de 2021 solo siete de estos usuarios han terminado su contrato.

¹¹⁵ Los usuarios que decidieron cambiar de suministrador son El Aguila S.R.L., Procomsac, Gandules Inc S.A.C. y Latercer S.A.C. Los usuarios que decidieron mantener su contrato con Ensa son Sucesión Indivisa Gálvez Asurza Jorge Alejandro, Quicornac S.A.C. y Empresa Agroindustrial Cayalti S.A.A.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ Este factor resulta de dividir el Índice de Precios al Consumidor de junio de 2021 (138,2319) y de diciembre de 2019 (132,6994).

En ese sentido, la multa base determinada por esta Comisión es de **S/ 2 962 764,84** (dos millones novecientos sesenta y dos mil setecientos sesenta y cuatro con 84/100 soles).

178. En lo que se refiere a la probabilidad de detección, la Secretaría Técnica consideró que era media-alta y, en consecuencia, sugirió un valor de 0,75, basándose en que la aplicación de la política investigada era un hecho verificable en el mercado relevante, del cual los agentes participantes en el mercado, así como el organismo regulador competente habían tomado conocimiento¹¹⁸, y que permitió a Atria Energía plantear su denuncia.

Al respecto, esta Comisión coincide en que el trato diferenciado implementado por Ensa no fue realizado de una manera clandestina y que Ensa no ha desarrollado acciones para ocultar el trato diferenciado aquí analizado. En línea con ello, debe tenerse en cuenta que la conducta 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 detenida sobre las actividades de las empresas supervisadas¹¹⁹.

De esta forma, la transparencia del mercado y el carácter público de esta política comercial le permitió a Atria Energía formular su denuncia 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, inclusive antes de que la Secretaría Técnica investigara dicha conducta e iniciara el presente procedimiento.

En atención a lo señalado, habida cuenta de las particulares circunstancias del presente caso y del carácter público de la conducta investigada, esta Comisión considera que puede determinarse una probabilidad de detección excepcional de **0,9**.

179. De esta manera, dividiendo el beneficio ilícito extraordinario (B_{ext}) entre la probabilidad de detección (P_{det}), se obtiene que la multa aplicable a Ensa por la ejecución de la práctica anticompetitiva sería de **S/ 3 291 960,93** (tres millones doscientos noventa y un mil novecientos sesenta con 93/100 soles) o **748,17 UIT**¹²⁰.
180. 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 derivada de las características del segmento de usuarios regulados que migran a la categoría de libres; (ii) el alcance de la restricción a la competencia, donde la conducta habría alcanzado a parte del mercado afectado en la medida que afectó a 57% de los contratos suscritos por Ensa con usuarios libres

¹¹⁸ Esto en la medida que el artículo 6 del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, establece que los suministradores deben remitir a Osinergmin una copia de los contratos, los cuales son de dominio público.

¹¹⁹ Por ejemplo, a través de las bases de datos de acceso público del Osinergmin, disponibles en su portal web.

¹²⁰ El valor de la UIT es S/4 400 al año 2021.

provenientes del sector de usuarios regulados¹²¹; y (iii) que afectó únicamente al segmento de los nuevos usuarios libres (que antes eran regulados) sin estar en capacidad de afectar a otros segmentos de usuarios libres en el área de concesión de Ensa.

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

181. Por último, la Comisión considera que resulta pertinente atenuar la multa, considerando que: (i) Ensa no ha ocultado sino que, por el contrario, ha reconocido la conducta material objeto de imputación (la aplicación de un trato diferenciado), si bien ha indicado que sería ajustada al marco normativo; (ii) que cesó la conducta y emprendió medidas para evitar la reiteración de la infracción¹²²; y, (iii) que esta infracción se encuentra sujeta a una prohibición relativa¹²³, por lo que se tienen en cuenta las circunstancias de la comisión de la infracción y sus efectos sobre el mercado afectado.

Tomando en conjunto estas circunstancias particulares en que se desarrolló la conducta investigada y su impacto sobre el mercado afectado, esta Comisión decide otorgar un atenuante del **10%** sobre la multa antes calculada. De esta manera, la multa aplicable a Ensa por la ejecución de la práctica anticompetitiva sería de **S/ 2 962 764,84 (dos millones novecientos sesenta y dos mil setecientos sesenta y cuatro con 84/100 soles) o 673,36 UIT**.

182. Finalmente, según la información que obra en el expediente, cabe señalar que la multa determinada por esta Comisión no supera el 10%¹²⁴ de los ingresos brutos de Ensa durante el ejercicio económico correspondiente al 2020¹²⁵

¹²¹ Que representaron alrededor del 64% de nuevos libres y 70% de la potencia contratada, así como el 55% de la potencia contratada acumulada.

¹²² Al respecto, ha de tenerse en cuenta que, luego de reconocer la conducta imputada y durante la tramitación del procedimiento, Ensa ha señalado que cesó con la conducta infractora el 30 de enero de 2020, fecha en la que suscribió el último contrato con un cliente que migraba del mercado regulado a libre otorgando la exoneración del plazo de preaviso. Asimismo, ha indicado que tomó medidas corporativas destinadas a prevenir futuras conductas anticompetitivas, aprobadas por su Directorio el 28 de octubre de 2020, según el Acta remitida por Ensa en calidad de Anexo 4A de su escrito del 13 de enero de 2021.

¹²³ **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.

¹²⁴ **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]

¹²⁵ De acuerdo con la evaluación presupuestal y financiera de Ensa en el año 2020, publicados en la página web de el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), sus ingresos por actividades ordinarias fueron de S/ 396 648 705.
Al respecto, consultar <https://www.fonafe.gob.pe/empresasdelacorporacion/electronorte> (última visita: 1 de julio de 2021).

VI. MEDIDA CORRECTIVA

183. Sin perjuicio de la multa determinada para la empresa infractora, la Secretaría Técnica recomendó a la Comisión que se dicte una medida correctiva que satisfaga adecuadamente el objetivo de afirmar el proceso competitivo, evitando que en el futuro se presenten condiciones que provoquen, promuevan o faciliten la conducta infractora objeto de la presente decisión.
184. Al respecto, la capacidad de la Comisión de dictar medidas correctivas es, en efecto, coherente con las atribuciones que corresponden a toda autoridad administrativa que ejerce función sancionadora¹²⁶ y 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 objetivos¹²⁷.

126

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]

127

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 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.»

185. En el presente caso, la Secretaría Técnica sugirió a esta Comisión que, de acreditarse la comisión de una infracción por parte de Ensa, correspondía dictar como medida correctiva que esta empresa implemente, en un documento de acceso público a los potenciales interesados, un conjunto de criterios objetivos, razonables y no discriminatorios, que permitan la aplicación de manera general, de la exoneración total o parcial del plazo de preaviso para la migración de usuarios regulados al mercado libre.
186. No obstante, la Comisión no coincide con la Secretaría Técnica en que la empresa incumbente se encuentre en capacidad de determinar dichas condiciones de manera unilateral, más aún considerando que en el presente caso ha justificado el trato discriminatorio que implementó en el mercado durante el período investigado.
187. En cambio, esta Comisión estima que son los organismos sectoriales (Osinergmin y el Ministerio de Energía y Minas) que regulan la actividad de Ensa 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 aplicar algún tratamiento diferenciado a determinados clientes que migren del sector regulado al libre.
188. En ese sentido, en ejercicio de las facultades de abogacía atribuidas a esta Comisión por el literal e) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹²⁸, esta Comisión considera pertinente solicitar al Osinergmin y al MINEM que analicen la necesidad o pertinencia de introducir o modificar la regulación aplicable a conductas como la analizada en el presente caso, explicando su posición en el plazo máximo de noventa (90) días hábiles, según lo dispuesto en la norma citada.

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 Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. por la realización de un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones

¹²⁸

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



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 del plazo del preaviso de un año a aquellos usuarios regulados que eligieron cambiar su condición a usuarios libres y decidieron contratar el suministro de energía con su empresa; y, por el contrario, exigir el cumplimiento de este requisito a aquellos usuarios que contrataron con sus competidores; infracción tipificada en los literales b) y h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

SEGUNDO: Sancionar a Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. con una multa ascendente a S/ 2 962 764,84 (dos millones novecientos sesenta y dos mil setecientos sesenta y cuatro con 84/100 soles) o 673,36 UIT.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Raúl García Carpio, María del Pilar Cebrecos González y Claudia Antoinette Mansen Arrieta.

Raúl García Carpio
Vicepresidente

LPDERECHOSPL

Anexo 1**Cálculo del precio y consumo de energía de los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuario libre en el área de concesión de Ensa entre enero de 2016 y diciembre de 2019**

Para calcular el precio y consumo de energía de todos los usuarios regulados que cambiaron de condición a usuarios libres en el área de concesión de Ensa, se ha utilizado la información publicada por el Osinergmin en los Reportes estadísticos mensuales del mercado libre de electricidad, específicamente, los Reportes publicados entre marzo de 2016 y febrero de 2020¹²⁹ que contienen la información de precios y consumos mencionadas para el periodo de enero de 2016 a diciembre de 2019, esto debido a que estos Reportes poseen un retraso de dos meses en la información que presentan.

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

Específicamente, se consideró la información de los usuarios listados en el cuadro siguiente, que corresponden a usuarios de Ensa y de otros Suministradores.

Número de Suministro*	Razón Social	Código Osinergmin	Potencia contratada**
25820885	Nicoll Perú S.A.	CL0754	1000
25969783	El Águila S.R.L.	CL0868	484
25840224	Procom SAC	CL0870	1000
35471447	Cencosud Retail Perú S.A.	CL0941	300
26457805	Cencosud Retail Perú S.A.	CL0942	525
25884022	Supermercados Peruanos S.A	CL1028	890
25814805	Real Plaza S.R.L.	CL1048	750
25814814	Real Plaza S.R.L.	CL1049	750
35628625	Real Plaza S.R.L.	CL1050	1000
35984916	Real Plaza S.R.L.	CL1051	1000
25812097	Cineplex S.A.	CL1083	420
25928790	Gandules Inc. S.A.C.	CL1149	800
27151022	Latercer S.A.C	CL1235	380
26302445	Tiendas por Departamento Ripley S.A.	CL1276	900
25812210	Saga Falabella S.A.	CL1324	999
25886653	Sodimac Perú S.A.	CL1335	950
36462827	Sodimac Perú S.A.	CL1336	428
25888353	Open Plaza S.A.	CL1414	390
25888362	Hipermercados Tottus S.A.	CL1437	600
25734796	Hipermercados Tottus S.A.	CL1438	218
26444594	Makro Supermayorista S.A.	CL1446	320
25983405	Sucesión Indivisa Gálvez Asurza Jorge Alejandro	CL1478	366,4
25623394	Agroindustrias AIB S.A.	CL1490	1350

¹²⁹ Dichos reportes se pueden descargar desde la página web del Osinergmin, en la siguiente ruta <https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/regulacion-tarifaria/publicaciones/regulacion-tarifaria> Dentro de esta, deberán dirigirse a Publicaciones, luego a Informes Mensuales, y finalmente dentro de Mercado Libre de Electricidad encontrarán los Reportes como una base de datos de Excel.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



Número de Suministro*	Razón Social	Código Osinergmin	Potencia contratada**
25897218	Empresa Agroindustrial Pomalca S.A.A.	CL1646	1000
25733350	Quicornac S.A.C.	CL1698	750
25853385	Empresa Agroindustrial Cayalti S.A.A.	CL1739	550
35470065	Complejo Agroindustrial Beta S.A.	CL1787	1000
25947795	Complejo Agroindustrial Beta S.A.	CL1788	761
36450432	Complejo Agroindustrial Beta S.A.	CL1789	300
27512465	Molino Chiclayo S.A.C.	CL1813	250
36005284	Molino Chiclayo S.A.C.	CL1814	550
27512456	Molino Don Julio S.A.C.	CL1815	200
27511403	Compañía Agroindustrial Santa Ana S.A.C.	CL1816	400
36453532	Atlántica S.R.L.	CL1829	1350
25951288	Frutos Tongorrape S.A.	CL1869	544
25904724	Procesadora Perú S.A.C.	CL1870	528
35950177	Tropical Farm S.A.C.	CL1871	2000
25751474	Industria Arrocería de América S.A.C.	CL1885	520
25876773	Cerámicos Lambayeque S.A.C.	CL1887	600
36000170	Universidad Tecnológica del Perú S.A.C.	CL1894	1500
27512492	Molinos San Jorge S.A.C.	CL1895	650
36717837	Allus Spain S.L. Sucursal del Perú	CL1896	700
27512572	Comercial Molinera San Luis S.A.C.	CL1901	493
27512330	Servicio de Granos y Maquila S.A.	CL1928	355
37883556	Servicio de Granos y Maquila S.A.	CL1929	400
25829110	Agrícola Cerro Prieto S.A.	CL1930	1200
35891595	Servicio Agrícola Latino S.A.C.	CL1963	240
27512680	Corporación Sarita Colonia S.A.C.	CL1964	431
25859997	Redigal S.A.C.	CL1965	200
36354131	Grupo Molinero Contreras Astorayme S.A.C.	CL1966	388
26382295	Inversiones Mocce S.A.	CL2015	850
26302113	Plantaciones del Sol S.A.C.	CL2044	1553
27512750	Lizaida Santa Cruz Villarreal	CL2045	300
25632938	Molinera Tropical del Norte S.A.C. ***	CL2049	983
27512643	Compañía Molinera del Pacífico S.R.L.	CL2086	480
25752631	Luis Castillo Gonzales	CL2087	450
27512699	Molino Los Angeles S.R.L.	CL2092	550
25595173	Telefónica del Perú S.A.A.	CL2119	256
26411145	Jayanca Fruits S.A.C.	CL2132	1200
36821479	Molinera Angie S.A.C.	CL2133	340
27512554	Molino San Nicolás S.R.L.	CL2168	304
26461147	Minera Troy S.A.C.	CL2170	220
25650749	Molino San Fernando S.R.L.	CL2171	582
36439990	Ajeper S.A.	CL2174	600
26248968	Perales Huancaruna S.A.C.	CL2203	468
25597089	Nessus Hoteles Perú S.A.	CL2218	350
37243010	Envases San Nicolás S.A.C.	CL2235	900
26376995	Empresa Molinera Sudamérica S.A.C.	CL2236	420
25626420	Molinera del Centro S.C.R.L.	CL2239	270
27512509	Molinos & CIA Semper S.A.C.	CL2245	95
25647298	Molinos Escaly S.R.L.	CL2263	270
27512714	El Molino del Agricultor S.A.C.	CL2330	300
35683298	Mi Cautivo de Ayabaca S.A.C.	CL2343	500
25930653	Procesadora & Comercializadora Delgado S.A.C.	CL2394	500
26403831	Consorcio Hatun Sol S.A.C.	CL2425	500
25752319	Empresa Molinera del Perú S.A.C.	CL2437	120
27512474	Agronegocios San Fabri S.A.C.	CL2463	321
25596626	Grupo La Republica Publicaciones S.A.	CL2508	639
35519442	María Paulina Samamé Chuque	CL2509	430
25744943	Molino El Lirio S.A.C.	CL2536	550

Número de Suministro*	Razón Social	Código Osinergmin	Potencia contratada**
37826498	Vimalca E.I.R.L.	CL2550	400
25762431	Proserlam	CL2562	480
25648992	Empresa Azucarera del Norte S.A.C.	CL2598	999
26371200	G & B Molinos S.A.C.	CL2599	160
25824614	Compañía Molinera San Cristóbal S.A.C.	CL2653	80

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

** Corresponde al valor de la potencia declara por Ensa.

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

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

Con la información entre enero de 2016 y diciembre de 2019 de los Reportes estadísticos mensuales del mercado libre de electricidad se obtuvo información de los 85 usuarios listados en el cuadro anterior, haciendo un total de 1 961 datos. Ahora bien, para poder usar esta información para el análisis de los precios y consumos de electricidad de los usuarios, se realizó un tratamiento previo debido a ciertas inconsistencias encontradas.

En primer lugar, se observó la existencia de consumos de potencia en hora punta en la barra de entrega que registraban un valor igual a cero, pero si registraban datos de consumos de potencia en hora fuera de punta en la barra de entrega; en dichos casos, se reemplazó el consumo de potencia en hora punta en la barra de entrega con la información del consumo de potencia en fuera de punta en la barra de entrega (6 datos, 0,31% del total)¹³⁰.

Asimismo, se observó la existencia de consumos de potencia en fuera de punta en la barra de entrega que registraban un valor igual a cero, pero si registraban datos de consumos de potencia en la barra de generación; en dichos casos, se reemplazó el consumo de potencia en fuera de punta en la barra de entrega con la información del consumo de potencia en la barra de generación (22 datos, 1,12% del total)¹³¹.

En segundo lugar, se eliminaron aquellos consumos de potencia y de energía en hora punta y fuera de punta en la barra de generación y en la barra de entrega que reportaban, de manera conjunta, valores igual a cero (8 datos, 0,41% del total)¹³².

En tercer lugar, se observó que algunos precios de potencia y de energía en hora punta y en hora fuera de punta habían sido registrados con su valor en centavos de dólares (US\$) por Kwh, por lo que se transformó a centavos de sol (S/) por Kwh, usando el tipo de cambio interbancario compra promedio mensual de dicho mes (S/ por US\$) publicado

¹³⁰ Que corresponde al consumo de potencia en hora punta en la barra de entrega del usuario Empresa Molinera del Perú S.A.C. (CL2437) en los meses de julio a diciembre de 2019.

¹³¹ Que corresponde al consumo de potencia en fuera de punta en la barra de entrega de los usuarios: (i) Nicoll Perú S.A. (CL0754) en los meses de marzo a mayo de 2016; (ii) Molinos Escaly S.R.L. (CL2263) en los meses de febrero a diciembre de 2019; y (iii) Agronegocios San Fabri S.A.C. (CL2463) en los meses de mayo a diciembre de 2019.

¹³² Que corresponde a la totalidad de la información de los usuarios: (i) Empresa Agroindustrial Pomalca S.A.A. (CL1646) en el mes de abril de 2019; (ii) Empresa Agroindustrial Cayalti S.A.A. (CL1739) en los meses de setiembre a diciembre de 2019; (iii) Nessus Hoteles Perú S.A. (CL2218) en el mes de octubre de 2018; y (iv) Empresa Molinera Sudamérica S.A.C. (CL2236) en el mes de noviembre y diciembre de 2019.

por el Banco Central de Reserva. Específicamente, se cambiaron 86 datos de precios de potencia (4,4% del total)¹³³ y 86 datos de precios de energía en hora punta y fuera de punta (4,4% del total)¹³⁴. Asimismo, se observó que un precio de potencia había sido registrado con un valor igual cero, por lo que se reemplazó su valor con el precio de la potencia del mes anterior (1 dato, 0,05% del total)¹³⁵.

Finalmente, se observó que todos los precios de potencia registrados por Ensa contenían cargos vinculados al peaje de transmisión principal; debido a ello, se reemplazaron estos precios por el valor del precio de la potencia publicado por Osinergmin, correspondiente a la barra Chiclayo Oeste, en los reportes mensuales del precio en barra¹³⁶. Esto se hizo en 904 datos (46,3% del total).

De igual forma, debido a que el precio de la potencia registrado por Ensa contenía cargos vinculados al peaje de transmisión principal, es posible que el precio de la energía en hora punta y fuera de punta también registre cargos vinculados al peaje de transmisión secundaria. Debido a ello, se restó al precio reportado por Ensa el valor del precio del peaje de transmisión secundaria publicado por Osinergmin, correspondiente al distribuidor Ensa, en los reportes mensuales de los peajes secundarios¹³⁷. Esto se hizo en 904 datos (46,3% del total).

Luego, la información tratada se ha utilizado para calcular el precio medio de la energía, de manera mensual para cada usuario, siguiendo la siguiente fórmula:

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

De igual forma, la información tratada se ha utilizado para calcular la facturación de Ensa que se utiliza para el cálculo de la multa aplicable en el presente caso.

¹³³ Que corresponde a la totalidad de la información de los usuarios: (i) Procom SAC (CL0870) en los meses de julio a diciembre de 2019; (ii) Perales Huancaruna S.A.C. (CL2203) en los meses de octubre de 2018 a diciembre de 2019; (iii) Envases San Nicolás S.A.C. (CL2235) en los meses de noviembre de 2018 a diciembre de 2019, con excepción del mes de marzo de 2019; (iv) Empresa Molinera Sudamérica S.A.C. (CL2236) en los meses de noviembre de 2018 a octubre de 2019; (v) Molinera del Centro S.C.R.L. (CL2239) en los meses de noviembre de 2018 a diciembre de 2019; (vi) Molinos & CIA Semper S.A.C. (CL2245) en los meses de noviembre de 2018 a diciembre de 2019; y (vii) Empresa Molinera del Perú S.A.C. (CL2437) en el mes de abril de 2019.

¹³⁴ Que corresponde a la totalidad de la información de los usuarios: (i) Procom SAC (CL0870) en los meses de julio a diciembre de 2019; (ii) Perales Huancaruna S.A.C. (CL2203) en los meses de octubre de 2018 a diciembre de 2019; (iii) Envases San Nicolás S.A.C. (CL2235) en los meses de noviembre de 2018 a diciembre de 2019; (iv) Empresa Molinera Sudamérica S.A.C. (CL2236) en los meses de noviembre de 2018 a octubre de 2019; (v) Molinera del Centro S.C.R.L. (CL2239) en los meses de noviembre de 2018 a diciembre de 2019; y (vi) Molinos & CIA Semper S.A.C. (CL2245) en los meses de noviembre de 2018 a diciembre de 2019.

¹³⁵ Que corresponde a la información del usuario Envases San Nicolás S.A.C. (CL2235) en el mes de marzo de 2019.

¹³⁶ Dichos reportes se pueden descargar desde la página web del Osinergmin, en la siguiente ruta <https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/Paginas/VisorPliegosTarifarios.aspx?Codigo=PBA>

¹³⁷ Dichos reportes se pueden descargar desde la página web del Osinergmin, en la siguiente ruta <https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/Paginas/VisorPliegosTarifarios.aspx?Codigo=PTS>