



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



INFORME 097-2018/ST-CLC-INDECOPI

A : **Ivo Sergio Gagliuffi Piercechi**
Presidente del Consejo Directivo

DE : **Jesús Eloy Espinoza Lozada**
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Wendy Ledesma Orbezo
Directora
Dirección de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor

REFERENCIA : Oficio N° 0238-PL2320-2018-2019/CEM-CR (Hoja de Trámite N° 133326)

ASUNTO : Proyecto de Ley N° 2320/2017-CR "Ley que restablece eficiencia en generación y precios de electricidad garantizando tarifa justa para el usuario"

FECHA : Lima, 25 de octubre de 2018

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Oficio de la referencia, el Congresista Miguel Román Valdivia, Presidente de la Comisión de Energía y Minas de Congreso de la República (en adelante, el Congresista Román), solicitó a la Presidencia del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi emitir opinión sobre el Proyecto de Ley 2320/2017-CR "Ley que restablece eficiencia en generación y precios de electricidad garantizando tarifa justa para el usuario" (en adelante, el Proyecto de Ley).
2. Mediante Hoja de Trámite N° 13326, recibida el 04 de octubre de 2018, la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, ST-CLC) y a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor (en adelante, la Dirección) la elaboración de un informe técnico para absolver la solicitud del Congresista Román.

II. OBJETO DEL INFORME

3. El presente Informe tiene por objeto absolver la consulta del Congresista Román. Sobre el particular, es necesario indicar que la Secretaría Técnica y la Dirección pueden emitir opinión mediante informe técnico cuando así lo disponga el Presidente del Consejo

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

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Directivo del Indecopi¹. Sin embargo, las opiniones que se formulan en el presente informe no sustituyen en modo alguno la facultad resolutoria que le corresponde a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, así como las labores de coordinación desarrolladas por la Dirección.

III. MARCO GENERAL

Libre Competencia:

4. En virtud de lo dispuesto por el artículo 24 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, es función de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y su Secretaría Técnica velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, Ley de Libre Competencia)², norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.
5. De acuerdo con la Ley de Libre Competencia, se encuentran sancionadas las conductas de abuso de posición de dominio, las prácticas colusorias horizontales o verticales, realizadas por cualquier persona natural o jurídica, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad³.

¹ Decreto Legislativo 1033 – Ley de Organización y Funciones del Indecopi
Artículo 44.- Funciones de las Secretarías Técnicas.-

44.1 Son funciones de las Secretarías Técnicas del Área de Competencia:
(...)

e) Emitir informes técnicos no vinculantes a la función resolutoria, cuando así lo disponga la ley de la materia, la respectiva Comisión o el Presidente del Consejo Directivo.

DECRETO SUPREMO N° 009-2009-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI

Artículo 72-A.- Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor

(...)

Son funciones de la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor:

l) Otras que le sean asignadas por el Presidente del Consejo Directivo del INDECOPI.

² Aprobada mediante Decreto Legislativo 1034, publicado el 25 de junio de 2008, y modificada mediante Decreto Legislativo 1205, publicado el 23 de setiembre de 2015.

³ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo 1034 y modificada por Decreto Legislativo 1205

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.

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, (...).





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

6. Por otra parte, nuestro sistema jurídico actual garantiza la libertad de empresa y de la determinación de los precios. El artículo 59 de la Constitución Política del Perú⁴ garantiza la libertad de empresa en el país; y el artículo 4 del Decreto Legislativo 757⁵ prohíbe expresamente la fijación de precios, siendo que, los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos conforme a lo que se disponga expresamente por una Ley del Congreso de la República. Por esta razón, el Indecopi u otras autoridades no pueden intervenir en la fijación de los precios de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.

Protección al Consumidor:

7. El artículo 65° de la Constitución Política del Perú establece que en el marco de una economía social de mercado, es deber del Estado defender el interés de los consumidores y usuarios, así como su salud y seguridad⁶.
8. Adicionalmente, el Indecopi, en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor y ente rector del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor, ejerce las atribuciones y funciones que le confieren las leyes para velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor⁷ (en adelante, el Código), sin perjuicio de las atribuciones y autonomía de los demás integrantes del sistema.

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

4 **Constitución Política del Perú**

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

5 **Decreto Legislativo 757**

Artículo 4.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República.

6 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 65°.- Defensa del consumidor.**

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

7 **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

Artículo 135°.- Autoridad Nacional de Protección del Consumidor

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, ejerce las atribuciones y funciones que le confieren las leyes para velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Código, sin perjuicio de las atribuciones y autonomía de los demás integrantes del sistema.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

IV. SOBRE LA SOLICITUD DE OPINIÓN DEL PROYECTO DE LEY

9. El Congresista Román solicitó al Indecopi emitir opinión sobre el Proyecto de Ley que propone:
- (i) La programación de la generación de electricidad a mínimo costo que realiza el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (en adelante, COES) considere los costos incurridos por los titulares de centrales de generación para la producción de electricidad y la eficiencia de las unidades de generación,
 - (ii) En el caso de los generadores termoeléctricos, los costos de combustible referidos en el artículo 47, inciso b) del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y el artículo 99 de su Reglamento sean los costos totales de combustible, puestos en planta de generación, incluyendo todo concepto, fijo y variable por suministro, transporte, distribución y almacenaje del combustible,
 - (iii) El cálculo de los costos variables y marginales de energía realizada por el COES para las transferencias de energía, tarifas en barra, el Mercado de Corto Plazo, y el Mercado Mayorista de Electricidad se realice considerando lo señalado en los puntos anteriores.
10. De acuerdo con la exposición de motivos, el Proyecto de Ley busca establecer una tarifa justa para los usuarios regulados (usuarios del servicio público de electricidad), los cuales han sido perjudicados por las diferencias entre los costos distorsionados y la prima reconocida a los generadores con recursos energéticos renovables, lo que generaría un perjuicio de los consumidores. En contraposición con el perjuicio causado a los usuarios regulados, los grandes usuarios libres se vieron beneficiados por dichos costos distorsionados en la medida que pudieron negociar y contratar directamente con las empresas generadoras.
11. Al respecto, es importante señalar que el Proyecto de Ley no identifica una problemática vinculada al ámbito de aplicación de las normas de libre competencia. En su lugar, las disposiciones estarían orientadas a un ámbito de protección al consumidor, particularmente a problemas que enfrentarían los usuarios regulados de este servicio. Por tal motivo, esta Secretaría Técnica no es competente para emitir una opinión técnica sobre las disposiciones del Proyecto de Ley, en tanto no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de las normas de libre competencia.

Protección al Consumidor

12. Con relación a la prestación del servicio de suministro eléctrico, y su potencial impacto en los usuarios, al cual se hace referencia el artículo 2 del Proyecto de Ley como "garantía de precio justo para los usuarios", debemos indicar que en el marco de lo previsto en el Código, el Indecopi es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a la normativa en materia de protección al consumidor, competencia que, no obstante, puede ser negada cuando haya sido asignada a otro organismo por norma expresa con rango de ley. En ese sentido, la protección de los usuarios de los servicios públicos regulados por los organismos reguladores, se rige por

4/6





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- las disposiciones previstas en el Código, en lo que resulte pertinente; y por la regulación sectorial correspondiente⁸.
13. Teniendo en cuenta lo indicado, mediante Ley N° 26734, Ley de Creación del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – Osinergmin⁹, se estableció la competencia de dicha entidad para regular, supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades del subsector electricidad, encontrándose comprendida dentro de su función reguladora la facultad de fijar las tarifas del servicio público de electricidad, siendo por ello el organismo encargado de conducir, coordinar y controlar los procesos de regulación de tarifas en este sector.
14. Sobre la base de lo indicado Osinergmin resulta competente para velar por el cumplimiento de la normatividad que regula el servicio brindado a los usuarios de servicios de suministro de energía eléctrica. En el mismo sentido, lo describe el mismo Proyecto de

⁸ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 63.- Regulación de los servicios públicos

La protección al usuario de los servicios públicos regulados por los organismos reguladores a que hace referencia la Ley núm. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se rige por las disposiciones del presente Código en lo que resulte pertinente y por la regulación sectorial correspondiente. La regulación sectorial desarrolla en sus normas reglamentarias los principios de protección establecidos en el presente Código. El ente encargado de velar por su cumplimiento es el organismo regulador respectivo. Para los efectos del cumplimiento de la finalidad señalada, el organismo regulador debe, entre otros, efectuar la permanente fiscalización de la medición del servicio, de las condiciones de facturación, y desarrollar sus facultades de sanción, cuando corresponda.

Artículo 105.- Autoridad competente.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en el presente capítulo, conforme al Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Dicha competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley.
(...)

⁹ **Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía – OSINERGMIN.**

Artículo 2°.- Misión.-

La misión del OSINERGMIN es regular, supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades.
(...)

Artículo 5.- Funciones

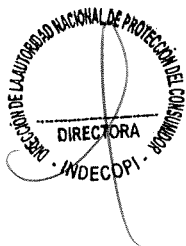
Son funciones del OSINERGMIN

- Velar por el cumplimiento de la normatividad que regule la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario.
- Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas y otras establecidas por la ley.
- Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes.
- Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería.
- Fiscalizar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales del subsector electricidad, referidas a la seguridad y riesgos eléctricos, por parte de empresas de otros sectores, así como de toda persona natural o jurídica de derecho público o privado, informando al organismo o sector competente sobre las infracciones cometidas, las que le informarán de las sanciones impuestas.

5/6

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

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

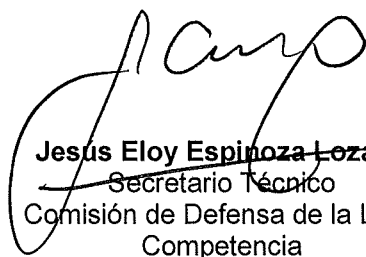
INDECOPÍ

Ley en el artículo 2 estableciendo que el Osinergmin es responsable de cautelar el cambio normativo que se propone.

15. En consecuencia, se advierte que el Proyecto de Ley puesto en conocimiento por el Congresista Román incide en temas que son competencia del Osinergmin, por lo que no corresponde al Indecopi pronunciarse sobre el mismo en materia de protección al consumidor, al no ser parte de sus funciones.

V. CONCLUSIONES

16. El Proyecto de Ley tiene como objetivo que, en la programación de la generación de electricidad a mínimo costo que realiza el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (en adelante, COES), se considere los costos incurridos por los titulares de centrales de generación para la producción de electricidad y la eficiencia de las unidades de generación. Asimismo, se establece que en el caso de los generadores termoeléctricos los costos de combustible referidos en el artículo 47, inciso b) del Decreto Ley N 25844 y el artículo 99 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, sean los costos totales de combustible, puestos en planta de generación, incluyendo todo concepto, fijo y variable por suministro, transporte, distribución y almacenaje del combustible (Artículo 1 del Proyecto de Ley).
17. La Ley de Libre Competencia busca promover y tutelar la libre competencia, con el fin de fomentar la eficiencia económica en los mercados y procurar el mayor bienestar social. En ese sentido, el Proyecto de Ley no identifica una problemática vinculada al ámbito de aplicación de las normas de libre competencia; en su lugar, las disposiciones estarían orientadas a un ámbito de protección al consumidor.
18. La propuesta normativa relacionada a la prestación del servicio de suministro eléctrico, y su potencial impacto en los usuarios, al cual se hace referencia el artículo 2 del Proyecto de Ley, incide en temas que son competencia del Osinergmin, por lo que no corresponde al Indecopi pronunciarse sobre el mismo en materia de protección al consumidor.


Jesús Eloy Espinoza Lozada
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre
Competencia


Wendy Ledesma Orbegozo
Directora
Dirección de la Autoridad Nacional de
Protección al Consumidor