

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
CC	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO
ASUNTO	:	COMENTARIOS AL PROYECTO DE DECRETO SUPREMO QUE APRUEBA EL REGLAMENTO DEL DECRETO DE URGENCIA N° 013-2019.
FECHA	:	24 de agosto de 2020

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	Stefani Blas Ochochoque	Abogado Especialista en Temas de Interconexión
	Pamela Lisett Cadillo La Torre	Abogado Especialista en Procedimientos Administrativos – Segunda Instancia
	David Terreros Ingaruca	Analista Económico
	Claudia Barriga Choy	Subgerente de evaluación y políticas de Competencia
REVISADO POR	Ady Gabriela Lau Deza	Secretaria Técnica (e)
	Lennin Quiso Cordova	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia
APROBADO POR	Luis Alberto Arequipaño Tamara	Gerente de Asesoría Legal



I. OBJETIVO

Mediante el presente informe se formulan comentarios al Proyecto de Decreto Supremo que aprueba el “**Reglamento del Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial**” (en adelante, el Proyecto de Reglamento), cuya publicación se dispuso a través de la Resolución Ministerial 212-2020-EF/15.

II. ANTECEDENTES

1. Con fecha 19 de noviembre de 2019, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el Decreto de Urgencia N° 013-2019 (en adelante, Decreto de Urgencia N° 013-2019) que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.
2. El 15 de mayo de 2020, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el Decreto Legislativo N° 1510 que modifica e incorpora disposiciones al Decreto de Urgencia N° 013-2019.
3. El 24 de julio de 2020, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Resolución Ministerial N° 212-2020-EF/15, que dispone la publicación para comentarios del proyecto de Decreto Supremo que aprueba el “Reglamento del Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial”.

Asimismo, se otorgó el plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir del día siguiente de la publicación de la referida resolución, a efectos de que los interesados puedan remitir sus opiniones, comentarios y/o sugerencias al correo electrónico de la electrónico dgaecyp@mef.gob.pe, y establézcase que la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad del Ministerio de Economía y Finanzas.

El plazo para emitir los comentarios vence el 24 de agosto de 2020¹.

III. ANALISIS

3.1 Comentarios Generales

Al respecto, consideramos que el Proyecto de Reglamento no está tomando en cuenta el rol y la participación de los organismos reguladores en la evaluación del control previo de operaciones de concentración empresarial.

¹ Si bien los 30 días calendario vencen el 22 de agosto de 2020, toda vez que dicho día es inhábil, corresponde su prórroga al primer día hábil siguiente, acorde a lo establecido en el numeral 145.2 del artículo 145 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG).



Al respecto, conforme a los artículos 28 ⁽²⁾, 31 ⁽³⁾ y 32 ⁽⁴⁾ de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL constituye una Entidad Pública del Poder Ejecutivo en su calidad de Organismo Público Especializado.

Por su parte, el artículo 77 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones ⁽⁵⁾ (en adelante, TUO de la Ley de Telecomunicaciones) dispone lo siguiente:

“Artículo 77.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público (...), cuyas funciones fundamentales son las siguientes:

1). Mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido. (...)”

[Subrayado agregado]

En esa línea el artículo 13 de los Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú ⁽⁶⁾ prevé lo siguiente:

“Artículo 13.- Concentración de mercado

OSIPTEL, en el marco de su competencia, evaluará la concentración de mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.”

[Subrayado agregado]

En ese sentido, el OSIPTEL desempeña un rol relevante en la promoción de la competencia efectiva entre los operadores para lo cual se encuentra facultado a evaluar la concentración de mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, en tanto, en determinados escenarios, las operaciones de concentración pueden afectar la

² **“Artículo 28.- Naturaleza**

Los Organismos Públicos son entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo, con personería jurídica de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional. Están adscritos a un Ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Públicos Ejecutores, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.
 2. Organismos Públicos Especializados, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.
- (...)”

³ **“Artículo 31.- Organismos Públicos Especializados**

Los Organismos Públicos Especializados tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación. Están adscritos a un ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Reguladores.
- (...)”

⁴ **“Artículo 32.- Organismos Reguladores**

Los Organismos Reguladores:

1. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.
 2. Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.
 3. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia.
- (...)”

⁵ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC y sus modificatorias.

⁶ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2007-MTC y sus modificatorias.



dinámica de dicho mercado; y, en consecuencia, repercutir en el bienestar de los usuarios.

Ahora bien, el Decreto de Urgencia N° 013-2019 tiene por objeto establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

En ese sentido, de acuerdo a las disposiciones contempladas en dicho Decreto de Urgencia ⁽⁷⁾ se prevé que en el caso de operaciones de concentración empresarial que involucren empresas que operen en mercados de competencia de los organismos reguladores, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, la CLC) solicita a éstos un informe no vinculante sobre el nivel de concentración de su respectivo mercado, incluyendo la opinión técnica sobre los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de la evaluación.

Al respecto, si bien el Decreto de Urgencia N° 013-2019 reconoce el rol especializado del OSIPTEL en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, en tanto la CLC debe solicitar la opinión técnica sobre el nivel de concentración empresarial que existe en dicho segmento de mercado así como los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de la evaluación; corresponde destacar que el proyecto de Reglamento del referido Decreto de Urgencia no hace mención alguna a la participación del Organismo Regulador en el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial (en adelante, el Procedimiento).

En tal sentido, si bien en el numeral 11.3 del artículo 11 ⁽⁸⁾ y en el numeral 14.3 del artículo 14 ⁽⁹⁾ del Proyecto del Reglamento se propone que –tanto en la Fase 1 como en la Fase

⁷ Tales como:

“Artículo 12.- La Comisión de Defensa de la Libre Competencia

12.1 La Comisión es el órgano resolutorio con competencia exclusiva para evaluar y resolver en primera instancia administrativa a nivel nacional en el procedimiento de control previo, (...)

12.2 A efectos del presente decreto de urgencia, son atribuciones de la Comisión:

(...)

d. En el caso de operaciones de concentración empresarial que involucren empresas que operen en mercados de competencia de los organismos reguladores, solicitar a estos un informe no vinculante sobre el nivel de concentración de su respectivo mercado, incluyendo la opinión técnica sobre los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de la evaluación”.

“Artículo 16.- Informes proporcionados en el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial

16.1 Para el control previo de operaciones de concentración empresarial los organismos reguladores elaboran un informe no vinculante sobre el nivel de concentración del mercado de su competencia, incluyendo la correspondiente opinión técnica sobre los posibles efectos en el mercado que pudieran derivarse de la operación de concentración objeto de la evaluación”.

⁸ **“Artículo 11. Decisión sobre compromisos durante la Fase 1**

(...)

11.3 Si la Comisión considera favorables los compromisos presentados, emite una resolución provisional, que será notificada a las partes. Una versión no confidencial de dicha resolución podrá ser notificada a los agentes del sector privado y organismos públicos que la Comisión estime conveniente, a efectos de que presenten sus comentarios en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

(...)”

[Subrayado agregado]

⁹ **“Artículo 14. Decisión sobre los compromisos durante la Fase 2**



2 del Procedimiento– la versión no confidencial de la Resolución Provisional asociada a los compromisos presentados por los solicitantes **podrá** ser notificada a los organismos públicos que la CLC **estime conveniente**, a efectos de que presenten sus comentarios, ello no asegura la participación del Organismo Regulador en el mismo Procedimiento, en la medida que dicha solicitud se pide de manera facultativa y no obligatoria. Asimismo, tales disposiciones propuestas no se encuentran referidas al informe técnico que hace referencia los artículos 12 y 16 del Decreto de Urgencia N° 013-2019.

En ese sentido, corresponde destacar que, la propia finalidad del Procedimiento es promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores; razón por la cual, la propuesta de un instrumento de menor jerarquía normativa –nos referimos al Proyecto de Reglamento– no puede desconocer ni contener fórmulas que afecten la rol y participación de los Organismos Públicos. Específicamente, en este caso concreto, la probabilidad de participación del OSIPTEL para que emita opinión técnica sobre los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de la evaluación, o al momento de alguna realización de audiencia o en la presentación de comentarios de resoluciones que impactan directamente en el desarrollo del Procedimiento.

Caso contrario, de aprobarse tales propuestas se repercutiría en la propia eficiencia económica de algún segmento de mercado regulado, en la medida que, podrían ocurrir escenarios en los cuales no participe el Organismo Regulador y, en consecuencia, la CLC emita decisiones que, finalmente, no se encontrarían en armonía con el objeto del Decreto de Urgencia N° 013-2019.

En consecuencia, solicitamos se efectúen las precisiones correspondientes a fin que quede claro en qué etapa se solicitará la opinión técnica a los organismos reguladores sobre los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de la evaluación. Al respecto, se recomienda que esto suceda en la Fase 1, a fin de que, sobre la base de los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de la evaluación que haya considerado el organismo regulador, los agentes económicos puedan plantear sus compromisos.

A continuación se formulan comentarios específicos al Proyecto de Reglamento.

3.2 Comentarios Específicos

• Art. 4. Reglas para el cálculo de umbrales

El numeral 4.2 del Proyecto de Reglamento, hace mención a la determinación de las ventas o ingresos brutos relevantes para el cálculo de los umbrales según tipo de operación de concentración empresarial.

Al respecto, cabe indicar que las reglas para la determinación de las ventas o ingresos brutos señaladas en los literales a) y d) del numeral 4.2 del Proyecto de Reglamento,

(...)
Si la Comisión considera favorables los compromisos presentados, emite una resolución provisional, que será notificada a las partes. Una versión no confidencial de dicha resolución podrá ser notificada a los agentes del sector privado y organismos públicos que la Comisión estima conveniente, a efectos de que presenten sus comentarios en un plazo máximo de diez (10) días hábiles.”

(...)”

[Subrayado agregado]



correspondientes a los tipos de concentración señalados en los literales a) y c) del numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto de Urgencia N° 013-2019, respectivamente, son las mismas por lo que pueden resumirse en una única regla aplicable para ambos tipos de concentraciones.

En cuanto a la regla señalada en el literal b) del numeral 4.2., correspondiente a las fusiones por absorción de un agente económico por otro, en los términos del numeral 2 del artículo 344 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades ⁽¹⁰⁾ proponemos que se debe considerar además de las ventas o ingresos brutos anuales del agente absorbido y los agentes sobre los cuales este último ejerza control, las correspondientes a su respectivo grupo económico. Ello, debido a que, al pasar los socios o accionistas del agente económico absorbido a formar parte de los socios o accionistas del agente absorbente, ambos grupos económicos obtienen mutuamente un mayor poder económico.

Al respecto, contrariamente a lo que se señala en la exposición de motivos del Proyecto de Reglamento, en el caso de una fusión por absorción, el grupo económico del agente absorbido no se desprende de su poder económico como en el caso de una adquisición, donde los derechos que le permite ejercer el control sobre la totalidad o parte del agente adquirido pasan a formar parte del agente adquirente, sino que en cambio, pasa a formar parte de los socios o accionistas del agente absorbente incrementando con ello su poder económico. En consecuencia, no corresponde establecer una regla diferente por tipo de operación de fusión (fusión mediante creación de un nuevo agente y fusión por absorción).

Similar tratamiento es adoptado por la Dirección General de Competencia de la Unión Europea ⁽¹¹⁾ (en adelante, DG de Competencia), por la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia de España ⁽¹²⁾ (en adelante, CNMC) y por la Fiscalía Nacional Económica del Chile ⁽¹³⁾ (en adelante, FNE).

En tal sentido, se propone la siguiente redacción:

“Artículo 4. Reglas para el cálculo de umbrales

(...)

4.2. Las ventas o ingresos brutos relevantes para el cálculo de los umbrales, se determinan de acuerdo a las siguientes reglas:

a. Cuando la operación corresponda a los actos establecidos en los incisos a) y c) del numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto de Urgencia N° 013-2019, se considera las

¹⁰ “Artículo 344.- Concepto y formas de fusión

Por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas: (...)

2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso.”

¹¹ Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, numerales 2 y 4 del artículo 5

¹² Numeral 2 del Artículo 5 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

¹³ Artículo 47° e inciso i. del Artículo 48° del Decreto Legislativo 211, Ley de Competencia de Chile.



ventas o ingresos brutos anuales de los agentes económicos participantes en la operación y sus respectivos grupos económicos.

b. Cuando la operación comprenda la adquisición por parte de uno o más agentes económicos de los derechos que le permitan ejercer control sobre la totalidad o parte de otro agente económico, se considera las ventas o ingresos brutos anuales del agente adquiriente, el grupo económico del adquiriente, el agente adquirido y los agentes sobre los cuáles éste último ejerza control.

c. Cuando la operación comprenda la adquisición por un agente económico del control de activos productivos operativos de otro agente económico, se consideran las ventas o los ingresos brutos del agente adquiriente, el grupo económico del adquirente y aquellas ventas o ingresos brutos que hayan sido generados por los activos adquiridos.”

• **Art. 5. Cálculo del umbral en operaciones sucesivas**

En el numeral 5.1 del Proyecto de Reglamento se establece que para verificar si el conjunto de actos u operaciones descrito en el numeral 5.3 del artículo 5 del Decreto de Urgencia N° 013-2019 supera los umbrales legales, se debe considerar las ventas o ingresos brutos de los agentes económicos involucrados en tales operaciones, obtenidos durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación.

No obstante, numeral 5.3 del Decreto de Urgencia N° 013-2019 establece que la autoridad considera como una **única operación de concentración empresarial, el conjunto de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en el plazo de dos (2) años.**

En tal sentido, si el Decreto de Urgencia reconoce como única operación al conjunto de actos u operaciones realizadas entre los agentes económicos, en el plazo de dos (2) años, entonces no queda claro porqué para la superación del umbral se limita a las ventas o ingresos de los agentes involucrados durante el último ejercicio fiscal anterior.

Sobre el particular, pueden existir algunas operaciones (por ejemplo, la fusión por absorción) que se efectúen en el segundo año anterior, respecto a las que no se tome en cuenta las ventas o ingresos brutos del agente económico absorbido, a pesar que ello puede influir en el nivel de concentración. Este problema presentaría también considerando que los dos años se computan desde la última operación de concentración empresarial realizada, pero no necesariamente coinciden con el ejercicio fiscal. En tal sentido, si el agente económico que efectúa una segunda operación, sus ventas o ingresos brutos del ejercicio fiscal anterior no reflejará el nivel real que, producto de la primera operación, habría logrado.

Por lo tanto, pueden presentarse supuestos, en los cuales en el caso que no se considere la suma total del valor de las ventas o ingresos brutos de los agentes involucrados en las distintas operaciones durante los dos (2) años anteriores, podría conllevar a que se deje de lado operaciones que impliquen un alto nivel de concentración que en conjunto superen el umbral previsto en el artículo 6 del Decreto de Urgencia N° 013-2019.

• **Art. 7. Requisitos de la solicitud de autorización de concentración Empresarial**

Con referencia a la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial presentada a la CLC, se recomienda que los documentos que detallen las



eficiencias deban de considerar, de manera adicional, las razones por las cuales dichas eficiencias no hubiesen sido alcanzadas por otros mecanismos. Ello, con la finalidad de evidenciar si no es posible que dichas eficiencias puedan ser logradas por otro mecanismo que probablemente no llegue a plantear un problema para la competencia en los mercados. Similar precisión es considerada por la DG de Competencia ⁽¹⁴⁾ y la FNE ⁽¹⁵⁾.

En tal sentido, se propone la siguiente redacción:

“Artículo 7. Requisitos de la solicitud de autorización de concentración Empresarial

(...)

7.2. La solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial presentada a la Comisión debe incluir documentos que sustenten la siguiente información:

(...)

g. Descripción detallada de las eficiencias vinculadas a la operación de concentración empresarial, y cómo éstas se trasladan a los consumidores, así como la oportunidad de traslado de tales eficiencias, cuando el agente económico notificante considere su existencia. Asimismo, explicar las razones por las cuales dichas eficiencias no hubiesen sido alcanzadas por otros mecanismos.

(...)”

- **Art. 9. Presentación de compromisos durante la Fase 1**

Se sugiere evaluar el plazo de diez (10) días hábiles considerado para que los solicitantes modifiquen los remedios propuestos según la retroalimentación que hayan recibido de la Secretaría Técnica, toda vez que podría ser insuficiente.

Al respecto, debe tenerse en consideración también que la Secretaría Técnica no contaría con un plazo suficiente para evaluar lo que involucra la operación; y, por tanto, para evaluar o sugerir a los solicitantes otros remedios.

En ese sentido, se sugiere que, si el plazo de suspensión del Procedimiento para evaluar las condiciones propuestas por los solicitantes se amplía por quince (15) días hábiles, el plazo para que los solicitantes modifiquen los remedios propuestos también debería extenderse.

- **Art. 11. Decisión sobre compromisos durante la Fase 1**

En el numeral 11.3 del artículo 11 ⁽¹⁶⁾ del Proyecto del Reglamento se propone que en la Fase 1 del Procedimiento – la versión no confidencial de la Resolución Provisional

¹⁴ Inciso iv) de la Sección 9 “Eficiencias” del Anexo I del Reglamento de Ejecución (UE) N° 1269/2013 de la Comisión, de 5 de diciembre de 2013.

¹⁵ Numeral 9 del Artículo 2 del Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración, del 1 de marzo de 2017

¹⁶ **“Artículo 11. Decisión sobre compromisos durante la Fase 1**

(...)

11.3 Si la Comisión considera favorables los compromisos presentados, emite una resolución provisional, que será notificada a las partes. Una versión no confidencial de dicha resolución podrá ser notificada a los agentes del sector privado y organismos públicos que la Comisión estime conveniente, a efectos de que presenten sus comentarios en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.



asociada a los compromisos presentados por los solicitantes **podrá** ser notificada a los organismos públicos que la CLC **estime conveniente**, a efectos de que presenten sus comentarios.

Al respecto, reiteramos que ello no asegura la participación del organismo regulador, en la medida que dicha solicitud se pide de manera facultativa y no obligatoria. En tal sentido, se recomienda modificar dicho numeral, a efectos de especificar que en el caso de operaciones de concentración empresarial que involucren empresas que operen en mercados de competencia de los organismos reguladores, dicha resolución provisional les sea notificada a efectos que emitan sus comentarios.

Por otra parte, se advierte que, el numeral 11.5 del artículo 11 del Proyecto de Reglamento establece que para evaluar los compromisos se considera que las preocupaciones de competencia planteadas por la operación deben ser claramente establecidas; y, los compromisos propuestos deben ser efectivos y de fácil implementación.

No obstante, cabe tener en cuenta que, acorde a lo establecido en el numeral 21.6 ⁽¹⁷⁾ del artículo 21 del Decreto de Urgencia N° 013-2019, recién cuando la CLC comprueba que la operación de concentración empresarial cuya autorización se solicita plantea serias preocupaciones en cuanto a generar efectos restrictivos de la competencia en el mercado, lo declara mediante resolución, comunicando a los interesados los riesgos que la autoridad ha identificado, así como el fin de la primera fase de evaluación e inicio de la segunda fase, sustentando las razones de su decisión.

Siendo así, no queda claro como en la evaluación de los compromisos se considerarán las preocupaciones de competencia planteadas por la operación, si estas aún no han sido determinadas por la autoridad. Sería conveniente que primero la CLC pueda identificar las preocupaciones de competencia, para que, sobre estas, se planteen los compromisos.

• **Art. 14. Decisión sobre los compromisos durante la Fase 2**

En el numeral 14.3 del Proyecto del Reglamento se propone que en la Fase 2 del Procedimiento – la versión no confidencial de la Resolución Provisional asociada a los compromisos presentados por los solicitantes **podrá** ser notificada a los organismos públicos que la CLC **estime conveniente**, a efectos de que presenten sus comentarios.

Al respecto, reiteramos que ello no asegura la participación del organismo regulador, en la medida que dicha solicitud se pide de manera facultativa y no obligatoria. En tal sentido, se recomienda modificar dicho numeral, a efectos de especificar que, en el caso de operaciones de concentración empresarial que involucren empresas que operen en

(...)"
[Subrayado agregado]

¹⁷ "Artículo 21.- Procedimiento aplicable al trámite de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial

(...)
21.6 Si la Comisión comprueba que la operación de concentración empresarial cuya autorización se solicita plantea serias preocupaciones en cuanto a generar efectos restrictivos de la competencia en el mercado, lo declara mediante resolución, comunicando a los interesados cuáles son los riesgos que la autoridad ha identificado, así como el fin de la primera fase de evaluación e inicio de la segunda fase, sustentando las razones de su decisión".



mercados de competencia de los organismos reguladores, dicha resolución provisional les sea notificada a efectos que emitan sus comentarios.

Adicionalmente, se recomienda establecer que la CLC pueda plantear determinadas condiciones, aunque no hayan sido propuestas por las empresas, que, en caso los agentes económicos nieguen su aceptación, la solicitud de autorización sea rechazada.

• **Art. 15. Procedimientos para la revisión de la condición de conducta**

Al respecto, el artículo 9 del Decreto de Urgencia N° 013-2019 establece lo siguiente:

“Artículo 9.- Revisión de condiciones

9.1 Cuando la autorización de una operación de concentración empresarial se sujete al cumplimiento de una condición de conducta, la autoridad establece un plazo para su revisión. Luego de dicho plazo, la autoridad determina si resulta pertinente mantenerla, dejarla sin efecto o modificarla. Si decide mantenerla o modificarla, establece un nuevo plazo para su revisión.
 [Subrayado agregado]

Por su parte, el artículo 15 del Proyecto de Reglamento del Decreto de Urgencia N° 013-2019 indica lo siguiente:

“Artículo 15. Procedimientos para la revisión de la condición de conducta

15.1 Luego del plazo establecido para la revisión de la condición de conducta que haya sido impuesta con motivo de la autorización de una operación de concentración empresarial, corresponde a la Comisión evaluar si resulta pertinente mantener, modificar o dejar sin efecto la referida condición de conducta impuesta a los agentes económicos, de conformidad con el numeral 9.1 del artículo 9 del Decreto de Urgencia N° 013-2019.
 [Subrayado agregado]

En ese sentido, si bien –conforme al literal b del numeral 7.4 del artículo 7⁽¹⁸⁾ del Decreto de Urgencia N° 013-2019– la CLC puede autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial; se tiene que existe un plazo para que la autoridad realice la revisión de tales condiciones.

Sin embargo, el Decreto de Urgencia N° 013-2019 ni el Proyecto de Reglamento del referido Decreto han delimitado cuál es el plazo que cuenta la Autoridad para realizar dicha revisión.

¹⁸ **“Artículo 7.- Análisis de la operación de concentración empresarial**

7.1 En el procedimiento de control previo, el órgano competente evalúa los efectos de la operación de concentración, a fin de identificar si produce una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados.

(...)

7.4 Si en el procedimiento de control previo se determina que la operación de concentración empresarial podría generar una restricción significativa de la competencia, la Comisión puede:

(...)

b. Autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial. Dichas condiciones pueden basarse en los compromisos ofrecidos por los agentes económicos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8”.

[Subrayado agregado]



Al respecto, consideramos relevante que el Proyecto de Reglamento del Decreto de Urgencia N° 013-2019 precise el plazo para la revisión de la(s) condición(es) asociada(s) a la autorización de la operación de concentración empresarial. Ciertamente, la actuación administrativa debe basarse en reglas claras y predecibles que permita a los administrados conocer con certeza dicho modo de actuación.

Siendo ello así, se recomienda que se determine el referido plazo a quince (15) días hábiles; el cual, podría ser ampliado por la Autoridad dependiendo de la complejidad del caso y de la naturaleza asociada a las condiciones formuladas por la CLC.

Finalmente, consideramos oportuno que en el Proyecto de Reglamento se consigne qué criterios y/o parámetros serán empleados en la revisión de las condiciones; ello, sin perjuicio que en los Lineamientos ⁽¹⁹⁾ se realice el desarrollo que corresponda.

- **Art. 17. Procedimiento iniciado durante el plazo establecido para la revisión de la condición de conducta**

En el numeral 17.6 del Proyecto de Reglamento se propone que el Tribunal del INDECOPI está facultado a requerir información a otras entidades de la Administración Pública y a los agentes del sector privado, quienes cuentan con un plazo de veinte (20) días hábiles para su presentación.

Al respecto, en línea con lo expuesto anteriormente, se recomienda modificar dicho numeral, a efectos de especificar que en el caso de operaciones de concentración empresarial que involucren empresas que operen en mercados de competencia de los organismos reguladores, el Tribunal del INDECOPI requiera opinión del Organismo regulador competente sobre el cambio en las condiciones de competencia.

3.3 Comentarios adicionales.

- **Sobre la consulta previa**

Adicionalmente, se advierte que si el artículo 17 del Decreto de Urgencia N° 013-2019 ⁽²⁰⁾ contempla la consulta previa a la presentación de la solicitud de autorización, en el Proyecto de Reglamento no hay mayor desarrollo sobre el procedimiento aplicable.

En tal sentido, se recomienda incluir un artículo referido al procedimiento para que las empresas acudan al INDECOPI a realizar consultas sobre las operaciones de

¹⁹ Al respecto, el Proyecto de Reglamento señala lo siguiente:

**"DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL
ÚNICA. Normativa complementaria**

La Comisión, a propuesta de la Secretaría Técnica, puede emitir Lineamientos para la mejor aplicación e interpretación del Decreto de Urgencia N° 013-2019 y el presente Reglamento".

²⁰ **"Artículo 17.- Consulta previa a la presentación de la solicitud de autorización**

Antes del inicio del procedimiento de control previo, los agentes económicos que participan en la operación de concentración empresarial pueden realizar consultas de carácter orientativo de manera individual o conjunta a la Secretaría Técnica, con el fin de poder precisar si la operación se encuentra dentro del ámbito de aplicación del presente decreto de urgencia o qué información es requerida para el control previo, entre otros aspectos. Las opiniones de la Secretaría Técnica no vinculan a la Comisión en la toma de sus decisiones".



concentración que pretenden realizar y sobre las cuales no tengan claro si son notificables o no. Ello tomando en cuenta que al inicio de la implementación de esta norma muchas empresas tendrán dudas en relación a la notificación de sus operaciones de concentración, las mismas que se pueden ir absolviendo principalmente a través de este mecanismo de consulta.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. En la medida que el Procedimiento de Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial es promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores; consideramos que el Reglamento del Decreto de Urgencia N° 013-2019 no puede contener fórmulas que afecten la relevancia de los Organismos Reguladores, específicamente, en la evaluación de concentraciones empresariales que afecten sectores regulados. Por lo tanto, se debe garantizar la participación del OSIPTEL, en su calidad de organismo regulador, a fin de emitir la opinión a la que hace referencia los artículos 12 y 16 del Decreto de Urgencia N° 013-2019, así como en la presentación de comentarios de resoluciones que impactan directamente en el desarrollo de los Procedimientos previstos en el Reglamento (artículos 11, 14 y 17 del Proyecto de Reglamento).

4.2. En cuanto a la regla señalada en el literal b) del numeral 4.2., correspondiente a las fusiones por absorción de un agente económico por otro, en los términos del numeral 2 del artículo 344 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades proponemos que se debe considerar además de las ventas o ingresos brutos anuales del agente absorbido y los agentes sobre los cuales este último ejerza control, las correspondientes a su respectivo grupo económico.

4.3. Lo establecido en el 5.1 del artículo 5 del Proyecto de Reglamento - respecto a que para el cálculo del umbral aplicable a los casos de "única operación de concentración empresarial" (conjunto de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en el plazo de dos (2) años), se considere **únicamente** la suma total de las ventas o ingresos de los agentes involucrados durante el último ejercicio fiscal anterior, sin considerar las ventas o ingresos brutos de los agentes involucrados en las distintas operaciones durante los dos (2) años anteriores, conlleve a que se deje de lado operaciones que impliquen un alto nivel de concentración que en conjunto superen el umbral previsto en el artículo 6 del Decreto de Urgencia N° 013-2019.

4.4. Se recomienda que los documentos que detallen las eficiencias deban de considerar, de manera adicional, las razones por las cuales dichas eficiencias no hubiesen sido alcanzadas por otros mecanismos.

4.5. Considerando que la actuación administrativa debe basarse en reglas claras y oportunas que permita a los administrados conocer con certeza dicho modo de actuación, resulta oportuno que el Reglamento del Decreto de Urgencia N° 013-2019 precise el plazo para la revisión de la(s) condición(es) asociada(s) a la autorización de la operación de concentración empresarial. Además, el citado Reglamento debe señalar qué criterios y/o parámetros serán empleados en la revisión de las condiciones; ello, sin perjuicio que en los Lineamientos se realice el desarrollo respectivo.



- 4.6. Se recomienda incluir un artículo referido al procedimiento para que las empresas acudan al INDECOPI a realizar consultas previas sobre las operaciones de concentración que pretenden realizar y sobre las cuales no tengan claro si son notificables o no.
- 4.7. Se recomienda remitir el presente informe a la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad del Ministerio de Economía y Finanzas que ha solicitado la opinión sobre el Proyecto de Proyecto de reglamento del Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial.

Atentamente,

