

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
CC	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO
ASUNTO	:	OPINION SOBRE PROYECTO DE LEY 2398-2017- CR, LEY ANTIMONOPOLIO Y ANTIOLIGOPOLIO EMPRESARIAL
FECHA	:	9 de marzo de 2018

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	Abogado Especialista en Temas Regulatorios	Pamela Lisett Cadillo La Torre
	Especialista en Competencia	Rosa Castillo Mezarina
	Analista Económico	Laura Iriarte
	Especialista Legal	Mariana Valenzuela
	Secretaria Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados	Zaret Matos
REVISADO POR	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)	Lenin Quiso Cordova
	Secretaria Técnica	Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya
APROBADO POR	Gerente Asesoría Legal (e)	María Arellano Arellano



I. RESUMEN

El presente informe tiene por objeto remitir a su despacho los comentarios de la Secretaría Técnica de los Órganos Colegidos sobre el Proyecto de Ley N° 2398/2017-CR, que propone la "Ley Antimonopolio y Antioligopolio Empresarial" (en adelante el proyecto de Ley).

II. ANTECEDENTES

1. Mediante Oficio N° 667-2017-2018-CODECO/CR, recibido el 14 de febrero de 2018, el Congreso de la República remitió al Presidente del Consejo Directivo del OSIPTEL el Proyecto de Ley 2398/2017-CR que propone la "Ley Antimonopolio y Antioligopolio Empresarial".

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96° de la Constitución Política del Perú y del artículo 87° del Reglamento de Congreso de la República, se solicitó emitir una opinión respecto al mencionado proyecto de Ley.

III. ANÁLISIS

El mencionado proyecto de Ley propone establecer la evaluación previa de los actos de concentración empresarial en todos los sectores de la economía y derogar la función del OSIPTEL de mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de los servicios públicos de telecomunicaciones; así como la de aplicar la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo N° 1034) y la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo N° 1044) en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En tal sentido, se abordará el análisis del proyecto respecto a las propuestas antes mencionadas.

3.1. Sobre la evaluación previa de los actos de concentración empresarial

La intervención del Estado en los mercados puede darse a través de mecanismos *ex-ante* o *ex-post*. *Ex-ante*, se buscan prevenir ciertos comportamientos mediante el establecimiento de reglas específicas que definen el comportamiento que las empresas deben seguir (por ejemplo, la regulación tarifaria). Es un tipo de intervención directa que suele ser específica a cada mercado, razón por la cual es implementada por las Agencias de Regulación.

Por su parte, la intervención *ex-post* comprende una serie de reglas generales que prohíben ciertos tipos de conductas, por tener efectos nocivos para la competencia en el mercado, y establecen mecanismos correctores. Las reglas suelen ser transversales a distintos sectores por lo que suelen estar a cargo de la Agencia de Competencia.

Un ejemplo de intervención *ex-ante* es el **Control de Fusiones**. Para las empresas, las fusiones y concentraciones constituyen formas atractivas de competir, pues permiten ampliar su participación en un mercado o les permiten ingresar a nuevos mercados. Sin embargo, debido a que la fusión de dos o más empresas en una sola elimina la competencia entre las mismas, esto puede incrementar el poder de mercado para la entidad fusionada¹ o puede disminuir la competencia entre el resto de empresas en el mercado.

¹ El poder de mercado es la capacidad aumentar precios, reducir la cantidad producida o la calidad de los bienes y/o servicios, disminuir la innovación o influenciar sobre otros parámetros de competencia.



Así, el Control de fusiones consiste en una evaluación *ex ante* de los posibles efectos – positivos y negativos- de la operación de cuestión para determinar si esta podría ser perjudicial para la dinámica competitiva. De serlo, la operación puede ser prohibida o aprobada bajo ciertas salvaguardas. Con esta herramienta, las Agencias de Competencia buscan prevenir que la mayor concentración generada por una operación elimine los beneficios que trae consigo la competencia². Usualmente la normativa determina un umbral (porcentaje de mercado, ingresos brutos de las entidades involucradas, etc.), a partir del cual, toda operación debe pasar por este control previo. De esta forma, operaciones “menores” no requieren pasar por este control porque se infiere que no producirán efectos nocivos contra la competencia.

Es importante tener en cuenta que, de no contar con la herramienta, cualquier efecto lesivo derivado de una operación de fusión queda solo sujeto a las políticas *ex-post*. Por su naturaleza *ex-post*, estas no pueden prevenir la ocurrencia de daños. Esta herramienta requiere de realización de una investigación y de recolección de evidencia, todo lo que suele tomar tiempo. Asimismo, en el mejor de los casos puede llevar a la imposición de una medida correctiva o de una sanción para desincentivar que el comportamiento se repita, pero no revierte el daño realizado al mercado. Así, por ejemplo, si la operación de fusión generó comportamientos ilícitos que llevaron a la salida de un competidor eficiente, ninguna sanción hará que este retorne al mercado.

A nivel internacional, las Agencias de Competencia y de Regulación reconocen que las fusiones y concentraciones son inherentes al mercado y que pueden estar basadas en razones de eficiencia. Sin embargo, para determinar si los efectos de eficiencia superan a los efectos negativos derivados de un mayor poder de mercado, países como Australia, Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos y los miembros de la Comunidad Europea, entre otros, cuentan con un Control de Fusiones.

Ya la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica – OCDE- ha recomendado en distintas ocasiones al Perú que implemente mecanismos para el control previo de fusiones³. Dado que el Perú se ha comprometido con la OCDE a llevar a cabo reformas para fortalecer la institucionalidad y la gobernanza pública en el marco del “Programa País”, es importante que se tome en cuenta las recomendaciones del referido organismo internacional.

Estructura de mercado y fusiones

De no seguir la recomendación de la OCDE e implementarse un Control de Fusiones en el sector telecomunicaciones en Perú, puede ponerse en riesgo lo ya avanzado en materia de competencia. A modo de ejemplo, se muestra lo que ocurrió en el mercado de telefonía móvil. El mercado móvil cuenta hoy con una estructura compuesta por 5 empresas operadoras y se ha alcanzado el nivel histórico más bajo de HHI⁴. Si bien durante el período 2002-2004 se contó con 4 empresas operadoras (Telefónica, Bellsouth Perú S.A., TIM y Nextel), tras la compra de Bellsouth por parte de Telefónica, esta última pasó a contar con una participación de 61%. Dicha operación dejó solo a tres empresas compitiendo efectivamente en el mercado y elevó el HHI de 3,718 a 4,913.

² La concentración de mercado es el grado en que una o más empresas ostentan dominio sobre las ventas del mercado. Esta se mide como el cuadrado de las participaciones de mercado, sin considerar las unidades porcentuales. Por ejemplo un mercado compuesto por dos empresas con participaciones de mercado de 50% tendría una concentración de: $50^2+50^2=5000$.

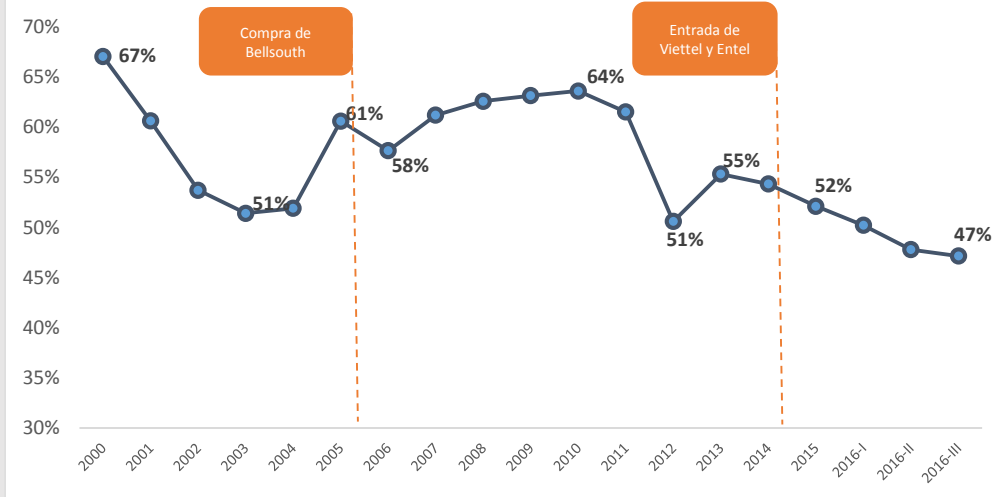
³ Al respecto ver los documentos: OCDE (2004). Derecho de Políticas de Competencia en Perú. Examen de Pares y OCDE (2015). Multidimensional Review of Peru. Volumen 1. Initial Assessment.

⁴ El Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI por sus siglas en inglés) describe la concentración de mercado. De acuerdo con los lineamientos para evaluar el Control de Fusiones del *Federal Trade Commission* de Estados Unidos, un HHI menor a 1500 describe un mercado con bajos niveles de concentración, mientras que un HHI entre 1500 y 2500 pertenecería a una industria poco concentrada. Por su parte, un HHI superior a 2500 describe un mercado altamente concentrado.



Fue recién con el ingreso de Viettel y Entel al mercado en la segunda mitad de 2014, sumado a una serie de cambios normativos pro competencia⁵ que este experimentó un renovado dinamismo. Sin embargo, no sería sino hasta 2015 que los niveles de participación de Telefónica (52%) se reducirían a niveles similares a los que tenía antes de la compra de Bellsouth Perú S.A. (51%).

Gráfico N° 1: Participación de Telefónica del Perú en el mercado de telefonía móvil.



Fuente: Empresas operadoras. Elaboración: GPRC- OSIPTEL.

Como puede apreciarse, tras una operación de fusión, los niveles de competencia en una industria como la de telecomunicaciones puede tomar muchos años en regresar a los niveles previos a los de la operación. En el ejemplo anterior, esta tardó aproximadamente 10 años. Lo anterior se debe a que el sector de telecomunicaciones, como otros sectores regulados, posee características que los diferencian de los demás mercados de la economía y que justifican la intervención gubernamental en los mismos.

Así, consideramos que existe la necesidad de la aplicación de un control de fusiones y concentraciones para salvaguardar la existencia de condiciones de competencia adecuadas en el sector de telecomunicaciones. No obstante, para la implementación de este mecanismo de control, sobre todo en el mercado de las telecomunicaciones, consideramos que se deben tener presentes las siguientes pautas:

3.1.1. El rol del OSIPTEL como agencia de competencia en el sector de telecomunicaciones

El Proyecto de Ley tiene como objetivo establecer un procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de evitar las operaciones que puedan tener un efecto neto lesivo sobre la libre competencia.

⁵ En setiembre de 2013 se estableció la Ley N°30083: Ley que Establece Medidas para Fortalecer la Competencia en el Mercado de los Servicio Públicos Móviles mediante la inserción de los denominados Operadores Móviles Virtuales y los Operadores de Infraestructura Móvil Rural. En julio de 2014 se dio el relanzamiento de la portabilidad numérica móvil, mediante la cual los usuarios podía cambiar de operador en un plazo menor a 24 horas totalmente en línea. Por otro lado, desde inicios del año 2015, el OSIPTEL dispuso la prohibición para las empresas operadoras de comercializar equipos terminales con restricción de acceso a otros operadores. Las empresas operadoras no pueden ofrecer al público equipos terminales que se encuentren bloqueados o que cuenten con configuraciones técnicas que restrinjan su uso solo a la red del concesionario que ofrece el servicio. Estas medidas permitieron la reducción de los costos de cambio y contribuyó a la mejora de la competencia en el mercado móvil, logrando mayor bienestar a los consumidores mediante menores tarifas, mejora en la calidad y cobertura del servicio, entre otros.



Sin embargo, el Proyecto de Ley considera a la Comisión, Secretaría Técnica y Tribunal del INDECOPI como entidades únicas competentes para evaluar las solicitudes de autorización previa de operaciones de concentración. A continuación se indicará por qué consideramos que le correspondería al OSIPTEL evaluar este tipo de operaciones en los mercados de telecomunicaciones.

Conforme a la normativa vigente, el OSIPTEL es el organismo encargado de velar y promover la competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones. Así, la Ley General de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC y la Ley que dispone la Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia, Ley N° 26285, establecen como una de las principales funciones asignadas al OSIPTEL, es la de mantener y **promover una competencia** efectiva y justa entre los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones⁶.

En tal sentido, consideramos que el OSIPTEL, en su calidad de autoridad de competencia en el sector de telecomunicaciones, es el organismo que debería encargarse de evaluar las solicitudes de concentración en este sector. En efecto, el OSIPTEL considera que la evaluación de las solicitudes de concentración en el sector de las telecomunicaciones debe estar a cargo del regulador –y no del INDECOPI- como se propone en el Proyecto de Ley, en tanto que el desarrollo de esta labor por parte del regulador permitiría una mejor evaluación de las eficiencias derivadas de las operaciones de concentración, de sus efectos sobre la competencia en el mercado, así como la concordancia de su implementación con otros mecanismos regulatorios, como el control de transferencia de concesiones, ya existente en el sector, entre otros.

Esto resulta de especial importancia si se considera que los efectos de aprobar una operación que dañe a la competencia podrían ser irreversibles o podría tomar muchos años su reversión. De este modo, a continuación se desarrollan las razones por las cuales el OSIPTEL debería encargarse de evaluar las solicitudes de concentración en el sector de las telecomunicaciones.

En primer término, al igual que otros sectores regulados, el sector de telecomunicaciones se caracteriza por poseer **economías de red, economías de escala y economías de ámbito**, por lo que se trata de **mercados muy particulares y distintos** al resto. Además de ello, existe una creciente importancia del sector tanto por su aporte en el PBI como por el creciente uso y relevancia de los servicios de telecomunicaciones. A setiembre de 2016, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI), el 89.3% de los hogares

⁶ Ley N° 26285, “Disponen la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia”

Artículo 6.- El OSIPTEL es un organismo público con personería jurídica de derecho público interno, encargado de velar y promover la competencia, presta servicios de supervisión. El OSIPTEL goza de autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Sus ingresos provienen de los servicios que presta a las empresas supervisadas, según como lo determine su reglamento. Es dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros.

“Artículo 7.- El OSIPTEL tiene entre sus objetivos:

- Propiciar el crecimiento de la inversión privada en el servicio público de telecomunicaciones.
- Mantener y promover la competencia eficaz y equitativa.
- Promover la calidad y eficiencia de los servicios públicos brindados al usuario”.

Decreto Supremo N° 013-93-TCC, “Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones”

“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 (...).”



a nivel nacional contó con acceso al servicio de telefonía móvil, el 37.5% al servicio de TV PAGA y el 33.4% al servicio de internet fijo.

Por otro lado, la **convergencia** es cada vez más relevante en el sector de telecomunicaciones y ha permitido que los operadores puedan brindar varios servicios a través de una misma red. Así, la fusión de dos o más empresas podría involucrar el análisis de múltiples mercados, los cuales son a su vez muy dinámicos, por lo que la complejidad en la evaluación de una operación de este tipo se incrementa y se hace necesario cierto nivel de especialización y familiaridad con el sector.

Asimismo, en el caso particular de los servicios inalámbricos, además de contar con las características de una industria de red y de experimentar el fenómeno de convergencia, estos requieren de espectro radioeléctrico para su funcionamiento, recurso escaso que genera una barrera estructural e impide que exista un gran número de operadores a diferencia de otros mercados.

3.1.2. La importancia del espectro como determinante de la competencia

Mediante el espectro radioeléctrico puede brindarse una serie de servicios inalámbricos, con menores costos de despliegue en relación con las redes fijas. El espectro presenta las siguientes características: (i) recurso limitado; (ii) no puede ser creado ni destruido; (iii) es inexhaustible en el tiempo (no se agota ni se consume); (iv) su uso en un momento dado no tiene impacto sobre su uso en otro momento; y, (v) la propagación de ondas no puede ser limitada por fronteras políticas.

Su naturaleza de recurso escaso afecta el número de operadores que compiten en estos mercados de servicios inalámbricos. Considerando esto, el Estado debe fomentar una adecuada política de entrada al mercado de los servicios de telecomunicaciones.

En el Perú, es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC en adelante) quien está a cargo de la gestión del espectro, la misma que abarca la canalización, atribución y asignación. Si bien en la actualidad no puede prohibirse una operación de concentración en el sector, es posible denegar una transferencia de concesión de espectro o una reorganización societaria, en caso se determine que podría existir una afectación **a la libre**



competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones^{7 8}, en los términos establecidos en el artículo 6° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones⁹.

Ahora bien, cabe indicar que dicha evaluación de la afectación a la libre competencia se encuentra a cargo del OSIPTEL¹⁰, quien a la fecha emite las opiniones correspondientes cuando el Ministerio de Transportes y Comunicaciones informa sobre algún trámite de transferencia de concesiones o reorganización societaria.

No obstante, dada la configuración de este tipo de procedimientos que son aprobados por otra entidad (MTC), se les aplica el silencio administrativo positivo (SAP)¹¹. Asimismo, las opiniones del regulador no tienen un carácter vinculante. Esto ha generado que pese a la opinión desfavorable del OSIPTEL, se apruebe una serie de transferencias de concesión y asignación de espectro, que no favorecen a la competencia en el sector.

⁷ **Artículo 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones**

(...)

Las concesiones y las asignaciones de espectro relativas a aquéllas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio, la cual será formalizada mediante resolución viceministerial. La adenda respectiva será suscrita en un plazo de sesenta (60) días hábiles, previa presentación del documento que acredite el acuerdo de transferencia. En caso de incumplimiento del plazo antes mencionado por parte del interesado, la aprobación quedará sin efecto de pleno derecho, sin perjuicio de que se expida el acto administrativo correspondiente. Suscrita dicha adenda el adquirente asumirá automáticamente todos los derechos y obligaciones derivados de la concesión.

La transferencia no podrá ser denegada sin causa justificada. Entiéndase por causa justificada a las señaladas en el artículo 113, a toda situación que pudiera atentar contra lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley y aquellas que señale la Ley, el Reglamento u otra disposición legal.

(...)

Asimismo, el presente artículo será aplicable a los casos de reorganización societaria, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, con excepción de la transformación.”

⁸ **Artículo 113.- Causas para denegar la concesión o autorización**

El Ministerio no otorgará la concesión o autorización cuando:

1. El otorgamiento de la concesión o autorización ponga en peligro real o potencial la seguridad nacional o vaya en contra del interés público.

2. Al solicitante o alguno de los socios o asociados, tratándose de personas jurídicas, o su representante, se le hubiera sancionado con la cancelación y no haya transcurrido un (1) año desde la fecha en que la resolución que sanciona quedó firme administrativamente.

3. Se ponga en peligro real o potencial el cumplimiento de los fines de las telecomunicaciones como mecanismo de integración, pacificación, desarrollo y como vehículo de cultura.

4. El solicitante estuviera incurso en algunas de las prohibiciones establecidas en la Ley y el Reglamento.

5. El solicitante no hubiera cumplido con los pagos que resulten exigibles respecto de derechos, tasas y canon por alguna concesión o autorización que se le hubiera otorgado, salvo que cuente con fraccionamiento de pago vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de dichas obligaciones, conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.

6. Al solicitante se le hubiera sancionado con multa y no haya cumplido con el pago previo de la misma, siempre que ésta resultara exigible, salvo que cuente con fraccionamiento de pago vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de dichas obligaciones, conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.

7. Cuando en la banda de frecuencia y localidad solicitadas no exista disponibilidad de frecuencias o se configure restricción en la disponibilidad de frecuencias, en los casos en que se requiere utilizar espectro radioeléctrico.

“8. Al solicitante, se le hubiera resuelto su contrato de concesión por incurrir en la causal de resolución prevista en el numeral 10 del artículo 137 y no haya transcurrido dos (2) años desde la notificación de la resolución correspondiente. Esta causal, también es aplicable a los accionistas, socios, asociados, director o representante legal, de la persona jurídica que incurrió en la referida causal, sean éstos solicitantes o formen parte de una persona jurídica solicitante.”

“9. Otras que se contemplen en la Ley u otra norma con rango de ley.”

El presente artículo no será de aplicación a las solicitudes sobre renovación de concesión o autorización que presenten los titulares.

Lo dispuesto en los numerales 5 y 6 se aplicará además a los accionistas, socios, asociados, director o representante legal de la persona jurídica, sea ésta solicitante o forme parte de una persona jurídica solicitante.”

⁹ **Artículo 6.-** El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.

Igualmente, el Estado fomenta la participación de los usuarios de servidores de telecomunicaciones, en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de estos servicios.

¹⁰ Cabe señalar que conforme a lo establecido por el inc. 1) del artículo 77° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones (D.S. N° 013-93-TCC) y por el inc. b) del artículo 7° de la Ley N° 26285, el OSIPTEL tiene entre sus funciones y objetivos el mantener y promover una competencia efectiva y eficaz en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones.

¹¹ De acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del MTC.



Tal es el caso de una serie de resoluciones que aprobaban transferencias de espectro en la banda de 2.5 GHz¹². Estas tuvieron lugar a pesar de que el OSIPTEL advirtiera en diferentes informes¹³ de la fuerte concentración y potencial daño a la dinámica competitiva que se generaría del control del espectro por parte de empresas pertenecientes al Grupo Claro pues, entre otros aspectos se generó una barrera estratégica al impedir a otros competidores a acceder a espectro en dicha banda.

En este sentido, consideramos que la evaluación ex ante de este tipo de operaciones de concentración, sí debería producirse sobre todo en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, en tanto que tras ellas se encuentra involucrado, en la mayoría de casos, la asignación del espectro radioeléctrico, que es **un recurso escaso**, y su utilización es de **interés público**, siendo responsabilidad del Estado, disponer del recurso para adoptar las políticas que sí promuevan la competencia de acuerdo con lo socialmente esperado.

Si bien la política de espectro se encuentra a cargo del MTC y el OSIPTEL solo emite opinión en materia de libre competencia, el OSIPTEL como regulador de telecomunicaciones maneja una serie de herramientas ex ante que buscan promover la competencia como por ejemplo la regulación de cargos de acceso que fomenta el ingreso de operadores mayoristas que puedan competir en el mercado final.

Las decisiones respecto a las solicitudes de aprobación de operaciones de concentración en el sector deben ir de la mano del resto de políticas ex ante que promuevan el ingreso de nuevos operadores e incrementen la dinámica competitiva.

En ese sentido, de encargar a otra entidad el rol de evaluar operaciones de concentración, sus decisiones no necesariamente irían de la mano con el resto de políticas ex ante promovidas por el OSIPTEL ni evaluarían a detalle todos los aspectos involucrados en el proceso de concentración, por fenómenos particulares en el sector como por ejemplo la convergencia tecnológica.

3.1.3. Particularidades del sector de telecomunicaciones y nivel de especialización del OSIPTEL

Otro motivo por el que el OSIPTEL debería ser la autoridad competente para revisar el control de concentraciones en el sector de telecomunicaciones es su nivel de especialización. Las **particularidades del sector y su dinamismo** son tratadas día a día por el OSIPTEL, razón por la cual esta institución se encuentra en capacidad de identificar las eficiencias derivadas de las operaciones de concentración, sus efectos sobre la competencia y el desarrollo de la dinámica competitiva del mercado; así como la concordancia de su implementación con otros mecanismos regulatorios, como el control de transferencia de concesiones, ya existente en el sector.

A este nivel de **especialización** debe sumarle el manejo de información del OSIPTEL, pues se trata de un insumo de especial relevancia para la evaluación de una operación de

¹² Ver las siguientes resoluciones: (i) Resolución Viceministerial N° 1344-2017-MTC/03 (transferencia de espectro otorgada a Velatel Perú a favor de Olo del Perú); (ii) Resolución Viceministerial N° 1345-2017-MTC/03 (transferencia de espectro otorgada a TC Siglo 21 a favor de Olo del Perú); y, (iii) Resolución Viceministerial N° 1346-2017-MTC/03 (transferencia de espectro otorgada a Cablevisión a favor de TVS Wireless).

¹³ Ver las opiniones finales del OSIPTEL respecto a dichas transferencias: Informe 166-GPRC/2017 (opinión sobre solicitud de transferencia de espectro otorgada a Velatel Perú a favor de Olo del Perú y sobre la solicitud de transferencia de Cable Visión a favor de TVS Wireless), Informe 168-GPRC/2017 (opinión sobre solicitud de transferencia de espectro otorgada a TC Siglo 21 a favor de Olo del Perú).



concentración. En tal sentido, el OSIPTEL cuenta con un abundante flujo de información por parte de las empresas reguladas, muchas de las cuales periódicamente envían data relativa a diversos indicadores de cobertura, penetración, número de líneas/conexiones, tráfico, ingresos, etc., que permiten medir su participación y crecimiento en el mercado, lo cual a su vez facilita el permanente y constante seguimiento de los mercados de telecomunicaciones, favoreciendo así el análisis de un proceso de fusión o concentración.

En atención a ello, podemos considerar que una fuente importante de **provisión de información** sobre el sector de telecomunicaciones, se establece en la Resolución de Consejo Directivo N° 096-2015-CD/OSIPTEL, mediante la cual se dispone la presentación de información periódica por parte de empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones sobre diversos servicios como: telefonía fija, teléfonos públicos, telefonía móvil, televisión por cable, entre otros.

En otras palabras, el OSIPTEL podría contar directamente con información de las empresas, sin necesidad de realizar requerimientos adicionales, considerando todas las posibles implicancias de una operación de concentración, su impacto en otros mercados, entre otros, con mayor rapidez que una entidad que no conoce directamente el sector y que necesitaría tiempo para entender su funcionamiento y para recibir la información solicitada a las empresas involucradas.

Por otro lado, el no permitir al OSIPTEL la evaluación previa de operaciones de concentración podría hacer que se adopten decisiones contradictorias con los principios y la visión que se tiene de un sector tan sensible como es el de las telecomunicaciones.

Finalmente, dado el reducido número de operadores en el mercado en comparación con otros sectores, las operaciones de concentración no se desarrollarían con frecuencia, por lo que el OSIPTEL podría asumir esta nueva competencia sin que necesariamente se requiera un incremento de recursos.

En este orden de ideas, la aprobación del Proyecto de Ley, en el extremo que propone otorgar competencias exclusivas al INDECOPI para evaluar los actos de concentración empresarial en todos los mercados, incluyendo los del sector de telecomunicaciones, desconocería esta mejor posición con la que cuenta el OSIPTEL para realizar dicha labor, en términos de capital humano, manejo permanente del sector, concordancia con la política de regulación del sector y la disponibilidad de información periódica remitida por las empresas.

Adicionalmente, debe considerarse la **experiencia internacional** en países donde el regulador de telecomunicaciones es también la autoridad de competencia de dicho sector, en los que se observa que es el órgano regulador de telecomunicaciones quien se encarga de evaluar las fusiones y adquisiciones.

Así, por ejemplo, en **México**, un país donde el sector de telecomunicaciones es altamente concentrado, es el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), creado luego de la reforma constitucional efectuada en el año 2013 ⁽¹⁴⁾, además del organismo regulador, la autoridad encargada no sólo sancionar las conductas anticompetitivas que se presenten en el sector

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

"Artículo 28. (...).

El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica (...)" (Revisado el 05 de febrero de 2018, del portal web de la Cámara de Diputados de México. Dirección URL: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf).



de telecomunicaciones, sino también la autoridad encargada de evaluar las fusiones y adquisiciones ⁽¹⁵⁾.

De igual manera, en **Costa Rica**, la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) además de ser el organismo regulador del sector telecomunicaciones, es también la autoridad de competencia del mismo, y se encarga de sancionar conductas anticompetitivas y de analizar las concentraciones empresariales que se producen en el sector ⁽¹⁶⁾.

Igualmente, en **República Dominicana**, el Instituto Dominicano de Telecomunicaciones (INDOTEL), órgano regulador de las telecomunicaciones que también es agencia de competencia; se encarga, además, de resolver las solicitudes de aprobación de las operaciones de concentración económica en el mercado de las telecomunicaciones ⁽¹⁷⁾.

En ese sentido, no solo los argumentos presentados, sino también la experiencia internacional respaldan nuestra posición de que el OSIPTEL, en su calidad de autoridad de competencia en el sector de telecomunicaciones, debería encargarse de evaluar las solicitudes de concentración en este sector.

De acogerse nuestro comentario, respecto a que OSIPTEL sea la autoridad encargada de revisar las fusiones y adquisiciones en el sector telecomunicaciones, este podrá emitir sus propios lineamientos de aplicación de la Ley, tal como lo han hecho el IFT en México y la SUTEL en Costa Rica, ello en la medida que se deben considerar las particularidades del sector en el análisis de las concentraciones.

Cabe indicar que, la aprobación de este tipo de operaciones puede efectuarse a través del Consejo Directivo del OSIPTEL, en su calidad de máxima autoridad, con el apoyo de la Gerencia General y la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, que es el área que propone a la Alta Dirección el marco regulatorio para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, las medidas destinadas a incrementar el bienestar asociado a la prestación y la utilización de dichos servicios; así como de evaluar y analizar los avances en materia de regulación y competencia.

¹⁵ **Ley Federal de Competencia Económica**

“Artículo 61. Para los efectos de esta Ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión no autorizará o en su caso investigará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados”. (Revisado el 05 de febrero de 2018, del portal web de la Cámara de Diputados de México. Dirección URL: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf).

¹⁶ **Ley 8642, “Ley General de Telecomunicaciones”**

“Artículo 56°.- Concentraciones

(...)

Previo a realizar una concentración, los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberán solicitar la autorización de la Sutel, a fin de que esta evalúe el impacto de la concentración sobre el mercado. Dicha autorización se requerirá con el fin de evitar formas de prestación conjunta que se consideren nocivas a la competencia, los intereses de los usuarios o la libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones. (...).”

(Revisado el 05 de febrero de 2018, en el Sistema Costarricense de Información Jurídica (SCIJ). Dirección URL: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=63431&nValor3=91176¶m2=1&strTipM=TC&IResultado=5&strSim=simp).

¹⁷ **Resolución de INDOTEL N° 022-05, “Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones”**

“Artículo 12.- Deber de información

(...)

12.3 Las concentraciones económicas en el sector de las telecomunicaciones deben ser autorizadas por el INDOTEL de conformidad con lo previsto en este Reglamento, y no podrán tener efectos en el mercado mientras no se obtenga la mencionada autorización. (...).” (Revisado el 05 de febrero de 2018, del portal web del INDOTEL. Dirección URL: <https://indotel.gob.do/media/6238/36-resoluci%C3%B3n-no-022-05.pdf>).



El hecho de que sea la máxima autoridad en la institución quien tome las decisiones respecto de las solicitudes de concentración, brinda a los solicitantes mayor predictibilidad respecto de las decisiones, pues se mantiene un criterio uniforme y estas no son evaluadas en una segunda instancia administrativa, como ocurriría en caso las operaciones en el sector fueran evaluadas por el INDECOPI.

Por otro lado, se sugiere que el Proyecto de Ley incluya definiciones generales que pudiesen aclarar conceptos clave como umbral o concentración empresarial sujeta a notificación obligatoria.

3.2. Sobre derogación de competencias asignadas al OSIPTEL

Como se ha señalado anteriormente, el proyecto de Ley deroga la función del OSIPTEL de mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de los servicios públicos de telecomunicaciones, función prevista en el inciso 1) del artículo 77º de la Ley de Telecomunicaciones; así como la función de este Organismo de aplicar la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, prevista en el artículo 17º del Decreto Legislativo N° 1034 ⁽¹⁸⁾ y desconociendo la función de controlar las conductas desleales previstas en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, de acuerdo a lo establecido en la primera disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1044 ⁽¹⁹⁾.

En efecto, conforme puede apreciarse, la Cuarta Disposición Modificatoria ratifica la competencia exclusiva del INDECOPI como autoridad con competencia para aplicar la Ley de Represión de la Competencia Desleal, eliminando de su texto la referencia expresa a la competencia del OSIPTEL para aplicar dicha Ley en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final ratifica la competencia exclusiva del INDECOPI para la aplicación de la Ley de Control de Fusiones, de ser ésta aprobada; y de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1034.

Con relación a la derogación de las mencionadas funciones asignadas por Ley al OSIPTEL, cabe indicar que conforme al artículo 75º del Reglamento del Congreso de la República, uno de los requisitos indispensables de los proyectos de Ley es el análisis de sus fundamentos, efectos y análisis costo-beneficio:

“Artículo 75º.- Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre

¹⁸ Ley de Telecomunicaciones

“Artículo 77.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, 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. (...).”

Decreto Legislativo N° 1034

“Artículo 17.- Del OSIPTEL.-

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.”

¹⁹ Decreto Legislativo N° 1044

“Artículo PRIMERA.- Competencia primaria.-

El control de las conductas desleales se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos.”



la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.(...)” (El subrayado es agregado)

Contrariamente a lo señalado, la propuesta normativa bajo análisis no sustenta –ni siquiera menciona- en su exposición de motivos o en el análisis costo – beneficio cuales serían los fundamentos, efectos o análisis costo –beneficio que justifiquen las razones por las cuales el OSIPTEL debería dejar de ser competente para mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de los servicios públicos de telecomunicaciones; así como para aplicar la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Sin perjuicio de lo antes señalado, a continuación se desarrollan las razones por las cuales consideramos **necesario y beneficioso** para el Estado, el mercado y para la Sociedad **mantener el modelo regulatorio vigente que otorga la competencia al OSIPTEL para aplicar la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Ley de Represión de la Competencia Desleal en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones** e *inconveniente y costoso* despojar al OSIPTEL de las funciones de promoción de competencia y sanción de las conductas anticompetitivas o desleales en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

3.2.1. La labor del OSIPTEL como autoridad de competencia en el ámbito de los servicios públicos de las telecomunicaciones

Desde hace más de dos décadas, el OSIPTEL ha cumplido de manera eficiente, eficaz y transparente su rol como autoridad de competencia encargada de aplicar en el ámbito de los servicios públicos de las telecomunicaciones aquellas normas que prohíben conductas anticompetitivas y actos de competencia desleal, con un balance que consideramos favorable para todos los agentes que participan en el sector de las telecomunicaciones: el Estado, los operadores y los usuarios finales.

En ese sentido, la labor cumplida por el OSIPTEL en esta materia se refleja en las controversias tramitadas y las sanciones impuestas, la eficiencia de este organismo al momento de resolver las controversias y los efectos que tuvieron las decisiones del OSIPTEL en los mercados analizados²⁰.

i. **OSIPTEL cuenta con un Cuerpo Colegiado Permanente para los casos de libre competencia y competencia desleal**

Conforme fue expuesto previamente, en atención a las modificaciones introducidas a los artículos 65° del ROF del OSIPTEL y 95° del Reglamento del OSIPTEL, se dispuso la creación de hasta dos (2) Cuerpos Colegiados Permanentes para conocer y resolver en primera instancia, los procedimientos de solución de controversias sobre libre y leal competencia de forma exclusiva.

De acuerdo a ello, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 072-2017-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo de OSIPTEL ha designado por el período de un (1) año a un Cuerpo

²⁰ Un análisis de la labor del OSIPTEL en materia de casos de libre y leal competencia se puede revisar en: COELLO, Israel, SALAZAR, Eduardo, ANTONIO, Kirschen y CALDERÓN, Andrés. “**Competencia y Regulación. 20 años de jurisprudencia**”. OSIPTEL. Lima, 2014. https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/20a-jurisprudencia/20a_jurisprudencia.html



Colegiado Permanente encargado de conocer y resolver los procedimientos de solución de controversias sobre libre y leal competencia a partir de la fecha, así como de continuar con la tramitación de los procedimientos de solución de controversias respecto de dichas materias que se encontraban anteriormente a cargo de los Cuerpos Colegiados Ad hoc del OSIPTEL.

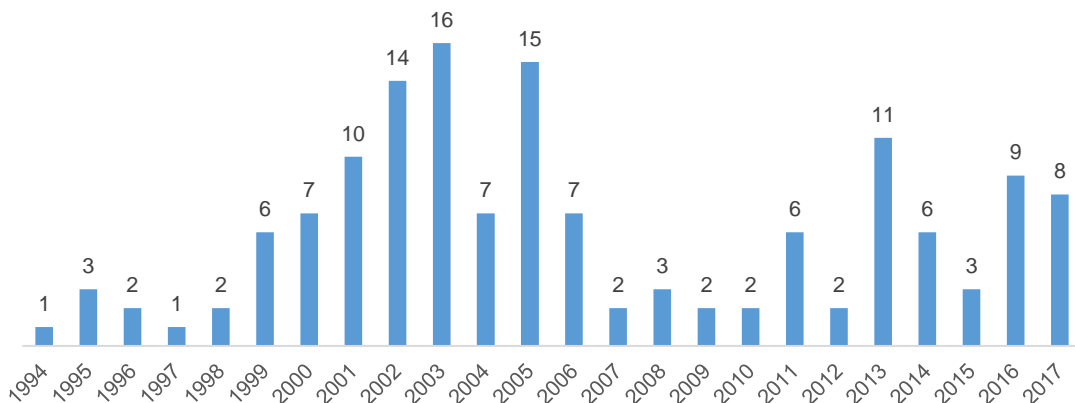
En este sentido, la conformación de un Cuerpo Colegiado Permanente para conocer y resolver los procedimientos de solución de controversias en materias de libre y leal competencia, tiene como objeto brindar mayores beneficios a la tramitación de este tipo de procedimientos, dada su naturaleza y alto nivel de complejidad. Por ello, la creación de un órgano de carácter permanente brindará mayor celeridad a la tramitación de los procedimientos en materia de libre y leal competencia, pues no resultará necesario esperar la designación de Consejo Directivo para cada controversia a iniciarse respecto de dichas materias²¹. Asimismo, la medida busca mantener la unicidad de criterios emitidos por la primera instancia, generando con ello mayor predictibilidad para los administrados sujetos a estos procedimientos.

Finalmente, cabe indicar que mediante la creación de este órgano de carácter permanente, se busca eliminar potenciales conflictos entre la autoridad de competencia y el regulador, buscando así la coherencia entre las políticas de competencia y la regulación sectorial.

ii. OSIPTEL ha aplicado exitosa y eficazmente las normas que prohíben conductas anticompetitivas y desleales

Entre los años 1994 y 2017, el OSIPTEL ha iniciado ciento cuarenta y cinco (145) controversias, incluyendo las relacionadas con infracciones a la Libre y Leal Competencia; así como las relacionadas al marco regulatorio, es decir, las controversias sobre interconexión entre las redes de los operadores, acceso y compartición de infraestructura, entre otras.

Gráfico N° 1: Total Controversias Iniciadas 1994-2017



Nota: En estos años se iniciaron ciento cincuenta y uno (151) controversias, no obstante algunos expedientes fueron acumulados: En 1998 se iniciaron 3 expedientes, pero 2 se acumularon, quedando un total de 2 expedientes, en 2002 se iniciaron 16 expedientes pero 3 se acumularon, quedando un total de 14 expedientes, en 2003 se iniciaron 18 expedientes pero se acumularon 3, quedando un total de 16 expedientes, y en 2005 se iniciaron 16 expedientes, pero se acumularon 2, quedando un total de 15 expedientes.

Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTEL

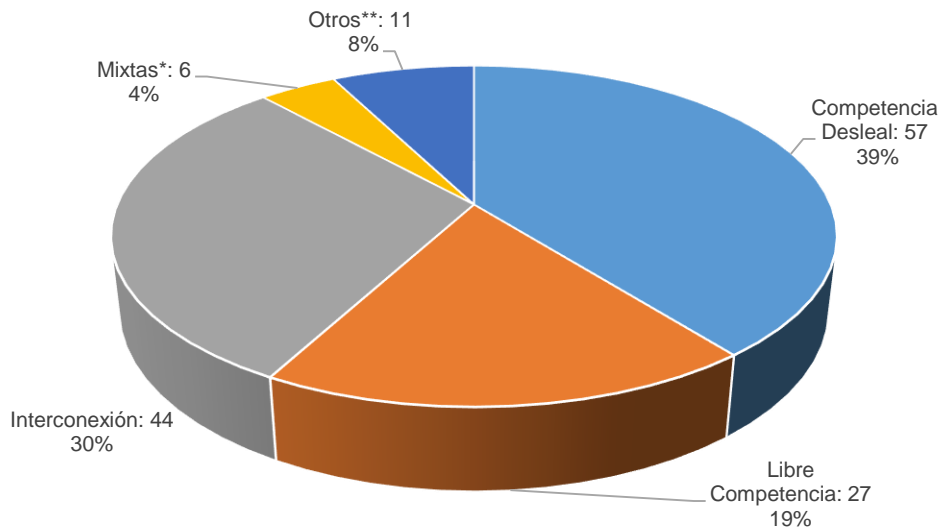
²¹ Con anterioridad a la modificatoria, existía un plazo de diez (10) días hábiles para designar un Cuerpo Colegiado Ad Hoc, cuando se presentaba una denuncia en materia de libre competencia y competencia desleal.



Así, en dicho periodo de tiempo, el OSIPTEL ha tramitado seis (6) controversias por año. Además, tal como se observa en el

Gráfico N° 2, del total de controversias tramitadas, veintisiete (27) de ellas (cerca del 19%), versaron únicamente sobre infracciones a las normas de libre competencia. Asimismo, fueron cincuenta y siete (57) -aproximadamente 39%- las controversias específicas sobre infracciones de competencia desleal. Cabe destacar que si se consideran todas las controversias que involucran temas de libre competencia y competencia desleal, éstas hacen un total de noventa (90) -alrededor del 62%-, lo cual representa la mayor cantidad de las controversias iniciadas en el periodo de análisis. ⁽²²⁾

Gráfico N° 2: Controversias iniciadas según materia, 1994-2017



* Incluye: Competencia Desleal e Interconexión (1); Interconexión y Libre Competencia (2); Libre Competencia y Competencia Desleal (1); Interconexión, Competencia Desleal y Libre Competencia (2).

** Incluye: Acceso y uso compartido de infraestructura (2), Arrendamiento de Circuitos (2) y Participación Infraestructura (7).

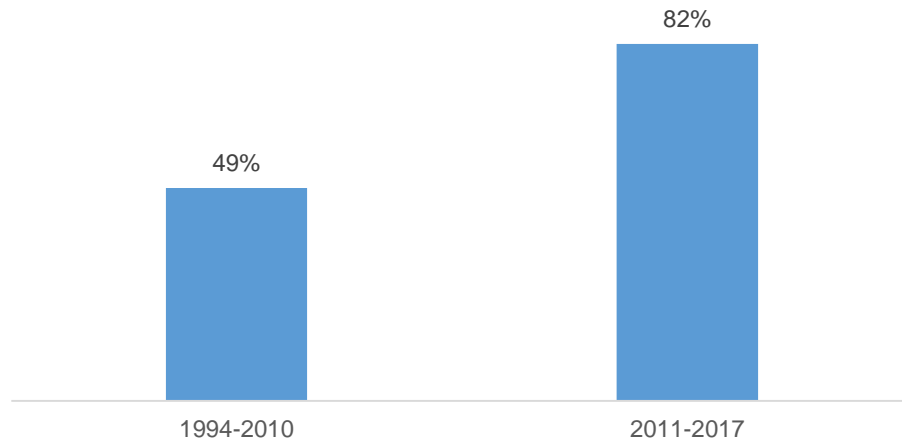
Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTEL

En línea con lo anterior, es importante considerar que la función de solución de controversias viene teniendo una labor cada vez más activa en lo que respecta a la detección y sanción de conductas anticompetitivas y desleales. Así, en los últimos años, entre 2011 y 2017, las controversias referidas a libre competencia y competencia desleal representan aproximadamente el 82% del total de controversias iniciadas en el OSIPTEL, porcentaje que casi duplica al porcentaje de controversias referidas a estas materias iniciados desde 1994 hasta el año 2010.

²² Las noventa (90) controversias sobre infracciones a las normas de libre competencia y competencia desleal consideran: veintisiete (27) controversias sobre libre competencia, cincuenta y siete (57) controversias sobre competencia desleal, y seis (6) controversias sobre temas mixtos que incluyen infracciones a alguna de estas normas.



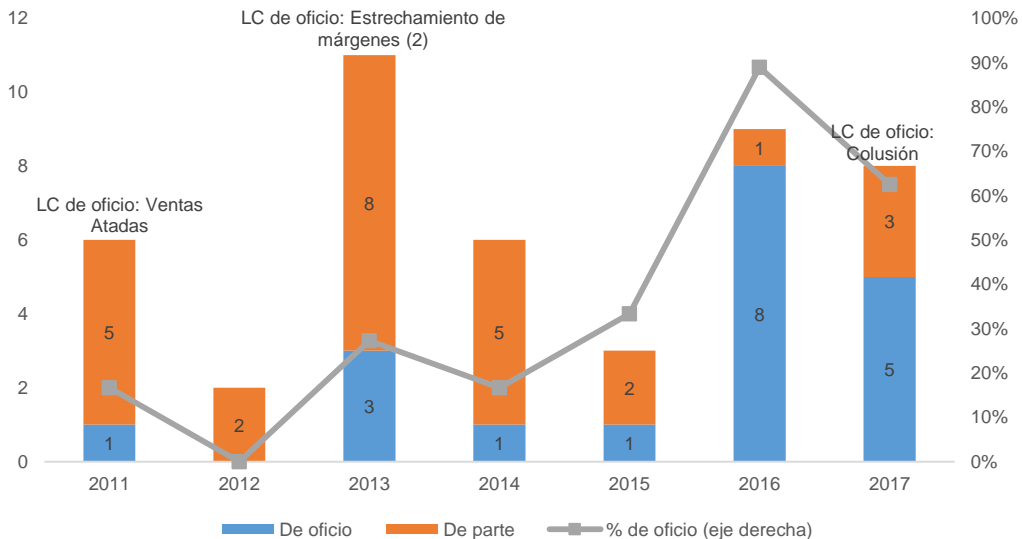
Gráfico N° 3: Porcentaje de controversias iniciadas que involucran infracciones contra las leyes de libre competencia y competencia desleal respecto al total de controversias*



Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTEL

Estos resultados corresponden al hecho de que en los últimos años se han priorizado las investigaciones para detectar conductas anticompetitivas o desleales, en base a seguimientos de mercado, o información de empresas u otras gerencias del OSIPTEL, lo cual ha derivado en una mayor actividad respecto a controversias iniciadas de oficio. Cabe destacar que desde el año 2011, de las 15 controversias iniciadas de oficio, 4 son de libre competencia, y las otras 11 de competencia desleal.

Gráfico N° 4: Porcentaje de controversias iniciadas de oficio desde el año 2011



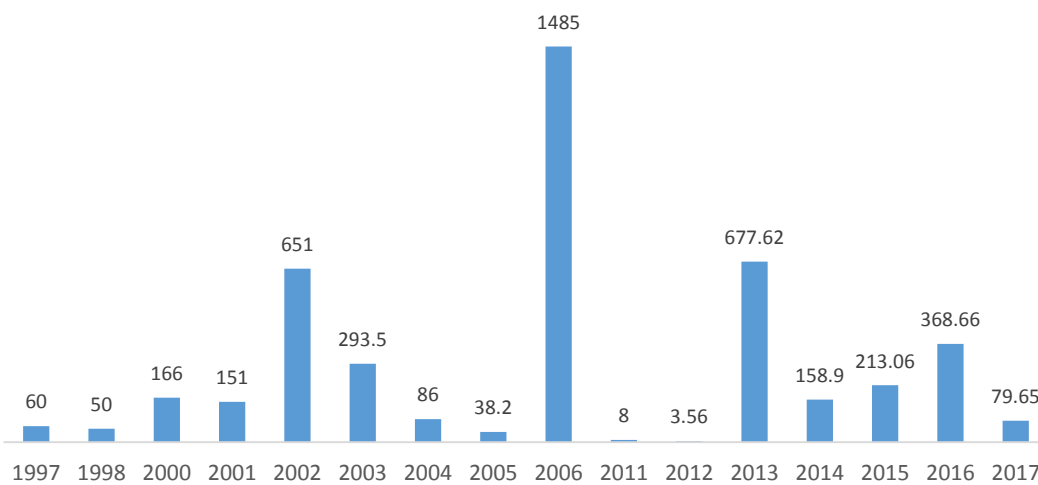
Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTEL

Así, la efectiva labor del OSIPTEL ha servido para impedir o detener graves actos de abuso de posición de dominio, así como para sancionar a las empresas infractoras respecto de estas materias. En efecto, el OSIPTEL ha sancionado diversos casos de abuso de posición de dominio en el mercado de servicios públicos de las telecomunicaciones: trato discriminatorio orientado a excluir al competidor (que afectaba a Red Científica Peruana); negativas injustificadas a contratar (red de postes para instalar



los cables de empresas de televisión por cable); contratos de exclusividad con efectos anticompetitivos sobre el mercado de televisión por cable; estrategias para incrementar inválidamente los costos del rival (bombardeo de llamadas sin identificación a las centrales de AT&T), o estrategias de ventas atadas (caso iniciado de oficio contra Telefónica del Perú por atar la contratación del servicio de acceso a internet fijo al servicio de telefonía fija). En algunos casos, se han impuesto elevadas multas dada la gravedad de las infracciones detectadas, como, por ejemplo: 1,097 UIT a la empresa Telefónica del Perú S.A.A. ⁽²³⁾.

Gráfico N° 5: Sanciones impuestas en primera y segunda instancia, en UIT (Según el año en que quedó firme en instancia administrativa)



Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTEL

Conforme se ha podido observar, la labor del OSIPTEL en la resolución de controversias sobre libre y leal competencia ha sido eficaz, ya que se sancionó de manera ejemplar cuando se consideró que los hechos de la materia controvertida dañaron efectivamente la competencia y, por lo tanto, a los usuarios finales.

Asimismo, la eficacia del OSIPTEL en la solución de controversias entre empresas ha sido corroborada en la vía judicial, puesto que se advierte que las controversias que han sido impugnadas ante dicha instancia, y que a la fecha ya han sido concluidas, cuentan con índice de confirmación del 100%.

iii. OSIPTEL es eficiente en la resolución de las controversias que tramita

OSIPTEL resuelve los casos sobre libre y leal competencia en un tiempo razonable si este se compara con el plazo para resolver estos procedimientos a nivel internacional o incluso en el Perú. En efecto, las 90 controversias que versaron sobre estos temas y que se resolvieron en primera instancia entre 1997 y 2017, fueron resueltas en menos de 10 meses en promedio, el mismo que se reduce a poco menos de 9 meses si se considera únicamente los últimos 5 años, es decir, el período 2013-2017. Al respecto, si en este

²³ Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL. Esta resolución fue confirmada en segunda instancia administrativa y en el Poder Judicial.



último período se considera el promedio de tiempo de resolución no sólo de primera instancia sino también de segunda instancia (en los casos que corresponda), este aumenta a cerca de 11 meses.²⁴

Asimismo, como se demostró en el Informe N° 003-GRE/2006, tanto las controversias como los casos de oficio sobre libre competencia que fueron analizados por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI en el periodo 1998 – 2003 (²⁵), se resolvieron en un promedio de quince (15) meses, considerando doble instancia (²⁶). Cabe resaltar también que, de acuerdo a la información del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (TDLC) actualizada al 31 de marzo de 2017, las causas contenciosas terminadas en sentencia vista por esta institución duran, en promedio, desde el ingreso de la demanda o requerimiento hasta la dictación de la sentencia del TDLC, veintiún (21) meses (²⁷).

En ese sentido, la labor del OSIPTTEL, a través de sus Cuerpos Colegiados y del Tribunal de Solución de Controversias, ha sido eficiente al resolver las controversias en un tiempo reducido, toda vez que el plazo promedio de casi 11 meses para resolver las controversias de libre competencia y competencia desleal en OSIPTTEL es de los más bajos comparativamente con otros países.

iv. OSIPTTEL es transparente en sus procesos

El OSIPTTEL emitió, en el año 2000, lineamientos para la aplicación de la norma de libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones (²⁸) y en el año 2002, lineamientos para la aplicación de las normas de competencia desleal en el ámbito de las telecomunicaciones, con la finalidad de difundir los criterios de interpretación que se tendrían en cuenta al momento de investigar y resolver sobre las conductas infractoras de las normas de competencia. Estos lineamientos han sido extensamente utilizados tanto por los operadores de telecomunicaciones como por el regulador.

Posteriormente, el año 2016 se emitieron nuevos lineamientos generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas y Desleales en el Ámbito de las Telecomunicaciones²⁹, que recogen los cambios normativos así como criterios de interpretación en materia de libre y leal competencia que el OSIPTTEL viene utilizando en la solución de controversias por más de dos décadas.

²⁴ Cabe destacar que en el cómputo de este plazo considerando la segunda instancia no se toma en cuenta el periodo en el que el Tribunal de Solución de Controversias no sesionaba por falta de quorum al no estar nombrado el número mínimo de miembros, esto es entre el 7 de noviembre de 2013 y el 22 de diciembre de 2015.

²⁵ Se refiere a la información más completa que se encuentra disponible en el “Compendio de Legislación y Jurisprudencia de la Libre Competencia en la Comunidad Andina 1994-2004”, el cual contiene información disponible del INDECOPI desde el año 1994 hasta 2003. No obstante, información completa, es decir de todos los expedientes por año, se encuentra desde el año 1998.

²⁶ Esta información fue extraída del “Compendio de Legislación y Jurisprudencia de la Libre Competencia en la Comunidad Andina 1994-2004”.

²⁷ Para mayor detalle puede consultarse el siguiente enlace (última visita: 20/02/2018: <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/Estadisticas/31marzo2017/Contenciosas-Duracion.pdf>

²⁸ Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el ámbito de las Telecomunicaciones, Resolución de Consejo Directivo N° 003-2000-CD/OSIPTTEL, publicada el 08 de febrero del 2000. Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones, Resolución de Consejo Directivo N° 075-2002-CD/OSIPTTEL, publicada el 17 de diciembre del 2002.

²⁹ Lineamientos aprobados mediante Resolución N° 006-2016-TSC/OSIPTTEL y 007-2016-TSC/OSIPTTEL, y publicados el 24 de junio de 2016 en el Diario Oficial el Peruano a partir de la Resolución de Consejo Directivo N° 077-2016-CD/OSIPTTEL.



Al respecto, debe considerarse que el OSIPTEL ha venido respetando constantemente los lineamientos que ha establecido para la aplicación de las leyes de defensa de la competencia, de tal manera que, pese a que cada procedimiento cuenta con particularidades y connotaciones distintas, los agentes de mercado conocen las líneas generales por las que la autoridad desarrollará el análisis de los casos, de tal manera que el sistema de solución de controversias en materia de libre competencia y competencia desleal, ha funcionado de forma eficiente, en base a los lineamientos que los órganos de solución de controversias han sabido mantener a lo largo de los años.

v. **Las decisiones en materia de Libre y Leal Competencia del OSIPTEL han generado beneficios para el mercado**

Conforme se ha desarrollado en el numeral III.2.1.2., las decisiones del OSIPTEL en materia de Libre y Leal Competencia han generado beneficios en el mercado de telecomunicaciones, particularmente, en el de televisión por cable, de larga distancia e internet, cuando en éstos se encontró que existían prácticas que dañaban la competencia y perjudicaban a los consumidores.

En tal sentido, respecto del mercado de televisión por cable, en el Expediente N° 006-99, se determinó la comisión de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de celebración de contratos de exclusividad entre Telefónica Multimedia S.A.C. y las empresas productoras de contenidos Turner Broadcasting System Latin America Inc. y Fox Latin American Channel Inc, la cual tuvo como consecuencia el desplazamiento de competidores establecidos y potenciales de televisión por cable y la eliminación de opciones para los consumidores, así como la eliminación de la competencia por precios.

En atención a ello, se sancionó la infracción y se ordenó dejar sin efecto las cláusulas de exclusividad, lo que permitió que otras empresas de televisión por cable pudieran retransmitir las señales de Turner Broadcasting System Latin America Inc. y Fox Latin American Channel Inc, lo cual fue uno de los factores que permitió fomentar el proceso competitivo en el mercado de televisión por cable.

Asimismo, en el mercado de televisión por cable, también se han evaluado casos sobre temas respecto a los cuales, hasta la fecha, la Comisión de Competencia Desleal del INDECOPI no ha tenido la oportunidad de emitir un pronunciamiento. Así, por ejemplo, en el OSIPTEL se vienen tramitando casos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, en específico, el supuesto contenido en el literal “a” del artículo 14.2° del Decreto Legislativo N° 1044 ⁽³⁰⁾, tema sobre el cual la Comisión de Competencia Desleal del INDECOPI no ha tramitado casos ⁽³¹⁾.

Cabe destacar que la casuística referida a competencia desleal en la modalidad de violación de normas analizada por el OSIPTEL ha sido amplia en los últimos años. Al respecto, las instancias de solución de controversias del OSIPTEL han venido sancionando la ventaja significativa obtenida por las empresas operadores del servicio de televisión por cable que operan sin título habilitante, o que piratean señales, evitando

³⁰ Sobre este tema, en el OSIPTEL se vienen tramitando dos procedimientos (Expedientes 003-2011-CCO-ST/CD y 004-2011-CCO-ST/CD).

³¹ Sobre este tema, mediante Oficio N° 086-2011/CCD-INDECOPI del 29 de noviembre de 2011, la Comisión de Competencia Desleal del INDECOPI informó, ante un requerimiento del OSIPTEL, que -a la fecha- no se había tramitado algún caso sobre el supuesto de violación de normas acreditado mediante la decisión previa y firme de la autoridad competente.



costos que sus competidores formales sí deben cubrir. En ese sentido, la sanción de este tipo de actividades desleales busca corregir distorsiones introducidas por costos evitados de forma ilícita, evitando también un perjuicio a los usuarios que se ven indefensos antes empresas informales, y buscando el funcionamiento eficiente del mercado.

Por otro lado, en el mercado de larga distancia, en el expediente N° 003-2001, en la demanda presentada por AT&T Perú S.A. (actualmente América Móvil Perú S.A.C.)³² contra Telefónica del Perú S.A.A., se determinó en lo referido a la protección de las normas de libre competencia que la demandada había saboteado los medios de interconexión entre la red fija de la AT&T Perú S.A. y su red de larga distancia, a través de la generación de un gran número de llamadas sin identificación automática de número entre noviembre de 1999 y octubre de 2000.

En dicho caso, se sancionó a Telefónica del Perú S.A.A. por abuso de posición de dominio en la modalidad de incremento de costos del rival. Dicho pronunciamiento permitió a AT&T Perú S.A. seguir expandiendo su servicio respecto de las llamadas de larga distancia en la modalidad de preselección. En tal sentido, luego de lo resuelto y del establecimiento del sistema llamada por llamada, se generó mayor confianza para la inversión en este segmento del mercado, lo cual provocó el surgimiento de una diversidad de operadores de larga distancia y que las tarifas se reduzcan en beneficio del usuario final del servicio.

Respecto al mercado de internet, es importante considerar el expediente N° 001-1996, en el cual la Red Científica Peruana (en adelante RCP) denunció a Telefónica del Perú S.A.A. por negarse injustificadamente a brindarle el acceso a Internet y por trato discriminatorio y desigual, en lo que se refiere a medios de transmisión tanto de circuitos como de telefonía fija. En este caso, el Cuerpo Colegiado declaró fundada la demanda y ordenó a Telefónica del Perú S.A.A. el cese del trato discriminatorio. Esta acción fue importante para este mercado mostrando una importante expansión en términos de abonados y proveedores.

De otro lado, se inició de oficio una controversia contra Telefónica del Perú S.A.A. (expediente 005-2011) por la realización de una conducta de abuso de posición dominante en la modalidad de ventas atadas, a través de la cual vinculaba la contratación del servicio de acceso a internet, a la contratación de su servicio de telefonía fija, de tal manera que si un usuario quería contratar el servicio de acceso a internet de dicha empresa, debía también contratar su servicio de telefonía fija. En este procedimiento se declaró fundada la denuncia de oficio, imponiéndose una multa y ordenándose a la empresa que cese la conducta, evitando realizar cualquier conducta de efecto equivalente. De esta manera, se protegió el proceso competitivo en el mercado de telefonía fija, en el cual Telefónica del Perú S.A.A. enfrentaba mayor competencia, y a donde pretendía trasladar la posición de dominio que ostenta en el mercado de acceso a internet fijo. Es importante señalar que esta intervención del OSIPTEL aplicando las normas de defensa de la competencia ha facilitado la implementación de medidas de política como la portabilidad numérica en el servicio de telefonía fija, así como el ingreso a dicho mercado de operadores como Entel Perú S.A. o Viettel Perú S.A.C., entre otros.

Finalmente, debe considerarse que los resultados de las controversias de libre competencia y competencia desleal han servido como mecanismos de retroalimentación

³² Cabe destacar que AT&T Perú S.A. fue adquirida por Telmex Perú S.A., la cual posteriormente fue absorbida por América Móvil Perú S.A.C.



para mejorar la regulación del sector, en particular, cabe mencionar los temas de compartición de infraestructura, interconexión, roaming, y empaquetamiento de servicios y ventas atadas.

3.2.2. Análisis costo-beneficio de la eliminación de la competencia del OSIPTEL en la aplicación de las normas de Libre y Leal Competencia en el mercado de los servicios públicos de las telecomunicaciones.

i. *El cambio del diseño actual generaría un retroceso del proceso de fortalecimiento de la institucionalidad en el Perú*

Uno de los costos más importantes que la sociedad tendría que asumir de aprobarse la referida iniciativa normativa es que el cambio del diseño actual significaría el debilitamiento de la institucionalidad en el Perú, en tanto desconoce una competencia que ha sido ejercida por el OSIPTEL de manera eficaz, eficiente y transparente y que fue asignada a esta institución desde hace más de dos décadas.

Es así que, a lo largo de los años, los pronunciamientos emitidos por las instancias de solución de controversias han contribuido al desarrollo de la regulación de telecomunicaciones en nuestro país a través de una retroalimentación constante, pues muchos de las controversias suscitadas ante las instancias de solución de conflictos del OSIPTEL han dado origen a la emisión de la normativa sectorial vigente – por ejemplo aspectos regulatorios como la interconexión de redes o al acceso y uso compartido de infraestructura - con el propósito de establecer obligaciones para los operadores a fin de facilitar la dinámica competitiva desde una perspectiva de intervención ex ante normativa respecto al acceso y uso compartido de infraestructura o a la interconexión de redes.

En efecto, en un contexto en el que existen iniciativas para el fortalecimiento de las funciones de los organismos reguladores, la presente iniciativa debilita al regulador despojándolo de una de sus principales funciones como es la de velar por la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones en beneficio de toda la sociedad. Además, una medida como la propuesta por el Proyecto materia de evaluación, eliminaría la retroalimentación constante existente entre la intervención ex ante y ex post del OSIPTEL.

ii. *Regulación y Competencia, visión general de los efectos de las conductas realizadas por las empresas en la economía en general*

A diferencia de lo que ocurre en una agencia de competencia, que centra su análisis en la defensa del proceso competitivo, en el OSIPTEL confluyen, entre otras labores de suma importancia, la función reguladora, la normativa y la de solución de controversias: las cuales pueden versar sobre infracciones a la libre y leal competencia.

Las labores de regulación (normativa y reguladora) y de promoción de competencia constituyen herramientas que permiten al organismo regulador mejorar las condiciones del sector en el cual interviene, considerando -entre otros factores- las condiciones de competencia en las que se encuentre el mercado, la cantidad de empresas competidoras, la existencia de barreras (legales, estructurales o estratégicas) o la existencia de costos hundidos.



En ese sentido, en un organismo regulador convergen diversos criterios de análisis que tornan en innegable la mejor posición que ostenta el regulador para evaluar, en función al caso en concreto, si resulta aplicable la normativa de defensa de la libre y leal competencia, tomando en consideración los alcances del marco regulatorio y los criterios que considere más provechosos para el mercado regulado ⁽³³⁾.

En efecto, en el ejercicio de la función de solución de controversias del OSIPTEL se han presentado numerosos casos en los cuales la regulación (ex ante) y la solución de controversias se han complementado, existiendo una retroalimentación constante.

La retroalimentación que se da entre las funciones ex ante –la función normativa y reguladora- y ex post- la solución de controversias- en el sector de telecomunicaciones puede ser vista desde una doble dimensión: **(i)** Si en el proceso de regulación –incluidos los requerimientos de información periódica del regulador, se encuentran indicios de conductas que resultan anticompetitivas o desleales, dicha información es remitida a la Secretaría Técnica, a fin de que investigue dichas conductas; **(ii)** Si la solución de un caso o de un grupo de casos hace notar que existe un vacío, una deficiencia o algún aspecto para mejorar en la regulación (en especial para promover la competencia en cierto mercado), la Secretaría Técnica o las instancias de solución de controversias realizan sugerencias a los órganos encargados de la regulación del sector de telecomunicaciones.³⁴

Ello, resulta imperativo en el sector de las telecomunicaciones; por cuanto, conforme al marco normativo vigente, para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, rige el principio de supletoriedad, según el cual el OSIPTEL aplica la normativa sectorial específica; y, supletoriamente, las normas de libre y leal competencia ⁽³⁵⁾.

iii. La especialización alcanzada en el mercado de las telecomunicaciones por parte del OSIPTEL permite un análisis más riguroso en sus pronunciamientos

Producto de la experiencia obtenida durante estos años y de la constante capacitación de sus funcionarios, el OSIPTEL se ha especializado en el análisis del mercado de las telecomunicaciones y en la evaluación de prácticas que afecten el proceso competitivo en este sector tan especializado, dinámico y complejo.

³³ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. (2003) ¿Es la política de competencia "supletoria" de la regulación de telecomunicaciones? *Ius et veritas*. Lima, Año 13, No. 27, pp. 99.

³⁴ COELLO, Israel, SALAZAR, Eduardo, ANTONIO, Kirschen y CALDERÓN, Andrés. **"Competencia y Regulación. 20 años de jurisprudencia"**. OSIPTEL. Lima, 2014. https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/20a-jurisprudencia/20a_jurisprudencia.html

³⁵ Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones

"111. Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos Nos. 701 y 807, las del Decreto Ley 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas".

Artículo 250º del Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones: "En lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia".

Artículo 12º del Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL: "Principio de Supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL".



Tal como se ha mencionado anteriormente, el sector de las telecomunicaciones además de ser un sector muy dinámico y complejo por la rapidez de los cambios y por la convergencia tecnológica, se caracteriza -entre otros- por la existencia de segmentos poco competitivos y segmentos competitivos o con elevado potencial competitivo, por la participación de empresas integradas verticalmente que -además- son empresas multiproducto (es decir que a través de la misma infraestructura ofrecen más de un producto o servicio), por la existencia (usualmente) de altos costos de cambio de operador para los usuarios y por la importancia de los temas de acceso a la infraestructura de otras empresas. Así por ejemplo, el OSIPTEL en su calidad de agencia de competencia ha analizado casos de estrechamiento de márgenes, precios predatorios y elevación de costos del rival, conductas que típicamente se presentan en mercados de telecomunicaciones, y que requieren un alto nivel de especialización y conocimiento del sector.

En atención a ello, autores como PHUMPIU y QUINTANA consideran que en la medida que INDECOPI no cuenta con la experiencia y especialización alcanzada por el OSIPTEL en la evaluación del mercado de telecomunicaciones, la transferencia de funciones podría implicar que se dejen de sancionar casos de gran complejidad pero cuyos efectos perjudiciales sobre el mercado sean considerables ⁽³⁶⁾.

Puede señalarse, entonces, que la reasignación de roles para la aplicación de las normas de competencia en el sector telecomunicaciones tendría efectos inconvenientes para la sociedad, que no se verían superados por la ventaja esperada de contar con un esquema institucional de defensa de la competencia en una sola autoridad.

iv. **Mayores costos para las empresas que ofrecen servicios públicos de telecomunicaciones**

Desconocer la competencia del OSIPTEL en la aplicación de la normativa de libre y leal competencia, ocasionaría que los proveedores de los servicios públicos de telecomunicaciones tengan que asumir costos que en la actualidad no asumen. En efecto, tramitar un caso de prácticas anticompetitivas ante el INDECOPI supone realizar un pago equivalente a dos mil quinientos noventa y seis y cuatro centavos de soles (S/. 2, 596.04). En similar sentido, la tramitación de un caso por competencia desleal ante el INDECOPI implicaría realizar un pago equivalente a mil cuatrocientos quince y diecisiete centavos de soles (S/. 1,415.17) ⁽³⁷⁾.

En el caso del OSIPTEL, las empresas que presentan una denuncia ante este Organismo no asumen estos costos, en tanto se considera que todos estos trámites son cubiertos por el pago efectuado de la tasa de supervisión.

Esto es un hecho muy importante a considerar, teniendo en cuenta que usualmente son empresas pequeñas las que demandan la intervención del OSIPTEL, pues al verse afectadas por prácticas ilegales, presentan denuncias contra otras empresas medianas

³⁶ PHUMPIU CHANG, Paul Fernando y QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. (2007). Control de conductas anticompetitivas en telecomunicaciones: la competencia en disputa. Foro empresarial. Lima, Año 1, No. 1, p.p. 40.

³⁷ Cabe resaltar que por ejemplo, para el caso de los procedimientos en materia de competencia desleal, los administrados deben pagar tasas diferenciadas a efectos de solicitar ciertas actuaciones durante el curso del procedimiento, como es el caso de solicitar el dictado de medidas cautelares, o la presentación de solicitudes de inspecciones a cargo de la autoridad. Fuente: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/1355133/TUPA+CCD+DICIEMBRE+2018.pdf/9bf9c448-4dcf-19bd-8154-a2a9d12c3fdc>. Última Visita: 20 de febrero de 2018.



o grandes. En tal sentido, la imposición de los costos arriba señalados para tramitar los casos de libre competencia y competencia desleal serían un desincentivo para que los operadores medianos o pequeños presenten denuncien prácticas perjudiciales para el mercado, lo cual podría llevar a que no se corrijan algunas distorsiones.

Asimismo, las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones se encuentran habituadas al mecanismo de solución de controversias seguido ante el OSIPTEL, por lo que una variación en las competencias asignadas a este organismo conllevaría también un costo de aprendizaje para los administrados, ya que estos recurren de manera directa al OSIPTEL y no al INDECOPI para solucionar sus conflictos.

v. Predictibilidad para el administrado

El OSIPTEL ha diseñado mecanismos orientados a generar predictibilidad a los agentes en el mercado. Su labor ha sido proactiva al elaborar y difundir, por ejemplo, criterios de aplicación de las normas sobre defensa de la competencia mediante: (i) la emisión de los Lineamientos para la aplicación de las normas sobre Libre Competencia en el ámbito de las Telecomunicaciones, los cuales fijan los criterios de interpretación aplicados por OSIPTEL al momento de investigar conductas anticompetitivas, y (ii) la emisión de los Lineamientos para la aplicación de las normas sobre Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones, los cuales fijan los criterios de interpretación aplicados por OSIPTEL al momento de investigar conductas desleales.

Esta labor ha permitido difundir el trabajo y la experiencia adquirida durante todos estos años en el tratamiento de los casos en materia de libre y leal competencia, contribuyendo a generar predictibilidad en sus decisiones, poniendo en conocimiento de las empresas operadoras los principales criterios asumidos en el tratamiento e investigación de conductas anticompetitivas y desleales, así como brindando una perspectiva histórica de los pronunciamientos emitidos y de la evolución del propio mercado de telecomunicaciones.

Por otro lado, cabe indicar que la aplicación de las normas de libre y leal competencia por parte de las instancias de decisión del INDECOPI y de OSIPTEL (Comisión de Libre Competencia/Tribunal de Defensa de la Competencia y Cuerpos Colegiados/Tribunal de Solución de Controversias) no ha generado criterios contradictorios. Dicha probabilidad es menor, considerando que en todos los casos que el OSIPTEL conoce, solicita al INDECOPI le remita sus criterios interpretativos para la aplicación de las normas de defensa de la competencia, de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento del OSIPTEL.

Finalmente, conforme fue expuesto previamente, la conformación de un Cuerpo Colegiado Permanente del OSIPTEL que se encargue de conocer y resolver controversias en materia de libre y leal competencia, constituye un aporte significativo para garantizar la predictibilidad de los pronunciamientos emitidos por el OSIPTEL, toda vez que al tratarse de un órgano de vocación permanente, busca la unicidad de criterios en dichas materias.

vi. El manejo de información por parte del OSIPTEL

Un insumo de especial relevancia para la investigación de una práctica anticompetitiva o desleal es la data sobre el mercado a investigar. En tal sentido, el OSIPTEL cuenta con



un abundante flujo de información por parte de las empresas reguladas, muchas de las cuales periódicamente envían data relativa a diversos indicadores de cobertura, penetración, número de líneas/conexiones, tráfico, ingresos, etc., que permiten medir su participación y crecimiento en el mercado, lo cual a su vez facilita el permanente y constante seguimiento de los mercados de telecomunicaciones, favoreciendo así la detección oportuna de posibles prácticas lesivas a la libre y leal competencia.

En atención a ello podemos considerar que una fuente importante de provisión de información sobre el sector de telecomunicaciones se encuentra establecida en atención a la Resolución de Consejo Directivo N° 096-2015-CD/OSIPTEL, modificada por la Resolución de Consejo Directivo N° 150-2016-CD/OSIPTEL, mediante la cual se dispone la presentación de información periódica por parte de empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones sobre diversos servicios como: telefonía fija, teléfonos públicos, telefonía móvil, televisión por cable, entre otros.

Asimismo, debe señalarse que en atención al Requerimiento de Información Anual que se efectúa a las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y América Móvil Perú S.A.C., se obtiene información relevante sobre las principales empresas operadoras en el mercado de las telecomunicaciones en el Perú.

En tal sentido, los procesos continuos de recolección de información por parte del OSIPTEL permiten a este Organismo, de ser el caso, contar con mayores elementos de juicio para evaluar la comisión de conductas anticompetitivas o que constituyan supuestos de competencia desleal.

Contrariamente a lo señalado, el desconocer las funciones del OSIPTEL para aplicar las normas de libre y leal competencia en el sector de las telecomunicaciones implicaría un aumento de los costos y la dilación de los procedimientos, al tener el INDECOPI que requerir información al regulador sobre el mercado regulado, ocasionando con ello mayores costos para el Estado y para la Sociedad, con la consecuente disminución de eficiencia en el trámite de los procedimientos de solución de controversias por libre y leal competencia en el sector de las telecomunicaciones.

En ese orden de ideas, la aprobación del proyecto de Ley N° 367/2016-CR que busca otorgar competencias exclusivas al INDECOPI para resolver casos de libre y leal competencia, incluyendo los servicios públicos de telecomunicaciones, desconocería esta mejor posición informativa con la que cuenta el OSIPTEL para evaluar la comisión de conductas anticompetitivas o que constituyan supuestos de competencia desleal ⁽³⁸⁾.

³⁸ En ese mismo sentido, QUINTANA SANCHEZ, Eduardo señala lo siguiente:

“Es en base al ámbito de sus funciones y a su relación con los agentes supervisados e información disponible, que la autoridad de competencia supervisará todas las industrias y actividades económicas, mientras que los reguladores se circunscriben a una sola. No obstante, si bien la autoridad de competencia y el regulador pueden tener ciertas dificultades para acceder a la información sobre el mercado y los agentes supervisados, cabe destacar que el regulador se encuentra en mejor situación para obtenerla por tres razones que se enumeran a continuación:

- 1) La función regulatoria se centra en una industria específica y la aplicación de normas de competencia no;*
- 2) El regulador tiene relaciones de largo plazo con las empresas reguladas y las agencias de competencia no;*
- 3) El regulador tiene procesos continuos de recolección de información.*

La reducida información disponible para las agencias de competencia hacen que, por lo general, enfrente mejor los casos basados en evidencia cualitativa- discriminación y concertación de precios, restricciones verticales- que aquellos basados en evidencia cuantitativa –predación, colusión tácita, precios de acceso-. Por el contrario, los reguladores pueden enfrentar mejor estos últimos casos debido a la información con la que cuentan”.

Loc. Cit. (QUINTANA SANCHEZ, Eduardo)



3.3. Comentarios Específicos

A continuación, consideramos pertinente realizar los siguientes comentarios sobre algunos de los aspectos del Proyecto de Ley:

Artículo 5:

El Proyecto de Ley comprende, en el ámbito de aplicación de la Ley, a todos los sectores de la economía y establece umbrales de aplicación general. Al respecto, dados los costos involucrados en la tramitación de una solicitud de aprobación de una operación de concentración, tanto para la autoridad de competencia como para los administrados, es de suma relevancia determinar correctamente los umbrales, de tal forma que únicamente las operaciones que presenten algún riesgo potencial de afectación a la dinámica competitiva sean evaluadas.

Si bien el Proyecto de Ley contempla el establecimiento de umbrales, se sugiere considerar –adicionalmente– la posibilidad de acotar la Ley a ciertos sectores que podrían generar un mayor impacto sobre el consumidor, la economía y el proceso competitivo.

En función a estos criterios, se sugiere evaluar la inclusión en el ámbito de la Ley a sectores como los siguientes: telecomunicaciones, energía, hidrocarburos, *retail* o de consumo masivo. Por el contrario, sectores considerados netamente exportadores como, por ejemplo, minería podrían no considerarse en el ámbito de la Ley en tanto la formación de sus precios obedece a las fuerzas de oferta y demanda, a partir de las cuales se establecen precios de referencia internacionales y, del mismo modo, la probabilidad de que se impacte el mercado local es reducida, pues los productos se dirigirían a mercados externos.

Ahora bien, en caso se aplique la Ley a todos los sectores sin restricción, se sugiere la determinación de un umbral particular para el sector de telecomunicaciones. Ello debido a que se trata de un sector con características muy particulares y en el cual las decisiones afectarían a un número significativo de usuarios.

De una revisión de la experiencia internacional, se ha identificado que países con niveles similares al PBI peruano, poseen umbrales aplicables a todos los sectores, que van desde los 13 millones de dólares, aproximadamente. En particular, Chile contempla la notificación de la operación si las ventas de una de las partes involucradas es superior a alrededor de 13 millones de dólares³⁹ o si las ventas conjuntas son superiores a los 80 millones de dólares⁴⁰ aproximadamente⁴¹. En el caso de Colombia, las ventas conjuntas o individuales deben superar los 16.5 millones de dólares⁴² para que estas pasen por un proceso de aprobación previa por parte de la autoridad de competencia⁴³.

En el caso de las empresas de telecomunicaciones en el Perú, se ha planteado un umbral para determinar si una empresa debe realizar o no contabilidad separada. Anteriormente, ese umbral estaba fijado en 15 millones de dólares de ingresos operativos anuales, monto similar

³⁹ El umbral corresponde a 290,000 unidades de fomento (UF) y la UF el 31 de diciembre de 2017 ascendió a 26 798.14 CLP, mientras que el tipo de cambio al 5 de febrero de 2018 fue de 602.636 CLP por dólar.

⁴⁰ El valor conjunto asciende a 1,800,000 UF.

⁴¹ De acuerdo con Resolución Exenta N° 667 de la Fiscalía Nacional Económica. Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Res_667.pdf

⁴² El umbral para el 2018 corresponde a 60,000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y el salario mínimo mensual en Colombia para 2018 es de 781,242 COP, mientras que el tipo de cambio al 5 de febrero de 2018 fue de 2,843 COP por dólar.

⁴³ Según Resolución 88920 de 2017, de la Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/012018/RES-88920.pdf>



al observado en las solicitudes de concentración para todos los sectores en Colombia y Chile. Sin embargo, mediante Decreto Supremo N° 005-MTC-2015, se determinó que este umbral representara el 1% de los ingresos operativos de todos los operadores del sector.

De acuerdo al Informe N° 328-GPRC/2014, dicho valor requería ser actualizado, pues los ingresos operativos de las empresas continuaban creciendo y se generaba una obligación de contabilidad separada para empresas pequeñas respecto de los ingresos operativos totales del sector.

Se sugiere considerar este mismo criterio para la determinación del umbral individual, lo cual en la actualidad representaría alrededor de 57 millones de dólares o alrededor de 46,200 UIT.

En el caso de una facturación conjunta, se considera a nivel internacional usualmente entre 5 y 10 veces el monto del umbral individual. En este caso, considerando que el umbral individual representa un valor significativo, se considera que este debe multiplicarse por 5, siendo 285 millones de dólares o alrededor de 231,000 UIT el umbral mínimo conjunto que deben poseer los operadores para solicitar autorización previa.

Se considera que el umbral planteado en el literal a) del Proyecto de Ley resulta sumamente alto para considerarlo de forma individual, incluso para una empresa de telecomunicaciones, por lo que se sugiere utilizar los umbrales planteados para el sector.

En relación a los literales b) y c), no queda claro por qué se establecería umbrales para operaciones que, de acuerdo con el artículo 4.2, no se consideraría que existe un acto de concentración.

Artículo 6:

El punto 6.1.b.2., hace referencia a la posibilidad de que la Comisión autorice la operación estableciendo con determinadas condiciones que compensen la disminución sustancial de la competencia.

Al respecto, se sugiere especificar que las referidas condiciones establecidas por la autoridad deberían estar dirigidas a solucionar el problema de la generación real o potencial de una restricción a la competencia efectiva.

Del mismo modo, se sugiere evaluar si las condiciones deberían ser impuestas por la autoridad de competencia o si, por el contrario, deberían ser ofrecidas por quienes forman parte de una operación de concentración y evaluadas por la autoridad de competencia. Debe considerarse que las partes involucradas son quienes cuentan con mayor información para ofrecer soluciones a posibles preocupaciones de daño al proceso competitivo.

Numeral 6.2:

Se sugiere especificar que el análisis no solo debe abarcar lo que ha ocurrido en periodos anteriores, sino que el análisis debe ser también prospectivo. Es decir, evaluar cómo evolucionarían los principales indicadores de mercado de llevarse a cabo la operación.

Artículo 15:

Numeral 15.3: Se recomienda evaluar la posibilidad de ampliar los plazos máximos establecidos para que las empresas respondan a requerimientos de información (20 días



hábiles, incluyendo ampliación de plazo). Ello debido a que la complejidad de la información solicitada, las empresas podrían requerir un mayor tiempo para recopilar y/o procesar la información.

Adicionalmente, se sugiere mencionar que, en caso la autoridad no cuente con la información que requiera, hará uso de la mejor información disponible para tomar su decisión.

Numeral 15.4: Considerando los efectos negativos en el bienestar en los consumidores y la eficiencia económica de los mercados, que las operaciones de concentración empresarial pueden generar, se recomienda evaluar que a este tipo de procedimientos administrativos de evaluación previa se les aplique el silencio administrativo negativo.

Sobre ello cabe indicar que de conformidad con el numeral 37.1 del TUO de la LPAG, por Decreto Supremo, se pueden ampliar las materias en las que, por afectar significativamente el interés público, corresponde la aplicación del silencio administrativo negativo. En tal sentido, mediante una norma con rango de ley, con mayor razón, se puede otorgar dicha calificación.

A ello cabe agregar que en el caso de concentraciones empresariales de titulares de concesiones para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, estarán involucradas situaciones: i) vinculadas a la transferencia de facultades de la administración pública y espectro radioeléctrico.

Por lo tanto, consideramos que, especialmente, para este tipo de operaciones no debe aplicarse el silencio administrativo positivo. En este sentido, sugerimos que se señale que la concentración empresarial sólo podrá ejecutarse cuando haya sido aprobada.

Artículo 18:

Numeral 18.2: Se sugiere transparentar la información de la que se haga uso al momento de decidir si aprobar o no una operación de concentración. Si bien existe información que por sus características debe ser catalogada como confidencial y a solicitud de la propia empresa, existe otra información que puede ser divulgada y que resulta necesaria para que la autoridad de competencia pueda sustentar su decisión.

Artículos 21°, 22° y 23°

El artículo 21° del Proyecto, ha tipificado de las conductas constitutivas de infracciones administrativas con ocasión de la tramitación del procedimiento administrativo de autorización previa, entre las que destacan: la omisión de notificar el acto de concentración empresarial; ejecutar el acto de concentración sin haber obtenido la autorización previa o el incumplimiento las condiciones o medidas impuestas por la Comisión; suministrar información falsa o inexacta; entre otras que se encuentran listadas.

Por su parte, el artículo 22° dispone que las infracciones tipificadas en el artículo 21° del Proyecto, serán pasibles de ser sancionadas, en atención a su gravedad, de la siguiente manera: i) cuando se trate de infracciones leves, se podrá imponer una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor; ii) cuando se trate de infracciones graves, con una multa de hasta mil (1000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor; y, iii) cuando se trate de



infracciones muy graves, se podrá imponer una multa superior a mil (1000) UIT, siempre que no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor.

No obstante, el artículo 23° del Proyecto se limita a señalar que a efectos de determinar la gravedad de las infracciones descritas en el artículo 21°, se recurrirá a los criterios establecidos en el artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1034 y supletoriamente al numeral 3) del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (ahora numeral 3) del artículo 246° Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS).

Al respecto, es preciso mencionar que la mayoría de las infracciones listadas en el artículo 21° no tienen la misma naturaleza jurídica que las infracciones a la normativa de libre competencia, previstas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Es así que, por ejemplo, en el artículo 21° del Proyecto se regulan infracciones de omisión simple⁴⁴ (tales como el incumplimiento de obligaciones referidas a la falta de entrega de información o a medidas ordenadas por la comisión), que son consumativas y deberían sancionarse independientemente de si su comisión produce resultados o no. No obstante, para el caso de las infracciones a la normativa de libre competencia, la infracción resulta sancionable de acuerdo a criterios de graduación establecidos en el artículo 44° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en tanto requieren en la mayoría de casos, de una evaluación de los resultados o efectos de la conducta en el mercado.

Por tanto, a efectos de generar mayor predictibilidad en el procedimiento para los administrados y satisfacer el Principio de Tipicidad, resulta conveniente tipificar la gravedad de cada una de las infracciones listadas en el artículo 21°, sin necesidad de recurrir supletoriamente al régimen de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que se encuentra pensado en infracciones de otra naturaleza. Asimismo, si bien la aplicación supletoria del numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG sirve como criterio para establecer criterios de graduación de la infracción en atención al Principio de Razonabilidad, en la práctica administrativa éstos se utilizan para graduar la multa dentro de la escala de gravedad previamente tipificada por la autoridad administrativa.

IV. CONCLUSIONES

4.1. Consideramos que la evaluación ex ante de las operaciones de concentración que superen cierto umbral, sí debería producirse sobre todo en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, en tanto que tras ellas se encuentra involucrado, en la mayoría de casos, la asignación del espectro radioeléctrico, que es **un recurso escaso**, y su utilización es de **interés público, siendo** responsabilidad del Estado, disponer del recurso para adoptar las políticas que sí promuevan la competencia de acuerdo con lo socialmente esperado.

El OSIPTEL, en su calidad de autoridad de competencia en el sector de telecomunicaciones es la entidad a la que le correspondería evaluar las operaciones de concentración en su sector. Ello debido a su nivel de especialización, conocimiento del sector, y su capacidad de disponer de información recabada periódicamente, y a la experiencia internacional.

⁴⁴ GÓMEZ, Manuel y SANZ, Iñigo. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. Pamplona. Aranzadi. 2008 (3ª ed., 2013). Pg. 314-315.

4.2. Sobre las funciones asignadas al OSIPTEL para aplicar las normas sobre libre y leal competencia:

- Mantener el modelo regulatorio vigente es **necesario y beneficioso** para el Estado y la Sociedad considerando que el OSIPTEL ha cumplido de manera eficiente, eficaz y transparente su rol como autoridad de competencia encargada de aplicar en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, aquellas normas que prohíben conductas anticompetitivas y actos de competencia desleal.

Entre otras razones, mantener el modelo regulatorio es necesario y beneficioso, por lo siguiente:

- (i) OSIPTEL cuenta con un Cuerpo Colegiado Permanente para la tramitación de controversias sobre violaciones a la libre y leal competencia, garantizando la predictibilidad de los mismos, así como la celeridad y eficiencia en este tipo de procedimientos.
 - (ii) OSIPTEL ha aplicado exitosa y eficazmente las normas que prohíben conductas anticompetitivas y desleales; lo cual ha sido corroborado por el Poder Judicial, en tanto dicha sede ha confirmado lo resuelto por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, respecto de casi la totalidad de las controversias que han sido materia de revisión en procesos contenciosos administrativos.
 - (iii) OSIPTEL es eficiente en la resolución de las controversias que tramita, al resolver las controversias en un tiempo reducido.
 - (iv) OSIPTEL es transparente en sus procesos, a través de la difusión de los criterios de interpretación que considera al investigar y resolver sobre conductas infractoras de las normas de competencia.
 - (v) Las decisiones del OSIPTEL en materia de libre y leal competencia han generado beneficios para el mercado, particularmente, fomentando el proceso competitivo en el mercado de televisión por cable, de larga distancia y en el de internet.
- Por el contrario, derogar la función del OSIPTEL de mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de los servicios públicos de telecomunicaciones y desconocer las funciones de este Organismo para aplicar la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Ley de Represión de la Competencia Desleal en el ámbito de los servicios públicos de las telecomunicaciones es *inconveniente, costoso y perjudicial* y tendría altos costos, tales como:
 - (i) Debilitamiento *de la institucionalidad* en el Perú debido al cambio del diseño actual que ha sido exitoso;
 - (ii) Pérdida de la visión general de la industria de las telecomunicaciones en el análisis de los casos sobre libre y leal competencia, en un sector que se rige por el principio de supletoriedad;
 - (iii) Pérdida *de la especialización* alcanzada en el análisis del mercado; así como en la evaluación y aplicación de la normativa protectora de la competencia en un mercado regulado tan especializado, dinámico y complejo como el de las telecomunicaciones;
 - (iv) *Pérdida de predictibilidad* (para el administrado y para la sociedad en general) sobre la normativa aplicable y los criterios de interpretación que



- serían empleados en materia de libre y leal competencia en el sector telecomunicaciones;
- (v) Pérdida de las eficiencias provenientes de la mejor posición del regulador en la recolección, análisis y tratamiento de la información de las empresas reguladas;
 - (vi) Mayores *costos* de los administrados por tramitar una denuncia por afectación a las normas sobre libre o leal competencia en el sector de las telecomunicaciones.

Atentamente,

