C. N - 00058 - PD/2018, 15.2.18, Jorge del Castillo, Cinco.

DEE 1579.2018

osiptel
EL REGULADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

INFORME	Página 1 de 22

Nº 00039-GAL/2018

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA **GERENTE GENERAL**
ASUNTO	:	COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE LEY QUE REGULA LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES EMPRESARIALES PARA PROMOVER LA COMPETENCIA
FECHA	:	**14 de febrero de 2018**

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	Abogado Especialista en Temas Regulatorios	Pamela Lisett Cadillo La Torre
	Especialista en Competencia	Rosa Castillo Mezarina
	Subgerente de Evaluación y Políticas de Competencia	Claudia Barriga Choy
	Especialista Económico	Eduardo Salazar Silva
	Coordinadora de la Secretaría Técnica	Gabriela Lau Deza
REVISADO POR	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)	Lenin Quiso Cordova
	Secretaria Técnica	Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya
APROBADO POR	GERENTE DE ASESORIA LEGAL	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Oficio Múltiple N° 004-2017-2018/JDCG-CR/GT-PRO-INVERSIÓN del 6 de noviembre de 2017, el Congreso de la República cursó invitación al Presidente del Consejo Directivo del OSIPTEL a la presentación del Anteproyecto de "Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la libre competencia" (en adelante, Anteproyecto), elaborado por el Grupo de Trabajo "ProInversión y Generación de Empleo" de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República.

2. Durante la presentación realizada en el Congreso de la República el día 14 de noviembre de 2017, se entregó a los participantes una copia del citado Anteproyecto.

3. Mediante Oficio N° 005-2017-2018/JDCG-CR/GT-PRO-INVERSIÓN recibido el 25 de enero de 2018, el Grupo de Trabajo "ProInversión y Generación de Empleo" del Congreso de la República solicitó al OSIPTEL opinión institucional sobre el Anteproyecto.

II. OBJETIVO

El OSIPTEL, como parte de su función normativa, cuenta con distintas herramientas que buscan promover la competencia. La regulación tarifaria, la de cargos de acceso o la emisión de normativa como la portabilidad numérica, son solo algunos ejemplos de políticas *ex-ante* que implementa el OSIPTEL con la finalidad de fomentar la competencia en el mercado. Asimismo, en su calidad de agencia de competencia para el mercado de telecomunicaciones, el OSIPTEL cuenta con la capacidad intervenir de manera *ex-post*, para poder corregir y sancionar conductas lesivas a la competencia.

El control de concentraciones es una herramienta *ex–ante* frecuentemente utilizada por las agencias de competencia para, a través de la evaluación de los posibles efectos que una operación de concentración puede tener en el mercado, busca prevenir el surgimiento o fortalecimiento de empresas con posición de dominio. Actualmente en el Perú esta herramienta solo puede ser aplicada para el caso del sector eléctrico, pese a que las características que motivaron su instauración en dicho sector son compartidas por otros mercados de servicios públicos, dentro de los cuales se encuentra el de telecomunicaciones.

El objetivo del presente informe es evidenciar 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, así como presentar comentarios generales y específicos al Anteproyecto.

III. TIPOS DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y CONTROL DE FUSIONES

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, puede crear poder de mercado para la entidad fusionada [1] o puede disminuir la competencia entre el resto de empresas en el mercado.

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 competencia; 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 competencia [2]. Usualmente la normativa determina un umbral (porcentaje de mercado, ingresos brutos de las entidades involucradas, etc.), a partir del cual, toda operación

[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.
[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.

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 fusiones[3] . 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 HHI[4]. Si bien

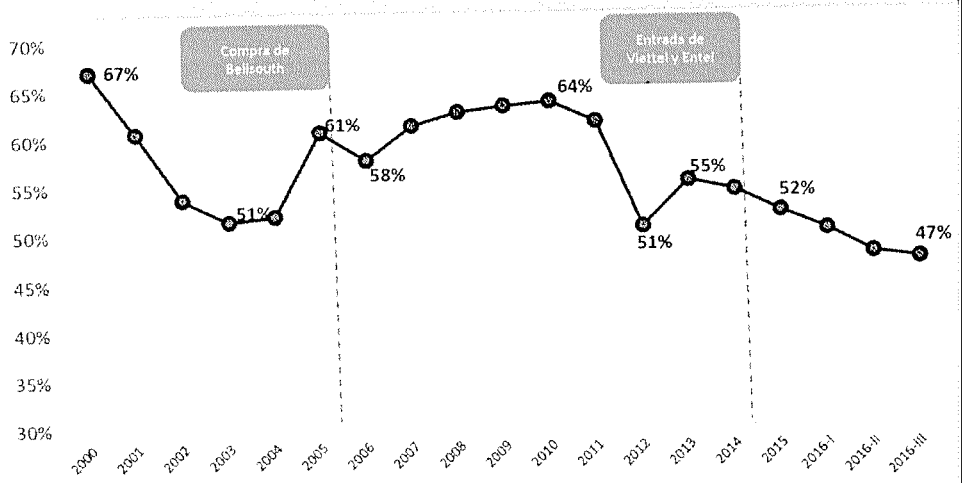
[3] Al respecto ver los documentos: OCDE (2004). Derecho de Políticas de Competencia en Perú. Examen de Pares y OCDE (2015). Multidimentional Review of Peru. Volumen 1. Initial Assessment.

[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 Commision* 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.

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.

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 competencia[5] 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

[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.

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.

IV. ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO

4.1 Comentarios Generales

- **El rol del OSIPTEL como agencia de competencia en el sector de telecomunicaciones**

El Anteproyecto tiene como objetivo establecer un procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de autorizar las operaciones que, por sus efectos en la estructura del mercado, no constituyan una restricción significativa de la competencia efectiva, garantizando así el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica de los mercados.

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 Nº 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 Nº 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 telecomunicaciones ([6]).

---

[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:*
a) Propiciar el crecimiento de la inversión privada en el servicio público de telecomunicaciones.
b) Mantener y promover la competencia eficaz y equitativa.
c) 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:*

En tal sentido, consideramos que es el OSIPTEL, en su calidad de autoridad de competencia en el sector de telecomunicaciones, 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 IINDECOPI- como se propone en el Anteproyecto, 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.

De este modo, a continuación se desarrollan las razones por las cuales, de aprobarse el establecimiento de un control de fusiones y adquisiciones empresariales, 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 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.

---

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

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.

- **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 Telecomunicaciones[9].

Ahora bien, cabe indicar que dicha evaluación de la afectación a la libre competencia se encuentra a cargo del OSIPTEL[10], 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.

---

[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.

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.

Tal es el caso de una serie de resoluciones que aprobaban transferencias de espectro en la banda de 2.5 GHz[12]. Estas tuvieron lugar a pesar de que el OSIPTEL advirtiera en diferentes informes[13] 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.

---

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

[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).

- **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 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 para podría asumir esta nueva competencia sin que necesariamente se requiera un incremento de recursos.

En este orden de ideas, la aprobación del Anteproyecto, 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 de telecomunicaciones, sino también la autoridad encargada de evaluar las fusiones y adquisiciones ([15]).

---

[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).
[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*

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.

---

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&param2=1&strTipM=TC&lResultado=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).

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.

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.

- **Determinación de umbrales**

El Anteproyecto comprende, en el ámbito de aplicación de la Ley, a todos los sectores de la economía. Asimismo, establece que los umbrales que permitirán la evaluación de las operaciones de concentración se determinarán y actualizarán mediante Decreto Supremo.

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 Anteproyecto contempla en su artículo 2 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 caso del 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 dólares[18] o si las ventas conjuntas son superiores a los 80 millones de dólares[19] aproximadamente[20]. En el caso de Colombia, las ventas conjuntas o individuales deben superar los 16.5 millones de dólares[21] para que estas pasen por un proceso de aprobación previa por parte de la autoridad de competencia[22].

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 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

[18] 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.
[19] El valor conjunto asciende a 1,800,000 UF.
[20] 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
[21] 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.
[22] 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

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[23].

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 el umbral mínimo conjunto que deben poseer los operadores para solicitar autorización previa[24].

4.2 Comentarios Específicos

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

Artículo 2:

Dadas las definiciones del artículo 3, se recomienda modificar "concentración" por "concentración empresarial".

Numeral 2.1:

Sugerimos modificar el literal a), el cual hace referencia a "volumen de ventas" por "valor de ventas", en tanto esto hace referencia a los ingresos percibidos por las ventas de las partes involucradas en la operación.

Numeral 2.2:

Se hace referencia que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación aquellas operaciones de concentración que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, incluyendo operaciones de concentración que se realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a empresas que desarrollen actividades económicas en el país.

[23] Dado que los umbrales deben expresarse en UIT, su equivalente sería alrededor de 46,200 UIT.
[24] Aproximadamente 231,000 UIT.

Sugerimos que se desarrolle la definición de vinculación indirecta, por ejemplo considerando los supuestos previstos en el artículo 3° y 6° del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, aprobado por Resolución 019-2015-SVM/01.

Adicionalmente, se sugiere evaluar si se considerará operaciones que afecten el mercado complementario.

Numeral 2.4:

Los umbrales son definidos para evitar que operaciones "menores" pasen por un control previo, pues se infiere que éstos no producirán efectos nocivos contra la competencia o que los efectos son tan reducidos que no compensa los altos costos de iniciar un procedimiento. En ese sentido, se sugiere imponer una regla de *minimis*, para evitar que operaciones pequeñas y cuyo impacto en el mercado sería reducido o nulo deban pasar por un control previo de concentraciones.

Asimismo, dada la importancia de la determinación de los umbrales, se sugiere establecer un plazo máximo para que el Decreto Supremo que determine dichos umbrales sea publicado. Ello debido a que, sin el establecimiento de umbrales, las empresas no tendrán certeza sobre si deben o no solicitar la aprobación previa de la operación.

Reiteramos la sugerencia en el sentido de acotar a qué mercados se aplicará la norma, considerando que los umbrales a ser determinados por Decreto Supremo, serán tantos como mercados a los que se les aplique.

Cabe considerar además que existen mercados, como el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, que son principalmente conocidos por el organismo regulador y el sector, por lo que, resulta conveniente se deba considerar la participación del OSIPTEL al momento de establecer los umbrales en los distintos mercados de servicios públicos de telecomunicaciones.

Numeral 2.6 y 2.7:

En el numeral 2.6 se indica que las respuestas a la consulta no implicarán en ningún caso adelantar opinión sobre la autorización de la operación de concentración o sobre las

condiciones para su autorización. Asimismo, el numeral 2.7 señala que la Comisión puede imponer medidas de orden mandatorio y/o sancionatorio, por la falta de notificación previa de las operaciones de concentración.

Al respecto, cabe indicar que las consultas previas a la Comisión que sean respondidas en el sentido que la operación no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la ley, pueden configurar un eximente de responsabilidad establecido en el literal e) del artículo 255° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 3:

Se sugiere que las definiciones se ubiquen al inicio del Anteproyecto, puesto que luego estas son utilizadas en el resto de los artículos.

<u>Definición 5: Concentración Empresarial sujeta a notificación obligatoria.</u>

Se indica que deben notificarse las operaciones comprendidas dentro de los umbrales establecidos en la presente ley. No obstante, se sugiere precisar que conforme al artículo 2, numeral 4, los umbrales serán determinados y actualizados mediante Decreto Supremo.

<u>Definición 6:</u>

Se sugiere precisar si el término "control", será entendido en los términos de lo establecido en el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 00019-2015-SVM-01. En todo caso se sugiere establecer una definición para dicho término, así como para el concepto "influencia decisiva", si esto estará vinculado a porcentaje de participación u otros.

Cabe señalar que los conceptos deben generar predictibilidad a los agentes que se desarrollan en el mercado para que puedan tener certeza de cuando sus operaciones deben ser notificadas a la autoridad para su aprobación previa.

Artículo 5:

Numeral 5.2:

Se señala que *"Si en el procedimiento de evaluación previa se determina que la operación de concentración genera o puede generar una restricción significativa a la competencia efectiva, la autoridad no autorizará la operación"*. Sin embargo, en el Numeral 5.4, se señala que dicho tipo de concentraciones sí podrán autorizarse, *"siempre que las empresas solicitantes demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos restrictivos a la competencia identificados y mejoren el bienestar de los consumidores"*. En ese sentido, a fin de precisar lo señalado en el Numeral 5.2 y lo señalado en el Numeral 5.4, sería conveniente dejar únicamente este último numeral, agregando lo siguiente: *"En caso las eficiencias invocadas por las empresas solicitantes no cumplan con las condiciones establecidas, la autoridad no autorizará la operación"*.

Numeral 5.3:

Se señala en el segundo párrafo: "*La autoridad puede establecer condiciones para el otorgamiento de la autorización, tomando en consideración los efectos de la operación de concentración empresarial en el bienestar de los consumidores y en la eficiencia de los mercados.*"

En este caso, se sugiere indicar 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 5.5:

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 6:

No queda claro cuál es el tipo de procedimiento y el silencio aplicable, toda vez que en el Numeral 6.1 se señala que una concentración empresarial que haya de ser sometida al procedimiento de evaluación previa conforme al numeral 2.1 del artículo 2 no podrá ejecutarse antes de: i) ser notificada y dar inicio al procedimiento administrativo (lo cual tendría el efecto de un procedimiento de aprobación automática), **o**, ii) haber vencido el plazo legal del procedimiento y opere el silencio administrativo positivo (con lo cual se tendría que el procedimiento es de evaluación previa, sujeto al silencio administrativo positivo), o, ii) que la autoridad haya autorizado expresamente la operación de concentración (lo cual implica un procedimiento de evaluación previa, sujeto al silencio administrativo positivo).

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.

CAPÍTULO 3:

De acuerdo a los comentarios generales expuestos líneas arriba, en este capítulo debería señalarse que el OSIPTEL es la autoridad competente para aplicar el control de fusiones y concentraciones empresariales en el sector telecomunicaciones.

Artículo 17:

Numeral 17.3:

De iniciarse una segunda fase de evaluación, es posible que se requiera información adicional. Al respecto, se sugiere precisar si dentro del plazo máximo de noventa (90) días de la segunda fase de evaluación de la operación se contemplan los requerimientos de información adicional que puede hacerse a las partes involucradas y/o terceros interesados.

Artículo 18:

La redacción del numeral 2 es muy similar a la del artículo 5.3, por lo que se recomienda que el artículo 18 haga referencia al artículo 5, donde se encuentran todas las posibilidades que tiene la autoridad de competencia para responder una solicitud: aprobar sin condiciones, aprobar con condiciones o no autorizar la operación.

Artículo 19:

En el numeral 3 se hace referencia al plazo de la segunda instancia administrativa para resolver la apelación. Sin embargo, no se especifica lo que ocurriría si dicha instancia no cumple con el plazo referido.

Artículo 25:

Si bien se establecen medidas correctivas a aplicar por la autoridad cuando se ejecute una concentración empresarial que haya sido denegada, o que se ejecute contraviniendo alguna de las condiciones impuestas, no se establece que las mismas medidas serán aplicables para concentraciones empresariales que se hayan ejecutado sin haber sido notificadas ni analizadas, siendo que -de acuerdo a los umbrales establecidos- correspondía la notificación, análisis y aprobación. En ese sentido, se sugiere señalar expresamente que las concentraciones empresariales ejecutadas sin haber sido notificadas cuando les correspondía, también pueden ser pasibles de las medidas correctivas establecidas en la Ley.

En esta misma línea, consideramos también pertinente que se señale expresamente que la autoridad competente podrá iniciar, de oficio o por denuncia de parte, un procedimiento sancionador contra las empresas que omitan la notificación de una operación de concentración cuando le corresponde.

Artículo 26:

Consideramos que el monto de la multa coercitiva ascendente a 125 UIT debería evaluarse ya que podría no resultar disuasorio. En ese sentido, se sugiere evaluar establecer un monto proporcional al valor de la operación, por ejemplo.

V. CONCLUSIONES

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.

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.

Atentamente,

Firmado digitalmente por AREQUIPEÑO TAMARA Luis Alberto (FAU20216072155)

CARGO

PERÚ | Presidencia del Consejo de Ministros | Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

43865

Lima, **15 de febrero de 2018**

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO
MESA DE PARTES
15 FEB 2018
RECIBIDO
Firma ____ Hora 16:30

C. 00058-PD/2018

SEÑOR
JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ
COORDINADOR
GRUPO DE PRO INVERSIÓN Y GENERACIÓN DE EMPLEO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
AV. ABANCAY S/N, PALACIO LEGISLATIVO, OFICINA 319-321, LIMA.
LIMA.-

Ref.: Oficio N° 005-2017-2018/JDCG-CR/GT-PRO-INVERSIÓN

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en atención al documento de la referencia, mediante el cual solicita la opinión del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, respecto del "Anteproyecto de Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover competencia".

Al respecto, se elaboró el Informe N° 00039-GAL/2018, de la Gerencia de Asesoría Legal, en coordinación con la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia y la Secretaría Técnica de este organismo regulador, que analiza la mencionada iniciativa legislativa.

Hago propicia la oportunidad para expresarle mi especial consideración.

Atentamente,

Firmado digitalmente por:MUENTE SCHWARZ Rafael Eduardo (FAU20216072155)

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO

OSIPTEL S.CIFUENTES
OSIPTEL G.C. M. ARELLANO
OSIPTEL G.C.C. L. CAJEC
OSIPTEL G.A.L. P. CADILLO

01579-2018155B01

OSIPTEL

2018 ENE 25 PM 2:52

RECIBIDO

CONGRESO REPÚBLICA

GRUPO PRO INVERSIÓN Y GENERACIÓN DE EMPLEO

Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

OFICIO N°005-2017-2018/JDCG-CR/GT-PRO-INVERSIÓN

Señor
RAFAEL MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL
Calle De la Prosa N° 136 - San Borja
Lima - Perú

Presente.-

De nuestra mayor consideración:

Es grato dirigirme a usted con la finalidad de saludarlo cordialmente y solicitar nos remita opinión institucional sobre el "Anteproyecto de Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia" propuesta legislativa elaborada en el marco del desarrollo del debate público sobre la materia que coordina el Grupo de Trabajo Pro Inversión y Generación de Empleo de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República.

En ese sentido, agradeceremos nos remita sus comentarios y sugerencias a la dirección postal del Congreso de la República, Plaza Bolívar, Av. Abancay s/n, Lima – Perú, Oficina 319-321, con copia al correo electrónico: **dchavezf@congreso.gob.pe**

Atentamente,

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ

Jorge del Castillo Gálvez
Coordinador
Grupo Pro Inversión y Generación de Empleo

ANTEPROYECTO DE LEY

Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Objeto de la ley

La presente ley establece el régimen del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial con el objeto de autorizar aquellas operaciones que por sus efectos en la estructura del mercado no constituyan una restricción significativa de la competencia efectiva, garantizando el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica en los mercados.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación de la ley

2.1. Una operación de concentración debe ser notificada a la Comisión sujetándose al procedimiento de evaluación previa cuando:

a) La suma total del volumen de ventas anuales de las empresas involucradas en la operación de concentración haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior al umbral establecido mediante Decreto Supremo; o

b) Al menos una de las empresas involucradas en la operación de concentración haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior al umbral establecido mediante Decreto Supremo.

2.2. Se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación aquellas operaciones de concentración que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, incluyendo operaciones de concentración que se realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades económicas en el país.

2.3. Las operaciones de concentración que no alcancen los umbrales establecidos no están sujetas a la notificación obligatoria de la operación a fin de iniciar el procedimiento de evaluación previa ante la autoridad de competencia.

2.4. Los umbrales se determinarán y actualizarán mediante Decreto Supremo, y deberá ser refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de la Producción, el Ministro de Comercio y Turismo, y el Ministro de Economía y Finanzas. Dichos umbrales se indicarán y actualizarán en valor de Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

2.5. El INDECOPI deberá elaborar los lineamientos que resulten necesarios para la adecuada aplicación de los umbrales de notificación de operaciones de concentración empresarial. Dichos lineamientos serán aprobados por Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, y deberán expresar con claridad, transparencia y simplicidad las características de los umbrales, la determinación del nexo geográfico, el cálculo del volumen de ventas, y las condiciones especiales de algunos mercados, entre otros, a fin de poder proporcionar una guía a los agentes económicos en el mercado y se proceda a la notificación de la operación de concentración, de encontrarse comprendida dentro del umbral.

2.6. Antes del inicio del procedimiento de evaluación previa los agentes económicos que participan en la operación de concentración empresarial pueden dirigir una consulta de manera individual o conjunta a la Comisión a fin de poder precisar si la operación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la presente ley.

La respuesta a la consulta no implicará en ningún caso adelantar opinión sobre la autorización de la operación de concentración o sobre las condiciones para su autorización.

2.7. Las consecuencias por la falta de notificación previa de las operaciones de concentración comprendidas dentro de los umbrales establecidos, conducirá a que la Comisión pueda imponer medidas de orden mandatorio y/o sancionatorio, según lo dispuesto por la presente ley.

Artículo 3.- Definiciones

1. Umbral: El umbral es el parámetro cuantificable, selectivo y objetivo a partir del cual se le atribuye a la Comisión la potestad de evaluar una operación de concentración, el cual se establece de acuerdo a las características de la economía nacional, con criterios razonables que permitan alcanzar un equilibrio adecuado entre los costos de transacción asociados a la evaluación, la carga administrativa que la autoridad deberá asumir, la protección de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, así como la prevención de los riesgos para la competencia efectiva en los mercados.

2. Nexo geográfico: El nexo geográfico permite identificar si la operación de concentración produce efectos en el territorio nacional, en el cual los órganos competentes tienen jurisdicción para poder evaluar la operación de concentración.

3. Mercado relevante: El mercado relevante se encuentra compuesto por el mercado de producto y el mercado geográfico. Corresponde considerar la definición establecida en el Artículo 6° del Decreto Legislativo 1034°, Ley que Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que resulte aplicable.

4. Posición de dominio: Se entiende que la posición de dominio permite a una empresa restringir la competencia efectiva en el mercado, sin que sus competidores, proveedores o consumidores, puedan contrarrestar dicha posibilidad. Corresponde considerar la definición establecida en el Artículo 7° del Decreto Legislativo 1034°, Ley que Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que resulte aplicable.

5. Concentración empresarial sujeta a notificación obligatoria: Serán objeto de notificación ante la Comisión aquellas operaciones de concentración que se encuentran comprendidas dentro de los umbrales establecidos en la presente ley y produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional.

6. Concentración empresarial: Se entiende por operación de concentración en el ámbito de aplicación de la presente ley a todo acto o acuerdo que implique una transferencia o cambio de control, que conduzca o pueda conducir de manera duradera a una pérdida de independencia de las empresas partícipes en la operación o de alguna de ellas, las cuales no forman parte del mismo grupo económico, y/o cambio en la estructura de mercado. Dichas concentraciones se explican a través de:

a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, cualquiera que sea la forma de organización

societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión;

b) la adquisición de control, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas, incluyendo la celebración de contratos de consorcio, joint venture siempre que constituyan una entidad autónoma y duradera, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, o cualquier otro contrato de colaboración empresarial análogo y de consecuencias similares;

c) La creación de una empresa en participación, siempre que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma;

d) La adquisición de control que resulte de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante: i) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; ii) derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, determinando directa o indirectamente el comportamiento competitivo de dicha empresa;

e) La adquisición de control por las personas o las empresas: i) que sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos, o ii) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos.

No son actos de concentración empresarial sometida a la presente ley cuando:

a) El crecimiento de una empresa, que se realice mediante inversión propia o con recursos de terceros, no produzca efectos en todo o en parte del territorio nacional;

b) El control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal dispuesto por autoridad pública conforme a la legislación relativa al procedimiento de reestructuración patrimonial, convenio de acreedores, la caducidad o denuncia de la concesión, u otro procedimiento análogo;

c) Las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros o del mercado de capitales cuya actividad normal constituya la negociación y transacción de títulos, por cuenta propia o de terceros, posean con carácter temporal acciones o participaciones que hayan adquirido de una empresa con el propósito de revenderlas, siempre que no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas acciones o participaciones con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa.

7. Grupo Económico: Conjunto de personas jurídicas y/o entes jurídicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos miembros, cuando alguno de ellos ejerce el control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas y/o entes jurídicos corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

Artículo 4.- Principios

En el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial la autoridad de competencia debe tener en cuenta además de los principios establecidos en el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los siguientes: