

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
CC	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO
ASUNTO	:	OPINIÓN SOBRE PROYECTO DE LEY 2634/2017-CR, "LEY DE CONTROL DE ESTRUCTURAS PARA LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA".
REFERENCIA	:	OFICIO Nº 935-2017-2018-CODEDO/CR
FECHA	:	2 de mayo de 2018

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	Abogado Especialista en Temas Regulatorios	Katy Paola Torres Peceros
	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
	Abogado Asesor	Gustavo Cámara López
APROBADO POR	GERENTE DE ASESORIA LEGAL	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA



I. OBJETO


El presente Informe tiene por objeto analizar el contenido del Proyecto de Ley N° 2634/2017-CR que propone la "Ley de Control de Estructuras para las Operaciones de Concentración Económica".

II. ANTECEDENTES


Mediante Oficio N° 935-2017-2018-CODEDO/CR, recibido el 9 de abril de 2018, la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, solicita al OSIPTEL emitir opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2634/2017-CR que propone la "Ley de Control de Estructuras para las Operaciones de Concentración Económica" (en adelante, el Proyecto de Ley).

III. ANALISIS DEL PROYECTO


3.1. Consideraciones generales




El OSIPTEL, como parte de su función normativa, cuenta con distintas herramientas que buscan promover la competencia. Conviene precisar que, la regulación tarifaria, así como la determinación de cargos de acceso o la emisión de normativa, 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 de 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, 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 –a través de la Ley N° 26876-, 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.




En ese sentido, consideramos que es necesario la aplicación de un control de fusiones y concentraciones para salvaguardar la existencia de condiciones de competencia adecuadas en el sector de telecomunicaciones.

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



La intervención del Estado en los mercados puede darse a través de mecanismos:

- 
- (i) *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.

- (ii) *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.

Así, el Control de fusiones consiste en una evaluación *ex ante* de los posibles efectos – positivos y negativos- de la operación en 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.

Por su parte, 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

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: $50^2+50^2=5000$.

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.



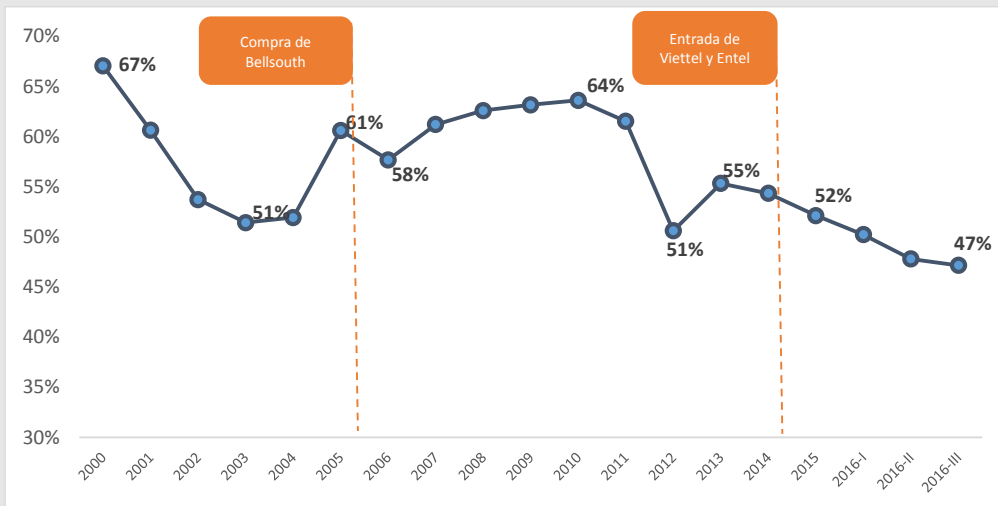
“Programa País”, es importante que se tome en cuenta las recomendaciones del referido organismo internacional.

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.

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.

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.

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.



3.2.1. 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.

No obstante, 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.

Al respecto, cabe señalar que 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 el sector de las telecomunicaciones –y no el 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 podrían tomar muchos años revertirlos. 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

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 (...).”



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.

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.

3.2.2. 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 telecomunicaciones⁷, en los términos establecidos en el artículo 6° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones⁸**.

Ahora bien, cabe indicar que dicha evaluación de la afectación a la libre competencia se encuentra a cargo del OSIPTEL⁹, 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

Artículo 113.- Causas para denegar la concesión o autorización

⁸ **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.

⁹ 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)¹⁰. Asimismo, las opiniones del regulador no tienen un carácter vinculante. Esto ha generado que pese a la opinión desfavorable del OSIPTTEL, 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 GHz¹¹. Estas tuvieron lugar a pesar de que el OSIPTTEL advirtiera en diferentes informes¹² 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 OSIPTTEL solo emite opinión en materia de libre competencia, el OSIPTTEL 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 OSIPTTEL 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.

3.2.3. Particularidades del sector de telecomunicaciones y nivel de especialización del OSIPTTEL

Otro motivo por el que el OSIPTTEL 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 OSIPTTEL, 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

¹⁰ De acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del MTC.

¹¹ 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).

¹² Ver las opiniones finales del OSIPTTEL 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).



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 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 ⁽¹³⁾, además del organismo regulador, la autoridad

¹³ 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).



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 ⁽¹⁴⁾.

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 ⁽¹⁵⁾.

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 ⁽¹⁶⁾.

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 las unidades orgánicas competentes de la institución.

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

¹⁴ 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).

¹⁵ 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).

¹⁶ 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>).



3.3 Comentarios Específicos

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

Artículo 2: **Ámbito de aplicación subjetivo**

El referido artículo señala que la Ley aplicaría no solo para las entidades de derecho privado, sino también de derecho público, así como para entidades estatales.

Al respecto, consideramos que una norma de este tipo debe ser solo aplicable a los agentes privados, pues las empresas estatales cumplen un rol subsidiario, por lo que no competirían con empresas privadas y, por ende, no se generaría un impacto negativo en una eventual operación de concentración.

Artículo 5: **El mercado relevante**

Consideramos que este tipo de definiciones no es necesaria, en tanto estas se encuentran especificadas en el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Artículo 6: **Definición de actos de concentración económica**

Este artículo es titulado “*Definición de actos de concentración económica*”, sobre este tema, se sugiere precisar que se trata de una definición de los actos de concentración económica que están en el ámbito de la Ley propuesta, y, por tanto deberían ser objeto del control propuesto; ello considerando que podría interpretarse que dicho texto alude a una definición general de los actos de concentración económica.

En ese sentido, se sugiere modificar el título de este artículo por el siguiente: “*Actos de concentración económica sujetos al procedimiento de evaluación previa*”.

Numeral 1:

De otro lado, en el numeral 6.1 se señala lo siguiente:

*“6.1 Se entiende como acto de concentración económica a aquellas operaciones entre dos o más agentes competidores actuales o potenciales, **que puedan tener como efecto incrementar el poder de mercado de los agentes involucrados, (...)**”*
(Énfasis agregado).

Al respecto, cabe destacar que el incremento del poder de mercado por sí mismo no es negativo o sancionable; sino que, en el contexto de una empresa con posición de dominio (poder de mercado), su actuación será sancionable si abusa de dicha posición. En ese sentido, las operaciones de concentración que deberían estar en el ámbito de la ley propuesta son aquellas que puedan limitar la competencia, lo cual debería demostrarse en el proceso de evaluación previa. Por lo tanto, se sugiere modificar la redacción por la siguiente:

*“6.1 Se entiende como acto de concentración económica, **bajo el ámbito de esta ley, a aquellas operaciones entre dos o más agentes competidores actuales o potenciales, que puedan tener como efecto potencial limitar la libre competencia, (...)**”*
(Énfasis agregado).



Numeral 2

Se sugiere modificar el primer párrafo del numeral 6.2 por: “No son considerados como actos de concentración *sujetos al procedimiento de evaluación previa*”.

Numeral 2, literal a):

Consideramos que las operaciones que involucran a agentes económicos que no compiten en el mismo mercado también deben ser incluidas dentro del control previo de concentraciones. El referido literal hace la salvedad de que solo se incluyen las operaciones de concentración vertical (proveedoras-clientes) más no las de conglomerado (agentes que no compiten entre sí).

Si bien es menos probable, las operaciones de concentración de conglomerado también podrían generar efectos negativos sobre la competencia, por lo que resulta relevante incluir este tipo de operación de concentración dentro del Proyecto de Ley.

 **Artículo 7: Adquisición de acciones**

No concordamos con el porcentaje propuesto, pues al margen del porcentaje de acciones con derecho a voto que se adquieran, es posible que con una participación minoritaria se pueda ejercer control y se influya decisivamente en la toma de decisiones. En ese sentido, sugerimos no mencionar un porcentaje en particular de acciones con derecho a voto que deben ser adquiridas para pasar por una evaluación previa. Por el contrario, se sugiere mencionar únicamente que tales acciones deben generar un cambio en el control de la empresa para que deba evaluarse si la operación pasa por un control previo, en función de los umbrales.






 **Artículo 10: Umbrales de aplicación**Numeral 1:

Concordamos con la necesidad de establecer umbrales en función a las ventas brutas, en tanto se trata de un indicador de cálculo rápido y sencillo, que permitirá verificar si corresponde o no que una operación de concentración sea sometida a una evaluación previa.

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 los usuarios de forma masiva.



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 dólares¹⁷ o si las ventas conjuntas son superiores a los 80 millones de dólares¹⁸ aproximadamente¹⁹. En el caso de Colombia, las ventas conjuntas o individuales deben superar los 16.5 millones de dólares²⁰ para que estas pasen por un proceso de aprobación previa por parte de la autoridad de competencia²¹.

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 emitido por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL, 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 los umbrales planteados en el numeral 1 resultan sumamente bajos. Esto dará pie a que un gran número de operaciones que no generen daño al proceso competitivo deban pasar por un procedimiento de evaluación previa, generando costos tanto a la autoridad de competencia como a las partes solicitantes, sin que exista un beneficio asociado a ello. En tal sentido, se sugiere utilizar los umbrales planteados para el sector.

Ello evitará que dos empresas de telecomunicaciones que son pequeñas en relación al resto de competidores y que solicitan concentrarse se vean obligadas a pasar por un control previo que les genere costos adicionales e innecesarios.

Numeral 2:

El mencionado numeral sugiere establecer un umbral en función de la participación de mercado de los agentes económicos que realicen la operación. No obstante, debe resaltarse que esto implica la determinación previa de un mercado relevante, para lo cual debe

¹⁷ 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.

¹⁸ El valor conjunto asciende a 1,800,000 UF.

¹⁹ 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

²⁰ 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.

²¹ 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>



realizarse un análisis cualitativo y/o cuantitativo que demanda tiempo y es utilizado únicamente en una evaluación *ex post* y asociado a una conducta en particular (abuso de posición de dominio).

Dado que la definición de mercado relevante no es inmediata como podría ser la determinación de umbrales en función al valor de ventas, se sugiere eliminar este criterio. Ello en aras de agilizar el filtro para determinar si una operación pasa o no por un control previo.

Adicionalmente, debe recordarse que, por su naturaleza, no es posible obtener mediciones confiables del mercado informal, como lo sugiere el referido numeral. En otras palabras, el sector informal no reporta información, por lo que no se podría tener certeza respecto a sus participaciones. En tal sentido, consideramos que no debe mencionarse al sector informal, pues la evaluación de la evolución del mercado debe realizarse con la mejor información disponible.

Artículo 13: Instancias de decisión

Por los argumentos desarrollados en la sección 3.2, consideramos que correspondería al OSIPTEL la función de evaluación previa de operaciones de concentración en el sector de telecomunicaciones.

Artículo 18: Contenido de la notificación

Numeral 1, literal e):

Consideramos que corresponde a la autoridad de competencia realizar la evaluación del mercado que permita decidir si existe alguna amenaza sobre el proceso competitivo de aprobar la operación de concentración sin condiciones.

Si bien los solicitantes pueden presentar toda la información que consideren pertinente, no consideramos que deba ser una obligación presentar un estudio de mercado que determine indicadores como elasticidad precio, costos hundidos o barreras de entrada, pues estos serán determinados durante la evaluación realizada por la autoridad de competencia.

Numeral 3

Respecto a la tasa administrativa propuesta, se sugiere que la misma sea establecida en dos partes; una, a ser cancelada para la etapa de evaluación preliminar; y otra, a ser cancelada sólo por las empresas que deban seguir el procedimiento de autorización previa, luego que se declare inviable el acto de concentración económica en la evaluación preliminar.

Artículo 22: Evaluación del acto de concentración

Numeral 3:

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 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 esta haya sido aprobada.

Artículo 26: Resolución final

Numeral 2:

Consideramos que el plazo de 15 días hábiles para evaluar nuevos compromisos resulta insuficiente. Sugerimos ampliar dicho plazo, de tal forma que la autoridad de competencia pueda verificar si, en efecto, los remedios propuestos compensan los costos asociados a la operación de concentración.

Artículo 35°: Multas coercitivas por incumplimiento de ordenes o mandatos

Consideramos que el monto de la multa coercitiva ascendente a 150 UIT debería evaluarse, ya que podría no resultar disuasoria. En ese sentido, se sugiere evaluar que la multa coercitiva sea un monto proporcional al valor de cada operación, por ejemplo, el cual se podría duplicar sucesivamente hasta que se cumpla con la medida correctiva ordenada, y siempre que no se supere el 10% o 12% de los ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativo a todas las actividades económicas correspondientes al ejercicio inmediato anterior a su imposición.

IV. RECOMENDACIONES

Se recomienda que el OSIPTEL remita el presente informe a la Presidencia del Consejo de Ministros, para su correspondiente traslado al Congreso de la República, de acuerdo a lo señalado en el Oficio N° 12-2007/PCM-DM-OCP5 del 5 de marzo de 2007.

Atentamente,

