

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
CC	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO
ASUNTO	:	OPINIÓN SOBRE PROYECTO DE LEY 2660/2017-CR QUE PROPONE LA LEY DE PREVENCIÓN DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y DEFENSA DEL INTERÉS DEL CONSUMIDOR.
FECHA	:	4 de mayo de 2018


	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	Abogado Especialista en Procedimientos Administrativos de Segunda Instancia	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 Asesoría Legal	L. Alberto Arequipeno Tamara





I. ANTECEDENTES

Mediante Oficio N° 973-2017-2018-CODECO/CR, recibido el 12 de abril de 2018, el Congreso de la República remitió al Presidente del Consejo Directivo del OSIPTEL el Proyecto de Ley 2660/2017-CR, que propone la "Ley de prevención de concentraciones empresariales para el fortalecimiento de la libre competencia y defensa del interés del consumidor". Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución Política del Perú y del artículo 87 del Reglamento de Congreso de la República, se solicitó emitir una opinión respecto al mencionado proyecto de ley.



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 Proyecto de Ley.



III. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY

El mencionado proyecto de Ley propone establecer la evaluación previa de los actos de concentración empresarial en todos los sectores de la economía otorgándole para ello facultades exclusivas al INDECOPI.

En tal sentido, se abordará el análisis del proyecto respecto a la propuesta antes mencionada.

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

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

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

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

Así, el Control de fusiones consiste en una evaluación ex ante de los posibles efectos – positivos y negativos- de la operación de cuestión para determinar si esta podría ser perjudicial para la dinámica competitiva. De serlo, la operación puede ser prohibida o aprobada bajo ciertas salvaguardas. Con esta herramienta, las Agencias de Competencia

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.

buscan prevenir que la mayor concentración generada por una operación elimine los beneficios que trae consigo la competencia². Usualmente la normativa determina un umbral (porcentaje de mercado, ingresos brutos de las entidades involucradas, etc.), a partir del cual, toda operación debe pasar por este control previo. De esta forma, operaciones “menores” no requieren pasar por este control porque se infiere que no producirán efectos nocivos contra la competencia.

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

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

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

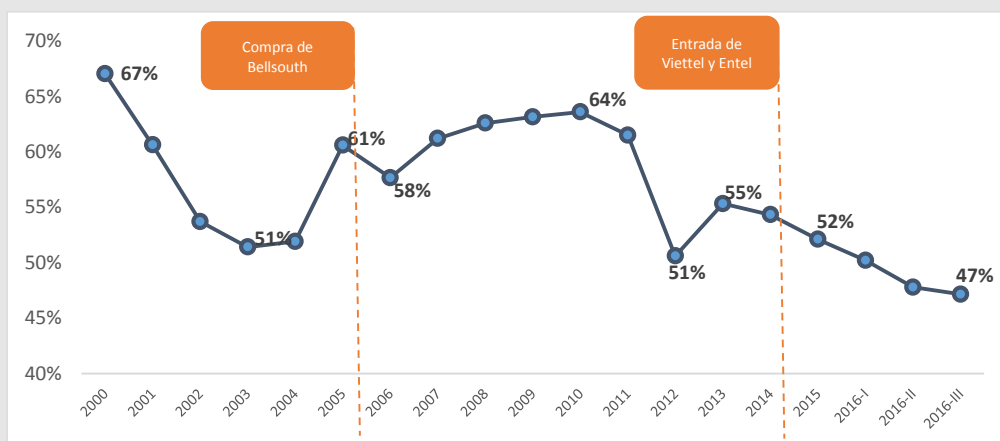
² La concentración de mercado es el grado en que una o más empresas ostentan dominio sobre las ventas del mercado. Esta se mide como el cuadrado de las participaciones de mercado, sin considerar las unidades porcentuales. Por ejemplo un mercado compuesto por dos empresas con participaciones de mercado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



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.

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 Servicios 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 contribuyeron 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.



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.

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

El Proyecto de Ley tiene como objetivo establecer un procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de evitar las operaciones que puedan tener un efecto neto lesivo sobre la libre competencia. Sin embargo, el Proyecto de Ley considera a la Comisión, Secretaría Técnica y Tribunal del INDECOPI como entidades únicas competentes para evaluar las solicitudes de autorización previa de operaciones de concentración. A continuación se indicará por qué consideramos que le correspondería al OSIPTEL evaluar este tipo de operaciones en los mercados de telecomunicaciones.

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

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 (...)."





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





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



En primer término, al igual que otros sectores regulados, el sector de telecomunicaciones se caracteriza por poseer **economías de red, economías de escala y economías de ámbito**, por lo que se trata de **mercados muy particulares y distintos** al resto. Además de ello, existe una creciente importancia del sector tanto por su aporte en el PBI como por el creciente uso y relevancia de los servicios de telecomunicaciones. A setiembre de 2016, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI), el 89.3% de los hogares a nivel nacional contó con acceso al servicio de telefonía móvil, el 37.5% al servicio de TV PAGA y el 33.4% al servicio de internet fijo.



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



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

3.1.2. La importancia del espectro como determinante de la competencia

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

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

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



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

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

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



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



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




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



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

¹² Ver las siguientes resoluciones: (i) Resolución Viceministeriales 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).

En ese sentido, de encargar a otra entidad el rol de evaluar operaciones de concentración, sus decisiones no necesariamente irían de la mano con el resto de políticas ex ante promovidas por el OSIPTEL ni evaluarían a detalle todos los aspectos involucrados en el proceso de concentración, por fenómenos particulares en el sector como por ejemplo la convergencia tecnológica¹⁴.

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

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

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

¹⁴ La opinión del OSIPTEL respecto al artículo 17 (carácter vinculante de opinión técnica) se encuentra en la sección de comentarios específicos.

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 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 ⁽¹⁵⁾, además del organismo regulador, la autoridad

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

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 ⁽¹⁶⁾.

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 ⁽¹⁷⁾.

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 ⁽¹⁸⁾.

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

“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).

¹⁶ **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).

¹⁷ **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&Resultado=5&strSim=simp).

¹⁸ **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>).



De acogerse nuestro comentario, respecto a que OSIPTTEL 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 OSIPTTEL, en su calidad de máxima autoridad, con el apoyo de las unidades orgánicas competentes de la institución.

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.

3.2 Comentarios Específicos

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

Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo

En primer lugar, el artículo precisa que la operación de concentración empresarial debe ser notificada ante el INDECOPI cuando, por lo indicado en la sección 3.1. del presente informe, consideramos que la autoridad competente para analizar las operaciones de concentración que se den en los mercados de Telecomunicaciones debe ser el OSIPTTEL. Lo mismo es aplicable a la propuesta técnica que se debe elaborar para la actualización de los referidos umbrales; en el caso de operaciones de concentración en el mercado de telecomunicaciones, esta debe ser elaborada por el OSIPTTEL y no por el Indecopi.

En segundo lugar, si bien nos encontramos de acuerdo con el establecimiento de umbrales para determinar que operaciones deben ser evaluadas, se sugiere considerar

adicionalmente la posibilidad de acotar la aplicación de 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.

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 dólares¹⁹ o si las ventas conjuntas son superiores a los 80 millones de dólares²⁰ aproximadamente²¹. En el caso de Colombia, las ventas conjuntas o individuales deben superar los 16.5 millones de dólares²² para que estas pasen por un proceso de aprobación previa por parte de la autoridad de competencia²³.

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.

En el caso de las empresas de telecomunicaciones en el Perú, como precedente, 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

¹⁹ 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.

²⁰ El valor conjunto asciende a 1,800,000 UF.

²¹ 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


²² 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.

²³ 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>




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

Por lo tanto, se sugiere considerar este mismo criterio para la determinación del umbral individual previsto en el inciso b). No obstante, considerando que dicho valor requeriría ser actualizado - pues los ingresos operativos de las empresas continúan creciendo y se genera una obligación de contabilidad separada para empresas pequeñas respecto de los ingresos operativos totales del sector -, se debe considerar que 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, lo cual debería ser considerado para el umbral previsto en el inciso a)




Artículo 5.- Definiciones


Definición 1. Libre Mercado y 2. Competencia Efectiva




Se sugiere eliminar las definiciones de “Libre Mercado” y “Competencia Efectiva”, toda vez que corresponden a definiciones generales aplicables en el marco general de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y no en el ámbito específico de esta norma.




Definición 3. Concentración empresarial



Se hace referencia que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación aquellas operaciones de concentración que confieran el control directo e indirecto de una empresa.



Sugerimos que se desarrolle la definición de control indirecto, 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 recomienda trasladar la definición y unificarla con lo descrito en Artículo 6°.

Definición 4. Concentración empresarial sujeta a notificación obligatoria




Se sugiere eliminar la definición considerando que en el artículo 3° se estipula que operaciones deben ser sujetas a notificación obligatoria.

Definición 8.

Vincular definición de “Umbral” a lo estipulado en el artículo 3°.


Artículo 6.- Actos de Concentración empresarial

Se sugiere incluir aquí el contenido de la Definición 4 “Concentración empresarial sujeta a notificación obligatoria” del artículo 5°. Asimismo, sugerimos modificar el título de este artículo y denominarlo “*Actos de Concentración empresarial sujeta a aprobación previa*”.





Finalmente, el artículo no precisa si los Actos de Concentración comprenden solo a agentes privados o también a agentes públicos. 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. Luego, dado que no se generaría un impacto negativo de una eventual operación de concentración entre agentes públicos, la exclusión de este tipo de operación debe estar expresamente precisada en el Proyecto de Ley.

Artículo 7.- Actos de no concentración empresarial




En concordancia con los comentarios formulados al artículo 6°, sugerimos modificar el título del artículo 7° a “*Actos que no generan concentración empresarial*”.

Artículo 8.- Evaluación previa de las concentraciones notificadas



El numeral 8.2 del artículo 8° señala que si en el procedimiento de evaluación previa se determina que la operación de concentración empresarial genera o puede generar una restricción significativa a la competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado nacional o en una parte importante del mismo, la autoridad competente no autoriza la operación.



Al respecto, considerando 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, se sugiere modificar la redacción por la siguiente:

2. Si en el procedimiento de evaluación previa se determina que la operación de concentración empresarial genera o puede generar una restricción significativa a la competencia efectiva, la autoridad competente no autoriza la operación.

Artículo 10.- Efectos de las concentraciones empresariales sujetas a notificación previa.

No queda claro cuál es el tipo de procedimiento y el silencio aplicable, toda vez que en el Numeral 10.1 se señala que una concentración empresarial que deba ser sometida al procedimiento de evaluación previa conforme al artículo 3 no surte efecto jurídico alguno antes de: i) el vencimiento del plazo legal del procedimiento 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 (es decir, indistintamente de cuando se emite un pronunciamiento, se requiere un acto administrativo expreso, lo cual implica un procedimiento de evaluación previa, sujeto al silencio administrativo negativo).

Al respecto, cabe resaltar que 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.

Artículos del 11 al 15.- Sobre las autoridades competentes y sus atribuciones

Acorde a nuestros comentarios señalados en numeral 3.1, 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 telecomunicaciones.

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.

Artículo 17.- Informes proporcionados en el procedimiento de evaluación previa


Sin perjuicio de que consideramos que la competencia para evaluar los actos de concentración empresarial en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones debe recaer en el OSIPTEL, llama la atención que en el artículo 17 si bien se prevé la solicitud de opinión a los organismos reguladores en los actos de concentración empresarial en los mercados relacionados a las competencias de los mismos, se establezca que este informe técnico es no vinculante, restando importancia a quienes tienen mayor información y conocimiento sobre el grado de competencia en el sector.





Artículo 20.- Contenido de la notificación

En el artículo 20 se establecen los requisitos que deben acompañar la solicitud de evaluación previa de concentraciones empresariales.


Con relación al numeral e)²⁴, sin perjuicio de la identificación del mercado relevante realizada por el administrado, consideramos que dicha determinación corresponde ser efectuada por la administración, sobre la base de los criterios establecidos en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas anticompetitivas.




De otro lado, con relación al numeral f)²⁵ consideramos que en determinados mercados donde existe una gran cantidad de competidores, la información vinculada a la participación de las empresas, el grado de competencia existente y la evolución de la oferta y la demanda, puede no existir. Por lo tanto, exigir su presentación puede suponer una barrera para los administrados, por lo que se recomienda no exigir dicha información.



Asimismo, con relación a la “existencia de hecho o derecho de obstáculos de acceso al mercado”, consideramos que esta evaluación también debe ser efectuada por la administración y no por el administrado.

Artículo 21.- Tasa administrativa.

Se establece que la tasa administrativa es equivalente al 0.1% del total del valor total de la operación hasta un límite máximo de sesenta (60) Unidades Impositivas Tributarias vigentes.




En cuanto a los derechos de tramitación cabe indicar que de conformidad con lo establecido en el artículo 51 del TUO de la LPAG²⁶, procede establecer derechos de tramitación en los



²⁴ “Identificar los mercados involucrados en el acto de concentración”;

²⁵ “Respecto de cada mercado involucrado, indicar la participación de las empresas y el grado de competencia existente; en el ámbito geográfico; la estructura de propiedad o control propuesta tras la realización de la operación; las posibilidades de elección de los proveedores, clientes, usuarios; la existencia de hecho o derecho de obstáculos de acceso al mercado; la evolución de la oferta y la demanda; la evolución del progreso técnico o económico; la perspectiva de interconexión con otros mercados.”



²⁶ “Artículo 51.- Derecho de tramitación

51.1. Procede establecer derechos de tramitación en los procedimientos administrativos, cuando su tramitación implique para la entidad la prestación de un servicio específico e individualizable a favor del administrado, o en función del costo derivado de las actividades dirigidas a analizar lo solicitado; salvo en los casos en que existan tributos destinados a financiar directamente las actividades de la entidad. Dicho costo incluye los gastos de operación y mantenimiento de la infraestructura asociada a cada procedimiento.
(...)”

procedimientos administrativos en función del costo derivado de las actividades dirigidas a analizar lo solicitado.

En este sentido, indistintamente del valor total de la operación, los costos de las actividades destinadas a analizar las distintas operaciones de concentración empresarial, serán los mismos.

A ello cabe agregar que, el artículo 52 del TUO de la LPAG²⁷, establece además que el monto del derecho de tramitación es sustentado por el servidor a cargo de la oficina de administración de cada entidad, esto es debe ser determinado por la entidad correspondiente de la evaluación. Asimismo, se establece que para que el monto sea superior a una (1) UIT, se requiere autorización de la Presidencia del Consejo de Ministros.

A ello cabe agregar que este tipo de requerimientos tan onerosos para los administrados, pueden ser calificados como una barrera burocrática²⁸, bajo los alcances de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1256, en la medida que no superaría un análisis de razonabilidad²⁹.

Adicionalmente a ello, cabe considerar que, la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública aprobada mediante Decreto Supremo N° 004-2013-PCM, se sustenta en la visión de un Estado Moderno al servicio de las personas, el cual debe tener, entre otras

²⁷ **“Artículo 52.- Límite de los derechos de tramitación**

52.1. El monto del derecho de tramitación es determinado en función al importe del costo que su ejecución genera para la entidad por el servicio prestado durante toda su tramitación y, en su caso, por el costo real de producción de documentos que expida la entidad. Su monto es sustentado por el servidor a cargo de la oficina de administración de cada entidad.

Para que el costo sea superior a una (1) UIT, se requiere autorización de la Presidencia del Consejo de Ministros. Dicha autorización no es aplicable en los casos en que la Presidencia del Consejo de Ministros haya aprobado derechos de tramitación para los procedimientos estandarizados.

52.2. Las entidades no pueden establecer pagos diferenciados para dar preferencia o tratamiento especial a una solicitud distinguiéndola de las demás de su mismo tipo, ni discriminar en función al tipo de administrado que siga el procedimiento.”

²⁸ **“Artículo 3.- Definiciones**

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

3. Barrera burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad.

(...)

²⁹ **“Artículo 16.- Indicios sobre la carencia de razonabilidad**

16.1 Los indicios a los que hace referencia el artículo precedente deben estar dirigidos a sustentar que la barrera burocrática califica en alguno de los siguientes supuestos:

a. Medida arbitraria: es una medida que carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida; y/o

b. Medida desproporcionada: es una medida que resulta excesiva en relación con sus fines y/o respecto de la cual existe otra u otras medidas alternativas que puedan lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa.

(...)



características, el ser un estado eficiente, esto es, el generar un mayor valor público a través de un uso racional de los recursos con los que cuenta, buscando proveer a los ciudadanos lo que necesitan, al menos costo posible, con un estándar de calidad adecuado y en las cantidades óptimas que maximicen el bienestar social.

Así, uno de los pilares de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, es el de la simplificación administrativa, la cual tiene por objetivo la eliminación de obstáculos o costos innecesarios para la sociedad, que genera un inadecuado funcionamiento de la Administración Pública.

En este sentido, el establecimiento de un derecho de trámite tan oneroso para los administrados, no guarda concordancia con la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública y las demás normas que tienden a la simplificación administrativas y reducción de costos a los administrados.

En virtud a lo expuesto, se recomienda únicamente establecer la posibilidad del cobro del derecho de trámite, y que este, acorde a lo establecido en el TUO de la LPAG, sea sustentado por el servidor a cargo de la oficina de administración de la entidad, conforme a los criterios que para tal efecto han sido aprobados por la Secretaria de Gestión Pública³⁰.

Artículo 24.- Resolución.

Con relación al numeral 24.7, se reitera que, 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 autorización 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.

³⁰ Resolución de Secretaría de Gestión Pública N° 003- 2010-PCM-SGP – Aprueban la Guía Metodológica de Determinación de Costos de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad, en cumplimiento de la Segunda Disposición Complementaria Final del D.S. N° 064-2010-PCM.

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 con mayor razón, para las operaciones que incluyan espectro radioeléctrico, no debe aplicarse el silencio administrativo positivo.

Por ello, solicitamos que la aplicación del silencio administrativo negativo se incluya en este artículo o como un nuevo artículo dentro del proyecto.

Artículos 26, 27 y 28.- infracciones administrativas, sanciones y criterios para determinar su gravedad.





El artículo 26° del Proyecto, ha tipificado de las conductas constitutivas de infracciones administrativas con ocasión de la tramitación del procedimiento administrativo de autorización previa, entre las que destacan: ejecutar el acto de concentración sin haber obtenido la autorización previa, o cuando ha sido denegada su autorización; suministrar información falsa o inexacta; entre otras que se encuentran listadas.

Por su parte, el artículo 27° dispone que las infracciones tipificadas en el artículo 26° del Proyecto, serán pasibles de ser sancionadas, en atención a su gravedad, de la siguiente manera: i) cuando se trate de infracciones leves, se podrá imponer una multa de hasta uno por ciento (1%) de los ingresos brutos totales con un límite máximo de quinientas (500) UIT; ii) cuando se trate de infracciones graves, con una multa de hasta cinco por ciento (5%) de los ingresos brutos totales con un límite máximo de un mil (1000) UIT; y, iii) cuando se trate de infracciones muy graves, se podrá imponer una multa de hasta diez por ciento (10%) de los ingresos brutos totales con un límite máximo de dos mil (2000) UIT.

No obstante, el artículo 28° del Proyecto se limita a señalar que a efectos de determinar la gravedad de las infracciones descritas en el artículo 26°, se recurrirá a los criterios establecidos en el artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1034 y supletoriamente al numeral 3) del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (ahora numeral 3) del artículo 246° Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS).






Al respecto, es preciso mencionar que la mayoría de las infracciones listadas en el artículo 26° no tienen la misma naturaleza jurídica que las infracciones a la normativa de libre competencia, previstas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Es así que, por ejemplo, en el artículo 26° del Proyecto se regulan infracciones de omisión simple³¹ (tales como el incumplimiento de obligaciones referidas a la falta de entrega de información), que son consumativas y deberían sancionarse independientemente de si su comisión produce resultados o no. No obstante, para el caso de las infracciones a la normativa de libre competencia, la infracción resulta sancionable de acuerdo a criterios de graduación establecidos en el artículo 44° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en tanto requieren en la mayoría de casos, de una evaluación de los resultados o efectos de la conducta en el mercado.



Por tanto, a efectos de generar mayor predictibilidad en el procedimiento para los administrados y satisfacer el Principio de Tipicidad, resulta conveniente tipificar la gravedad de cada una de las infracciones listadas en el artículo 26°, sin necesidad de recurrir supletoriamente al régimen de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que se encuentra pensado en infracciones de otra naturaleza. Asimismo, si bien la aplicación supletoria del numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG sirve como criterio para establecer criterios de graduación de la infracción en atención al Principio de Razonabilidad, en la práctica administrativa éstos se utilizan para graduar la multa dentro de la escala de gravedad previamente tipificada por la autoridad administrativa.

Artículo 34.- Multas coercitivas por incumplimiento de órdenes o mandatos



Consideramos que el monto de la multa coercitiva ascendente a ciento veinticinco (125) 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% 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.

³¹ GÓMEZ, Manuel y SANZ, Iñigo. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. Pamplona. Aranzadi. 2008 (3ª ed., 2013). Pg. 314-315.

Cuarta Disposición Complementaria Final

Se establece que la Ley entrará en vigencia en un plazo de un año desde su publicación en el Diario Oficial Peruano y que el Reglamento será emitido en el mismo plazo. Se recomienda que el Reglamento tenga un plazo de emisión menor (por ejemplo 6 meses), a efectos que los administrados tengan pleno conocimiento de las disposiciones que le son de aplicación respecto a las concentraciones empresariales que deban notificar ante la autoridad.

IV. CONCLUSIONES

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

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

Sugerimos la modificación de ciertos puntos específicos de la norma que pueden reducir los costos de transacción de quienes soliciten la autorización previa como por ejemplo la revisión de los criterios para definir qué operaciones de concentración empresarial deben estar sujetas a evaluación previa, sus requisitos y el establecimiento de una tasa administrativa acorde a lo establecido en los artículos 51 y 52 del TUO de la LPAG.

Adicionalmente, se recomienda evaluar que a este tipo de procedimientos administrativos de autorización previa se les aplique el silencio administrativo negativo.



Atentamente,

