INFORME	Página 1 de 32
Nº 00325-GAL/2016	

A	:	ANA MARIA GRANDA BECERRA **GERENTE GENERAL**
CC	:	GONZALO MARTIN RUIZ DIAZ **PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO**
ASUNTO	:	Comentarios al Proyecto de Ley N° 367/2016-CR, que propone la "Ley de Promoción de la Libre Competencia y la Eficiencia en los Mercados para la Protección de los Consumidores" y al Proyecto de Ley N° 353/2016-CR, que propone la "Ley de Control Previo de fusiones, adquisiciones o concentraciones empresariales para cautelar la libre competencia y el bienestar de los consumidores"
REF.	:	**Oficio N° 322-2016-2017-CEBFIF/CR** D E E 18207 **Oficio N° 395-2016-2017-CEBFIF/CR** D E E 18858
FECHA	:	**2 de diciembre de 2016**

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADO COORDINADOR	GUSTAVO OSWALDO CAMARA LOPEZ
REVISADO POR	GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA	SERGIO CIFUENTES CASTAÑEDA
	SECRETARIA TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS	ANA ROSA MARTINELLI MONTOYA
APROBADO POR	GERENTE DE ASESORIA LEGAL	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA

I. OBJETIVO

El presente informe tiene por objeto expresar nuestras sugerencias y comentarios sobre los Proyectos de Ley N° 367/2016-CR, Ley de Promoción de la Libre Competencia y la Eficiencia en los Mercados para la Protección de los Consumidores" y N° 353/2016-CR, "Ley de Control Previo de fusiones, adquisiciones o concentraciones empresariales para cautelar la libre competencia y el bienestar de los consumidores".

II. MARCO NORMATIVO

2.1. Texto Único Ordenado de la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N° 013-93-TCC.

2.2. 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.

2.3. Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332.

2.4. Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336.

2.5. Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM

III. ANTECEDENTES

3.1. El 8 de mayo de 2012, el Presidente de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, a través del Oficio N° 860-2011/2012-CEBFIF-CR, solicitó opinión al Proyecto de Ley N° 972/2011-CR, "Ley de Promoción de la libre competencia y la eficiencia en los mercados para la protección de los consumidores".

3.2. Mediante Carta N° 422-GG-GAL/2012 de fecha 24 de mayo de 2012, el OSIPTEL remitió a la Secretaría General de la Presidencia del Consejo de Ministros el Informe N° 078-GAL.GPRC.ST/2012, que contiene los comentarios al Proyecto de Ley N° 972/2011-CR, a fin que sea remitido al Congreso de la República.

3.3. Asimismo, a través de la Carta N° 132-PD.GAL/2012 de fecha 21 de mayo de 2012, se puso en conocimiento del Presidente de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, que el OSIPTEL remitió a la Presidencia del Consejo de Ministros[1] la opinión al Proyecto de Ley N° 972/2011-CR.

3.4. A través del Oficio N° 322-2016-2017-CEBFIF/CR, recibido el 31 de octubre de 2016, la Presidenta de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, remitió para comentarios el Proyecto

[1] Mediante Oficio N° 12-2007/PCM-DM-OCP del 5 de marzo de 2007, se dispuso que las respuestas a los pedido de opinión, de información u otros asuntos formulados por las comisiones del Congreso de la República sobre los proyectos de ley no presentados por el Poder Ejecutivo y por los señores congresistas deben ser canalizados a través de la Oficina de Coordinación Parlamentaria del Sector a la Presidencia del Consejo de Ministros.

de Ley N° 367/2016-CR, que propone la "Ley de Promoción de la Libre Competencia y la Eficiencia en los Mercados para la Protección de los Consumidores".

3.5. Mediante del Oficio N° 395-2016-2017-CEBFIF/CR, recibido el 10 de noviembre de 2016, la Presidenta de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, remitió para comentarios el Proyecto de Ley N° 353/2016-CR, que propone la "Ley de Control Previo de fusiones, adquisiciones o concentraciones empresariales para cautelar la libre competencia y el bienestar de los consumidores".

IV. ANÁLISIS

4.1. Comentarios Generales

De la revisión del Proyecto de Ley N° 367/2016-CR, se verifica que recoge, casi literalmente, la totalidad de la fórmula normativa presentada mediante el Proyecto de Ley N° 972/2011-CR; incluyendo la exposición de motivos. En consecuencia, el presente informe actualiza el Informe N° 078-GAL.GPRC.ST/2012, mencionado en los antecedentes.

No obstante, es necesario resaltar que en la Exposición de Motivos del citado Proyecto de Ley N° 367/2016-CR, acápite "antecedentes de la presente iniciativa legislativa", se señala que el Proyecto de Ley N° 972/2011-CR contó con la opinión favorable, entre otras instituciones, del OSIPTEL. Sin embargo, corresponde precisar –como se verá más adelante- que nuestro Organismo Regulador sí está de acuerdo con la evaluación previa de los actos de concentración empresarial en los distintos mercados; pero rechaza de modo categórico el alcance de la propuesta legislativa, referido a derogar aquellas normas que otorgan competencia al OSIPTEL para supervisar y promover la competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Respecto del Proyecto de Ley N° 353/2016-CR, se advierte que, aunque con menor detalle, su contenido es muy similar al del Proyecto de Ley N° 367/2016-CR, por lo que ambos serán analizados en el marco de este último.

4.2. Competencia del OSIPTEL

4.2.1. Conforme a la Ley General de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo Nº 013-93-TCC (en adelante, Ley de Telecomunicaciones) y la Ley que dispone la Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia - Ley Nº 26285, 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; y, en ese sentido, resolver -en la vía administrativa- las controversias entre dichas empresas ([2]).

---

[2] Ley 26285
"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. (...)".
Ley de Telecomunicaciones:
"Artículo 77.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo (...) con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes:

4.2.2. La Ley de Telecomunicaciones también ha previsto las materias en las cuales el OSIPTEL es competente para resolver las controversias que surjan entre empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, disponiendo que este Organismo resuelve las controversias entre empresas relacionadas con: (i) el incumplimiento de las obligaciones sobre competencia, (ii) con la interconexión de servicios y derecho de acceso a la red, (iii) con las tarifas entre empresas, y (iv) con el aspecto técnico ([3]).

4.2.3. Además, en los Contratos de Concesión, aprobados por el Decreto Supremo N° 11-94-TCC, de los cuales actualmente es titular la empresa Telefónica del Perú S.A.A., se pactó que el OSIPTEL es el organismo encargado de cautelar que el mercado de servicios de telecomunicaciones no se vea afectado por prácticas que atenten contra la libre y leal competencia ([4]).

4.2.4. En el año 2000, la función del OSIPTEL de resolver controversias entre empresas, fue recogida en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por Ley Nº 27332 (en adelante, Ley Marco) ([5]) y complementada en la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, aprobada por Ley Nº 27336 (en adelante, LDFF), al incorporar -como competencia de este Organismo- la de conocer toda controversia que se plantee como consecuencia de las acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de

OSIPTEL G.P.R.C. S. CIFUENTES

OSIPTEL GPRC C. BARRIOS

OSIPTEL S.T. A. MARTINELLI

OSIPTEL S.T. C. LAU

OSIPTEL GAL G. CÁMARA

1.- Mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido.
(...)
4.- Resolver controversias por la vía administrativa entre prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido".

[3] Ley de Telecomunicaciones
"Artículo 78.- Además de lo señalado en el artículo precedente el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones en los siguientes casos:
a.- Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre leal competencia que esta Ley señala.
b.- Las relacionadas con la interconexión de servicios y derecho de acceso a la red, incluye los aspectos técnicos y las condiciones económicas.
c.- Las relacionadas con las tarifas entre empresas.
d.- Las relacionadas con el aspecto técnico entre las empresas".

[4] Contratos de Concesión, aprobados por el Decreto Supremo Nº 1194-TCC:
"Sección 12.05: Leal y Libre Competencia.
El MINISTERIO se compromete a no otorgar concesiones que resulten en una situación de competencia desleal en contra de la EMPRESA CONCESIONARIA.
Por su parte, OSIPTEL cautelará que el mercado de servicios de telecomunicaciones no se vea afectado por prácticas que atenten contra la libre y leal competencia. Asimismo, cautelará que los prestadores de SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES desarrollen sus actividades en concordancia con los principios de igualdad, no discriminación y equidad".

[5] Ley Marco:
"Artículo 3.- Funciones
3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:
(...)
e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados (...)". (Subrayado nuestro)

empresa operadora de tales servicios ([6]) ([7]); y, reconocer un régimen de infracciones distinto para el caso de las infracciones relacionadas con la libre y leal competencia conocidas por el OSIPTEL ([8]).

4.2.5. En ese sentido, el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por el Decreto Supremo Nº 008-2001-PCM (en adelante, Reglamento del OSIPTEL) dispuso que este Organismo es competente para conocer en la vía administrativa las controversias entre empresas, relacionadas con ([9]):

- El incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia.
- La interconexión en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones que se paguen las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.
- El derecho de acceso a red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos.
- Tarifas y cargos diferentes a los de interconexión.
- Aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- Acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

4.2.6. Conforme a las normas citadas, la función de solución de controversias se encuentra a cargo de un órgano independiente y técnico constituido, en primera instancia, por un Cuerpo Colegiado conformado por tres (3) a cinco (5) profesionales independientes, especialistas en las materias controvertidas, que

---

[6] LDFF:
"Artículo 36.- Procedimiento de solución de controversias en la vía administrativa
Son competentes para resolver controversias:
a) En primera instancia: el Cuerpo Colegiado.
b) En segunda instancia: el Tribunal Administrativo, de acuerdo a la legislación aplicable.
Además de las controversias señaladas en el Decreto Supremo Nº 013-93-TCC (...), y en la Ley Nº 26285 (...), OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios".

[7] Similar norma fue recogida en el artículo 49º del Reglamento del OSIPTEL:
"Artículo 49.- Definición de Función de Solución de Controversias.
La función de solución de controversias autoriza a los órganos funcionales competentes de OSIPTEL a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto, entre empresas operadoras, y entre una cualquiera de éstas y el usuario.
Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI.
Asimismo, OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de EMPRESA OPERADORA.
La función de resolver controversias comprende además la de conciliar intereses contrapuestos. De llegarse a una conciliación exitosa y de ser ésta aprobada por el OSIPTEL, se dará por terminada la controversia correspondiente".

[8] LDFF:
"Artículo 26.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales
26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o legal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo Nº 701, el Decreto Ley Nº 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación.
26.2 OSIPTEL podrá sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, por incumplimiento de las normas de libre y leal competencia, en los casos a que se refiere el último párrafo del Artículo 36 de la presente Ley, así como por incumplimiento de las resoluciones emitidas en el procedimiento correspondiente.
26.3 Asimismo, serán aplicables los Artículos 20 y 23 del Decreto Legislativo Nº 701, modificados por el Decreto Legislativo Nº 807, en lo referido a la participación y sanciones a los representantes legales o las personas que integran los órganos directivos de las empresas o entidades sancionadas. Estas disposiciones no sólo serán aplicables cuando se trate de infracciones relacionadas con la libre competencia, sino también con la interconexión y con negativas directas o indirectas, para acceder a información".

[9] Artículo 53º del Reglamento del OSIPTEL.

son designados -para cada caso- por el Consejo Directivo de este Organismo o, en los casos de delegación o situaciones excepcionales, por el Presidente del Consejo Directivo; de una lista de candidatos previamente aprobada por el propio Consejo Directivo del OSIPTEL.

En segunda instancia y última instancia administrativa, dicha función es ejercida por el Tribunal de Solución de Controversias, órgano independiente, técnico y de carácter permanente, conformado por cinco (5) miembros designados por Resolución Suprema ([10]).

Cada una de estas instancias de solución de controversias cuenta con una Secretaría Técnica Adjunta, que se encarga de prestarles el apoyo técnico y logístico requerido y que actúa -en los casos de procedimientos que versan sobre la comisión de infracciones- como órgano instructor.

4.2.7. Acorde a la función encomendada, desde el año 1994, los órganos encargados de la solución de controversias entre empresas del OSIPTEL se han pronunciado sobre las controversias referidas a libre competencia, competencia desleal y la aplicación del marco regulatorio en el sector de las telecomunicaciones.

4.3. De la importancia de establecer un control de concentraciones empresariales en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

Como se ha señalado anteriormente, los Proyectos de Ley se centran en la evaluación previa de los actos de concentración empresarial para la generalidad de los mercados y no sólo para el sector eléctrico, como funciona en la actualidad.

En opinión del OSIPTEL, es importante que desde el Congreso de la República se promuevan iniciativas que contribuyan a velar por las condiciones de competencia en mercados, en los que una excesiva concentración podría generar pérdidas importantes de bienestar a los consumidores.

En ese sentido, el objeto del Proyecto de Ley N° 367/2016-CR, es el siguiente:

> *"Artículo 1°.- Objeto de la Ley*
> *1.1. La presente Ley tiene por objeto promover la libre competencia y la eficiencia económica en los mercados para el mayor bienestar de los consumidores, a través de la evaluación previa de los actos de concentración empresarial, autorizando aquellos actos que no provoquen una disminución sustancial de la competencia efectiva en el mercado o que se demuestre que generan eficiencias económicas que compensan dichos efectos restrictivos y mejoran el bienestar de los consumidores".*

Sobre el control de fusiones y adquisiciones en el mercado de telecomunicaciones peruano, cabe indicar que en el Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú, en el que el OSIPTEL participó, se resaltó mediante el Informe N° 02 "Barreras que limitan el desarrollo de la Banda Ancha en el Perú", que la ausencia de una política de control de fusiones y adquisiciones en el mercado de telecomunicaciones, estaría

[10] Actualmente son cuatro (4) los miembros del Tribunal de Solución de Controversias, conforme a las Resoluciones Supremas N° 043-2016-PCM, N° 084-2016-PCM; N° 294-2015-PCM y N° 104-2014-PCM.

permitiendo una mayor concentración en ciertos segmentos de mercado, afectando los niveles de competencia[11].

En efecto, en el caso particular del sector telecomunicaciones, la convergencia tecnológica plantea una serie de retos para la labor del OSIPTEL. Específicamente, en ausencia de convergencia, cada uno de los servicios de telecomunicaciones es brindado a partir de una red específica para el mismo ([12]). Gracias a la convergencia tecnológica, las barreras tecnológicas existentes para que el operador de una red provea múltiples servicios a través de la misma, desaparecen.

Como consecuencia de la dilución de estas barreras, se generan incentivos en las empresas para fusionarse con otras empresas o adquirirlas, como estrategia para mejorar la rentabilidad perdida en sectores tradicionales –por ejemplo, telefonía fija o larga distancia– al ofrecer productos más complejos y rentables. De este modo, como una consecuencia natural del proceso de convergencia, el operador dominante tendría incentivos para generar una mayor integración con sus subsidiarias en otros mercados de telecomunicaciones, para hacer frente a una competencia cada vez más agresiva; o también comprando directamente al competidor que empieza a incomodar su posición privilegiada en el mercado. En ese sentido, a nivel mundial se vienen produciendo entradas de nuevos actores al sector mediante la compra de empresas ya establecidas de televisión de paga (para servicios de *triple play*) y la fusión de empresas de servicios fijos con móviles (para la provisión de ofertas de *cuádruple play*).

Las fusiones y adquisiciones pueden generar economías de escala y ganancias de eficiencia en las empresas, lo que debería reflejarse en menores precios a los consumidores. No obstante, no todas las fusiones son beneficiosas. Un aspecto negativo está relacionado con la pérdida de "eficiencia dinámica". Es decir, si bien en forma inmediata las empresas podrán ofrecer menores precios, debido a una reducción en los costos, es presumible que tales reducciones no se mantendrán en el largo plazo. El operador fusionado, al contar con mayores economías de escala, podrá desplazar a sus competidores del mercado, pudiendo alcanzar una posición de dominio en el mercado. Ante la falta de competencia, el operador incumbente podría aumentar sus tarifas, ofrecer niveles deficientes de calidad o generar una oferta menor a la socialmente deseada. Esto ha sido señalado ya por algunos autores, como una causa importante para establecer un Control de Fusiones ([13]).

Con relación a los Proyectos de Ley remitidos a este organismo, cabe señalar que la ausencia de una ley de este tipo fue mencionada en el informe final de la Comisión Multisectorial Temporal ([14]), encargada de elaborar el "Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú", en la que el OSIPTEL tuvo una importante participación. Específicamente, al momento de identificar las principales barreras para el desarrollo de la banda ancha, se destacó la ausencia de una política de control de fusiones y adquisiciones en el mercado de telecomunicaciones.

---

[11] https://www.mtc.gob.pe/portal/proyecto_banda_ancha/INFORME_02_BANDA_ANCHA_16_08_2010pm_correc27082010.pdf
Págs. 41 y 42.

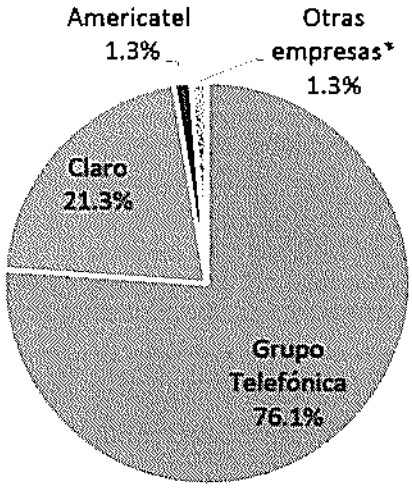
[12] Por ejemplo, la provisión del servicio de voz fija a través de la red de telefonía fija, o del servicio de televisión de paga a través de la red de cable, entre otros.

[13] Diez Canseco, L. y J. Távara. «Estabilizando el péndulo: control de fusiones y concentraciones en el Perú». *Thêmis*, N° 47, pp. 50-77, Lima, 2003.

[14] Creada mediante Decreto Supremo Nº 063-2010-PCM del 3 de marzo del 2010.

Al respecto, el mercado de telecomunicaciones en el Perú se encuentra altamente concentrado. Hacia junio de 2016, el principal Grupo Económico –el Grupo Telefónica– tenía una participación de mercado de 76.1% en telefonía fija ([15]), 47.8% en telefonía móvil, 75% en televisión de paga (en Lima Metropolitana y Callao) y 80.2% en internet fijo, tal como puede verse en los gráficos del 1 al 4. Solo en el mercado de televisión de paga fuera de Lima, su participación es menor al 50%, alcanzando un 42%. Este nivel de concentración en manos de un grupo económico, que se encuentra vertical y horizontalmente integrado, podría generar incentivos para que las empresas, que conforman dicho grupo económico con posición de dominio, se sirvan de dicha posición para realizar prácticas contrarias a la libre competencia dirigidas a mantener o ampliar su poder de mercado; limitando así el desarrollo de la competencia. Esta situación podría agravarse si no se cuenta con un instrumento de evaluación y de control de estructuras adecuado, que permita determinar si el acto de concentración es beneficioso o no para el mercado.

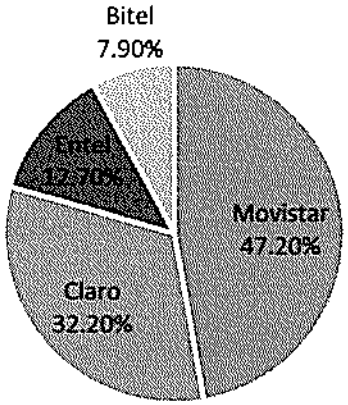
Gráfico 1: Participación de Mercado en Líneas de Telefonía Fija (junio 2016)



(*) Otros incluye a Optical Technologies, Velatel, Level 3, Gilat to Home, Winner Systems, Convergia, Entel.
Fuente: Empresas operadoras.
Elaboración: GPRC – OSIPTEL.

[15] Se toma en cuenta tanto las líneas fijas de Telefónica del Perú como las líneas fijas inalámbricas de Telefónica Móviles.

Gráfico 2: Participación de Mercado en Líneas de Telefonía Móvil (setiembre 2016)



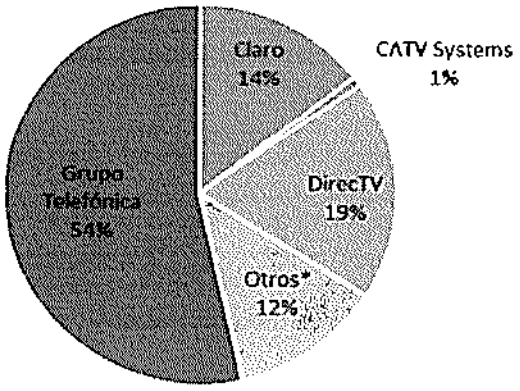
Fuente: Empresas operadoras.
Elaboración: GPRC – OSIPTEL.

En particular, debe tenerse en cuenta que en el mercado de telefonía móvil no siempre se contó con una estructura compuesta por cinco (5) empresas operadoras. Si bien durante el período 2002-2004 se contó con cuatro (4) empresas operadoras (Telefónica, Bellsouth Perú, TIM y Nextel), tras la compra de Bellsouth Perú por parte de Telefónica[16], esta última pasó a contar con una participación de 61%. En efecto, tras dicha operación solo quedaron tres (3) empresas compitiendo efectivamente en el mercado. No sería hasta el 2010, con las entradas de Viettel Perú S.A.C. (que adoptó el nombre comercial Bitel) y Entel Perú S.A., que el mercado volvería a dinamizarse.

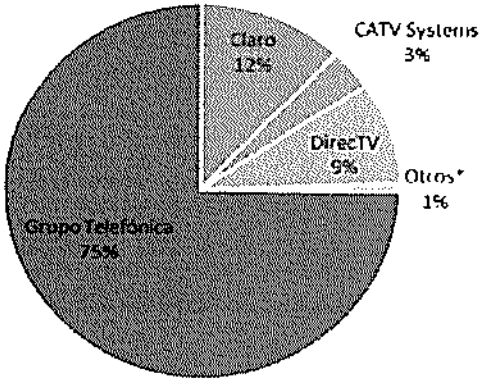
Lo anterior es especialmente relevante para un mercado como el de telecomunicaciones, en el cual existen barreras naturales a la entrada. En efecto, el carácter escaso del espectro radio eléctrico limita el número de operadores que pueden intervenir en el mercado. Si las empresas con mayor participación decidieran comprar a las empresas de menor participación y si no hubiera espectro radio eléctrico disponible, en ese caso posiblemente los niveles de competencia no podrían recuperarse.

Gráfico 3: Participación de Mercado de TV de Paga (junio 2016)

Lima. Participación en número de suscriptores (junio 2016)



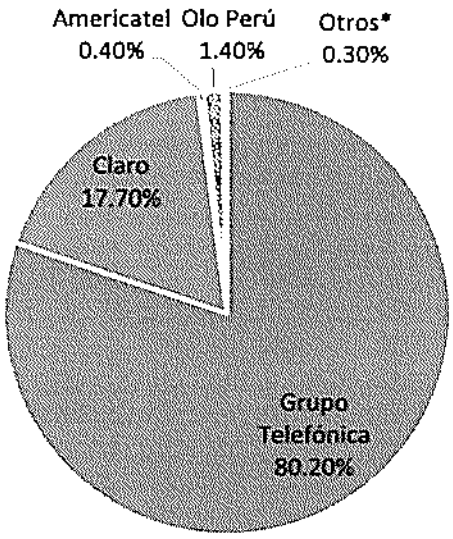
Provincias: participación en número de suscriptores (junio 2016)



(*) Otros incluye a Supercable Television S.R.Ltda., Telecable Paita S.R.L., Cable Oriente S.A., Amazonia T.V. S.R.Ltda, Cectel E.I.R.Ltda., Cable Yurimaguas S.R.Ltda., Cable Jaen S.R.L., Huascaran Telecom S.A.C., Elvis Cirineo Leon Montero y 52 empresas más.
Fuente: Empresas operadoras.
Elaboración: GPRC – OSIPTEL.

[16] Dicha operación fue aprobada mediante Resolución Viceministerial N° 160-2005-MTC/03 el 7 de abril de 2005.

Gráfico 4: Participación de Mercado de Suscripciones a Internet (junio 2016)

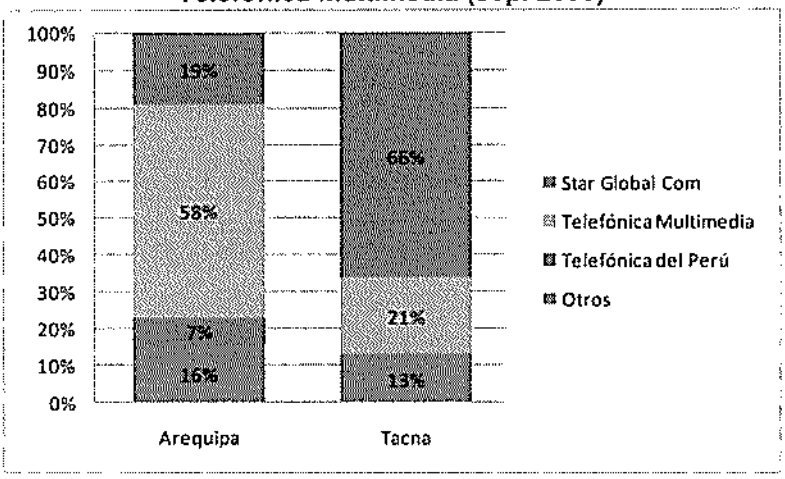


(*) Otros incluye a Andesat Perú S.A.C., AT&T Global Network Services del Perú S.R.L., Cablevisión S.A.C., Compañía de Comercio Global S.A.C., Consorcio Optical S.A.C., Convergia Perú S.A., Directv Perú S.R.L., Gilat to Home Perú S.A., Internexa Perú S.A., Moche Inversiones S.A., Multiservicios de Telecomunicaciones Satelital E.I.R.L., Red Intercable Perú S.A.C., Supercable Televisión S.R.L., TVS Wireless S.A.C., Velatel Perú S.A.C., Via Satelital E.I.R.L., Viettel Perú S.A.C., Wigo S.A., Wi-Net Perú S.A.C. y Winner Systems S.A.C..
Fuente: Empresas operadoras.
Elaboración: GPRC – OSIPTEL.

El Perú no ha sido ajeno a la ola de fusiones y adquisiciones en telecomunicaciones. Así, Telmex Perú S.A. adquirió dos (2) empresas de TV de paga para brindar servicios de *triple play*, lo que le permitió ser el único operador capaz de competir con el Grupo Telefónica en el mercado de productos empaquetados a la fecha. En ese sentido, esta fusión parece haber sido beneficiosa, pues permitió incrementar el nivel de competencia en los mercados en cuestión.

Hasta el momento, el efecto negativo de la falta de un Control de Fusiones dentro de la legislación peruana, se ha hecho evidente en el mercado de televisión de paga. En este mercado, el Grupo Telefónica ha adquirido empresas operadoras del servicio de televisión por cable en provincias, lo que ha originado una mayor concentración de mercado –que ya mostraba, anteriormente, altos niveles de concentración- y, en consecuencia, una reducción de las opciones del consumidor.

Gráfico 5: Participación de Star Global Com al momento de su compra por parte de Telefónica Multimedia (sep. 2008)



Fuente: Empresas operadoras.
Elaboración: GPRC – OSIPTEL.

Al respecto, destaca el caso de la empresa Star Global Com, que operaba en las ciudades de Arequipa y Tacna hasta su compra, en septiembre 2008. A dicha fecha, contaba con el 19% y 66% del total de suscriptores en cada departamento, respectivamente, tal como se muestra en el siguiente gráfico. El Grupo Telefónica, tras adquirir esta empresa, pasó a tener una participación de 83% y 87% en dichos mercados. Más aún, en septiembre del 2009, el Grupo Telefónica incrementó el precio de la renta mensual por un aumento en el número de canales ofrecidos por empresas de su grupo (Telefónica Negocios, TM y Star Global Com) en la ciudad de Arequipa, lo que motivó quejas de los usuarios.

Este es solo un caso de cómo la ausencia de un Control de Fusiones en el sector telecomunicaciones permitió la concentración de participación de mercado en un menor número de empresas operadoras. El mismo caso podría darse en otras ciudades, donde el Grupo Telefónica podría haber comprado a otras empresas con redes propias, con el fin de limitar la presión competitiva, y sin que el OSIPTEL pueda hacer algo para impedirlo.

Posteriormente, se han llevado a cabo fusiones de mayores implicancias en el sector. Así, por ejemplo, se tiene la transferencia de las concesiones de titularidad de la empresa Telmex Perú S.A. a favor de la empresa América Móvil S.A.C., la cual fue aprobada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) el 25 de abril de 2012, mediante Resolución Viceministerial N° 136-2012- MTC/0326. Sin embargo, debe considerarse que desde octubre de 2010, ambas empresas ya venían operando bajo la marca "Claro".

Por su parte, la transferencia de las concesiones de titularidad de la empresa Telefónica Móviles S.A. a favor de la empresa Telefónica del Perú S.A.A., fue aprobada el 30 de julio de 2014, mediante Resolución Viceministerial N° 461-2014-MTC/0328. Sin embargo, casi dos (2) años antes, desde octubre de 2010, ambas empresas ya venían operando bajo una única marca: "Movistar". La diferencia entre ambos procesos de fusión radica en que la fusión entre Telefónica del Perú S.A.A., como Telefónica Móviles S.A., al momento de la transferencia, tenían participaciones mayoritarias en cada uno de los mercados en los que operaban.

Cuadro N° 6 Participación de mercado de Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Móviles S.A al momento de la fusión (a julio de 2014)

	Telefónica del Perú S.A.A.	Telefónica Móviles S.A	Total Grupo Telefónica
Telefonía Fija	70%	9%	79%
Internet Fijo	84%	-	84%
Televisión de Paga	41%	-	64%(*)
Telefonía Móvil		56%	56%

Nota: En el mercado de Televisión de Paga, también participa Telefónica Multimedia S.A.C., la cual contaba, a julio 2014, con el 23% del mercado. Es decir, en total el Grupo Telefónica contaba con al menos 64% del mercado.
Fuente: Información proporcionada por las empresas operadoras.
Elaboración GPRC – OSIPTEL.

Al respecto, el OSIPTEL considera que el control de las concentraciones representa una herramienta útil al momento de poder efectuar un control *ex ante*, evitando posibles conductas futuras que podrían perjudicar el funcionamiento eficiente de los mercados de telecomunicaciones ([17]). Esto quedó plasmado en el informe final de la Comisión, que establecía entre sus recomendaciones para impulsar la competencia, que se analicen medidas como "el control de fusiones y adquisiciones, la limitación de participación de empresas dominantes en las licitaciones de bienes públicos, entre otras" [18]. Como resultado, la Comisión propuso la elaboración de un Proyecto de Ley, con distintas medidas para impulsar la competencia en el mercado de banda ancha.

Ahora bien, debe indicarse que a la fecha se utiliza como instrumento de control *ex ante*, la aprobación por parte del MTC de las transferencias de concesión y espectro radioeléctrico, por lo general, derivadas de un acto de concentración empresarial. Este control *ex ante* de las transferencias de concesión se ha realizado en virtud de lo dispuesto por el artículo 117° del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC([19]).

Conforme a este instrumento de control de las transferencias de concesión, se requiere que el MTC apruebe previamente la transferencia antes que la cesionaria de la concesión o del espectro pueda prestar los servicios o utilizar el espectro de la cedente.

[17] El Informe Final emitido por dicha Comisión y el correspondiente documento de Plan Nacional, fue presentado oficialmente por el Ministro de Transportes y comunicaciones, el Presidente del OSIPTEL y representantes de los miembros titulares de dicha comisión mediante conferencia de prensa del 25 de julio de 2011 en el MTC, y se encuentra publicado en la página web oficial de la Comisión: http://www.mtc.gob.pe/portal/proyecto_banda_ancha/index.html.
[18] Plan Nacional de Banda Ancha, página 189.
[19] El artículo 117° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones señala lo siguiente:
"Artículo 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones
Las autorizaciones, así como los permisos y licencias de los servicios de telecomunicaciones, son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio. Aprobada la transferencia, el adquirente asumirá automáticamente todos los derechos y obligaciones derivados de la autorización.
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.
El incumplimiento de esta norma produce la resolución de pleno derecho del contrato de concesión o deja sin efecto las autorizaciones, permisos y licencias correspondientes.
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."

Esta transferencia de concesión no puede ser denegada sin causa justificada, considerándose como causa justificada a aquellas situaciones que pudieran atentar contra lo dispuesto por el artículo 6° de la Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo N° 013-93-TCC), referido a que 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.

Si bien este control *ex ante* de las transferencias de concesión puede constituirse en una herramienta para controlar las concentraciones del mercado, no es la plenamente idónea si se considera que está referida sólo al título habilitante para prestar el servicio en el mercado y no al acto de concentración empresarial en sí mismo. En ese sentido, el control de concentraciones orientado a los actos empresariales, a diferencia del control *ex ante* de las transferencias de concesión, permite una evaluación de las condiciones de competencia y de los efectos que el acto ocasionará en general en los diferentes mercados de telecomunicaciones (v.g. mercados de servicios de valor añadido en los cuales no se requiere el otorgamiento de concesión), y no solo los relativos a los mercados en los cuales se requiere operar con concesión.

Por lo tanto, nos encontramos a favor de que se instaure un control de estructuras en el Perú y que este tipo de control constituya una herramienta adicional que, en el caso específico del sector telecomunicaciones -cuyos mercados ya se encuentran fuertemente concentrados-, permitirá bloquear aquellos actos que lleven a fortalecer el poder de mercado de algunas empresas sin generar eficiencias suficientes que lleven a un mayor bienestar social.

No obstante, de aprobarse alguno de los Proyectos de Ley sobre control de actos de concentración empresarial en el sector de las telecomunicaciones, este debería estar a cargo del OSIPTEL –en su condición de organismo regulador-, en tanto permitirá –por su experiencia- la evaluación de, entre otros, 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.

4.4. Sobre la derogación de las competencias asignadas al OSIPTEL

Como se ha señalado anteriormente, el Proyecto de N° Ley 367/2016-CR, propone derogar la función del OSIPTEL de mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de los servicios públicos de telecomunicaciones, función prevista en el inciso 1) del artículo 77° de la Ley de Telecomunicaciones; así como la función de este Organismo de aplicar la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, prevista en el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1034 ([20]); desconociendo la función de controlar las conductas desleales previstas en la Ley de

[20] Decreto Legislativo N° 1034
"Artículo 17.- Del OSIPTEL.-
La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo".

Represión de la Competencia Desleal, de acuerdo a lo establecido en la primera disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1044 ([21]).

En efecto, en la Disposición Complementaria Derogatoria (segunda), Disposiciones Complementarias Modificatorias (primera, segunda y cuarta) y Disposición Complementaria Final se señala lo siguiente:

- Segunda Disposición Complementaria Derogatoria:

> **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS**
> *"SEGUNDA.- Derogación expresa*
> *Deróguese el inciso 1 del artículo 77 del Decreto Supremo N° 013-93-TCC que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 17 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034".*

Conforme puede apreciarse, mediante esta Disposición Complementaria se derogaría una de las principales funciones que la Ley de Telecomunicaciones asigna al OSIPTEL, esto es, la de mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y valor añadido; prevista en el inciso 1) del artículo 77° de la Ley de Telecomunicaciones.

- Primera y Segunda Disposiciones Complementarias Modificatorias:

> **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS**
>
> *"PRIMERA.-*
>
> *Modifíquese la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034, conforme a texto siguiente:*
>
> > *"PRIMERA.- Competencia primaria.*
> > *El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dicho organismo".*
>
> *SEGUNDA.- Modifíquese la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1044, conforme a texto siguiente:*
>
> > *"PRIMERA.- Competencia primaria.-*
> > *El control de las conductas desleales se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dicho organismo".*

[21] Decreto Legislativo N° 1044
"Artículo PRIMERA.- Competencia primaria.-
El control de las conductas desleales se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos".

Conforme puede apreciarse, tanto la Primera como la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Proyecto de Ley en mención, excluyen al OSIPTEL de la función de aplicar la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la de controlar las conductas desleales previstas en la Ley de Represión de la Competencia Desleal en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones; concluyéndose de ello que el INDECOPI sería la única autoridad con competencia primaria en materia de represión de conductas anticompetitivas o desleales, en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

- Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIA

"CUARTA.-
Modifíquese la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1044, conforme a texto siguiente:

> *"CUARTA.- Exclusividad de competencia administrativa y alcance de las excepciones.-*
> *Los órganos competentes para la aplicación de esta Ley conforme a lo dispuesto en el Título IV tienen competencia exclusiva a nivel nacional para la determinación y sanción de actos de competencia desleal.*
>
> *La competencia administrativa para la aplicación de esta Ley podrá ser asumida por órgano administrativo distinto únicamente cuando una norma expresa con rango legal lo disponga.*
>
> *Cuando el acto de competencia desleal que se determina y sanciona es uno que se ha desarrollado mediante la actividad publicitaria, la competencia administrativa únicamente corresponde a los órganos competentes para la aplicación de esta Ley, conforme a lo dispuesto en el Título IV, sin excepción alguna".*

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

*"**PRIMERA**.- Autoridad Competente*
La aplicación de la presente ley y del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, es de competencia exclusiva de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual del Indecopi".

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

Con relación a la derogación de las mencionadas funciones asignadas por normas con rango de ley al OSIPTEL, cabe indicar que conforme al artículo 75° del Reglamento del Congreso de la República, uno de los requisitos indispensables para la elaboración de

los proyectos de ley, es el análisis de sus fundamentos, efectos y análisis costo-beneficio:

> "***Artículo 75°.-*** *Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales. (...)"* (El subrayado es agregado)

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

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, sobre las denominadas "infracciones constitucionales indirectas" que determinan la invalidez de las leyes (Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 047-2004-AI/TC, publicada en el Diario Oficial El Peruano de fecha 13 de mayo de 2006):

> ***"4.3.2.5. Infracción indirecta de la Constitución y bloque de constitucionalidad***
> *128. Por ello, en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango.*
>
> *129. Como se precisó en la STC Nº 0041-2004-AI/TC, con cita de la STC Nº 0007-2002-AI/TC, efectivamente,*
>
> > *(...) en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (...). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de "normas sobre la producción jurídica", en un doble sentido; por un lado, como "normas sobre la forma de la producción jurídica", esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como "normas sobre el contenido de la normación", es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido [111] [STC 0041-2004-AI/TC, fundamento Nº5].*
>
> *130. Por esa razón se sostuvo que tales normas*
> *(...) formarán parte del denominado 'bloque de constitucionalidad', a pesar de que, desde luego, no gozan del mismo rango de la lex legum. En estos casos, las normas delegadas actúan como normas interpuestas, de manera tal que su disconformidad con otras normas de su mismo rango, que sean impugnadas en un proceso de inconstitucionalidad, desencadena la invalidez constitucional de éstas[112] [STC 0020-2005-PI/TC, fundamento Nº 29]."*

Además, cabe indicar que en la misma Sentencia, el Tribunal Constitucional ha calificado al Reglamento del Congreso como una Ley Orgánica:

"2.1.3.1.1.4. Reglamento del Congreso

23. El artículo 94 de la Constitución dispone que:

"El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley (...)".

Sobre ello el Tribunal Constitucional ha establecido que:
(...)

24. En igual sentido se manifestó respecto al Reglamento del Congreso, que este no sólo tiene fuerza de ley, sino también naturaleza de ley orgánica. Más precisamente:

(...) la estructura y funcionamiento de los Poderes del Estado gozan de reserva de ley orgánica de acuerdo a los siguientes criterios. En el caso del Congreso de la República, prima facie, debe considerarse que, conforme al artículo 94 de la Constitución, el Congreso de la República se regula por su reglamento, que tiene fuerza de ley, constituyendo este hecho una excepción a la regla de que, en principio, los Poderes del Estado se regulan por ley orgánica. Sin embargo, es pacífico asumir que dicho reglamento goza de naturaleza equivalente a la ley orgánica [42] **[STC Exp. N° 0022-2004-AI/TC, fundamento 23]."**

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

4.4.1. El Proyecto de Ley N° 367/2016-CR parte de una premisa errada y distorsiona la actual política de competencia en telecomunicaciones

La propuesta normativa bajo comentario asume erróneamente que la promoción de la competencia pasa únicamente por elaborar un control de estructuras de mercado y por realizar seguimiento y sanción de conductas anticompetitivas. Sin embargo, la promoción de la competencia es un concepto mucho más amplio que abarca una serie de aristas que no contempla la presente propuesta legislativa, las cuales se encuentran estrechamente relacionadas entre sí y que se describen líneas abajo.

En este sentido, el despojar de estas facultades al OSIPTEL, le impediría cumplir con de una de sus principales facultades. Específicamente, el hecho que el OSIPTEL deje de analizar estos temas implicaría que cualquier desvío de las políticas de precios y acceso que actualmente diseña, implementa y ejecuta el regulador, y cuyo principal objetivo es garantizar que los consumidores accedan a mejores precios y cuenten con más alternativas de elección, no pueda ser sancionado. Esto es particularmente preocupante en un contexto en el que el desarrollo de la convergencia tecnológica, si es adecuadamente aprovechado, podría facilitar la entrada de nuevos operadores, con las consecuentes mejoras en precios, gama de servicios y cobertura, entre otros, que dicha entrada podría motivar.

De pasar la función de seguimiento de conductas anticompetitivas -en el sector de las telecomunicaciones- a manos del INDECOPI, este tendría que interferir necesariamente en otras funciones del regulador, por cuanto parte de la promoción de la competencia

pasa también por establecer tarifas tope mayoristas, minoristas y de acceso que fomenten la participación del mayor número posible de operadores. En este sentido, es difícil pensar que el INDECOPI, siendo una agencia encargada de monitorear un número tan amplio de mercados, pueda cumplir eficientemente con estos aspectos que actualmente son competencia del OSIPTEL.

Esta situación es particularmente relevante en un contexto en el que los operadores del sector telecomunicaciones ya se encuentran familiarizados con la normativa de regulación y competencia del sector, caracterizada por su alto nivel técnico, así como con sus modificaciones, provocadas por los rápidos cambios derivados de la innovación tecnológica. Precisamente, la experiencia del OSIPTEL en estos cambios hace que tareas como la definición de mercados relevantes, se cumplan de mejor manera. Por otro lado, la separación de funciones del OSIPTEL podría hacer que se adopten decisiones contradictorias con los principios y la visión que se tiene de un mercado tan sensible como es el de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Resulta de particular importancia citar el tema del principio de supletoriedad -que rige las relaciones entre la regulación sectorial y las normas sobre sanción de prácticas anticompetitivas- y por el cual se establece que, ante una situación regulada, la agencia de competencia ya no puede intervenir[22].

Por ejemplo, se puede indicar que si el regulador emite una serie de normativas de aplicación *ex ante* para permitir la promoción de la competencia (por ejemplo portabilidad numérica, eliminación de preselección por defecto o determinación de proveedores importantes) y se produce un acto de concentración que es aprobado yendo en contra de los objetivos que tenía el regulador, entonces la regulación emitida se volvería inefectiva.

Incluso en el supuesto en el que se retire al OSIPTEL la facultad de seguimiento de prácticas anticompetitivas, sería necesaria una estrecha coordinación entre el OSIPTEL y el INDECOPI al momento de preparar el procedimiento sancionador ante la eventualidad de la comisión de una infracción. Esto incrementaría notablemente los costos de transacción, y ampliaría aún más el tiempo entre la comisión de la infracción y la sanción impuesta, lo cual reduce notablemente el poder disuasivo de la sanción (sin perjuicio del riesgo de prescripción de la facultad sancionadora).

Otro aspecto a considerar, es que el Proyecto de Ley impone una importante limitación de la retroalimentación constante, existente entre las áreas del propio OSIPTEL. En efecto, el ejercicio de la función de solución de controversias (en materia de análisis de prácticas anticompetitivas y actos de competencia desleal) ha permitido la detección de vacíos normativos, oportunidades de mejora de la normativa sectorial vigente o aspectos de trascendencia que las normas de competencia no son capaces de solucionar. Por ejemplo, en el tema del uso compartido de infraestructura, es precisamente a partir de los casos de competencia denunciados y resueltos ante y por el OSIPTEL, que se pudo detectar que las normas de competencia no eran suficientes para solucionar el problema de necesidad de uso eficiente de la infraestructura de uso público existente. Sin las dos (2) funciones que ostenta el OSIPTEL (de regulador y de agencia de competencia), esto sería más difícil de hacerse.

[22] Artículo 12.-Principio de Supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.

Finalmente, es contradictorio ver que, mientras que por un lado existen iniciativas para el fortalecimiento de los organismos reguladores, por otro lado se le despoje de funciones que debieran ser fortalecidas aún más. Al respecto, se expresa la preocupación que mediante una norma para controlar la concentración en el mercado -control con el que el OSIPTEL se encuentra plenamente de acuerdo- se pretenda eliminar funciones que la Ley le atribuye al OSIPTEL respecto a la represión de conductas anticompetitivas y de competencia desleal. Por el contrario, se considera que las modificaciones normativas en materia de libre y leal competencia, deben orientarse a incrementar el poder disuasivo de las sanciones ante comisión de conductas anticompetitivas, las que actualmente son muy bajas en comparación con el daño que generan al mercado.

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

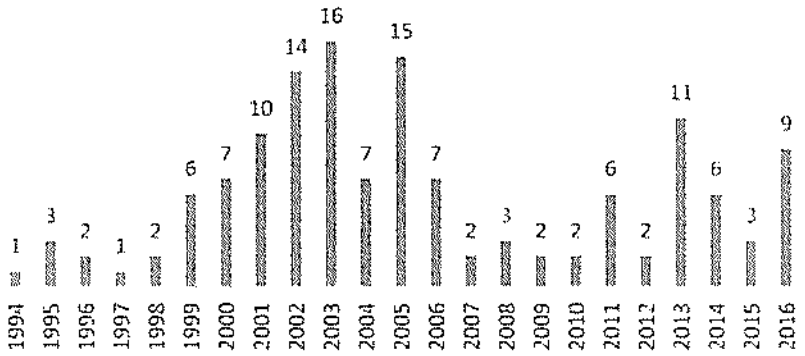
Desde hace más de dos (2) décadas, el OSIPTEL ha cumplido de manera eficiente, eficaz y transparente su rol como autoridad de competencia encargada de aplicar en el ámbito de los servicios públicos de las telecomunicaciones, aquellas normas que prohíben conductas anticompetitivas y actos de competencia desleal, con un balance que consideramos favorable para todos los agentes que participan en el sector de las telecomunicaciones: el Estado, los operadores y los usuarios finales.

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

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

Entre los años 1994 y 2016, en el OSIPTEL se han iniciado ciento treinta y siete (137) controversias, incluyendo las relacionadas con infracciones a la Libre y Leal Competencia; así como las relacionadas al marco regulatorio, es decir, las controversias sobre interconexión entre las redes de los operadores, acceso y compartición de infraestructura, entre otras.

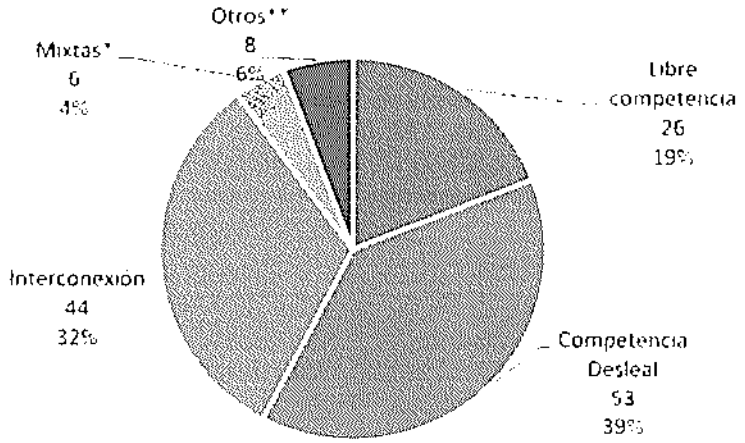
Gráfico N° 7: Total Controversias Iniciadas 1994-2016*



* A la fecha de elaboración del presente informe.
Nota: En estos años se iniciaron ciento cuarenta y tres (143) controversias, no obstante algunos expedientes fueron acumulados: 1998 (3 exp.), 2002 (16 exp.), 2003 (18 exp.) y 2005 (16 exp.)
Total periodo =137 controversias
Promedio anual = 6 controversias al año
Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTEL

Así, en dicho periodo, el número promedio de las controversias tramitadas por el OSIPTEL ascendió a seis (6) controversias por año. Como se observa en el Gráfico 8, del total de controversias tramitadas, veintiséis (26) de ellas (cerca del 19%), versaron únicamente sobre infracciones a las normas de libre competencia. Asimismo, fueron cincuenta y tres (53) (aproximadamente 39%) las controversias específicas sobre infracciones de competencia desleal. Cabe destacar, que si se consideran todas las controversias que involucran temas de libre competencia y competencia desleal, éstas hacen un total de ochenta y cinco (85) (alrededor del 62%), lo cual representa la mayor cantidad de las controversias iniciadas en el periodo de análisis. ([23])

Gráfico N° 8: Controversias iniciadas según materia, 1994-2016***



* Incluye: Competencia Desleal e Interconexión (1); Interconexión y Libre Competencia (2); Libre Competencia y Competencia Desleal (1); Interconexión, Competencia Desleal y Libre Competencia (2).
** Incluye: Acceso y uso compartido de infraestructura (2), Arrendamiento de Circuitos (2) y Compartición Infraestructura (4).
*** A la fecha de elaboración del presente informe.
Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTEL

En línea con lo anterior, es importante considerar que la función de solución de controversias viene teniendo una labor cada vez más activa en lo que respecta a la detección y sanción de conductas anticompetitivas y desleales. Así, entre los años 2011 y 2016, las controversias referidas a libre competencia y competencia desleal representan aproximadamente el 82% del total de casos iniciados en el OSIPTEL, cifra que casi duplica al porcentaje de casos referidos a estas materias iniciados desde 1994 hasta el año 2010.

[23] Las ochenta y cinco (85) controversias sobre infracciones a las normas de libre competencia y competencia desleal consideran: veintiséis (26) controversias sobre libre competencia, cincuenta y tres (53) controversias sobre competencia desleal, y seis (6) controversias sobre temas mixtos que incluyen infracciones a alguna de estas normas.

Gráfico N° 9: Porcentaje de controversias iniciadas que involucran infracciones contra las leyes de libre competencia y competencia desleal respecto al total de controversias

*** A la fecha de elaboración del presente informe.
Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTEL

La efectiva labor del OSIPTEL ha servido para impedir o detener graves actos de abuso de posición de dominio, así como para sancionar a las empresas infractoras. En efecto, el OSIPTEL ha investigado y sancionado diversos casos de abuso de posición de dominio en el mercado de servicios públicos de las telecomunicaciones: trato discriminatorio orientado a excluir al competidor (que afectaba a Red Científica Peruana) ([24]); negativas injustificadas a contratar (red de postes para instalar los cables de Alfatel, empresa de televisión por cable) ([25]); contratos de exclusividad (que limitaban la posibilidad de Tele Cable de contratar cierta programación de alto *rating* ([26]), o que limitaban las posibilidades de las empresas de televisión por cable de Tarapoto de ofrecer canales locales producto del abuso de la posición de dominio de la principal cablera de la ciudad) ([27]); estrategias para incrementar inválidamente los costos del rival (bombardeo de llamadas sin identificación a las centrales de AT&T) ([28]), estrategias de ventas atadas (caso iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. por atar la contratación del servicio de acceso a internet fijo al servicio de telefonía fija) ([29]), o el caso de estrechamiento de márgenes en el mercado de llamadas de larga distancia internacional desde teléfonos móviles prepago (caso de oficio iniciado contra América Móvil Perú S.A.C.) ([30]). En algunos casos, se han impuesto elevadas multas dada la gravedad de las

[24] Resolución N° 020-98-PD/OSIPTEL del 6 de febrero de 1998, en la controversia seguida por Red Científica Peruana contra Telefónica del Perú S.A.A. (Expediente 001-96/OSIPTEL)
[25] Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTEL del 20 de enero de 2003, en la controversia seguida por Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Expediente 009-2001-CCO/OSIPTEL)
[26] Resolución N° 062-2000-CCO/OSIPTEL del 21 de diciembre del 2000, en la controversia seguida por Tele Cable S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Multimedia S.A.C. (Expediente 006-99-CCO/OSIPTEL)
[27] Resoluciones N° 012-2013-CCO/OSIPTEL del 8 de marzo del 2013 y 007-2013-TSC/OSIPTEL del 2 de julio del 2013, en la controversia seguida por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. y otros (Expediente 006-2011-CCO-ST/LC)
[28] Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL del 16 de julio del 2012, en la controversia seguida por AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Expediente 003-2001-CCO/OSIPTEL)
[29] Resoluciones N° 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio del 2012 y 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero del 2013, en la controversia seguida de Oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. (Expediente 005-2011-CCO-ST/OSIPTEL)
[30] Seguido en el Expediente N° 010-2013-CCO-ST/OSIPTEL. Actualmente se encuentra en trámite ante el Tribunal de Solución de Controversias en segunda instancia.

infracciones detectadas, como, por ejemplo: 1,097 UIT a la empresa Telefónica del Perú S.A.A. ([31]).

Gráfico N° 10 Sanciones impuestas en primera y segunda instancia, en UIT (Según el año en que quedó firme en instancia administrativa)*

* A la fecha de elaboración del presente informe
Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTEL

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

Asimismo, la eficacia del OSIPTEL en la solución de controversias entre empresas, ha sido corroborada en el Poder Judicial, sede ante la cual casi todas las controversias que han sido materia de revisión en procesos contenciosos administrativos, incluyendo la cuantificación de las multas impuestas, han sido confirmadas.

En efecto, a la fecha, han concluido en sede judicial siete (7) procesos contenciosos administrativos sobre resoluciones de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL. En seis (6) procesos se ha declarado infundadas las demandas contencioso administrativas; y, en consecuencia, se ha declarado que dichas decisiones del OSIPTEL, han sido emitidas de acuerdo a derecho ([32]).

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

OSIPTEL resuelve los casos sobre libre y leal competencia en un tiempo razonable considerando el plazo para resolver estos procedimientos en otros países o incluso en el Perú. En efecto, la cantidad total de controversias que versan sobre estos temas y que se resolvieron durante ese periodo (setenta

[31] Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL. Esta resolución fue confirmada en segunda instancia administrativa y en el Poder Judicial.
[32] Nos referimos a los siguientes 6 casos tramitados en los expedientes administrativos: N° 010-2002-CCO-ST/IX, N° 004-2001, N° 016-2003-CCO-ST/IX, N° 018-2003-CCO-ST/IX, N° 001-1996 y N° 003-2001. Solo en un caso –Expediente administrativo el Poder Judicial declaró fundada una demanda contenciosa administrativa con lo cual se declaró la nulidad de la resolución de segunda instancia. No obstante, no fue por un tema de "fondo" que se declaró dicha nulidad.

controversias), fueron resueltas en un promedio trece (13) meses, considerando la doble instancia.

En ese sentido, la labor del OSIPTEL, a través de sus Cuerpos Colegiados y del Tribunal de Solución de Controversias, ha sido eficiente al resolver las controversias en un tiempo reducido.

Al respecto, tanto las controversias como los casos de oficio sobre libre competencia que fueron analizados por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI en el periodo 1998 – 2003 ([33]), se resolvieron en un promedio de quince (15) meses, considerando la doble instancia ([34]). Asimismo, de acuerdo a la información del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (TDLC), las causas contenciosas terminadas en sentencia vista por esta institución duran, en promedio, desde el ingreso de la demanda o requerimiento hasta la dictación de la sentencia del TDLC, veintiún (21) meses ([35]).

Así, el plazo promedio de trece (13) meses para resolver las controversias de libre competencia y competencia desleal en OSIPTEL, muestra la eficiencia alcanzada por los órganos encargados de estos procedimientos.

4.4.2.3. OSIPTEL es transparente en sus procesos

El OSIPTEL emitió, en el año 2000, lineamientos para la aplicación de la norma de libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones ([36]) y en el año 2002, lineamientos para la aplicación de las normas de competencia desleal en el ámbito de las telecomunicaciones, con la finalidad de difundir los criterios de interpretación que se tendrian en cuenta al momento de investigar y resolver sobre las conductas infractoras de las normas de competencia. Estos lineamientos han sido extensamente utilizados tanto por los operadores de telecomunicaciones como por el regulador.

Este año (2016) se emitieron nuevos lineamientos generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas y Desleales en el Ámbito de las Telecomunicaciones[37], que recogen los cambios normativos, así como los criterios de interpretación en materia de libre y leal competencia que el OSIPTEL viene utilizando en la solución de controversias por más de dos (2) décadas.

[33] Se refiere a la información más completa que se encuentra disponible en el "Compendio de Legislación y Jurisprudencia de la Libre Competencia en la Comunidad Andina 1994-2004", el cual contiene información disponible del INDECOPI desde el año 1994 hasta 2003. No obstante, información completa, es decir de todos los expedientes por año, se encuentra desde el año 1998.
[34] Esta información fue extraída del "Compendio de Legislación y Jurisprudencia de la Libre Competencia en la Comunidad Andina 1994-2004".
[35] Para mayor detalle puede consultarse el siguiente enlace (última visita: 08/11/2016): http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/Estadisticas/agosto16/Contenciosas-Duracion.pdf
[36] Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el ámbito de las Telecomunicaciones, Resolución de Consejo Directivo Nº 003-2000-CD/OSIPTEL, publicada el 08 de febrero del 2000. Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones, Resolución de Consejo Directivo Nº 075-2002-CD/OSIPTEL, publicada el 17 de diciembre del 2002.
[37] Lineamientos aprobados mediante Resolución Nº 006-2016-TSC/OSIPTEL y 007-2016-TSC/OSIPTEL, y publicados el 24 de junio de 2016 en el Diario Oficial el Peruano, conforme a la Resolución de Consejo Directivo Nº 077-2016-CD/OSIPTEL.

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

Conforme se ha desarrollado líneas arriba, las decisiones del OSIPTEL en materia de Libre y Leal Competencia han generado beneficios en el mercado de telecomunicaciones, particularmente, en el de televisión por cable, de larga distancia e internet, cuando en estos se encontró que existían prácticas que dañaban la competencia.

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

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

Asimismo, en el mercado de televisión por cable, también se han evaluado casos sobre temas respecto a los cuales, hasta la fecha, la Comisión de Competencia Desleal del INDECOPI no ha tenido la oportunidad de emitir un pronunciamiento. Así, por ejemplo, en el OSIPTEL se vienen tramitando casos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, en específico, el supuesto contenido en el literal "a" del artículo 14.2° del Decreto Legislativo N° 1044 ([38]), tema sobre el cual la Comisión de Competencia Desleal del INDECOPI no ha tramitado casos ([39]).

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

En dicho caso, se sancionó a Telefónica del Perú S.A.A. por abuso de posición de dominio, en la modalidad de incremento de costos del rival. Dicho pronunciamiento permitió a AT&T Perú S.A. seguir expandiendo su servicio respecto de las llamadas de larga distancia en la modalidad de preselección. En tal sentido, luego de lo resuelto y del establecimiento del sistema llamada

[38] Sobre este tema, en el OSIPTEL se vienen tramitando los expedientes (Expedientes N° 004-2016-CCO-ST/OSIPTEL, 005-2016-CCO-ST/OSIPTEL, N° 006-2016-CCO-ST/OSIPTEL, N° 007-2016-CCO-ST/OSIPTEL, N° 008-2016-CCO-ST/OSIPTEL y N° 009-2016-CCO-ST/OSIPTEL).

[39] Sobre este tema, mediante Oficio N° 003-2015/CD1-INDECOPI recibido el 3 de julio de 2015, la Comisión de Competencia Desleal del INDECOPI informó, ante un requerimiento del OSIPTEL, que -a la fecha- no se había tramitado algún caso sobre el supuesto de violación de normas acreditado mediante la decisión previa y firme de la autoridad competente.

por llamada, se generó mayor confianza para la inversión en este segmento del mercado, lo cual provocó el surgimiento de una diversidad de operadores de larga distancia y que las tarifas se reduzcan en beneficio del usuario final del servicio.

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

De otro lado, se inició de oficio una controversia contra Telefónica del Perú S.A.A. (Expediente N° 005-2011) por la realización de una conducta de abuso de posición dominante en la modalidad de ventas atadas, a través de la cual vinculaba la contratación del servicio de acceso a internet, a la contratación de su servicio de telefonía fija, de tal manera que si un usuario quería contratar el servicio de acceso a internet de dicha empresa, debía también contratar su servicio de telefonía fija. En este procedimiento se declaró fundada la denuncia de oficio, imponiéndose una multa y ordenándose a la empresa que cese la conducta y evitando realizar cualquier conducta de efecto equivalente. De esta manera, se protegió el proceso competitivo en el mercado de telefonía fija, en el cual Telefónica del Perú S.A.A. enfrentaba mayor competencia, y a donde pretendía trasladar la posición de dominio que ostenta en el mercado de acceso a internet fijo.

Finalmente, debe considerarse que los resultados de las controversias de libre competencia y competencia desleal, han servido como mecanismos de retroalimentación para mejorar la regulación del sector, en particular, cabe mencionar los temas de compartición de infraestructura, interconexión y *roaming*.

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

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

Uno de los costos más importantes que la sociedad tendría que asumir de aprobarse la referida iniciativa normativa, es que el cambio del diseño actual significaría el debilitamiento de la institucionalidad en el Perú, en tanto desconoce una competencia que ha sido ejercida por el OSIPTEL de manera eficaz, eficiente y transparente y que fue asignada a esta institución desde hace casi dos (2) décadas.

En efecto, en un contexto en el que existen iniciativas para el fortalecimiento de las funciones de los organismos reguladores, la presente iniciativa debilita al regulador despojándolo de una de sus principales funciones, como es la de velar por la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones en beneficio de toda la sociedad.

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

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

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

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

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

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

Ello, resulta imperativo en el sector de las telecomunicaciones, por cuanto, conforme al marco normativo vigente, para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, rige el principio de supletoriedad, según el cual el

OSIPTEL aplica la normativa sectorial específica; y, supletoriamente, las normas de libre y leal competencia ([40]) ([41]) ([42]).

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

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

En efecto, el sector de las telecomunicaciones además de ser un sector muy dinámico y complejo por la rapidez de los cambios y por la convergencia tecnológica, se caracteriza -entre otros- por la existencia de segmentos poco competitivos y segmentos competitivos o con elevado potencial competitivo, por la participación de empresas integradas verticalmente que –además- son empresas multiproducto (es decir que a través de la misma infraestructura ofrecen más de un producto o servicio), por la existencia (usualmente) de altos costos de cambio de operador para los usuarios y por la importancia de los temas de acceso a la infraestructura de otras empresas. Así, por ejemplo, el OSIPTEL en su calidad de agencia de competencia ha analizado casos de estrechamiento de márgenes, precios predatorios y elevación de costos del rival; conductas que típicamente se presentan en mercados de telecomunicaciones, y que requieren un alto nivel de especialización y conocimiento del sector. Más aún, la especialización obtenida por el OSIPTEL no solo le permite resolver las controversias de una manera más eficiente, sino también ejecutar sus las labores de supervisión de mandatos y de cobranza de sanciones de manera oportuna y eficaz.

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

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

Desconocer la competencia del OSIPTEL en la aplicación de la normativa de libre y leal competencia, ocasionaría que los proveedores de los servicios públicos de telecomunicaciones tengan que asumir costos que en la actualidad

---

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

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

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

no asumen. En efecto, tramitar un caso de prácticas anticompetitivas ante el INDECOPI, supone realizar un pago equivalente al 72.11% de una UIT, es decir dos mil ochocientos cuarenta y ocho nuevos soles y treinta y cuatro centavos de soles (S/.2,848.34). En similar sentido, la tramitación de un caso por competencia desleal ante el INDECOPI, implicaría realizar un pago equivalente al 36.76% de una UIT, es decir mil cuatrocientos cincuenta y dos y dos centavos de soles (S/. 1,452.02).

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

Esto es un hecho muy importante a considerar, teniendo en cuenta que usualmente son empresas pequeñas las que demandan la intervención del OSIPTEL, al verse afectadas por prácticas ilegales, o las controversias se presentan entre empresas pequeñas. En tal sentido, la imposición de los costos arriba señalados para tramitar los casos de libre competencia y competencia desleal, serían un desincentivo para que los operadores inicien alguna controversia, lo cual podría llevar a que no se corrijan algunas distorsiones del mercado.

4.4.3.5. Predictibilidad para el administrado

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

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

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

4.4.3.6. El manejo de información por parte del OSIPTEL

Un insumo de especial relevancia para la investigación de una práctica anticompetitiva o desleal es la data sobre el mercado a investigar. En tal sentido, el OSIPTEL cuenta con un abundante flujo de información por parte de las empresas reguladas, muchas de las cuales periódicamente envían data relativa a diversos indicadores de cobertura, penetración, número de líneas/conexiones, tráfico, ingresos, etc., que permiten medir su participación y crecimiento en el mercado, lo cual a su vez facilita el permanente y constante seguimiento de los mercados de telecomunicaciones, favoreciendo así la detección oportuna de posibles prácticas lesivas a la libre y leal competencia.

En atención a ello, podemos considerar que una fuente importante de provisión de información sobre el sector de telecomunicaciones, se 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 tal sentido, los procesos continuos de recolección de información por parte del OSIPTEL permiten a este Organismo, de ser el caso, contar con mayores elementos de juicio para evaluar la comisión de conductas anticompetitivas o que constituyan supuestos de competencia desleal.

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

En ese orden de ideas, la aprobación de los Proyectos de Ley, en el extremo que proponen otorgar competencias exclusivas al INDECOPI para resolver casos de libre y leal competencia, incluyendo los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para evaluar los actos de concentración empresarial en todos los mercados –incluso el de telecomunicaciones- desconocería esta mejor posición informativa con la que cuenta el OSIPTEL para evaluar la comisión de conductas anticompetitivas o que constituyan supuestos de competencia desleal ([43]).

---

[43] En ese mismo sentido, QUINTANA SANCHEZ, Eduardo señala lo siguiente:
"1.3 Similitudes y diferencias en los enfoques:
(...)
d) Ámbito de funciones, relación con los agentes supervisados e información disponible; la autoridad de competencia supervisa todas las industrias y actividades económicas, mientras que los reguladores se circunscriben a una sola, con lo que ganan mayor experiencia sobre su funcionamiento.
(...)
Si bien la autoridad de competencia y el regulador tienen ciertas dificultades para acceder a la información sobre el mercado y los agentes supervisados, el segundo (regulador) se encuentra en mejor situación para obtenerla por tres razones: (i) la función regulatoria se centra en una industria específica y la aplicación de normas de competencia no; (ii)

V. CONCLUSIONES

5.1. Se considera importante que el Congreso de la República promueva iniciativas que contribuyan a velar por las condiciones de competencia en mercados en los que una alta concentración podría generar pérdidas importantes de bienestar a los consumidores.

5.2. La ausencia de una Ley de control de concentraciones ha sido advertida en el informe final de la Comisión Multisectorial Temporal encargada de elaborar el "Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú", por lo que la discusión y aprobación de esta ley contribuye al cumplimiento de las recomendaciones del citado Plan Nacional. El OSIPTEL ya se ha manifestado a favor de la existencia del control de las concentraciones al representar una herramienta favorable para el funcionamiento eficiente de los mercados de telecomunicaciones.

5.3. Sin embargo, el Proyecto de Ley N° 367/2016-CR no contiene fundamento alguno que justifique la eliminación de las funciones del OSIPTEL como agencia de competencia, ni un análisis costo – beneficio de esta reasignación de funciones entre el OSIPTEL y el INDECOPI. Además, se omite la fundamentación que exige el artículo 75° del Congreso de la República, lo cual hace inviable la aprobación de dicho Proyecto de Ley, en el extremo antes referido. Por consiguiente, ese extremo del Proyecto de Ley N° 367/2016-CR debería ser suprimido.

5.4. Los Proyectos de Ley objeto de análisis, asumen erróneamente que la promoción de la competencia pasa únicamente por elaborar un control de estructuras de mercado, como el seguimiento y sanción de conductas anticompetitivas. Por el contrario, la promoción de la competencia abarca diversas aristas no contempladas en la propuesta legislativa, tales como las políticas de precios y acceso, y de incremento de opciones de elección a los consumidores.

5.5. Asimismo, el OSIPTEL considera que el control de actos de concentración empresarial en el sector de las telecomunicaciones, debe estar a cargo del órgano regulador –y no del INDECOPI, como se establece en los Proyectos de Ley-, en tanto permite la evaluación de, entre otros, 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.

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

---

el regulador tiene relaciones de largo plazo con las empresas reguladas y las agencias de competencia no; y, (iii) el regulador tiene procesos continuos de recolección de información".
Pie de página (14): La reducida información disponible para las agencias de competencia hace que por lo general enfrenten mejor los casos basados en evidencia cualitativa -discriminación y concertación de precios, restricciones verticales- que aquellos basados en evidencia cuantitativa –predación, colusión tácita, precios de acceso-. Por el contrario, los reguladores pueden enfrentar mejor estos últimos casos debido a la información con la que cuentan".
QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. (2003) ¿Es la política de competencia "supletoria" de la regulación de telecomunicaciones? Ius et veritas. Lima, Año 13, N° 27, pp. 99.

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

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

  (i) El OSIPTEL ha aplicado exitosa y eficazmente las normas que prohiben conductas anticompetitivas y desleales; lo cual ha sido corroborado por el Poder Judicial, en tanto dicha sede ha confirmado casi todo lo resuelto por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, respecto de las controversias que han sido materia de revisión en procesos contenciosos administrativos.

  (ii) El OSIPTEL es eficiente en la resolución de las controversias que tramita, al resolver las controversias en un tiempo reducido.

  (iii) El OSIPTEL es transparente en sus procesos, a través de la difusión de los criterios de interpretación que considera al investigar y resolver sobre conductas infractoras de las normas de competencia.

  (iv) Las decisiones del OSIPTEL en materia de libre y leal competencia han generado beneficios para el mercado, particularmente, fomentando el proceso competitivo en el mercado de televisión por cable, de larga distancia y en el de internet.

- Por el contrario, derogar la función del OSIPTEL de mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de los servicios públicos de telecomunicaciones, y desconocer las funciones de este Organismo para aplicar la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Ley de Represión de la Competencia Desleal en el ámbito de los servicios públicos de las telecomunicaciones; es *inconveniente, costoso y perjudicial* y tendría altos costos, tales como:

  (i) Debilitamiento de la institucionalidad en el Perú debido al cambio del diseño actual que ha sido exitoso.

  (ii) Pérdida de la visión general de la industria de las telecomunicaciones en el análisis de los casos sobre libre y leal competencia, en un sector que se rige por el principio de supletoriedad.

  (iii) Pérdida de la especialización alcanzada en el análisis del mercado; así como en la evaluación y aplicación de la normativa protectora de la competencia en un mercado regulado tan especializado, dinámico y complejo como el de las telecomunicaciones.

  (iii) Pérdida de predictibilidad (para el administrado y para la sociedad en general) sobre la normativa aplicable y los criterios de interpretación

que serían empleados en materia de libre y leal competencia en el sector telecomunicaciones.

(v) Pérdida de las eficiencias provenientes de la mejor posición del regulador en la recolección, análisis y tratamiento de la información de las empresas reguladas.

(vi) Mayores *costos* de los administrados por tramitar una denuncia por afectación a las normas sobre libre o leal competencia en el sector de las telecomunicaciones.

VI. RECOMENDACIONES

Se recomienda que el OSIPTEL remita el presente informe a la Presidencia del Consejo de Ministros, para su correspondiente remisión al Congreso de la República, de acuerdo a lo señalado en el Oficio Nº 12-2007/PCM-DM-OCP[44] del 5 de marzo de 2007.

Atentamente,

Firmado digitalmente por: AREQUIPEÑO TAMARA Luis Alberto (FAU20216072155)

OSIPTEL G.P.R.C. S. CIFUENTES

OSIPTEL GPRC G. Barrera

OSIPTEL S.J. A. MARTINELLI

OSIPTEL S.T. G. LAU

OSIPTEL GAL G. CÁMARA

[44] Mediante el cual se dispone que las respuestas a los pedidos de opinión, de información u otros asuntos formulados por las comisiones del Congreso de la República sobre los proyectos de Ley no presentados por el Poder Ejecutivo y por los señores congresistas deben ser canalizadas a través de la Oficina de Coordinación Parlamentaria del Sector la Presidencia del Consejo de Ministros.

18207-2016/SSBOL.

CONGRESO
REPÚBLICA

COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA

"Decenio de las personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la consolidación del Mar de Grau"

OSIPTEL
2016 OCT 31 AM 8:48
RECIBIDO

Lima, 19 de octubre de 2016

OFICIO Nº 322-2016-2017-CEBFIF/CR

Señor
GONZALO MARTÍN RUIZ DÍAZ
Presidente de OSIPTEL
Presente.

Asunto: Solicita opinión

Es grato saludarlo cordialmente y, a la vez, solicitar opinión respecto del Proyecto de Ley N°367/2016-CR, que propone: "La Ley de Promoción de la Libre Competencia y la Eficiencia en los Mercados para la Protección de los Consumidores".

Hago propicia la oportunidad para renovarle las muestras de mi consideración.

Atentamente,

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Mercedes Aráoz Fernández
Presidenta
Comisión de Economía, Banca, Finanzas
e Inteligencia Financiera

Adj.: copia del Proyecto de Ley

Proyecto de Ley Nº 367/2016-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRAMITE DOCUMENTARIO
11 OCT 2016
RECIBIDO
Firma: ..... Hora: 11:50

PROYECTO DE LEY

Los congresistas que suscriben, miembros del Grupo Parlamentario Frente Amplio por la Justicia, Vida y Libertad, a iniciativa del congresista **Marco Arana Zegarra**, en ejercicio de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y conforme lo establecen los artículos 74, 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente proyecto de Resolución Legislativa.

CONGRESO DE LA REPUBLICA
COMISION DE ECONOMIA BANCA FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA
14 OCT 2016
RECIBIDO
Firma ____ Hora 3:30

LEY DE PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA EFICIENCIA EN LOS MERCADOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES[1]

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Antecedentes de la presente iniciativa legislativa:

El 2 de abril de 2012, el Grupo Parlamentario Nacionalista Gana Perú, a iniciativa del entonces congresista Jaime Delgado Zegarra, presentó el Proyecto de Ley N° 972/2011-CR, Ley de promoción de la libre competencia y la eficiencia en los mercados para la protección de los consumidores.

El referido proyecto de ley fue decretado a las comisiones de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, el 4 de abril de 2012, y a la de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera el 18 de abril de 2012; siendo dictaminado favorablemente, únicamente por la Comisión de Defensa del Consumidor. Desde entonces hasta la finalización del periodo parlamentario 2011 – 2016, y a pesar de haberse requerido en más de una oportunidad su priorización, no fue priorizado y nunca fue dictaminado por la Comisión de Economía.

De acuerdo al contenido del Dictamen emitido por la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, la iniciativa contó con la opinión favorable de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), del Center for European Studies (IE), Indecopi, International Competition Network, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y del Osiptel[2]. La iniciativa tuvo las opiniones en contra de la Confederación Nacional de

[1] El presente proyecto de ley recoge literalmente la fórmula normativa presentada mediante el proyecto de ley 972/2011-CR del congresista Jaime Delgado correspondiente al Periodo Legislativo 2011-2016.

[2] *UNCTAD → (Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) Creada en 1964 para asuntos relacionados con el comercio, las inversiones y el desarrollo, es el principal órgano de la Asamblea General de la ONU. Tiene a su cargo las políticas de competencia y protección del consumidor.*
IE – Center for European Studies → (Centro de Estudios Europeos) El Centro de Estudios Europeos reúne a profesores de diversas áreas especializados en asuntos europeos (Economía, Empresa, Derecho y Relaciones Internacionales)
Indecopi → Es la autoridad nacional en materia de competencia y fue creada en 1993.
International Competition Network → (Red Internacional de la Competencia) Reúne a todas las Autoridades de Competencia del mundo y funciona desde el año 2001. Allí se discuten las políticas de competencia y se hacen las recomendaciones sobre las mejores prácticas para preservar el libre mercado.
Ministerio De Justicia y Derechos Humanos → Su opinión analiza si el proyecto cumple aspectos formales de técnica legislativa, si es constitucional y supera el test de proporcionalidad. Opinión favorable.

Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP), Sociedad de Comercio Exterior del Perú (Comex), Cámara de Comercio de Lima (CCL), y el Ministerio de Economía y Finanzas.

A la fecha, siendo este tema uno de los más importantes para la economía nacional y los derechos de los consumidores, pues tanto la reactivación económica el adecuado funcionamiento de los mercados depende de una adecuada aplicación de la libre competencia, consideramos que el Congreso de la República, a través de las comisiones respectivas, la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos como primera comisión, y la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera como segunda comisión dictaminadora, tiene el deber de retomar el estudio de tan importante reforma.

Reconociendo los esfuerzos realizados por el ex congresista Jaime Delgado Zegarra, autor de la iniciativa legislativa, hacemos nuestra la misma en su integridad y la presentamos para que la misma sea sometida al Pleno del Congreso.

Desarrollo de la Iniciativa

La Constitución Política vigente promulgada el año 1993 abraza los principios del sistema de economía social de mercado, reconoce en dicha carta magna disposiciones a favor de la libertad de iniciativa privada en materia económica (artículo 58°)[3], teniendo como misión el facilitar y vigilar la libre competencia en los mercados (artículo 61°)[4]. En este sentido, con rango constitucional, se acepta el sistema económico de libre mercado soportado en la libertad de competencia y participación de los mercados de los agentes privados, se inroga al Estado la misión de corregir las fallas que puedan surgir en el mismo, con el objetivo de optimizar la asignación de recursos y aumentar los niveles de bienestar económico.

En dicho orden de ideas, el Estado reconoce que para el eficiente funcionamiento de la economía de mercado deben mantenerse estructuras normativas que promueva la defensa de la libre competencia en beneficio de los consumidores y usuarios, pues el modelo económico adoptado necesita reglas mínimas de juego en la que los agentes económicos encontrarán las barreras que limitan el uso de sus libertades en el mercado, evitando cualquier tipo de perjuicio a los consumidores.

Si bien, la estructura jurídica de una economía social de mercado más liberal fue reconocida constitucionalmente recién en 1993, las primeras reformas en esta materia fueron realizadas a inicios de la década de los noventa, durante la vigencia de la Constitución Política de 1979, la misma que si bien señalaba que el modelo correspondía a una economía social de mercado, su redacción permitía una mayor intervención del Estado; teniendo entre las principales reformas la promulgación en noviembre de 1991 de los Decretos Legislativos N° 701[5] y N° 757[6] cuyos

---

Osiptel → Su opinión analiza si el proyecto cumple aspectos formales de técnica legislativa, si es constitucional y supera el test de proporcionalidad. Opinión favorable.

[3] *Constitución Política del Perú de 1993.-*
"Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

[4] *Constitución Política del Perú de 1993.-*
"Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)"

[5] *Decreto Legislativo N° 701.-*

objetivos principales eran garantizar las inversiones privadas efectuadas en todos los sectores de la actividad económica y eliminar las prácticas monopólicas o restrictivas de la libre competencia, respectivamente.

El Decreto Legislativo N° 701, promulgado el 5 de noviembre de 1991, reviste de gran valor para el presente análisis, ya que fue una gran herramienta legal que permitió de algún modo proteger las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas de la libre competencia para frenar cualquier tipo de abuso que se pudiera cometer en contra de los consumidores y usuarios, restringiéndoles el derecho que tienen de acceder libremente a los bienes y servicios que operan en el mercado; siendo luego derogado en el año 2008 por el Decreto Legislativo N° 1034.

El Decreto Legislativo N° 701, se enfocó únicamente en la política de control de conductas anticompetitivas (ex post) en el mercado, excluyendo cualquier análisis sobre control de estructuras (ex ante), materia del presente proyecto de ley. Si bien existieron otras modificaciones durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 701 que pudieron afectar su eficiencia, es innegable el valor que tuvo en el fomento de la naciente cultura de la libre competencia en nuestro país.

En noviembre de 1997 durante el proceso de privatización de los servicios públicos de electricidad, fue dictada la norma que hasta nuestros días representa la única disposición sobre control de estructuras por parte del Estado, la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

Resulta extraño que la implementación del sistema de control de estructuras en el sector eléctrico se produjera ante una mayor liberalización de los mercados del sector eléctrico nacional, mientras que la liberalización de todos los sectores del mercado no importó la formulación de tales políticas de control de estructuras. Es posible que la resistencia a incluir políticas de control de estructuras no se debiera a un simple descuido de los gobernantes de turno sino a la resistencia de aplicar una política que podía confundirse con una forma de intervención estatal directa en la economía como habría ocurrido en las décadas pasadas o a la idea que en el periodo de reforma se producirían reorganizaciones en diversos sectores de la economía que podían ser afectadas por dichas políticas.

Dentro de las funciones del INDECOPI, establecidas en el Decreto Legislativo N° 1033[7], está el velar por la adecuada protección de los derechos de los consumidores y usuarios, ya sea

---

"Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes (...)
Artículo 2.- El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La economía social de mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.
(...)
Artículo 4.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la república."

[6] Decreto Legislativo N° 757.-
"Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes. (...)"
[7] Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.-
"Artículo 2.- Funciones del INDECOPI.-
2.1. El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:
(...)
b) Defender la libre y leal competencia sancionando las conductas anticompetitivas y desleales procurando que en los mercados exista una competencia efectiva;(...)"

garantizando la competencia efectiva en el mercado, materia del presente proyecto, o a través de mecanismos que garanticen el debido acceso a la información e idoneidad al servicio ofrecido por las empresas.

Desde el punto de vista doctrinal, se debe buscar garantizar la mayor competencia efectiva posible en el mercado; desde los inicios de un sistema de control de concentraciones en el mundo, aparecieron dos fenómenos que justificaron la intervención del Estado: a) desigualdades significativas entre el tamaño y poder de las empresas; y, b) concentración entre las empresas por el afán de proteger su negocio y obtener mayores ganancias.[8]

De este modo, podemos señala que la competencia encuentra su máxima representación en el Estado, para que este vigile y garantice que la libre competencia y la concurrencia en los mercados no se encuentre amenazada por alguna empresa pública o privada, ya que se estaría generando una acumulación de poder que puede generar abusos al sistema económico en perjuicio de todos los consumidores de dicho mercado.[9]

Por otro lado, al utilizar un control de estructuras complementando la legislación de competencia, como un medio de intervención estatal dirigido a velar, a través del Estado, el mantenimiento y el desarrollo de la libre competencia que regula el funcionamiento natural del libre mercado, evitando que algunas empresas adquieran posiciones dominantes que les permita controlar y manejar en mercado considerablemente; agregando que no se busca inhibir a una empresa la adquisición de una posición dominante en el mercado, sino que se llegue a conseguir sin realizar ningún tipo de conducta anticompetitiva, a través de objetivos naturales y propiamente de la competencia efectiva en el mercado.[10] En este sentido, lo que se busca es determinar si algún acto de concentración puede alterar el mercado al grado de evadir las reglas de la libre competencia.

Lo que se busca con este proyecto es vigilar, proteger y mantener las reglas de juego dentro del proceso competitivo; velar a través del Estado para el correcto funcionamiento de dicho proceso, evitando que las empresas realicen actos que restrinjan la competencia efectiva a través de mecanismos que excluyan a otros competidores del mercado; por ello, se debe dejar de lado la discusión y el conflicto público respecto a que se atenta contra el libre mercado y se tiene que buscar el desarrollo natural de este en beneficio de los consumidores y proveedores.

Por lo expuesto, siguiendo al autor Lorenzo Pace[11] se debe evitar que algunas empresas busquen el aumento significativo del poder de mercado a través de una concentración entre competidores que restrinjan la libertad de competir de las otras empresas en el mercado; asimismo, el mencionado autor señala que la finalidad del Derecho de defensa de la competencia es prohibir aquellos comportamientos de las empresas que tengan por objeto excluir las reglas de la libre competencia y reemplazarlas por un monopolio privado, agregando que: *"... todas las escuelas doctrinales coinciden en reconocer al Derecho de defensa de la competencia como mínimo un objetivo común: **precisamente evitar que el derecho de iniciativa económica se ejercite en régimen de monopolio***" (resaltado propio).

---

[8] DARANAS PELAEZ, Mariano. Concentración de empresas y defensa de la competencia. Las fusiones ante el derecho "antitrust". Madrid; Editorial Colegio Universitario de San Pablo, 1972. p. 11

[9] VICIANO, Javier. Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía. Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal. Valencia; Editorial Tirant Lo Blanch, 1995. p. 57-62

[10] MARTIN MATEO, Ramón. Derecho Público de la Economía. Madrid; Editorial Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1985. p. 19

[11] PACE, Lorenzo Federico. Derecho Europeo de la Competencia. Prohibiciones Antitrust, Control de las Concentraciones y Procedimientos de aplicación. Barcelona; Editorial Marcial Pons, 2007

A través del derecho a la competencia, se puede establecer un marco jurídico que permita el desarrollo adecuado del proceso competitivo, a través de la supervisión de comportamientos de los competidores en el mercado y detectar los posibles cambios que se puedan producir en las estructuras del mercado, evaluando a través de un control anterior (ex ante) los acontecimientos económicos relevantes que se producen por medio de las operaciones de adquisición y fusión de empresas, que constituyan un cambio definitivo de la organización económica, creando una nueva estructura de mercado. [12]

Del mismo sentido, se debe señalar que los tipos de control que existen en la legislación internacional, en nuestro caso sólo el de conductas, son medios que posee el Estado para intervenir en la economía, pues tal como lo señala el autor Jorge Lazarte[13] *"... en una economía social de mercado, se le atribuye al Gobierno la función de corregir los resultados del mercado en aras de mantener un mínimo de bienestar general sin atentar contra los mecanismos mediante los cuales funciona éste."* Dicho esto, podemos indicar que los agentes económicos están permitidos de regirse libremente por sus decisiones, pero el Estado podrá intervenir en los casos que existe total certeza de que se está distorsionando las reglas del juego competitivo afectando y restringiendo la competencia efectiva, generando perjuicio a todos los consumidores.

Los sistemas de competencia de todo el mundo poseen un control ex post y un control ex ante, es decir un control de conductas –abuso de posición de dominio y acuerdos colusorios-; y un control de estructuras, cuyo objetivo es evitar la formación de estructuras de mercado nocivas para la competencia, permitiendo a la agencia de competencia, en este caso el INDECOPI, la revisión ex ante de ciertas operaciones de concentración. El control de estructuras en una economía de mercado tiene como principio fundamental la autorregulación a través de las libres decisiones individuales; es por eso que para lograr un sistema que asegure la protección de los consumidores y usuarios se necesita que se garantice una competencia efectiva en el mercado, en los diversos bienes y servicios que accede un consumidor. De este modo, es mejor como materia de prevención y aseguramiento de un correcto proceso competitivo que se cuente con un control ex ante para poder determinar posibles fusiones y concentraciones de empresas que vayan a causar un perjuicio a los consumidores y al proceso competitivo, restringiendo el mercado evitando la libre elección de los consumidores y usuarios en ciertos bienes y servicios; e impidiendo de cierto modo el ingreso de los competidores al mercado.

A nivel internacional, varios países cuentan con una legislación de competencia completa, es decir, poseen el control de conductas (posiciones dominantes – prácticas colusorias) y un control de estructuras (control de fusiones y concentraciones) por lo que es un complemento que debemos incorporar y que ya lo practican varios países en el mundo. En este sentido, tal como se demuestra en el siguiente cuadro estos son los motivos por el cuál un acto de concentración es conocido por la autoridad de competencia en algunos de los países que cuenta con un control de estructuras:

PAÍSES	MOTIVO EN QUE SE FUNDA LA APROBACIÓN
Alemania	Si la fusión creara o reforzara una posición de mercado dominante que no se compense con el mejoramiento de las condiciones del mercado.

[12] ROJAS LEO, Juan Francisco. "El control de concentraciones empresariales en la perspectiva del Derecho de la Competencia". En: Temas actuales de derecho de la Empresa. Lima; Editorial Palestra, 2006.
[13] LAZARTE, Jorge. "El concepto de Servicio Público en el Derecho Peruano". En Ius et Veritas. N° 26. Lima; Editorial Asociación Civil Ius et Veritas, 2003

Argelia	Cuando la competencia pueda verse afectada por un fortalecimiento considerables de una posición dominante en un mercado
Bélgica	Importantes obstáculos para lograr una competencia eficaz.
Brasil	Sólo se aprueban las operaciones lesivas o restrictivas de la competencia si mejoran el rendimiento empresarial en beneficio de los consumidores.
Canadá	Que la fusión impida o reduzca, o pueda reducir, la competencia notablemente en el mercado de que se trate.
Colombia	Si la fusión restringe indebidamente o no la competencia.
España	La decisión del Ministerio de Economía en cuanto a si un proyecto de concentración o una transacción pueden obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado se lleva a cabo previo análisis de sus efectos restrictivos posibles o reales, prestando especial atención a las circunstancias siguientes: a) Definición del mercado pertinente; b) Estructura del mercado pertinente; c) Posibilidades de elección ofrecidas a los proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios; d) Poder económico y financiero de las empresas involucradas; e) Evolución de la oferta y de la demanda; f) Competencia externa. El Tribunal también puede considerar la contribución que esa concentración puede entrañar a los efectos de mejorar los sistemas de producción y comercialización, promover el progreso técnico o económico, la competitividad internacional de la industria nacional o los intereses de los consumidores y usuarios y si esa contribución compensa sus efectos restrictivos en materia de competencia. En el caso de las empresas participantes, el Tribunal lleva a cabo un análisis especial de los posibles efectos restrictivos sobre la competencia, dimanantes de la presencia de la empresa participada y de las empresas matrices en el mismo mercado o en mercados ascendentes o próximos.
Estados Unidos	Si la operación puede o no reducir notablemente la competencia o contribuir a la formación de un monopolio.
Francia	El Ministro verifica si la operación "atenta" a la competencia, en particular creando o reforzando una capacidad de compra que coloca a los proveedores en una situación de "dependencia económica" y eventualmente si la operación contribuye al "progreso económico y social de manera suficiente para compensar los atentados a la competencia"
India	El interés de la sociedad, el interés público o el interés de los accionistas.
Italia	Si la fusión creara o reforzara una posición dominante en el mercado nacional que amenace con eliminar o reducir la competencia de manera notable y prolongada.
Japón	Se dará la aprobación si la fusión o cesión de empresas no restringe notablemente la competencia en el mercado de que se trate.
	General: reducción, obstaculización o prevención de la competencia. Específico: adquisición de poder de mercado, desplazamiento de

México	los competidores o exclusión del mercado; fomento de prácticas contrarias a la competencia (directa o indirectamente) Se debe identificar que el agente que concentra no adquiera o fortalezca poder sustancial en el mercado relevante; Asimismo, se debe identificar que el agente que concentra no adquiera la capacidad de realizar practicas anticompetitivas.
Portugal	Si la operación creara o reforzara o no una posición dominante en Portugal, o en buena parte del país, que pueda impedir, falsear o restringir la competencia. No obstante, la operación puede autorizarse si: 1) el saldo económico de la fusión prevista es positivo; o sí; 2) la competitividad internacional de las empresas participantes mejora notablemente.
Taiwán	Si las ventajas para la economía de Taiwán en general superan o no a las desventajas para la competencia.
República de Corea	El criterio fundamental es si la fusión o adquisición propuesta tiene o no efectos contrarios a la competencia en el mercado. La cuota de mercado es un factor importante para determinar si se dan esos efectos.
Sudáfrica	Si la fusión puede o no impedir o reducir la competencia en un mercado determinado. En caso afirmativo, si hay o no ventajas tecnológicas, de rendimiento u otras que favorezcan la competencia y compensen los efectos contrarios a ella, y si la fusión puede o no justificarse por motivos fundado de interés público.
Unión Europea	Si la fusión creara o reforzara o no una posición dominante que obstaculice notablemente la competencia en el mercado común o en buena parte e él. Se evalúan además los aspectos de cooperación de las empresas plenamente conjuntas, según los criterios de los párrafos 1 y 3 del artículo 81. En general, las ventajas económicas deben ser mayores que el perjuicio que se causa a la competencia.

*Fuente: Ley tipo de Defensa de la Competencia de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo – UNCTAD.

Utilizando la legislación alemana de manera de ejemplo, debemos adoptar una posición similar al concepto de economía libre y social de mercado, en donde el sistema económico reconoce que para el funcionamiento eficiente de la economía de mercado deben mantenerse estructuras adecuadas que promuevan la libre competencia.[14]

En conclusión se puede determinar que las políticas de defensa de la competencia como el conjunto de normas dirigidas a la intervención del poder público en la economía con el objetivo de velar por el mantenimiento de las reglas de juego del mercado de libre competencia en beneficio de los consumidores, se da a través de diversos actos anticompetitivos tales como el abuso de posición de dominio, la fijación concertada de precios o los actos de concentración que pueden derivar en una reducción considerable de la competencia y restringiendo el proceso competitivo en perjuicio a los consumidores y usuarios. Ello no significa que las empresas no fenezcan debido al propio mercado de libre competencia o que una empresa alcance una posición de dominio pues aquello resulta deseable para el bienestar del mercado, sino que se procura evitar que ello suceda por medios distintos a la eficiencia económica.

[14] SCHWARTZ, Ivo E. "Antitrust legislation and policy in Germany. A company study" En: University of Pennsylvania Law Review. Marzo, 1957

Por otro lado, lo que se busca con un control de estructuras (ex ante) es evitar que una empresa realice una operación económica de concentración que le permita abarcar más posición en el mercado, tomando el control de una empresa competidora, debiendo acudir a la agencia de competencia para que se determine previamente los efectos que podría generar dicha concentración en perjuicio de la competencia efectiva y de los consumidores; pudiendo aprobarla, sujetarla a condiciones o denegarla en caso deteriore el proceso competitivo. Según lo mencionado, se debe constituir un sistema de control de concentraciones que permita asegurar que sólo se van a prohibir aquellos actos que restrinjan la competencia en el mercado, aprobándose sólo las que puedan ser beneficiosas tanto para el mercado como para los consumidores.[15]

A la fecha se está incrementando las concentraciones monopolizando el mercado e influyendo en los niveles de precio; estos procesos de concentración económica producen el menoscabo de la competencia efectiva en los mercados que podían ser causados paradójicamente, por la propia libertad que se debe defender por lo que urge una norma que condicione las fusiones y concentraciones en el mercado de libre competencia a la previa aprobación del INDECOPI procurando el mayor bienestar de los consumidores a través de la eficiencia económica. En este sentido, lo que se busca a través del presente proyecto es proteger y salvaguardar que uno de los competidores en el mercado adquiera el control suficiente sobre otro sin que INDECOPI pueda determinar a través de una evaluación previa si dicho acto es compatible con el mercado o si puede ocasionar un daño grave al proceso competitivo afectando la libre competencia y la libre elección de los consumidores. La evaluación previa y de ser el caso la aprobación de dicho acto, responde a la lógica de que es mucho más difícil y costoso que una vez realizada la concentración se intente revertir sus efectos.

Por otro lado, luego de casi veinte años de aplicación de las normas para la protección de la libre competencia, se evidencia que sólo ha estado dirigido al control de conductas en todos los mercados, a excepción del sector eléctrico. En este caso, cabe mencionar que el control de estructuras es un complemento al control de conductas. Al existir ese vacío en nuestro ordenamiento legal, resulta necesario implementar un mecanismo que garantice la efectividad de la competencia en el mercado. Sobre el particular, a continuación se adjunta un gráfico del informe elaborado por la consultora más importante de nuestro país, MAXIMIXE, donde se puede ver el nivel de concentración en los principales mercados altamente concentrados del Perú:

MERCADOS ALTAMENTE CONCENTRADOS

Mercado de :	IHH	Empresa 1	%	Empresa 2	%
Cerveza	9,100	UCPBJ	95	Ambev	5
Soda cáustica	7,200	Quimpac	85	Pequeños importadores	
Jabón de lavar	7,100	Alicorp	84	Pequeños importadores	
Gas natural	5,500	Pluspetrol	73	Aguaytis	12
Lácteos	4,900	Gloria	66	Nestlé	13
Combustibles	4,600	Petroperú	55	Repsol	45
Detergentes	4,300	Procter & Gamble	60	Alicorp	26
Gaseosas	4,200	Corp. J.R. Lindley	61	Ajeper	21

[15] DIEZ CANSECO NÚNEZ, Luis José y TÁVARA MARTIN, José Ignacio. "Estabilizando el péndulo. El control de fusiones y concentraciones en el Perú" En: Themis. N° 47. Lima; Editorial Asociación Civil THEMIS, 2004. p. 166

Aceites comestibles	3,800	Alicorp	46	SAO	20
Fideos	3,700	Alicorp	46	Molitalia	20
Avícola	3,300	San Fernando	54	Chimú Agropecuaria	12
Harina de Trigo	3,000	Alicorp	45	Molitalia	19
GLP	3,000	Pluspetrol	50	Repsol	19
Petróleo	2,700	Pluspetrol	37	Repsol	32
Cemento	2,600	Cementos Lima	40	Cemento Andino	21
Hierro y acero	2,100	Aceros Arequipa	38	Siderperú	25

*Fuente: Informe Consultora Maximixe

MERCADOS MODERADAMENTE CONCENTRADOS

Mercado de :	IHH	Empresa 1	%	Empresa 2	%
Azúcar	1,700	Paramonga	21	Cartavio I	9
Siembras de caña de azúcar	1,400	CasaGrande	26.5	Pomalca	14.3
Útiles de escritorio	1,300	Faber Castell	30	Carvajal	17
Embutidos	1,300	Razzeto	20	Supernsa	16

*Fuente: Informe Consultora Maximixe
-Leyenda.-

- IHH: Índice de Herfindahl-Hirschman (valores superiores a 1,800 corresponde a un mercado altamente concentrado, entre 1,000 y 1,800 a uno moderadamente concentrado.
- Índice de Herfindahl-Hirschman: El IHH tiene en cuenta el tamaño y la distribución de las empresas en un mercado.

Tal como se puede observar en las gráficas presentadas, podemos determinar que en algunos mercados existe un grado alto de concentración demostrando, y paradójicamente son mercados que afectan directamente la economía de los consumidores, es el caso de productos que adquiere una familia para su supervivencia diaria como los lácteos, fideos, aceites comestibles, huevos, azúcar, embutidos y pollos; o quizás como productos que lo utilizan ciertos trabajadores como el combustible, gas natural o petróleo. Es por ello, que el Estado debe intervenir en beneficio de los consumidores, autorizando actos que no vayan afectar la estructura económica de un mercado relevante. En ese sentido, lo que se busca es que el Estado no permita que algunas pocas empresas puedan influir en la oferta y demando de algunos productos, sobretodo de productos de primera necesidad como los explicados anteriormente, con el fin de restringir, reducir o en el peor de los caso eliminar la competencia de ese mercado.

Pongamos como ejemplo lo que sucedió en el mercado cervecero, puesto que fue uno de los casos más representativos de afectación a la competencia efectiva en nuestro país, modificando gravemente en perjuicio de los consumidores la estructura competitiva de dicho mercado, pues Backus adquirió el 97.85% de las acciones del Grupo Cervesur, convirtiéndose en el único productor de cerveza a nivel nacional. De este modo, si en ese momento en nuestro país hubiese existido un control de fusiones, en este caso el INDECOPI hubiera tenido la posibilidad de revisar y evaluar previamente a la adquisición los efectos que podría generar una unión de esta magnitud; sobretodo que eran dos empresas que generaban un alto nivel de competencia entre los consumidores, causándoles un perjuicio muy grande luego de dicha compra.

Por otro lado, citando a Diego Carrillo Purín[16], el Perú en relación al tamaño de mercado se encuentra en el puesto 44 del ranking del Informe de Competitividad Global 2010-2011 publicado por el Foro Económico Mundial (World Economic Forum) de una comparación con 139 países, lo que permite apreciar el considerable tamaño y crecimiento que la economía peruana ha podido alcanzar; pero muy por el contrario en materia de políticas antitrust, el Perú se ubica en el puesto 76 del ranking global, infiriendo la escasa voluntad política que ha existido en la defensa de la competencia, específicamente con la omisión de complementar nuestro sistema con un control de estructuras (control de fusiones), perjudicando a los consumidores.

Siguiendo con Diego Carrillo, podemos hacer una percepción a nivel internacional sobre los efectos de las concentraciones en los mercados y los riesgos que pueden traer a la competencia y llegar a la conclusión que hay un mayor desarrollo debido a las teorías económicas. Asimismo, las políticas de defensa de la competencia en Estados Unidos y la Unión Europea reconocen fundamentalmente que proteger la competencia y blindarla de obstáculos que sólo la restrinjan o la disminuyan, es la mejor garantía económica[17] que puede ofrecer el Estado, aumentando el bienestar social beneficiando a los consumidores con mercados abiertos y con alto nivel de competencia efectiva.

En 2012 en los Estados Unidos de Norteamérica[18], la agencia de competencia realizaba una ponderación de las posibles eficiencias económicas, en beneficio de los consumidores, que podría producir el acto de concentración así como también los criterios económicos que determinan si la nueva estructura creada, luego de la fusión, puede generar una restricción de la competencia efectiva.

En el caso de la Unión Europea[19], consideraron que era preciso crear un instrumento jurídico nuevo que haga posible un control efectivo de todos los actos de concentración en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad Europea y que sea el único aplicable a tales concentraciones, además de ello, consideraron que para garantizar una vigilancia idónea y eficaz, era necesario obligar a las empresas a notificar sus actos de concentración siempre y cuando excedan el umbral establecido[20], para realizar una evaluación previa que permita dar seguridad

[16] CARRILLO PURIN, Diego. "El moderno control de fusiones económicas en la defensa de la libre competencia. Una necesaria revisión de los argumentos que se oponen a su implementación en el Perú. Lima; Tesis para optar el título profesional de abogado, 2011.

[17] VIVES,Xavier. "Concentración y Competencia". En: Anuario de la competencia. Madrid; Editorial Marcial Pons, 1998. p. 71

[18] TOVAR MENA, Teresa V. "A propósito del control de fusiones. Algunas lecciones de la experiencia norteamericana". En: Ius et veritas N° 30. Lima; Editorial Asociación Civil Ius et Veritas. p. 74

[19] ***Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo de la Unión Europea.-***

"(...) Artículo 2.-

1. Las operaciones de concentración contempladas en el presente Reglamento se evaluarán en función de las disposiciones que figuran a continuación, con el fin de establecer si son compatibles con el mercado común. En esta evaluación la Comisión tendrá en cuenta:

- *a) la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;*
- *b) la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trata, los intereses de los consumidores intermedios y finales así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.*

2. Se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte substancial del mismo.(...)"

[20] ARPÓN DE MENDÍVILY DE ALDAMA, Almudena. "La nueva regulación sobre concentraciones empresariales en España". En: El nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia. Descentralización, análisis económico y cooperación internacional. Barcelona; Editorial Bosch, 2002

jurídica para proteger la validez de dichas operaciones. Del mismo modo, dentro de lo establecido en el Tratado de París se incrementó la figura de la concentración por influencia del sistema antitrust de los Estado Unidos en el artículo 66°[21].

Se ha podido identificar que tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, los actos de concentración no son vistas de modo negativo, sino como elementos importantes para las reformas estructurales económicas, pero no se puede dejar de lado que existen circunstancias en que dichos actos pueden generar condiciones que reducen significativamente la competencia efectiva de algún mercado determinado. Asimismo, destacar que en dichas legislaciones se utiliza este control como un mecanismo netamente económico, dejando de lado la figura de intervencionismo estatal, permitiendo evaluar a través de especialistas estructuras de mercado que pueden ser perjudiciales para mantener la figura de libre mercado en nuestro país.

Actualmente en el mundo, sobretodo en nuestro país, existe una discusión sobre lo que se debe proteger, el bienestar total del mercado o el bienestar de los consumidores. En este caso la respuesta a esa disyuntiva, en base a lo que señala el autor Ulrich Schwalbe[22], es que las políticas de competencia deben proteger primordialmente a los consumidores, puesto que a través del INDECOPI se podrá determinar, mediante un estudio especializado del acto de concentración, el beneficio a los consumidores no sólo en la reducción del precio del producto, sino también por una mejora de la calidad del producto o servicio ofrecido por el proveedor.

El control de estructuras (ex ante) debe ser visto como un mecanismo de seguro que se verá activado en el eventual caso que una fusión pueda conllevar efectos negativos a la sociedad, en perjuicio de los consumidores y usuarios. El costo de dicho seguro se ha previsto en el presente proyecto de una manera razonable en tanto que el umbral se ha determinado en un nivel relativamente alto comparado con países de similar tamaño al de la economía peruana, esta afirmación de acuerdo a la información estadística disponible, el número de empresas con ingresos mayores al umbral objetivo propuesto es de 200 empresas; en la tabla se muestra información para otros umbrales en términos de UIT's.

Rango de ingresos reportados en el 2010	
Umbral (UIT)	Numero de empresas con ingresos sobre el umbral

[21] ***Tratado de París.-***
Artículo 66.1.
1. Sin perjuicio de los dispuesto en el apartado 3, requerirá la autorización previa de la Alta Autoridad toda operación que, en los territorios a que se refiere el párrafo primero del artículo 79, y como resultado de la acción de una persona o de una empresa, de un grupo de personas o de empresas, tenga por sí misma por efecto directo o indirecto una concentración de empresas, una de las cuales al menos quede sujeta a la aplicación del artículo 80, tanto si la operación se refiere a un mismo producto o a productos diferentes como si se efectúa mediante fusión, adquisición de acciones o de elementos del activo, préstamos, contrato o cualquier otro medio de control (...)
2. La Alta Autoridad otorgará la autorización mencionada en el apartado anterior si reconociere que la operación contemplada no conferirá a las personas o empresas interesadas, con respecto al producto o productos de su competencia, el poder:

- *de determinar los precios, controlar o limitar la producción o la distribución u obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en una parte importante del mercado de tales productos;*
- *o de sustraerse a las normas sobre la competencia que resulten de la aplicación del presente Tratado, estableciendo, en particular, una posición artificialmente privilegiada, que implique una ventaja sustancial en el acceso a los abastecimientos o a los mercados (...)"*

[22] SCHWALBE Ulrich y ZIMMER, Daniel. Law and economics in European merger control. Gran Bretaña; Oxford University Press, 2009

150,000	130
100,000	200
50,000	400

*Fuente: (Perú: The Top 10 000 companies) International Competition Network (INC)

Siguiendo está estadística, en el 2011, según Perú: The Top 10 000 companies del estudio realizado por el INC, se identificaron 17 operaciones de concentraciones "importantes" con transacciones mayores a US$ 55 millones. De estas operaciones, al menos 11 superan el umbral de 100 000 UITs de ingresos reportados en el 2010, por lo que es necesario indicar que no se afectará a la mayor cantidad de empresas que existen en el mercado, sino que solamente notificaran al agente de competencia las empresas "grandes" que mediante un acto de concentración busquen restringir mediante una mala práctica la competencia efectiva, determinando el INDECOPI si efectivamente se restringirá el nivel de competitividad en nuestro país producto de dicho acto; o si en todo caso aportará a la economía y generará eficiencias económicas en beneficio de los consumidores.

Dicho esto, debemos mencionar que la experiencia internacional nos indica que, de no contar con un control de estructuras (ex ante) la pérdida económica es importante y la posibilidad de implementar medidas remediales desaparece[23].

Por último, es necesario indicar que no todos los actos de concentración producen efectos anticompetitivos, sino sólo los que conllevan la monopolización de un mercado que opera en circunstancias especiales como los que poseen altas barreras comerciales o legales de entrada lo que hace imposible que un competidor real o potencial pueda influir en los precios. Debemos recordar que lo más importante de este proceso es que la competencia motiva a los empresarios, a los trabajadores, a todos los agentes económicos, a desempeñar mejor su labor, para alcanzar la mayor eficiencia económica estimulando a que las empresas produzcan más y mejores bienes y servicios a menor costo, mejorando su competitividad y la capacidad de participar de forma activa en el mercado ofreciendo sus mejores productos a beneficio de los consumidores.

Finalmente, no se puede afirmar que un control de estructuras (ex ante) sería contraproducente para nuestro sistema económico y que restringiría el crecimiento económico de nuestro país, puesto que esto es lo que realmente se busca proteger con la implementación de esta ley, por lo que debemos señalar que sólo se prohibirán o condicionarán actos de concentración que generen efectos anticompetitivos que no puedan ser compensados luego por futuras inversiones en ese mismo mercado afectado, reafirmamos esto con un ejemplo simple, imaginemos que una fusión produce un monopolio, esto aumentaría las barreras comerciales para otras empresas que deseen o tengan pensado ingresar a dicho mercado, perjudicando tanto a los nuevos proveedores como a los consumidores al no contar con opciones, alterando gravemente la competencia efectiva.

En conclusión, tal como lo indica Diego Carrillo[24], se debe reconocer la preocupación que se puede generar, en algunos sectores de la sociedad, la implementación de este proyecto debido a una incorrecta aplicación del INDECOPI. Sin embargo, al tener un texto bien elaborado, donde se

[23] INDECOPI. Control previo de fusiones y adquisiciones en el Perú en el marco del proyecto de Ley de la Competencia. Lima; Gerencia de Estudios Económicos, 2005

[24] CARRILLO PURIN, Diego. "El moderno control de fusiones económicas en la defensa de la libre competencia. Una necesaria revisión de los argumentos que se oponen a su implementación en el Perú. Lima; Tesis para optar el título profesional de abogado, 2011.

reconoce que se debe tener en cuenta el bienestar de los consumidores y proveedores en beneficio del bienestar total del mercado, las preocupaciones deben desaparecer para dar paso a una mejor visión de la libre competencia en los mercados nacionales.

Recordemos que lo que se busca con este proyecto es complementar y reforzar mediante un control de estructuras el sistema de competencia que ya existe en nuestra legislación (sólo control de conductas), en beneficio de los consumidores y de un correcto funcionamiento de la competencia efectiva en nuestro país; más vale prevenir un acto mediante una evaluación previa a luego no poder revertirlo o en el mejor de los casos tratar de controlarlo una vez que ya se hizo efectivo y las pérdidas sean mucho mayores.

INCIDENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

- La proposición legislativa constituye una norma innovativa al promover la libre competencia y la eficiencia en los mercados para la protección de los consumidores a través de un control de estructuras.

- Asimismo, deja sin efecto la Ley N° 26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y sus Reglamentos aprobados por los Decretos Supremos números 017-98-ITINCI y 087-2002-EF, así como el inciso 1 del artículo 77 del Decreto Supremo N° 013-93-TCC que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 17 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034.

- Finalmente, la presente iniciativa de ley es compatible con nuestro ordenamiento jurídico respecto al sistema de competencia existente desde el año 1991, denominado Ley de Represión de Conductas anticompetitivas, complementándolo a través de un control de estructuras.

ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

1. Identificación de los costos de la implementación de la Propuesta de Ley

El control de concentraciones supone ligeros costos para las partes notificantes, que se resumen en lo siguiente: (A) tasas de notificación, (B) costos indirectos asociados con la tramitación de la notificación (gastos en asesoría legal y económica) y (C) costos indirectos asociados con el tiempo de evaluación por parte de la autoridad.

A) De acuerdo con el proyecto, el costo de notificación será de 0,1% del valor total de la operación que tendrá como máximo 50 UIT (S/. 182,500). Dicho costo se encuentra plenamente justificado en el costo que supondría para el agente de competencia, en este caso el INDECOPI, para implementar la norma, entre otros, la contratación de personal experto en Derecho y Economía de la Competencia.

A modo de ejemplo, en el caso de una concentración de empresas cuyo volumen de ingresos en conjunto supera las 500,000 UIT (en consecuencia, de acuerdo con el proyecto

deben solicitar la autorización del INDECOPI), la tasa máxima representaría sólo el 0.1% del volumen de negocio involucrado en la transacción, monto que claramente no implicaría un barrera administrativa al desarrollo de la fusión.

B) Los gastos administrativos indirectos están relacionados al costo monetario de la asesoría que las empresas que quieren concentrarse contratarían para realizar la notificación y sustentar los argumentos económicos y legales ante la Comisión. Asimismo, el tiempo que puede tomar al INDECOPI en resolver la solicitud de concentración, también sería un costo indirecto para las partes involucradas. Sin embargo, el proyecto plantea importantes provisiones para reducir estos costos indirectos. En primer lugar, el umbral de notificación contemplado es sustantivamente elevado, lo que reduce la necesidad de notificación (y con ello el costo indirecto) a solo un grupo reducido de empresas cuyas operaciones de concentración superan el umbral previsto.

En principio, las empresas que superarían el umbral de 100,000 UIT de facturación anual y que podrían requerir notificar una operación de concentración (siempre que la otra parte de la operación supere los 10,000 UIT) son cerca de 200, pero de estas sólo 11 operaciones de concentración hubieran sido notificadas ante el INDECOPI. Quiere decir entonces que los costos del control solo serían asumidos por un número reducido de empresas: las que deseen concentrarse y superen el umbral establecido.

C) Igualmente, el proyecto ha tomado previsiones para reducir el costo del tiempo de tramitación para las partes que notifiquen, estableciendo plazos de acuerdo a la mejor práctica internacional: un plazo corto de 30 días para casos simples y un plazo más extenso de 90 días adicionales (en total 120 días para el caso de actos de concentración que por su magnitud y complejidad requieran una mayor profundidad de análisis y de información por parte de la Comisión.

De acuerdo con la práctica internacional, es común que sólo un porcentaje reducido de notificaciones requieran ser analizadas en el plazo extendido. Ello implica que el costo de tiempo de tramitación sólo sería asumido por un número reducido de empresas, es decir, 1 o 2 de las 11 potenciales concentraciones.

2. *Identificación de los beneficios de la implementación de la Propuesta de Ley*

Los beneficios que genera la incorporación de un control de concentraciones dentro del marco de políticas de competencia de un país están sólidamente fundamentos en la teoría y práctica económica y en la experiencia de más de 90 países, incluyendo países en desarrollados y en vías de desarrollo, que tienen control de concentraciones en paralelo y como complemento de un control de conductas anticompetitivas.

Sobre el particular, existe un amplio consenso en la literatura económica respecto a que, en ausencias de eficiencias económicas, las concentraciones pueden derivar en situaciones de ejercicio de poder de mercado, que reducen el bienestar económico de la sociedad, sobretodo de los consumidores. Además, la importancia de la necesidad urgente de que el Perú cuente con un control de concentraciones ha sido recomendada en la revisión sobre políticas de competencia en el Perú que efectúo una misión de expertos del Organismo de Cooperación para el Desarrollo (OECD) en el año 2004: [25]

[25] OECD (2004), Competition Law and Policy in Peru. A peer review. p.69

"Recommendation 6.3. ***The Free Competition Law should be amended to provide for merger control and to clarify the legal standard to be applied to cartels and other horizontal agreements; there is no apparent reason to amend the law to cover excessive pricing***
(...) This proposal should be made and accepted. Peru has witnessed increasing concentration in quite a few industries. Some of the markets in which Indecopi has found or is investigating price fixing and abuse of dominance have recently become significantly more concentrated because of mergers, and it is arguable that merger control would have prevented these problems. Moreover, neither Indecopi nor Osiptel has the authority to assess the likely impact of Telefonica's recent acquisition of Bell South. The arguments against merger control are for the most part either wrong or outdated. The argument that small, open economies do not need merger control or that such control could interfere with domestic firms' realisation of scale economies has been thoroughly discredited. Merger analysis can be complex, but the Free Competition Commission's ten years of experience have prepared it for the process. And the cost of merger control can be managed by giving Indecopi the authority to set thresholds for pre-merger reporting."

Los **beneficiarios directos** de un control de esta naturaleza son en primer lugar **los consumidores** de cualquier mercado de la economía nacional que, en ausencia de un control de concentraciones, podrían resultar perjudicados si es que dicha operación se ejecuta, no se conseguirían eficiencias económicas y sólo resultaría en problemas anticompetitivos.

En segundo lugar, los **beneficiarios indirectos** de este control son las empresas (competidoras o que guarden una relación con las empresas que se concentran, por ejemplo son proveedores o distribuidores de las empresas que se concentran) que podrían verse perjudicados en ausencia de un control de concentraciones, si es que se produce un acto de concentración que no tiene asociadas eficiencias económicas y resulta en problemas anticompetitivos.

En efecto, los competidores que no forman parte del acto de concentración pueden verse perjudicados por el resultado de la operación de concentración, viéndose excluidos de acceder o de participar en ciertas transacciones o mercados que pasan a ser de exclusividad de las empresas fusionadas.

Por último, trae como beneficio significativo, buscar uniformizar y complementar el sistema de competencia existente en nuestro país, implementando un sistema de control de estructuras anterior a la concentración empresarial para evitar que se restrinja la competencia efectiva del mercado y se afecte la economía de los consumidores como también del propio Estado.

RELACIÓN DE LA PROPUESTA CON EL ACUERDO NACIONAL Y LA AGENDA LEGISLATIVA

La presente propuesta legislativa se enmarca en el contexto de las políticas establecidas en el Acuerdo Nacional, tal y como podemos apreciar en el siguiente cuadro:

Políticas de Estado	Propuesta legislativa
Primer objetivo: Democracia y Estado de Derecho *8. Descentralización política, económica y administrativa para propiciar el desarrollo integral, armónico y sostenido del Perú* "Nos comprometemos a desarrollar una integral descentralización política, económica y administrativa, transfiriendo progresivamente competencias y recursos del gobierno nacional a los gobiernos regionales y locales con el fin de eliminar el centralismo. Construiremos un sistema de autonomías políticas, económicas y administrativas, basado en la aplicación del principio de subsidiariedad y complementariedad entre los niveles de gobierno nacional, regional y local del Estado, con el fin de fortalecer éstos últimos y propiciar el crecimiento de sus economías. Con este objetivo, el Estado: (...) g) ***incorporará los mecanismos necesarios para mejorar la capacidad de gestión, la competencia y la eficiencia de los entes públicos y privados, así como la competitividad de las empresas*** y las cadenas productivas en los niveles nacional, regional y local (...)"	La propuesta establece normas específicas para promover la libre competencia y la eficiencia en los mercados para proteger a los consumidores.
Tercer objetivo: Competitividad del país *17. Afirmación de la economía social de mercado* "Nos comprometemos a sostener la política económica del país sobre los principios de la economía social de mercado, que es de libre mercado pero conlleva el papel insustituible de un Estado responsable, promotor, regulador, transparente y subsidiario, que busca lograr el desarrollo humano y solidario del país	La propuesta plantea implementar el control de estructuras que es un complemento al control de conductas ya existente en nuestra legislación.

mediante un crecimiento económico sostenido con equidad social y empleo. Con este objetivo, el Estado: (...) (b) ***promoverá la competitividad del país***, el planeamiento estratégico concertado y las políticas de desarrollo sectorial en los niveles nacional, regional y local (e) ***evitará el abuso de posiciones dominantes y prácticas restrictivas de la libre competencia*** y propiciará la participación de organizaciones de consumidores en todo el territorio (...)".	
Tercer Objetivo: Competitividad del País ***18.- Búsqueda de la competitividad, productividad y formalización de la actividad económica*** Nos comprometemos a incrementar la competitividad del país con el objeto de alcanzar un crecimiento económico sostenido que genere empleos de calidad e integre exitosamente al Perú en la economía global. La mejora en la competitividad de todas las formas empresariales, incluyendo la de la pequeña y micro empresa, corresponde a un esfuerzo de toda la sociedad y en particular de los empresarios, los trabajadores y el Estado, para promover el acceso a una educación de calidad, un clima político y jurídico favorable y estable para la inversión privada así como para la gestión pública y privada. Asimismo, nos comprometemos a promover y lograr la formalización de las actividades y relaciones económicas en todos los niveles. Con este objetivo el Estado: (...) (b) ***garantizará un marco legal que promueva la formalización y la competitividad*** de la actividad económica (e) ***promoverá una mayor competencia en***	Al existir un vacío en nuestra legislación, resulta necesario implementar un mecanismo que garantice la efectividad de la competencia efectiva en el mercado para evitar que se restrinja en perjuicio de los consumidores al momento del acceso a los bienes y servicios.

los mercados de bienes y servicios, financieros y de capitales; (...)".	

MARCO ANTONIO ARANA ZEGARRA
Directivo Portavoz Grupo Parlamentario
El Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad

JORGE ANDRES CASTRO BRAVO
Congresista de la República

MARCO ARANA ZEGARRA
Congresista de la República

HUMBERTO MORALES

ROGELIO TUCTO CASTILLO

ING. MARIO CANZIO A.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 14 de OCTUBRE del 2016

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 367 para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Es copia fiel del original

04 OCT 2016

POLICARPO CRANAME ROBLES
Fedatario

FÓRMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA:

Ha dado la Ley siguiente:

LEY DE PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA EFICIENCIA EN LOS MERCADOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

Capítulo I
Disposiciones Generales

Artículo 1°.- Objeto de la Ley
La presente Ley tiene por objeto promover la libre competencia y la eficiencia económica en los mercados para el mayor bienestar de los consumidores, a través de la evaluación previa de los actos de concentración empresarial, autorizando aquellos actos que no provoquen una disminución sustancial de la competencia efectiva en el mercado o que se demuestre que generan eficiencias económicas que compensan dichos efectos restrictivos y mejoran el bienestar de los consumidores.

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación subjetiva de la Ley
La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades, de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios.

Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término "persona" o "empresa".

Artículo 3°.- Ámbito de aplicación territorial de la Ley
Están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley, aquellos actos de concentración empresarial que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, incluyendo asimismo actos que se realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades económicas en el Perú.

Artículo 4°.- Definición y Actos de Concentración Empresarial

4.1. Se entiende por acto de concentración empresarial cualquier operación económica que suponga una modificación permanente de la estructura de control de las empresas partícipes, o de alguna de ellas. Asimismo, dicho acto ejerce una influencia preponderante y continua sobre las decisiones de los órganos de una persona jurídica.

4.2. Existe control cuando se puede ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, que resulte de la titularidad de derechos, contratos u otros medios. En particular, se entiende que existe control cuando se dispone de:

a) Derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; o,

b) Derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

4.3. Los actos que generan concentración empresarial son los siguientes: fusión, escisión, constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de consorcio, joint venture siempre que constituyan una entidad autónoma y permanente, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

4.4. No se produce acto de concentración empresarial sometida a la presente Ley cuando las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros o del mercado de capitales cuya actividad normal constituya la tenencia, negociación y transacción de títulos, por cuenta propia o de terceros, posean con carácter temporal acciones o participaciones que hayan adquirido de una empresa con la finalidad de revenderlas, siempre que no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas acciones o participaciones con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa. Tampoco existe concentración sometida a la presente Ley cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo. Tampoco constituirá acto de concentración empresarial el crecimiento de una empresa mediante inversión propia o con recursos de terceros que no participan en el mercado nacional.

Capítulo II

De las Concentraciones Empresariales

Artículo 5º.- Concentraciones empresariales sometidas al procedimiento de autorización previa.

5.1 Se encuentran sometidas al procedimiento de autorización previa todos aquellos actos de concentración empresarial en los que:

a) Cuando las empresas involucradas en el acto de concentración empresarial registren, individual o conjuntamente, en el balance del año anterior ventas brutas anuales o volumen total de negocios en el país iguales o superiores a 100 000 UIT (cien mil Unidades Impositivas Tributarias); y

b) Al menos una de las otras empresas involucradas en el acto de concentración empresarial registre en el balance del año anterior ventas brutas anuales o volumen total de negocios en el país iguales o superiores a 10 000 UIT (diez mil Unidades Impositivas Tributarias).

Artículo 6°.- Concentraciones autorizadas

6.1 Los actos de concentración empresarial estarán sujetos a la aprobación previa de la Comisión. En caso la Comisión determine que el acto de concentración empresarial genere o pueda generar una disminución sustancial de la competencia efectiva, no autorizará dicho acto. Sin perjuicio de ello, la Comisión podrá autorizarlos siempre que las empresas solicitantes demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos restrictivos a la competencia identificados y mejoren el bienestar de los consumidores.

6.2 A estos efectos, en el procedimiento de autorización se tomarán en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

a) La estructura del mercado relevante.
b) Las barreras de acceso al mercado, sean legales o económicas.
c) Las fuentes de aprovisionamiento de insumos.
d) Los canales de distribución y comercialización.
e) El poder económico y financiero de las empresas.
f) La evolución de la oferta y la demanda.
g) La competencia exterior.
h) La creación o reforzamiento de una posición de dominio.

Artículo 7°.- Ineficacia de la Concentraciones Empresariales

7.1 Los actos de concentración empresarial no surtirán efectos ni podrán ejecutarse sin la autorización prevista en la presente Ley o cuando ha sido denegada su autorización.

7.2 Son ineficaces los actos de concentración empresarial regidos por la presente Ley y las operaciones comerciales derivadas de ellas, cuya ejecución se pretenda sin haber cumplido con la notificación previa requerida.

7.3 Se podrá ordenar la desconcentración parcial o total de aquello que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda, adoptando para ello las medidas e impulsando las acciones necesarias para dejar sin efecto el acto de concentración realizado sin autorización.

7.4 Se podrá declarar de oficio la nulidad de la decisión por la que se aprobó el acto de concentración cuando la información suministrada por el solicitante sea falsa o se haya entregado alterando los valores reales. Asimismo, se dejará sin efecto la autorización cuando los involucrados incumplan las condiciones que les hubieran sido impuestas.

Capítulo III
Autoridad Competente

Artículo 8°.- Instancias de decisión

Es competente en primera instancia administrativa la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI y en segunda instancia el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

Artículo 9°.- La Comisión

9.1 La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargada de la aplicación de la presente Ley con competencia primaria y exclusiva a nivel nacional.

9.2 A efectos de la presente Ley, son atribuciones de la Comisión:

a) Autorizar, condicionar o denegar actos de concentración empresarial;
b) Ordenar a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador de investigación y sanción por infracción a la presente Ley;
c) Dictar órdenes o mandatos respecto de los actos de concentración empresarial;
d) Expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley; y,
e) Las demás que le asignen las disposiciones legales vigentes.

Artículo 10°.- La Secretaría Técnica

10.1 La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional que realiza la labor de instrucción del procedimiento de investigación sobre concentraciones empresariales y emite opinión al respecto.

10.2 Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

a) Efectuar indagaciones e investigaciones preliminares;
b) Instruir el procedimiento, realizando investigaciones y actuando medios probatorios, ejerciendo para tal efecto las facultades de investigación previstas en el Decreto Legislativo N° 807 – Ley de sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI y en el Decreto Legislativo N° 1033 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas;
c) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de infracciones a la presente Ley;
d) Realizar estudios y publicar informes;
e) Elaborar propuestas de lineamientos;
f) Realizar actividades de capacitación y difusión de la aplicación de la presente Ley; y,
g) Otras que le asignen las disposiciones legales vigentes.

Artículo 11°.- El Tribunal

El Tribunal es el órgano encargado de revisar en segunda y última instancia, los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica.

Capítulo IV
Procedimiento

Artículo 12°.- Notificación de las concentraciones

12.1 Las concentraciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley deberán ser notificadas a la Comisión en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de la conclusión del contrato o acuerdo, del anuncio de la oferta pública de adquisición, o de la adquisición de una participación de control, lo primero que suceda. Podrán notificarse las

concentraciones incluso si las partes no han suscrito el acuerdo cuando demuestren su intención de concentrarse en un futuro próximo.

12.2 Los actos de concentración que consistan en una fusión o en la constitución de un control en común deberán ser notificadas conjuntamente por las empresas intervinientes. En los demás casos, la notificación incumbe a la persona o empresa que adquiera el control de una o más empresas o la que compre los activos correspondientes.

12.3 Cuando la concentración se lleve a cabo a través de una oferta pública de adquisición de títulos admitidos a negociación en una bolsa de valores, la oferta pública de adquisición y las transacciones de títulos podrán ser realizadas; no obstante, el comprador no podrá ejercer los derechos de voto inherentes a los títulos adquiridos en tanto no se obtenga la autorización respectiva. El ejercicio de los derechos de voto inherentes a los títulos adquiridos sin la autorización respectiva constituye ejecución no autorizada del acto de concentración, sancionable en los términos de la presente Ley.

12.4 Tratándose de un proceso de promoción de la inversión privada sobre empresas, acciones, participaciones o activos del Estado, el Comité encargado de llevar a cabo el referido proceso definirá el momento dentro de él en que el procedimiento de autorización previa a que se refiere la presente Ley deberá ser iniciado por las empresas habilitadas para tal fin por dicho Comité. De preferencia, el mencionado momento deberá ser anterior al otorgamiento de la buena pro, siempre que no afecte la competencia en el proceso de promoción. En caso el mencionado Comité omitiera el momento de iniciar el procedimiento de autorización previa por parte de las empresas habilitadas, éstas deberán presentar la solicitud de autorización previa antes de realizarse el acto de concentración, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la presente Ley.

Artículo 13°.- Contenido de la notificación

13.1 En la notificación, el o los solicitantes deberán presentar la siguiente información y documentación:

a) Identificación de las personas o empresas que efectúan la notificación y de las otras partes que intervienen en el acto de concentración;
b) Descripción de la estructura de propiedad y control de cada una de las personas o empresas que participan en el acto de concentración, incluyendo la de las empresas que pertenezcan al mismo grupo económico;
c) Descripción de los vínculos personales, de propiedad, y/o de gestión existentes entre cada una de las personas o empresas comprendidas en el punto anterior respecto de otras empresas que operan en el mercado o en los mercados relacionados;
d) Descripción de los pormenores del acto de concentración;
e) Identificar los mercados involucrados en el acto de concentración;
f) Respecto de cada mercado involucrado, indicar la participación de las empresas y el grado de competencia existente; el ámbito geográfico; la estructura de propiedad o control propuesta tras la realización de la operación; las posibilidades de elección de proveedores, clientes y usuarios; la existencia de hecho o de derecho de obstáculos de acceso al mercado; la evolución de la oferta y demanda; la evolución del progreso técnico o económico; la perspectiva de interconexión con otros mercados;
g) Descripción de los efectos de la operación sobre los mercados involucrados, indicando si la operación puede aportar eficiencias económicas dentro del mercado en beneficio de los consumidores;
h) Copia de los documentos definitivos o más recientes relativos al cierre del acto de concentración, incluyendo los documentos acreditativos del contrato, acuerdo o adquisición

de derechos que dé lugar al acto de concentración, con las modificaciones que, en su caso, hubieran sufrido con posterioridad a su celebración;

i) Copia de los análisis o estudios llevados a cabo por las empresas involucradas en la operación a efectos de evaluar el acto de concentración en cuanto a las condiciones de competencia, los competidores y la situación de mercado;

j) Copia del balance general, estado de ganancias y pérdidas, estado de cambios en el patrimonio neto y del estado de flujos de efectivo, de los tres últimos ejercicios de las empresas que participan en la concentración;

k) Copia de la constancia de pago de la tasa por evaluación análisis y estudio de los actos de concentración;

l) Otros documentos que establezca la Comisión mediante resolución.

13.2 Tratándose de un proceso de promoción de la inversión privada, además de la información señalada en el numeral anterior, el o los solicitantes presentarán la siguiente información y documentación:

a) Descripción de la empresa, activo o proyecto materia del proceso de promoción de la inversión privada; y,

b) Copia de las Bases del proceso de promoción respectivo, incluyendo sus modificaciones, si las hubiere.

13.3 La notificación de una concentración económica estará sujeta al pago de una tasa administrativa equivalente al 0,1% del valor total de la operación hasta un límite de 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

13.4 Las empresas podrán solicitar que se declare la confidencialidad de determinada información relacionada con la concentración proyectada conforme a lo establecido en el Artículo 18° de la presente Ley.

13.5 La Comisión podrá requerir a las empresas, la presentación de información adicional en relación con la operación notificada.

Artículo 14°.- Plazo de verificación formal de la notificación

14.1 Recibida la notificación, la Secretaría Técnica tendrá un plazo de cinco (5) días hábiles para verificar la suficiencia de la información. De ser necesario, la Secretaría Técnica otorgará un plazo de cinco (5) días hábiles para completar la información de la notificación, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la presentación de la información complementaria, la Secretaría Técnica deberá pronunciarse sobre la suficiencia o insuficiencia de ésta.

14.2 A partir de la fecha en que la Secretaría Técnica declara la suficiencia de la información, empezará el cómputo del plazo previsto en el artículo siguiente.

14.3 La omisión de pronunciamiento al vencimiento del plazo establecido dará lugar a que se entienda como suficiente la información presentada y se inicie el cómputo del plazo previsto en el artículo siguiente.

Artículo 15°.- Evaluación del acto de concentración.-

15.1 Declarada la suficiencia de la información o transcurrido el plazo de diez (10) días hábiles sin pronunciamiento de la Secretaría Técnica, se iniciará un plazo de treinta (30) días hábiles

durante los cuales la Comisión evaluará si la operación no provocará una disminución sustancial de la competencia efectiva en el mercado. Durante este plazo, la Comisión podrá solicitar más información al solicitante, así como a terceras personas que participan en los mercados involucrados por el acto de concentración. Los plazos otorgados al solicitante para la preparación de la información solicitada suspenden el cómputo del plazo. Esta suspensión no será mayor a diez (10) días hábiles.

15.2 Al finalizar el plazo de treinta (30) días hábiles, la Comisión deberá aprobar o denegar la solicitud o emitir una resolución de continuación de la evaluación. La resolución que decida continuar con la evaluación deberá estar motivada y deberá ser debidamente notificada a los solicitantes.

15.3 La omisión de pronunciamiento de la Comisión al vencimiento del plazo de treinta (30) días hábiles dará lugar a la aprobación tácita de la solicitud por silencio administrativo positivo, quedando la concentración automáticamente autorizada.

15.4 Las empresas podrán solicitar a la Comisión, una certificación de haber presentado la solicitud de evaluación de la concentración, así como del transcurso del plazo de treinta (30) días hábiles a partir de haber sido admitida a trámite. La Comisión, bajo responsabilidad, deberá emitir la certificación, en la que expresará que la concentración ha sido aprobada como consecuencia de lo dispuesto en el presente artículo.

Artículo 16°.- Plazo adicional de evaluación

16.1 En aquellos casos en los que la complejidad de la operación o de la información presentada amerite un análisis mayor de los efectos de la concentración en el mercado o mercados afectados, la Comisión podrá ampliar el plazo para su pronunciamiento por noventa (90) días hábiles adicionales. Durante este plazo, la Comisión podrá solicitar más información a las empresas involucradas en el acto de concentración, así como a otros agentes y autoridades, según considere.

16.2 Vencido el plazo sin que exista pronunciamiento de la autoridad, operará la autorización automática a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 17°.- Actuaciones durante la evaluación

Durante el procedimiento de evaluación, las empresas podrán solicitar la realización de audiencias y presentar los argumentos que consideren pertinentes a su pretensión. Asimismo, deberán informar sobre las modificaciones sustanciales del acto de concentración y podrán proponer modificaciones voluntarias a la disposición o utilización de activos para facilitar su autorización por la Comisión. Asimismo, las empresas podrán proponer a la Comisión proyectos de desinversión o condiciones para adecuar la operación a la competencia efectiva.

Artículo 18°.- Información confidencial y pública.-

18.1 A solicitud de parte, la Comisión podrá declarar la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, por tratarse de un secreto empresarial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Para tal efecto se aplicará lo establecido en el Artículo 32° del Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

18.2 Sin perjuicio de lo establecido en el numeral anterior, toda la información presentada durante el procedimiento de autorización será tratada como confidencial y tendrá carácter reservado. Sólo

podrá ser utilizada para la finalidad para la que fue requerida. Los funcionarios y servidores de la Secretaría Técnica, sea cual fuere su régimen laboral o de contratación, y los miembros de la Comisión, así como de la Secretaría Técnica del Tribunal y los miembros de esta última, estarán obligados a no divulgar dicha información, bajo responsabilidad. Únicamente las partes tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a éste y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiere aprobado su reserva por constituir información confidencial

Lo establecido en el párrafo precedente no impide la publicación de la resolución final una vez que ésta haya quedado firme en sede administrativa, resguardándose el interés legítimo de las empresas de que no se divulguen sus secretos comerciales y/o industriales.

18.3 Tratándose de procesos de promoción de la Inversión privada de empresas, acciones, participaciones o activos del Estado, los expedientes son públicos, salvo la información referida a secretos comerciales e industriales cuya divulgación pueda afectar el legítimo interés de las empresas o personas involucradas.

Artículo 19°.- Resolución Final

19.1 La resolución final de la Comisión será motivada y decidirá sobre la operación, adoptando de forma motivada alguna de las siguientes decisiones:

a) Autorizar el acto de concentración;
b) Autorizar la concentración subordinada a la observancia de condiciones que compensen los efectos restrictivos sobre la competencia. Dichas condiciones podrán consistir, entre otras, en la obligación de transmitir ciertos negocios o activos o en la imposición de limitaciones; o,
c) Denegar la autorización del acto de concentración por sus efectos anticompetitivos.

19.2 La resolución se notificará a las partes comprendidas en el procedimiento en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contados desde su expedición.

19.3 En caso de denegatoria de la solicitud, las empresas podrán ofrecer, en el plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de la decisión final, nuevos compromisos, los mismos que deberán ser aceptados o rechazados por la Comisión en el plazo máximo de quince (15) días hábiles.

Artículo 20°.- Ejecutividad de la resolución final

La interposición del recurso de apelación no suspenderá la ejecución de la medida correctiva dictada, salvo que la Comisión determine lo contrario. En caso de que la resolución final sea apelada, el Tribunal podrá determinar, si lo estima necesario, la suspensión de la decisión de la Comisión.

Artículo 21°.- Trámite del Recurso de Apelación.-

Para el trámite del recurso de apelación, se aplicarán las disposiciones del Capítulo VII del Título V del Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que corresponda.

Capítulo V
Infracciones y Sanciones

Artículo 22°.- Infracciones administrativas

22.1 Constituyen infracciones administrativas las siguientes:

(a) Omitir notificar el acto de concentración empresarial sometido a la presente Ley.
(b) Ejecutar el acto de concentración empresarial sometido a la presente Ley sin haber obtenido la autorización previa, o incumpliendo las condiciones o medidas impuestas por la Comisión.
(c) Suministrar información falsa o inexacta en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión, o no proporcionar la información dentro de los plazos establecidos.
(d) Realizar el acto de concentración empresarial luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal,
(e) Realizar un acto de concentración empresarial declarado anticompetitivo por la Comisión.
(f) Incumplir las medidas ordenadas por la Comisión.

Artículo 23°.- Sanciones

23.1 Las infracciones administrativas previstas en el artículo anterior serán sancionadas con multas cuantificadas en Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme a los siguientes niveles de gravedad:

a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,
c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

23.2 Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo a la presente Ley, se utilizará la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción.

23.3 La multa aplicable será rebajada en un veinticinco por ciento (25%) cuando el infractor cancele su monto con anterioridad a la culminación del término para impugnar la resolución de la Comisión que puso fin a la instancia y en tanto no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución.

Artículo 24°.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa

Para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa, la Comisión aplicará los criterios establecidos en el Artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y, supletoriamente, los criterios contemplados en el Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 25°.- Plazo de prescripción de la infracción administrativa
Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los tres (3) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. La prescripción se suspende por cualquier acto de la Comisión relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable. El cómputo del plazo se volverá a iniciar si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de treinta (30) días hábiles por causa no imputable al investigado.

Artículo 26°.- Procedimiento sancionador
El procedimiento sancionador aplicable a las infracciones administrativas previstas en el presente Capítulo se rige por las siguientes reglas:

(a) La imputación de cargos es efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión.
(b) El plazo para la presentación de descargos es de diez (10) días hábiles.
(c) La Secretaría Técnica de la Comisión realiza la instrucción en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles. Vencido dicho plazo, la Secretaría Técnica remitirá a la Comisión, un informe detallando las pruebas que deben ser analizadas por la Comisión y su opinión sobre la existencia o inexistencia de infracción administrativa. Copia de dicho informe será puesto a conocimiento de la empresa o empresas imputadas, las que tendrán cinco (5) días hábiles para presentar alegatos de defensa contra dicho informe, de ser el caso.
(d) Vencido el plazo para la presentación de alegatos de defensa, la Comisión tendrá quince (15) días hábiles para pronunciarse. Al inicio de este plazo, a pedido de parte o de oficio, la Comisión podrá conceder el uso de la palabra para informe oral.

Artículo 27°.- Reglas supletorias
Para todo lo no previsto en el presente Capítulo se aplicará supletoriamente las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que fuera aplicable, y en su defecto, las disposiciones de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

Capítulo VII
Multas coercitivas

Artículo 28°.- Multas coercitivas por incumplimiento de órdenes o mandatos.-
28.1 Si el obligado a cumplir una orden o mandato dictado por la Comisión no lo hiciera, se le impondrá una multa coercitiva equivalente ciento veinticinco (125) UIT. La multa coercitiva impuesta deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

28.2 En caso de persistir el incumplimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión podrá imponer una nueva multa coercitiva, duplicando sucesivamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se cumpla la medida correctiva ordenada y hasta el límite de mil (1 000) UIT.

28.3 Las multas coercitivas impuestas no tienen naturaleza de sanción por infracción administrativa.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

PRIMERA.- Derogación de la Ley N° 26876

Derógуese la Ley N° 26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y sus Reglamentos aprobados por los Decretos Supremos números 017-98-ITINCI y 087-2002-EF.

SEGUNDA.- Derogación expresa
Derógуese el inciso 1 del artículo 77 del Decreto Supremo N° 013-93-TCC que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 17 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

PRIMERA.- Modifíquese la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034, conforme a texto siguiente:

> *"PRIMERA.- Competencia primaria.-*
> *El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dicho organismo".*

SEGUNDA.- Modifíquese la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1044, conforme a texto siguiente:

> *"PRIMERA.- Competencia primaria.-*
> *El control de las conductas desleales se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dicho organismo.*

TERCERA.- Modifíquese el 2do párrafo del artículo 11 del Decreto Supremo 013-2008-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, conforme al texto siguiente:

> "Artículo 11. Competencia funcional
> (...)
> Cuando el objeto de la demanda verse sobre actuaciones del Banco Central de Reserva del Perú (BCR), Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) ***y del INDECOPI*** es competente, en primera instancia, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso. Es competente para conocer la solicitud de medida cautelar la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior.
> (...)

CUARTA.- Modifíquese la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1044, conforme a texto siguiente:

"CUARTA.- Exclusividad de competencia administrativa y alcance de las excepciones.-
Los órganos competentes para la aplicación de esta Ley conforme a lo dispuesto en el Título IV tienen competencia exclusiva a nivel nacional para la determinación y sanción de actos de competencia desleal.
La competencia administrativa para la aplicación de esta Ley podrá ser asumida por órgano administrativo distinto únicamente cuando una norma expresa con rango legal lo disponga.
Cuando el acto de competencia desleal que se determina y sanciona es uno que se ha desarrollado mediante la actividad publicitaria, la competencia administrativa únicamente corresponde a los órganos competentes para la aplicación de esta Ley, conforme a lo dispuesto en el Título IV, sin excepción alguna".

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

ÚNICA.- Procesos en trámite
Los procedimientos de notificación previa a que se refiere la Ley N° 26876 iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley y en los que la Comisión de Defensa de la Competencia aún no ha emitido su decisión, se adecuarán al procedimiento de autorización previa prevista en la presente Ley, en la etapa en la que se encuentren, conforme a las reglas que se establezcan en el Reglamento de la presente Ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Autoridad Competente
La aplicación de la presente ley y la del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, será de competencia exclusiva de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual del Indecopi.

SEGUNDA.- Vigencia de la Ley
La presente Ley entrará en vigencia al año de la fecha de su publicación.

Lima, 1 de octubre de 2016.

MARCO ARANA ZEGARRA
Congresista de la República

18858-2016/CSC01

CONGRESO
REPÚBLICA

COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA

"Decenio de las personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la consolidación del Mar de Grau".

OSIPTEL
2016 NOV 10 AM 8:58
RECIBIDO

Lima, 02 de noviembre de 2016

OFICIO Nº 396-2016-2017-CEBFIF/CR

Señor
GONZALO MARTÍN RUIZ DÍAZ
Presidente de OSIPTEL
Presente.

Asunto: Solicita opinión

Es grato saludarlo cordialmente y, a la vez, solicitar opinión respecto del Proyecto de Ley N°353/2016-CR, que propone: "Ley de Control previo de fusiones, adquisiciones o concentraciones empresariales para cautelar la libre competencia y el bienestar de los consumidores".

Hago propicia la oportunidad para renovarle las muestras de mi consideración.

Atentamente,

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA

Mercedes Aráoz Fernández
Presidenta
Comisión de Economía, Banca, Finanzas
e Inteligencia Financiera

Adj.: copia del Proyecto de Ley

Proyecto de Ley Nº 353/2016-CR

Congreso de la República

PROYECTO DE LEY DE CONTROL PREVIO DE FUSIONES, ADQUISICIONES Y/O CONCENTRACIONES EMPRESARIALES PARA CAUTELAR LA LIBRE COMPETENCIA Y EL BIENESTAR DE LOS CONSUMIDORES.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRAMITE DOCUMENTARIO
03 OCT 2016
RECIBIDO
Firma: ..... Hora: 10:16

PROYECTO DE LEY

Los congresistas miembros del Grupo Acción Popular, a iniciativa del congresista **YONHY LESCANO ANCIETA**, y demás congresistas firmantes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 107° de la Constitución Política y conforme lo establece el numeral 2) del artículo 76° del Reglamento del Congreso de la República, presentan el siguiente Proyecto de Ley :

LEY DE CONTROL PREVIO DE FUSIONES, ADQUISICIONES O CONCENTRACIONES EMPRESARIALES PARA CAUTELAR LA LIBRE COMPETENCIA Y EL BIENESTAR DE LOS CONSUMIDORES

Artículo 1°.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto el control previo de las operaciones de fusión, adquisición o concentración entre empresas cuya realización pueda afectar severamente la libre competencia en un mercado determinado y el bienestar de los consumidores.

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación de la Ley

La presente Ley se aplica a las personas jurídicas que realizan actividad empresarial y que proveen o demandan bienes o servicios en un mercado determinado.

Artículo 3°.- Autoridad competente

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI (en adelante la Comisión) es el ente encargado de la aplicación de la presente Ley en todo el territorio nacional.

Artículo 4°.- Fusiones, adquisiciones o concentraciones

CONGRESO DE LA REPUBLICA
COMISION DE ECONOMIA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA
18 OCT 2016
RECIBIDO
Firma: ..... Hora: 4.45 p

Para efectos de esta Ley, se entiende por fusión el acto de consolidación patrimonial que realizan dos o más empresas, creando una nueva o absorbiéndose en una de ellas, cuyo efecto es lograr una posición dominante en un mercado determinado.

Se entiende por adquisición la compra de los títulos representativos del capital de una o más empresas, o de sus activos, o de su patrimonio, o de parte de ellos, que le otorguen a la empresa o grupo adquirente una posición dominante en un mercado determinado.

Se entiende por concentración a las operaciones económicas entre empresas cuyo efecto es modificar los derechos de propiedad, la estructura de capital y de control de éstas o de una de ellas.

Artículo 5°.- **Control previo de fusiones, adquisiciones o concentraciones.**

Están sujetas al procedimiento de control previo de la Comisión, las fusiones, adquisiciones o concentraciones empresariales cuyo efecto sea que el grupo económico resultante tenga el 51% de cuota de participación o más, en uno o más mercados determinados.

Las fusiones, adquisiciones o concentraciones empresariales y sus actos derivados, realizados antes de obtener la autorización previa de la Comisión, o si es que esta autorización fue denegada, carecen de todo efecto legal.

Artículo 6.- **Fusiones, adquisiciones o concentraciones no autorizadas**

La Comisión no autorizará las fusiones, adquisiciones o concentraciones a que se refiere el artículo 4°, si es que determina que dichos actos limitan severamente la competencia, o generan o pueden generar abusos de posición dominante o monopólica conforme al artículo 61 de la Constitución.

En el procedimiento de autorización los parámetros principales serán los siguientes :

a) La estructura del mercado determinado o relevante.
b) La capacidad económica y financiera de las empresas, individualmente consideradas, y en conjunto.
c) Las características sistémicas de la oferta y la demanda, en el mercado relevante.
d) La situación de los competidores.
e) Otros factores que establezca la Comisión.

Artículo 7.- **Obligación de comunicar, de las empresas involucradas en operaciones de fusión, adquisición o concentración.**

Las personas jurídicas o empresas que planeen, realicen, o hayan realizado operaciones de fusión, adquisición o concentraciones en el ámbito de aplicación de la presente Ley, deben comunicar a la Comisión estos hechos en un plazo máximo de quince (15) días hábiles desde la fecha cierta de aprobación de estas operaciones por los órganos societarios competentes. Deberán adjuntar toda la información señalada en el Reglamento de la presente Ley.

Artículo 8.- **Evaluación de las operaciones de fusión, adquisición o concentración.**

Recibida la comunicación señalada por el artículo 7, la Comisión tendrá un plazo de diez (10) días hábiles para verificar la información adjuntada por las empresas solicitantes, u obligadas. Se podrá otorgar un plazo adicional de cinco (5) días hábiles para subsanar cualquier omisión o defecto en la información alcanzada.

Sólo cuando la Comisión declare que la información entregada por los solicitantes está conforme, se iniciará el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, para evaluar si las operaciones de fusión, adquisición o concentración van a ser o no autorizadas.

Cumplido el plazo de 45 días hábiles, la Comisión emite resolución motivada autorizando o denegando la solicitud, según corresponda.

Artículo 9.- **Apelación de la resolución de la Comisión**

Las empresas solicitantes de la autorización de las operaciones de fusión, adquisición, o concentración, pueden apelar la resolución denegatoria de la Comisión; pero este recurso no suspende la ejecución de dicha resolución. El trámite señalado se realiza con las disposiciones del Capítulo VII del Título V del Decreto Legislativo 1034 (Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas).

Artículo 10.- **Vigencia de la Ley**

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento en el diario oficial El Peruano.

Artículo 11.- **Derogatoria**

Quedan derogadas todas las normas que se opongan a la presente Ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

UNICA.- Reglamento de la Ley.

El Reglamento de la presente Ley se elabora y publica dentro de los 60 días calendario posteriores a la publicación de la misma en el diario oficial El Peruano. Dicho Reglamento debe incluir un régimen de infracciones y sanciones

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Los procesos de fusión, adquisición o concentración empresarial que se hayan producido con anterioridad a la vigencia de esta Ley, y cuya naturaleza y efectos estén comprendidos en la misma, deberán adecuarse a sus normas en el plazo máximo de 60 días, contados a partir de la vigencia de la presente Ley.

Lima 26 de septiembre del 2016.

YONHY LESCANO ANCIETA
Congresista de la República

YONHY LESCANO ANCIETA
Vocero Titular
Bancada Acción Popular

VICTOR ANDRÉS GARCÍA BELAUNDE
Congresista de la República

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 18 de OCTUBRE del 2016

Según la consulta realizada, de conformidad con el artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 353 para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA.—

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Es copia fiel del original

18 OCT 2016

POLIDORO CHANAMÉ ROBLES
Fedatario

I) EXPOSICION DE MOTIVOS

En el Perú no existe una Ley de control previo de fusiones, adquisiciones o concentraciones empresariales, como sí existe en Los Estados Unidos, en muchos países de la Unión Europea, de Asia, y aun América Latina. El enfoque no es intervencionista, no se trata que el Estado se entrometa en el funcionamiento del mercado; sino que lo que se busca es poner una barrera que impida que algunos agentes económicos realicen operaciones de concentración que afecten la libre competencia en el mercado, o que se abuse de las posiciones de dominio o de las posiciones monopolísticas. La Constitución en su artículo 61 permite que haya este tipo de regulación en el Perú, ya que si bien en nuestro país los monopolios y los oligopolios no están prohibidos, en cambio no está permitido el abuso de posición de dominio, que es la consecuencia general en el caso de las concentraciones empresariales cuyo resultado –después de una fusión, por ejemplo- es acaparar cuotas de mercado superiores al 51%.

Acá, indudablemente hay una afectación al derecho a la libre elección de los consumidores, puesto que la consolidación de empresas, crea un grupo que impone sus reglas en el mercado, impone precios y prácticas, incurre muchas veces en acciones predatorias, y anticompetitivas, todo lo cual daña a los consumidores y perjudica su economía.

Desde temprano, en los Estados Unidos se ha reprimido este tipo de conductas. Así por ejemplo, cuando la Standard Oil logró el virtual monopolio del mercado de refinación de petróleo, el regulador norteamericano la obligó a dividirse en varias empresas regionales para no dañar a los consumidores.

Esto mismo ocurrió con la ATT, que fue obligada a escindirse en las conocidas empresas Bell. En la Unión Europea no se permiten las grandes concentraciones empresariales que perjudican el mercado o los intereses económicos de los consumidores.

Análogamente, en el Perú, dado que en los últimos 20 años se ha dado un proceso de gran dinamismo de algunos mercados relevantes, con la participación de grupos económicos extranjeros; y se ha dado también algunas concentraciones perjudiciales para la libre competencia es necesario introducir una norma de control previo de fusiones, para evitar estas operaciones que falsean y reducen el libre juego de la oferta y demanda.

II. ANALISIS COSTO-BENEFICIO

El Proyecto de Ley no produce ningún costo al Estado. Más bien promueve un mejor funcionamiento del mercado.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

El Proyecto de Ley propone regular el control previo de las operaciones de fusión, adquisición concentración empresarial que dañen la libre competencia o el bienestar de los consumidores.

IV. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa se encuentra enmarcada en la siguiente Política de Estado : Plena vigencia de la Constitución y el Estado de Derecho.