

## A propósito de la nueva ley que establece el control previo de Operaciones de Concentración Empresarial

**Autora:** Annie Collazos \*

**Publicado:** 22/01/2021 \*\*

### 1. INTRODUCCIÓN

Para entrar en contexto, recordemos que el 7 de enero del año en curso fue finalmente publicada la Ley N° 31112 (Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial), la cual fue aprobada por insistencia del Congreso de la República, en base al texto aprobado en sesión del Pleno realizado el día 23 de octubre de 2020.

Norma que fue publicada aun cuando el 19 de noviembre de 2019 se había publicado el Decreto de Urgencia N° 013-2019, el cual establecía el control previo de operaciones de concentración empresarial. Estaba programado que este decreto entrará en vigencia a los 9 meses de su publicación; sin embargo, a causa de la llegada del COVID -19 a nuestro país, se aprobó prorrogar su entrada en vigencia para marzo de este año.

Asimismo, existía un proyecto de reglamento a este decreto que había sido difundido, a través de la Resolución Ministerial N° 2012-2020- EF-15, para recoger las opiniones, comentarios y sugerencias del público.

### 2. *MINORITY REPORT*

La primera vez que escuché sobre la posibilidad de que se implementara en el Perú un control previo a las concentraciones empresariales (distintas a aquellas que se daban en el marco del sector eléctrico, lo cual ya estaba regulado) no pude evitar recordar la película *Minority Report*. Si bien, en estricto, la trama de la película tiene muy poco o nada que ver con la regulación de control previo, su descripción nos permitirá identificar algunas de las preocupaciones que se podrían tener con relación a su implementación en nuestro país.

En la citada película, la historia gira entorno al funcionamiento, supuestamente exitoso e infalible, del sistema “PreCrime”, el cual se basa en las habilidades especiales que tres adolescentes, llamados "precognitivos", tienen para visualizar homicidios que aún no han ocurrido. Este sistema impide que esos homicidios lleguen a configurarse y encarcela a quienes iban a cometer tales actos, todo ello en base a las predicciones de los precognitivos. En pocas palabras, el sistema “PreCrime” sanciona a quien aún no ha cometido un crimen, por el solo hecho de haber sido predicho por los "Precognitivos".

Por su parte, el control previo de concentraciones empresariales, que se está intentando regular en nuestro país desde hace varios años, es un procedimiento administrativo diseñado para coadyuvar el rol de facilitar y garantizar la libre competencia; sin embargo, como lo señala Zuñiga (2018), el procedimiento administrativo que busca implementar el control previo no es uno sancionador (como sí lo es procedimiento que se sigue contra conductas anticompetitivas) sino uno en el que se evaluará la autorización de determinadas operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de evitar que se lleven a cabo concentraciones que puedan afectar la competencia en un determinado mercado.

A diferencia del rol de los Precognitivos en *PreCrime*, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la “Comisión”) no recurrirá a “predicciones” sobre las operaciones de concentración empresarial cuya autorización se solicite o sobre los eventuales efectos que pudieran tener respecto a la competencia, sino que deberá realizar un análisis técnico que, basado en parámetros objetivos, le permita concluir si se debe o no prohibir la implementación de determinadas concentraciones empresariales

en pro de salvaguardar la competencia y, como consecuencia, el bienestar de los consumidores finales.

Es en esa línea que tanto la Ley N° 31112 como su predecesora, establecieron (i) un umbral (conformado por dos supuestos) para determinar qué operaciones requieran solicitar la autorización de la Comisión, así como (ii) los aspectos y criterios aplicables para otorgar dicha autorización, negarla u otorgarla bajo el cumplimiento de determinadas condiciones.

### **3. EL UMBRAL**

El Decreto de Urgencia N° 013-2019, que quedará derogado con la entrada en vigencia de la Ley N° 31112, contemplaba como umbral el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

- (i) Que la suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales en el país de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a ciento dieciocho mil (118 000) UIT.
- (ii) El valor de las ventas o ingresos brutos anuales en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial hayan alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a dieciocho mil (18 000) UIT cada una.

Cabe señalar, como algo anecdótico, que en el citado decreto se precisó que, si a propuesta del Indecopi, dicho umbral se tuviera que disminuir sería necesario que ello se aprobara por Ley; sin embargo, tiempo después el proyecto de reglamento a dicho decreto, publicado por la Resolución Ministerial N° 2012-2020- EF-15, propuso, de forma tácita, una disminución al umbral al “precisar” que el término “empresa involucrada” comprendía tanto al agente económico participante en la operación como a su respectivo grupo económico.

Si bien la Ley N° 31112 no siguió la línea del proyecto de reglamento, sí incorporó otros aspectos que ameritan comentar.

#### **La valorización de activos**

Si bien pudiera parecer que la redacción del numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley N° 31112 es muy similar al del Decreto de Urgencia N° 013-2019, en realidad dista de serlo pues incorpora, como parte del umbral, una categoría adicional: el valor de los activos de las empresas involucradas en la operación. Dejando sin precisar cuál sería el mecanismo para realizar dicho cálculo o la metodología aplicable.

Dicha omisión es relevante porque no da claridad sobre algo tan vital como la aplicabilidad de la norma. Las empresas que tengan interés en realizar una operación de concentración empresarial deberían de poder tener claro si superen o no el umbral, el cual tendría que estar diseñado para que pueda ser calculado en función a la información que estas empresas usualmente manejan (contabilidad, registros, etc.). Mientras más difícil sea realizar ese cálculo se encarecerá más la implementación de la operación, tanto por la inversión de tiempo como de dinero. Como lo señala Vergaray (2021), podría ser más conveniente para las empresas involucradas en la operación el utilizar el valor reflejado en sus estados financieros. Claro está, ello en la medida que quede claramente diferenciado el valor de los activos que se encuentran fuera de la jurisdicción de Perú, de resultar aplicable.

En todo caso, se espera que los lineamientos para poder realizar los cálculos sean precisados en la reglamentación de la Ley N° 31112, la cual debería elaborarse dentro de los 15 días siguientes a su publicación.

### **La actuación de oficio**

Al haberse agregado que “la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI podrá actuar de oficio en los casos en que haya indicios razonables para considerar que la operación de concentración puede generar posición de dominio o afecte la competencia efectiva en el mercado relevante”, la pregunta obvia que surge es ¿qué debemos entender por “indicios razonables”? ¿No es ya suficientemente razonable que exista un parámetro objetivo como el umbral? Esta incorporación nos hace temer que aun cuando las empresas involucradas en la operación no se encuentren dentro de los umbrales establecidos (parámetro objetivo), la ejecución de la operación de concentración no estaría libre de la actuación de oficio de la Secretaría Técnica de la Comisión.

Ello implicaría que, en la práctica, a fin de evitar cualquier riesgo, las empresas que quieren llevar adelante una operación de concentración empresarial soliciten la autorización, aun cuando no superen el umbral. Si bien quisiéramos que esta situación ineficiente fuese una exageración nuestra, podría no serlo teniendo en cuenta el penúltimo párrafo del numeral 6.4 de la Ley N° 31112, el cual expresamente señala que “la notificación de la operación será voluntaria para las partes cuando las empresas involucradas no alcancen los umbrales establecidos en el numeral 6.1.”. ¿Por qué empresas que no superen los umbrales tendrían que notificar (con todas las implicancias que ello tiene) su intención de llevar a cabo una operación de concentración empresarial? ¿No debería acaso ser la finalidad de la norma el establecer parámetros objetivos que permitan identificar si se está o no dentro de la aplicación de dicha ley?

#### **4. COMENTARIOS FINALES**

Más allá de estar de acuerdo o no con la implementación del control previo de concentraciones empresariales en nuestro país, lo cierto es que a los abogados corporativos nos toca seguir preparándonos para las implicancias que este procedimiento tendrá tanto en la negociación como en la ejecución de las operaciones de M&A.

Resultará de suma importancia conocer si para las sociedades interesadas en adquirir una compañía o en venderla, será o no un *deal breaker* el solo hecho de que las empresas intervinientes estén comprendidas dentro de umbral de la Ley N° 31112. Pues de serlo, será necesario tener claro, desde la etapa de negociación o antes, si la operación estará o no bajo el ámbito de ampliación de dicha norma. Motivo por el cual, la revelación de información entre las partes será de vital importancia y ameritará la implementación de determinados compromisos, los cuales deberán incentivar no solo la oportuna información sino la exactitud de la misma. Lo que permitirá que más adelante se puedan asignar las responsabilidades que resulten aplicables en el escenario contrario.

Si las partes, conscientes de superar el umbral, están de acuerdo con solicitar la autorización correspondiente, se debería de regular contractualmente los posibles escenarios que el procedimiento de control previo pudiera tener, es decir, (i) que se obtenga la autorización (ya sea por resolución expresa o por la aplicación del silencio positivo); (ii) que la autorización esté supeditada al cumplimiento de determinadas condiciones, o (iii) que se prohíba la operación. Ello a fin de prever el impacto que dichos escenarios tendrán tanto en las condiciones esenciales de la operación (precio, plazos, etc.) como en su viabilidad. Debiendo tener claro en qué punto la operación dejaría de ser atractiva para nuestro cliente a fin de incorporar los mecanismos de salida que resulten necesarios.

Lo anterior nos lleva a cuestionarse cuál sería el momento ideal para presentar esta solicitud. ¿Sería en la etapa de negociación, aun cuando no se hubiese cerrado del todo las obligaciones de las partes respecto a la fusión/adquisición?, ¿inmediatamente

después de firmar el contrato de compraventa condicionado a la obtención de la autorización de la operación?

La respuesta dependerá de cada caso concreto y del riesgo que cada una de las partes intervinientes estén dispuestas a asumir; sin embargo, en cualquiera de dichos casos será importante establecer ciertos lineamientos al comportamiento de las empresas intervinientes mientras dure el procedimiento de control previo, que podrán comprender desde obligaciones de exclusividad para evitar negociaciones con otros inversionistas interesados en la operación hasta prohibiciones específicas en el marco de la administración de la empresa objeto de la adquisición a fin de resguardar su valor.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Zúñiga Fernández, T. (2018). El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Bases fundamentales para su regulación. IUS ET VERITAS, (56), 220-256. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.013>
- Vergaray, V. (2021). Control de fusiones: el desafío de valorar los activos. *Semana Económica*. Marco Legal. Recuperado el 14 de enero del 2021 de <https://semanaeconomica.com/legal-politica/marco-legal/control-de-fusiones-el-desafio-de-valorar-los-activos>

**\* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociada Senior del estudio Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría. Su ejercicio profesional se centra en brindar asesoría en diversos asuntos societarios, tales como fusiones, escisiones, reorganizaciones de empresas privadas, establecimiento y transformación de sucursales de sociedades extranjeras, así como en el manejo cotidiano de las empresas para la toma de diversas decisiones societarias.**

**\*\* Artículo recibido el 15/01/2021**