

Normativa sobre Control de Concentraciones en el Perú (Enero 2021)

El Congreso de la República del Perú aprobó, por insistencia, la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (Ley N° 31112), la cual sustituirá el Decreto de Urgencia N° 013-2019, norma que regula el control previo de operaciones de concentración empresarial ("DU"). La norma ha sido publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de enero de 2021 y, sujeto a las disposiciones complementarias del Poder Ejecutivo, es posible que entre en vigencia en el primer trimestre de 2021.

Anteriormente la legislación peruana únicamente requería de una notificación y autorización previa en los casos de concentraciones de tipo vertical u horizontal que se producían en las actividades de generación, transmisión y/o distribución de energía eléctrica.¹

Resumen

Alcances. El nuevo régimen de control de concentraciones será de aplicación a cualquier acto de concentración que se realice en cualquier ámbito de la actividad económica, a excepción de las concentraciones que involucren empresas del sistema financiero que captan depósitos del público o empresas de seguros que presenten riesgos que comprometan la solidez o estabilidad de dichas empresas o de los sistemas que integran, en cuyo caso solo se requiere la autorización previa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Autoridad competente. INDECOPI consolida todas las funciones correspondientes a la evaluación de los actos de concentración. La Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI ("Comisión"), que actualmente investiga y sanciona prácticas anticompetitivas, estará a cargo de las fases de evaluación y de la emisión de autorizaciones. La Secretaría Técnica de la Comisión ("Secretaría Técnica") brindará apoyo administrativo, emitirá propuestas de lineamientos y efectuará investigaciones preliminares. El Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI ("Tribunal") actuará como órgano revisor en vía de apelación.

Suspensión y prohibición de registro de concentraciones no autorizadas. Las concentraciones que se encuentren dentro del ámbito de la norma deberán ser notificadas a la Comisión y no podrán ser implementadas hasta que el INDECOPI las apruebe de manera definitiva. Asimismo, los notarios y registradores públicos están prohibidos, bajo responsabilidad, de registrar concentraciones que deban ser notificadas y que no cuenten con autorización o les resulte aplicable el silencio positivo.

Operaciones de concentración empresarial. La norma define "operaciones de concentración empresarial" sujetas a autorización previa como todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella, incluyendo:

- La fusión de dos o más agentes económicos, los cuales eran independientes antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria que adopten.
- La adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.
- La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí de una empresa en común, *joint venture* o cualquier otra modalidad contractual análoga, que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos que desempeñen de forma las funciones de una entidad económica autónoma.²
- La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.

A su vez, la norma define "control" como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, determinando directa o indirectamente su estrategia competitiva.

Participaciones minoritarias. Las adquisiciones de participaciones minoritarias no requerirán ser notificadas a la autoridad a menos que confieran control (esto es, la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre la estrategia competitiva de un agente económico).

Umbrales. El nuevo régimen contiene dos umbrales financieros que deben presentarse de manera concurrente: (i) la suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de los activos en el Perú de las empresas involucradas en la concentración debe alcanzar un valor igual o superior a 118,000 Unidades Impositivas Tributarias (S/. 519.2 millones o aproximadamente USD 148.3 millones para el año 2021) y (ii) dos de las empresas involucradas en la operación deben tener, cada una, ventas o ingresos brutos anuales o valor de los activos en el Perú de al menos 18,000 Unidades Impositivas Tributarias (S/. 79.2 millones o aproximadamente USD 22.6 millones para el año 2021).

¹ Ley No. 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, vigente desde 1997.

² Nota: El DU derogado hace referencia al término "desempeñen de forma permanente". Se espera que el Reglamento clarifique este punto.

La autoridad considerará como una única operación de concentración empresarial el conjunto de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en el plazo de dos (2) años, debiendo notificarse la operación de concentración antes de ejecutarse la última transacción o acto que permita superar los umbrales antes indicados.

Análisis de oficio. La Secretaría Técnica podrá actuar de oficio en casos donde identifique indicios razonables para considerar que una operación de concentración puede generar posición de dominio o afectar la competencia en el mercado. Es importante indicar que, no obstante no se precisa en la norma, esta facultad permitiría una revisión de la autoridad independientemente si el acto de concentración supera los umbrales o no. Se espera que el reglamento de la norma ("Reglamento") clarifique esta facultad.

Oportunidad de la notificación. Las partes deberán notificar la operación antes de que la transacción sea consumada.

Formulario de notificación. Se espera que el INDECOPI emita un formulario de notificación estándar próximamente.

Periodo de evaluación (hasta 175 días hábiles). La primera fase para la evaluación de las solicitudes se inicia con la admisión a trámite de la solicitud y tendrá un plazo máximo de treinta (30) días hábiles. La Comisión tiene hasta veinticinco (25) días hábiles para determinar la admisibilidad de la solicitud.

Si la Comisión comprueba que la operación de concentración plantea serias preocupaciones respecto a los efectos restrictivos que puede generar sobre la competencia en el mercado, iniciará una segunda fase de evaluación que puede durar hasta un máximo de ciento veinte (120) días hábiles. Si dicho órgano no emite un pronunciamiento dentro del plazo, la concentración notificada quedará automáticamente autorizada.

Las decisiones de la Comisión son apelables ante el Tribunal. El Tribunal deberá emitir un pronunciamiento en el plazo de noventa (90) días hábiles.

Posibilidad de "Carve Out" y "Gun-Jumping". La norma no contiene disposiciones que permitan a las empresas cerrar la operación en el extranjero antes de obtener la autorización del INDECOPI (i.e., "carve outs"). En cambio, sí contempla sanciones para aquellos casos en los que se implemente la operación antes de su autorización, por constituir un incumplimiento a la obligación de suspensión (i.e., "gun jumping").

Autorización y Compromisos Voluntarios. El Indecopi podrá denegar la autorización si determina en la segunda fase de evaluación que la transacción genera "efectos restrictivos significativos a la competencia en el mercado".

Las partes pueden ofrecer compromisos para remediar las preocupaciones sobre los efectos de la operación antes que se emita una decisión. De ser aceptadas, la Comisión podrá emitir una autorización condicionada. Las condiciones impuestas estarán sujetas a revisión periódica por parte de la autoridad y pueden ser dejadas sin efecto o modificadas si las condiciones de competencia han variado lo suficiente como para justificarlo.

Confidencialidad. Al inicio de la segunda fase de evaluación, la Comisión debe publicar un resumen de la resolución que sustenta su decisión de dar inicio a ésta. Los terceros con legítimo interés puedan presentar información relevante, sin que por ello sean considerados como partes intervinientes en el procedimiento. Si bien, conforme a la norma, pueden existir terceros apegados al procedimiento, se espera que el Reglamento clarifique este punto.

La información comercial de carácter sensible presentada por las partes podrá ser considerada reservada y tratada como confidencial. Los terceros no podrán acceder dicha información.

Sanciones por incumplimiento. Las empresas que lleven a cabo actos de concentración sin la autorización previa del INDECOPI, que incurran en "gun-jumping" durante el periodo de suspensión o que violan las condiciones impuestas para la autorización de la operación, podrán ser sancionados con multas de hasta el 12% de los ingresos brutos de la empresa infractora o su grupo económico. El INDECOPI también puede ordenar la disolución de una concentración no autorizada.

Vacatio legis. La norma entrará en vigencia luego de transcurridos quince (15) días calendarios desde la adecuación del Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI y demás instrumentos de gestión. Dicha adecuación debe ser efectuada dentro de los quince (15) días siguientes a la publicación del Reglamento. El Reglamento debe ser elaborado y publicado en un plazo de quince (15) días contados desde la publicación de la norma en el Diario Oficial El Peruano (es decir, desde el 7 de enero de 2021). Los actos de concentración previos a la entrada en vigencia de la norma no estarán sujetos a autorizaciones administrativas, excepto por las concentraciones horizontales o verticales que se produzcan en el mercado eléctrico, las cuales continuarán bajo el régimen vigente hasta que entre en vigor la nueva norma.



Band 1:
Corporativo/Fusiones y Adquisiciones
Competencia/Antimonopolio
Chambers Latin America 2021



Tier 1:
Corporativo/Fusiones y Adquisiciones
Competencia/Antimonopolio
Legal 500 (2021)



Elite en:
Competencia/Antimonopolio
Global Competition Review 2021



Leading en:
Fusiones y Adquisiciones
Competencia/Antimonopolio
Leaders League (2021)

Contactos:

Carlos A. Patrón
cap@prcp.com.pe

David Kuroiwa
dkh@prcp.com.pe

Julia Loret de Mola
jld@prcp.com.pe

Giancarlo Baella
gbp@prcp.com.pe