

Reglamento de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial

El día de hoy, 4 de marzo de 2021, ha sido publicado el Decreto Supremo N° 039-2021-PCM que reglamenta la Ley N° 31112 que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (el “Reglamento”).

La Ley N° 31112 (la “Ley”) fue promulgada con fecha 7 de enero de 2021 y tiene por objeto establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en el mercado para el bienestar de los consumidores.

Es preciso resaltar que tanto la Ley como el Reglamento entrarán en vigencia de forma simultánea, dentro de los quince (15) días calendario contados desde que se dicten las modificaciones pertinentes al Reglamento de la Ley de Organizaciones y Funciones del Indecopi y demás instrumentos de gestión de dicha entidad.

Al respecto, los aspectos más relevantes que establece el Reglamento son los siguientes:

1. Disposiciones Generales

A. Ámbito de Aplicación

El Reglamento dispone que el control previo será de aplicación a aquellas operaciones de concentración empresarial, comprendidas en el artículo 5 de la Ley, que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, incluyendo aquellos actos que se realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a agentes económicos que desarrollan actividades económicas en el país, así como también a los agentes económicos que oferten o demanden bienes o servicios en el mercado y realicen actos de concentración empresarial que produzcan o puedan producir efectos competitivos en todo o parte del territorio nacional.

B. Reglas para el cálculo de los Umbrales

Sobre los umbrales detallados en el artículo 6 de la Ley, el Reglamento ha precisado que el cálculo de los mismos se realizará teniendo en consideración alguno de los siguientes parámetros: (i) el valor de las ventas o ingresos brutos generados en el Perú; o, (ii) el valor contable de los activos ubicados en el Perú. Sumado a lo anterior, el Reglamento ha establecido las siguientes reglas para el cálculo de los referidos valores:

- a) Cuando la operación corresponda a los actos comprendidos en los incisos a)¹ y c)² del artículo 5.1 de la Ley, para el cálculo de los umbrales se tendrá en consideración las ventas o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos de los agentes económicos participantes en la operación y los de sus respectivos grupos económicos.

1 Una fusión de dos o más agentes económicos, los cuales eran independientes antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.

2 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, de tal forma que dicho agente económico desempeñe de forma las funciones de una entidad económica autónoma.

- b) Cuando la operación tenga por resultado la adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de los derechos que le permitan ejercer control sobre la totalidad o parte de otro agente, para el cálculo de los umbrales se tendrá en consideración las ventas o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos del agente adquirente y su grupo económico, así como también los del agente adquirido y de los agentes sobre los cuales este último ejerza control.
- c) Cuando la operación corresponda al acto establecido en el inciso d) del artículo 5.1 de la Ley, para el cálculo de los umbrales se tendrá en consideración las ventas o ingresos brutos o el valor contable de los activos del agente adquirente y de su grupo económico; y, aquellas ventas o ingresos brutos que hayan sido generados por los activos productivos operativos adquiridos o el valor contable de tales activos.

Finalmente, para determinar los umbrales en las operaciones sucesivas, comprendidas en el artículo 5.3 de la Ley, el Reglamento establece que se considerarán las ventas o ingresos brutos o el valor contable de los activos en el país de las empresas involucradas en tales operaciones, correspondientes al ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación.

2. Procedimiento de Autorización Previa de Operaciones de Concentración Empresarial

A. Requisitos de la solicitud de autorización previa de operaciones de concentración empresarial

El Reglamento dispone que la solicitud de autorización previa para la operación de concentración empresarial que se presentará a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (la "Comisión"), debe incluir el formulario suscrito en calidad de declaración jurada que contenga -entre otros- lo siguiente: (i) información sobre los agentes económicos que intervienen en la operación y sus representantes legales; (ii) descripción y objetivo de la operación de concentración empresarial; (iii) descripción de la estructura de propiedad y control de cada agente económico que interviene en la operación y sus respectivos grupos económicos; (iv) la identificación y descripción de los mercados involucrados en la operación; (v) la identificación de los países en los cuales se ha notificado o se pretende notificar; (vi) los estados financieros del ejercicio fiscal anterior a aquel de la notificación de los agentes económicos involucrados.

B. Solicitud Simplificada

Siempre que los agentes intervinientes o sus respectivos grupos económicos (i) no realicen actividades económicas en el mismo mercado de producto y en el mismo mercado geográfico, o no participen en la misma cadena productiva o de valor, o (ii) la operación de concentración genere que un agente económico adquiera el control exclusivo de otro agente económico sobre el cual ya tiene el control conjunto; se podrá iniciar el procedimiento de solicitud simplificada, la cual involucra una menor cantidad de información a ser presentada a la Autoridad.

C. Compromisos

Los agentes económicos participantes podrán presentar compromisos con la finalidad de evitar o mitigar eventuales efectos anticompetitivos vinculados a la operación de concentración empresarial para que sean evaluados por la Comisión. Los compromisos serán solicitados y evaluados de conformidad con el siguiente detalle:

Durante la Fase 1 del Procedimiento:

Los agentes económicos solicitantes podrán presentar sus compromisos dentro de los primeros 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la resolución de admisión a trámite. Ello implicará la suspensión del procedimiento por un plazo inicial de 15 días hábiles que podrá ser ampliado por el mismo plazo.

Dentro de los 10 primeros días hábiles del plazo de suspensión detallado anteriormente, podrán realizarse modificaciones o ampliaciones a los compromisos.

Durante la Fase 2 del Procedimiento:

Los agentes económicos solicitantes podrán presentar compromisos en un plazo de 40 días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la resolución que da inicio a la Fase 2. Ello implicará la suspensión del procedimiento por un plazo inicial de 15 días hábiles, que podrá ser ampliado por 30 días hábiles.

Dentro de los 10 primeros días hábiles del plazo de suspensión detallado anteriormente, podrán realizarse modificaciones o ampliaciones a los compromisos.

1 La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.

2 Para efectos de la aplicación del numeral 5.1, la autoridad considera 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 establecidos en el numeral 6.1. de la Ley.

Evaluación de los Compromisos

A efectos de evaluar los compromisos, la Comisión podrá consultar sobre los mismos tanto a agentes públicos como privados. Sumado a ello, el Reglamento establece que, durante el plazo de suspensión correspondiente a cada fase, los agentes económicos solicitantes podrán requerir la realización de una audiencia.

Decisión sobre los Compromisos

1

Transcurrido el plazo de suspensión, la Comisión señala si resultan o no favorables los compromisos presentados. En caso considere que no son favorables, emitirá una resolución rechazándolos. Dicha resolución tiene carácter inimpugnable. Lo anterior no impedirá que el procedimiento regular de aprobación continúe.

Por otro lado, si considera que podrían ser favorables, emitirá una notificación provisional dirigida a las partes, y notificará una versión no confidencial a los agentes públicos y privados que fueron consultados anteriormente y a otros que considere de interés para la resolución del procedimiento, a efectos de que presenten sus comentarios en un plazo máximo de 5 días hábiles.

Cuando corresponda, en la decisión final se incluirá un cronograma de trabajo y supervisión, así como la elección de un monitor de cumplimiento de dichos compromisos.

3. Procedimiento de Revisión de Condiciones

El artículo 9 de la Ley establece que cuando la autorización de una operación de concentración empresarial se sujete al cumplimiento de una condición de conducta, la autoridad establece un plazo para su revisión. Sobre el particular, el Reglamento señala que, luego de cumplido el plazo establecido, le corresponde a la Comisión evaluar si resulta pertinente mantener, modificar o dejar sin efecto la referida condición de conducta impuesta a los agentes económicos.

Sin perjuicio de lo anterior, durante el plazo establecido para la revisión de la condición de conducta, la Comisión o el agente económico autorizado -en caso se hayan producido variaciones en las condiciones de competencia- podrán solicitar la revisión de tales condiciones. En estos supuestos, la autoridad encargada de determinar si es posible modificar, mantener o revocar las condiciones, le corresponde al Tribunal del Indecopi.

En caso se modifique la condición de conducta, esta no podrá ser más gravosa para el agente económico autorizado que aquella que se encuentre vigente al darse inicio al procedimiento de revisión.

4. Actuación de Oficio

Respecto de aquellas operaciones de concentración empresarial que no alcancen los umbrales establecidos en la Ley, la Secretaría Técnica de la Comisión (la "Secretaría Técnica") podrá actuar de oficio si existen circunstancias especiales en las que se identifiquen indicios razonables que le permitan considerar que la operación de concentración podría generar posición de dominio o afectar la competencia efectiva en el mercado relevante.

Como resultado del procedimiento de oficio, la Comisión podrá dictar las órdenes o medidas que considere pertinentes, lo cual incluye, de ser el caso, la enajenación de las acciones o activos adquiridos como resultado de la operación de concentración empresarial. Son consideradas circunstancias especiales, aquellas señaladas en el numeral 23.2. del Reglamento.

Se establece que dentro de los primeros 75 días hábiles de iniciada la etapa probatoria del procedimiento de oficio, la Secretaría Técnica y los agentes económicos sujetos de revisión podrán formular, conjuntamente, una propuesta de acuerdo para la conclusión anticipada del procedimiento que incorpore medidas que eliminen o mitiguen los posibles efectos restrictivos de la competencia que podría generar la operación de concentración empresarial.

El Reglamento expresamente prevé que la Secretaría Técnica podría determinar el inicio del procedimiento de oficio hasta 1 año después del cierre formal de la operación de concentración empresarial.

5. Procedimiento Administrativo Sancionador

La Secretaría Técnica, tras haber tomado conocimiento de una conducta susceptible de constituir una infracción en alguno de los supuestos del artículo 27 de la Ley, podrá iniciar un procedimiento administrativo sancionador, en donde los agentes económicos imputados tienen 25 días hábiles para presentar sus descargos. Vencido este plazo, la Secretaría Técnica abre una etapa probatoria por un período de 4 meses para realizar las actuaciones necesarias, luego de lo cual contará con 20 días hábiles para emitir un informe final. Luego de ello, los agentes económicos imputados tendrán 10 días hábiles para formular descargos al informe final, así como para solicitar una audiencia (de ser aceptada, se amplía el plazo de evaluación por 15 días hábiles).

Recibido el informe final y los descargos, la Comisión tendrá un plazo de 20 días hábiles para emitir la resolución final. Dicha decisión podrá ser apelada en un plazo de 15 días hábiles, luego de lo cual el Tribunal del Indecopi tendrá un plazo de 90 días hábiles para resolver.

6. Registros

De acuerdo con el Reglamento, las condiciones, compromisos, acuerdos y otras medidas aprobadas por la Comisión, serán inscritos en un registro que será implementado por el Indecopi.

Por otra parte, el Reglamento establece que los Notarios y Registradores Públicos, a efectos de proceder con la inscripción o registro de operaciones de concentración empresarial, exigirán una Declaración Jurada informando que la operación no esta sujeta a los alcances de la Ley, o que ya se cuenta con la autorización correspondiente por parte de las autoridades competentes.

CONTACTOS

Luis Vargas
Socio

 lvargas@dlapiper.pe
 +511 616 1200

Daniel Flores
Asociado Principal

 dflores@dlapiper.pe
 +511 616 1200



www.dlapiper.pe

