

El ABC de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial

PERÚ

ÍNDICE

1. Publicación y vigencia
2. ¿Cuál es el objeto de la Ley?
3. Las operaciones de concentración empresarial que son objeto de control
4. ¿Cuáles son las operaciones de concentración controladas previamente por el Indecopi?
5. Procedimiento de autorización previa
6. Compromisos y condiciones
7. Riesgos asociados a la implementación del control previo obligatorio de operaciones de concentración
8. Posible control posterior de operaciones de concentración y mitigación de sus riesgos asociados



1. Publicación y vigencia

La Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (en adelante, la Ley) entró en vigor en Perú el 14 de junio de 2021, junto con su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-2021-PCM (en adelante, el Reglamento).

2. ¿Cuál es el objeto de la Ley?

Establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial, a cargo del Indecopi (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), mediante un procedimiento administrativo dirigido a autorizar determinadas operaciones, tales como fusiones o adquisiciones empresariales. La finalidad de la Ley es promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados, lo que deberá repercutir positivamente en el bienestar de los consumidores.

Esta Ley complementa el régimen de control posterior de conductas anticompetitivas, a través de procedimientos administrativos sancionadores, regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, la LRCA).

De este modo, mientras que la LRCA se aplica de forma reactiva (ex post) ante conductas anticompetitivas que impiden que el mercado alcance los niveles de eficiencia que su estructura les permite; la Ley se aplica de forma preventiva para evitar que las estructuras de los mercados se vuelvan más concentradas y restrinjan significativamente la competencia, reduciendo la eficiencia, aun cuando no se lleven a cabo conductas anticompetitivas en el mercado.

3. Las operaciones de concentración empresarial que son objeto de control

Todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella calificará como operación de concentración empresarial. Ello implica que estaremos ante una operación de concentración si una empresa o agente económico A, que venía siendo controlado por B, pasa a ser controlada por el agente económico C. Estaremos también ante una operación de concentración empresarial si una empresa o agente económico A, que venía siendo controlado por B y por C, conjuntamente, pasa a ser controlada únicamente por el agente económico C o por B.

- **Control**

De acuerdo con la Ley, el control es la posibilidad que tiene un agente económico de ejercer una influencia decisiva y continua sobre otro, lo que le permite determinar (directa o indirectamente) su estrategia competitiva. La pregunta clave es qué agente económico es capaz de determinar la estrategia competitiva (decisiones sobre inversiones, compras, ventas, precios, etc.) de una unidad empresarial. Ello puede determinarse en virtud de derechos de propiedad, titularidad de acciones o contratos, entre otros.

❖ Operación de concentración

Estas operaciones son capaces de generar mercados más concentrados. Por ejemplo, imaginemos que el mercado de venta de electrodomésticos en determinada zona geográfica está conformado por A, B y C, tres agentes económicos que compiten entre sí. Si A adquiere el control de B, conformándose como un solo agente económico, la capacidad de ventas de ambas empresas ya no estarán en competencia. Luego de esta concentración, solo existirían dos competidores A+B, por un lado; y, C, por otro.

❖ Tipos de operaciones de concentración

Conforme prevé la Ley, la transferencia o el cambio en el control de una empresa o agente económico puede darse, entre otras, a través de las siguientes formas típicas:

TABLA Nº1

Fusión

Una fusión de dos o más agentes económicos ya sea por absorción o consolidación.

Adquisición de derechos

La adquisición de derechos que le permitan ejercer el control sobre otro agente económico. Por ejemplo, la adquisición de acciones.

Empresa en común

La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí, de una empresa en común, *joint venture* o cualquier otra modalidad contractual análoga, de manera que el nuevo agente económico desempeñe las funciones de una entidad económica autónoma.

Adquisición de activos

La adquisición del control directo o indirecto de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.

De nuevo, la pregunta clave a resolver será si, en el caso concreto, alguna de estas formas permitirá a un agente económico determinar (directa o indirectamente) la estrategia competitiva de otro, considerando que anteriormente no tenía dicha posibilidad; o, si dos agentes económicos controlan conjuntamente una nueva empresa autónoma que antes no existía.

Una transferencia o un cambio en el control puede tener efecto horizontal, cuando implica la concentración de agentes económicos que participan o compiten en el mismo nivel de la cadena de producción o comercialización (por ejemplo, entre dos o más fabricantes de pinturas acrílicas); efecto vertical, cuando se concentran agentes que operan en distintos niveles (por ejemplo, entre un administrador portuario y un operador de embarque y desembarque); o, de efecto conglomerado, cuando las actividades de los agentes que se concentran no se desarrollan en mercados relacionados entre sí.



❖ Operaciones excluidas del control de la ley

La Ley expresamente precisa situaciones y operaciones que no se encuentran bajo su aplicación:

- El crecimiento corporativo de un agente económico como resultado de operaciones realizadas exclusivamente al interior del mismo grupo económico.
- El crecimiento corporativo interno, independientemente de que se produzca mediante inversión propia o con recursos de terceros.
- El crecimiento corporativo de un agente económico que no produzca efectos en los mercados dentro del territorio nacional, en una parte o en su totalidad.
- El control temporal que se adquiera sobre un agente económico (por ejemplo, por un mandato temporal conferido, con base en la legislación relativa a la reestructuración patrimonial, insolvencia, caducidad o denuncia de una concesión, entre otros).
- Cuando las entidades de crédito o financieras posean con carácter temporal acciones o participaciones de una empresa para revenderlas, siempre que no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas acciones.

En suma, se trata de situaciones en las que no existe transferencia o cambio de control entre agentes económicos independientes entre sí; o, ello no se produce de manera estable o duradera.

4. ¿Cuáles son las operaciones de concentración controladas previamente por el Indecopi?

La Ley parte de la premisa de que en el mercado pueden producirse una gran cantidad de operaciones de concentración, buena parte de las cuales son eficientes y no son capaces de afectar el proceso competitivo. En ese sentido, se requiere de filtros objetivos que revelen la magnitud de las operaciones que materialmente pueden restringir significativamente la competencia, perjudicando sustancialmente el interés general en el país.

Estos filtros son dos tipos de umbrales alternativos (por valor de ventas o ingresos; y, por valor de activos), donde cada uno, a su vez, tiene dos umbrales que deben cumplirse simultáneamente para que la operación sea objeto de control previo obligatorio:

TABLA N°2

	Umbrales Tipo 1 Valor de ventas o ingresos brutos	Umbrales Tipo 2 Valor de activos
Umbral conjunto	La suma del valor de las ventas o ingresos brutos anuales en el país de las empresas involucradas en la operación haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 118 000 UIT.	La suma del valor de activos en el país de las empresas involucradas en la operación haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 118 000 UIT.
Umbral individual	El valor de las ventas o ingresos brutos anuales en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación haya alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 18 000 UIT cada una.	El valor de activos en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación haya alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 18 000 UIT cada una.

Para calcular ambos umbrales se tomará en cuenta los ventas o ingresos brutos, o, activos operativos de la empresa involucrada y/o su grupo económico, de acuerdo con el tipo de operación realizada según el siguiente detalle:

Tipo de Operación	Objeto de cálculo para fines de cumplimiento de umbral
Fusión de los agentes económicos (por cualquier modalidad)	Ventas, ingresos brutos anuales o valor contable de los activos en el país de los agentes económicos participantes en la operación y sus respectivos grupos económicos.
Adquisición por parte de uno o más agentes económicos de los derechos que le permitan ejercer control sobre la totalidad o parte de otro agente económico	Ventas, ingresos brutos anuales o valor contable de los activos en el país del agente adquiriente, el grupo económico del adquiriente, el agente adquirido y los agentes sobre los cuáles éste último ejerza control.
Constitución de empresa en común u otra modalidad contractual análoga	Ventas, ingresos brutos anuales o valor contable de los activos en el país de los agentes económicos participantes en la operación y sus respectivos grupos económicos.
Adquisición por un agente económico del control de activos productivos operativos de otro agente económico	Ventas, ingresos brutos anuales o valor contable de activos en el país del agente adquiriente, el grupo económico del adquirente y aquellas ventas o ingresos brutos que hayan sido generadas por los activos adquiridos o el valor contable de tales activos.

TABLA N°3

Así, al analizarse si una operación debe ser notificada al Indecopi para su autorización previa, se debe verificar si se supera el **Umbral Tipo 1** o el **Umbral Tipo 2**. Así, por ejemplo:

- Las empresas A, B y C llevan a cabo una fusión por consolidación. Los ingresos brutos de A durante el año anterior alcanzaron las 100000 UIT, mientras que los de B y C fueron de 10000 UIT y 12000 UIT, respectivamente. Conjuntamente, las tres empresas tuvieron ingresos que superaron las 118000 UIT, por lo que cumplen con el umbral conjunto de los **Umbrales Tipo 1**, pero no con el umbral individual pues solo A y no B ni C superan los ingresos individuales de 18000 UIT. Dado que los elementos de cada umbral deben cumplirse de manera concurrente, en este caso no se superan los **Umbrales Tipo 1**.

- Sin embargo, ello no será suficiente para descartar la obligación de solicitar autorización previa al Indecopi. Corresponde también evaluar el valor de los activos para evaluar si es que se superan los **Umbrales Tipo 2**.

- Siendo que el valor de los activos de A es de 150000 UIT, de B 30000 UIT y de C 15000 UIT. Conjuntamente, las tres empresas cumplen con el umbral conjunto, pues da un total de 195000 UIT. Asimismo, de manera individual tanto A como B superan el valor de 18000 UIT, cada una, por lo que se cumple concurrentemente con ambos **Umbrales Tipo 2**.

- En consecuencia, si bien no se cumple con los **Umbrales Tipo 1**, se debe notificar la operación para su autorización por parte del Indecopi, pues han superado los **Umbrales Tipo 2**.

- Para que exista la obligación de notificar previamente una operación de concentración, basta que la operación supere los **Umbrales Tipo 1** o **los Umbrales Tipo 2.**

5. Procedimiento de autorización previa

❖ Presentación de la solicitud

Cuando se trate de una fusión o adquisición de un control conjunto entre o por dos o más agentes económicos, la solicitud se debe presentar de manera conjunta por los agentes intervinientes. En los demás casos, la solicitud se presenta por el agente económico que adquiere el control. La solicitud de autorización debe dirigirse a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la Comisión) antes del cierre formal de la operación y/o de su ejecución.

❖ Información que debe acompañarse

La solicitud debe acompañar el Formulario Ordinario o el Formulario Simplificado de Notificación, según corresponda.



El **Formulario Ordinario** comprende la siguiente información:

A. Datos de identificación de los agentes económicos notificantes.
B. Datos de identificación de su representante legal.
C. Descripción y objetivo de la operación de concentración, lo que implica especificar:
    - El tipo de transacción.
    - El valor total involucrado.
    - El calendario o cronograma de la operación.
    - Las razones por las que decidieron llevar a cabo la operación.
    - La copia de la versión definitiva o más reciente del contrato o acuerdo sobre la operación de concentración, de actas de sesiones de los órganos de los órganos de dirección o administración de las empresas involucradas, o informes sobre la operación, sus motivos y sus efectos.
D. Descripción de la estructura de propiedad y control de los agentes económicos que intervienen en la operación y sus respectivos grupos económicos.
E. Identificación otros agentes económicos que operen en el país con los cuales mantienen vínculos de parentesco, gestión o propiedad.
F. Identificación, descripción y sustento documental de los mercados en los que los agentes involucrados desarrollan sus actividades.
G. Descripción detallada de las eficiencias vinculadas a la operación.
H. Identificación de otros países en donde se esté notificando o por notificar la operación.
I. Presentación de los estados financieros del ejercicio fiscal anterior.

De acuerdo con el Reglamento, el **Formulario Simplificado** se presenta cuando:

- Los agentes económicos que intervienen o sus grupos económicos no realizan actividades económicas en el mismo mercado (de producto y geográfico) o en la misma cadena productiva o de valor. Por ejemplo, si se trata de una fusión entre una empresa que se dedica a la comercialización de calzado y una empresa que se dedica a la comercialización de electrodomésticos.
- Se trate de la adquisición de control exclusivo sobre un agente económico respecto del cual ya se tiene el control conjunto. Por ejemplo, estaremos frente a este supuesto si A, al igual que B, es titular del 50% de las acciones de C (de modo que ejercen un control conjunto sobre este); y, A adquiere de B el 50% restante, pasando a tener un control exclusivo.

A diferencia del **Formulario Ordinario**, en el **Formulario Simplificado** no será necesario identificar los mercados involucrados, sino, entre otros, fundamentalmente identificar las actividades que realizan los agentes económicos; ni tampoco detallar las eficiencias asociadas a la operación. Ello, pues, como se puede desprender de los ejemplos anteriores, estas operaciones de concentración representan un riesgo menor de restricción significativa de la competencia.

❖ ¿Qué evalúa la Comisión?

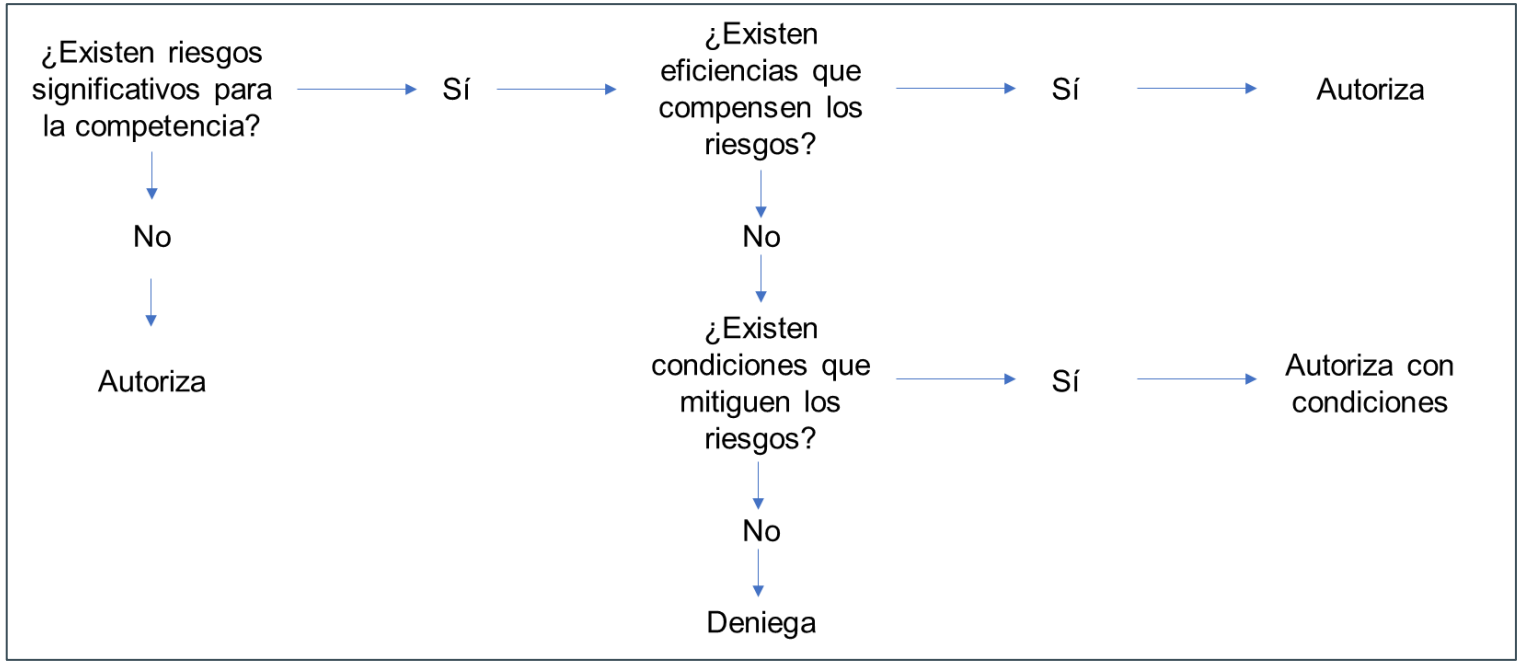
En el procedimiento de autorización previa tiene por objeto identificar si una operación de concentración puede generar efectos restrictivos significativos de la competencia en un mercado. Para ello, la Comisión debe evaluar, entre otros, los siguientes factores:

- La estructura del mercado involucrado.
- La competencia real o potencial que enfrentan los agentes económicos en el mercado.
- La evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate.
- Las fuentes de distribución y comercialización.
- Las barreras legales o de otro tipo (tecnológicas, inversiones específicas, restricciones horizontales o verticales) para el acceso al mercado.
- El poder económico y financiero de las empresas involucradas.
- La creación o fortalecimiento de una posición de dominio.
- La generación de eficiencias económicas.

Así, por ejemplo, si una operación de concentración se lleva a cabo en un mercado moderadamente concentrado pero que en los últimos años ha experimentado un dinamismo importante que ha permitido el ingreso de nuevos competidores por el crecimiento de la demanda y la ausencia de barreras de acceso relevantes, podría considerarse que no existen riesgos significativos para la competencia. En tales casos, la Comisión debiera autorizar la operación.

No obstante, si la operación se realiza en un mercado que ya es concentrado y, al analizar la evolución de la oferta y/o la demanda en los últimos años, no se aprecian cambios relevantes o existen barreras legales muy difíciles de superar, podría considerarse que existen riesgos significativos para la competencia, al hacerse más concentrado aún el mercado y sin posibilidades reales de que dicho efecto sea fácilmente contrarrestado. En ese escenario, caben tres posibilidades:

- Si los solicitantes acreditan que existen eficiencias producto de la operación que pueden compensar el riesgo sobre la competencia identificado, la Comisión la autorizará la operación.
- Si, a propuesta de los solicitantes o como parte del análisis de la Comisión, se identifican condiciones (conductuales o estructurales) que permitan mitigar el riesgo identificado, la Comisión autorizará la operación con condiciones para su realización.
- Si no se acreditan las eficiencias o no se identifican condiciones idóneas para mitigar tal riesgo y, por tanto, este subsiste, la Comisión denegará la autorización y la operación no podrá llevarse a cabo.



Elaboración propia

FIGURA Nº1

❖ Procedimiento

El Indecopi revisa la solicitud de autorización de la operación en un plazo de 10 días hábiles, que puede extenderse si existen observaciones por el incumplimiento de requisitos.

El procedimiento tiene dos fases posibles y se inicia con la **Primera Fase**. Si en esta fase la Comisión aprecia que la operación notificada (i) no representa un cambio de control, (ii) no supera los umbrales o (iii) no genera riesgos significativos, autorizará la operación y dará por concluido el procedimiento. Esta fase tiene una extensión máxima de 30 días hábiles.

Por el contrario, si se trata de una operación de concentración que, habiendo superado los umbrales antes indicados, genera “serias preocupaciones” por los posibles efectos significativos restrictivos sobre la competencia, concluida la fase anterior, la Comisión dispondrá el inicio de la **Segunda Fase** del procedimiento, por un plazo máximo de 90 días hábiles, prorrogables por 30 más. Al final de esta fase, según la Comisión identifique o no riesgos significativos sobre la competencia, procederá conforme a lo indicado en la sección anterior.

La decisión de la Comisión puede ser apelada ante el Tribunal del Indecopi.

6. Compromisos y condiciones

Conscientes de los riesgos de restricción significativa de la competencia que podría implicar la operación notificada, las partes pueden ofrecer compromisos a la Comisión para implementar ciertas condiciones (conductuales o estructurales) en caso la operación sea autorizada, a efectos de mitigar los riesgos identificados. Estos compromisos pueden presentarse junto con la misma solicitud o dentro de los primeros 15 o 40 días hábiles en la **Primera** o **Segunda Fase**, respectivamente.

La presentación de compromisos genera la suspensión del procedimiento por un plazo de 15 días hábiles, prorrogables de común acuerdo entre los solicitantes y la Comisión, periodo en el cual esta podrá consultar a otros agentes del sector privado o entidades públicas su opinión sobre la propuesta de compromisos planteada, pudiéndose llevar a cabo una audiencia de informe oral en la que solo podrán participar los solicitantes y entidades públicas.

Transcurrido dicho plazo, la Comisión podrá emitir (i) una resolución de carácter inimpugnable rechazando las condiciones propuestas o (ii) una resolución provisional que deberá ser notificada a las partes, a los agentes consultados y otros que considere de interés para que puedan emitir su opinión en un plazo máximo de 5 días hábiles en la **Primera Fase** o de 10 días hábiles en la **Segunda Fase**.

Si los compromisos son rechazados, el procedimiento continúa su cauce normal y, si son aprobados, se autoriza con condiciones la operación y se da por concluido el procedimiento. En la **Segunda Fase** la autorización puede implicar también condiciones adicionales impuestas por la Comisión.

Debe tenerse en cuenta que las condiciones a las que se sujeta la autorización (hayan sido propuestas por las partes o impuestas por la Comisión) tienen un horizonte temporal, luego del cual la Comisión analizará si es necesario mantenerlas, dejarlas sin efecto o modificarlas. Durante dicho periodo, la Comisión puede revisar de oficio las medidas y las partes también pueden solicitarlo, si se aportan elementos de juicio que acrediten variaciones relevantes en las condiciones del mercado o de la competencia.



7. Riesgos asociados a la implementación del control previo obligatorio de operaciones de concentración

❖ Introducción

Ante la implementación de un régimen obligatorio de control previo de operaciones de concentración, una fusión, adquisición, toma de control, constitución de empresa en conjunto o *joint venture* tienen el potencial de ser revisados por las autoridades de libre competencia, que cuentan con las facultades para bloquear la operación, condicionarla a medidas de cumplimiento futuro o sancionarlas por haber incumplido la normativa vigente por falta de notificación o por notificación extemporánea de operaciones de concentración.

La mayoría de las operaciones de concentración conllevan algún tipo de riesgo derivado del control por parte de la autoridad de libre competencia (Figura nº 2), que debe gestionarse oportunamente para alcanzar el objetivo de aprobación de la operación y/o sostenibilidad del valor que dicha operación genera para los accionistas que participan de ella.

Tipos de riesgo derivados del control previo obligatorio de operaciones de concentración



FIGURA N°2

Elaboración propia

Un conocimiento más profundo de estos riesgos puede ampliar el abanico de alternativas ante la toma de decisiones estratégicas que permiten un resultado óptimo para las partes involucradas en una fusión, adquisición, toma de control, constitución de empresa en conjunto o *joint venture*.

❖ Riesgos

a) Riesgos de obstaculización e incumplimiento (HIGH).

Los riesgos de obstaculización o incumplimiento se vinculan con que la operación de concentración puede generar que las partes de la transacción desarrollen potencialmente conductas conducentes a impedir la intervención oportuna de la autoridad y, por lo tanto, materializar actividades que, al no ser informadas, generan lo que se denomina *gun jumping*.

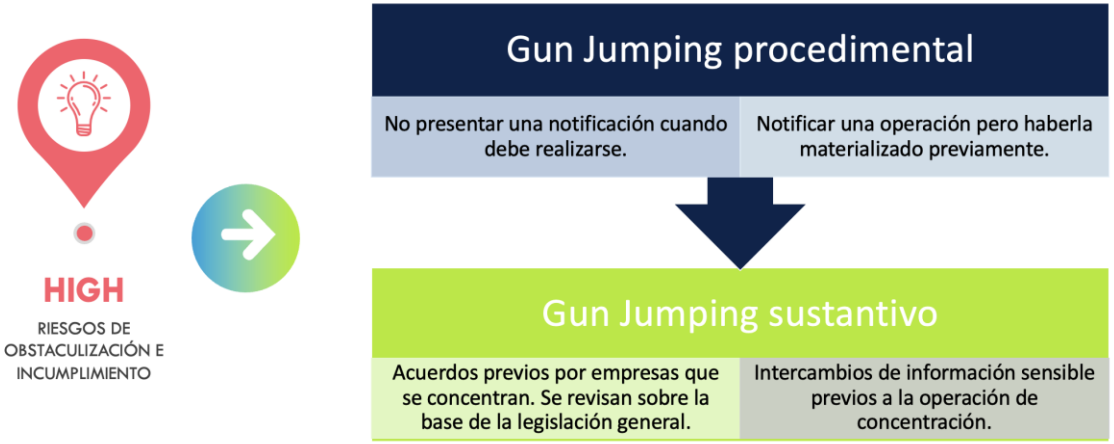


FIGURA N°3

Elaboración propia

El *gun jumping* puede surgir en dos contextos:

- El *gun jumping* procedimental se produce cuando las partes completan una transacción sin respetar los requisitos de notificación previa a la concentración empresarial y la espera de la autorización, conforme a lo previsto en la legislación vigente de libre competencia.

- El *gun jumping* sustantivo se produce cuando, antes de completar una transacción propuesta, las partes coordinan su conducta de tal forma que incurren en infracciones a la legislación de libre competencia igualmente sancionables. Algunos ejemplos relevantes en la materia son los acuerdos previos (por ejemplo: MOU, cartas de intención, reuniones y tratativas conducentes a la adopción de decisiones, intercambios de información, entre otras).

b) Riesgos de ponderación y dimensionamiento (MEDIUM).

Los riesgos de ponderación y dimensionamiento se relacionan con una situación en que las partes de una operación no realizan una adecuada valoración de los antecedentes económicos y jurídicos del potencial acuerdo; y, bajo estas circunstancias, adoptan decisiones que sobredimensionan o minimizan los efectos de la operación sobre la libre competencia o la reacción exigente por parte de la autoridad.



Elaboración propia

FIGURA N°4

Algunos ejemplos de riesgos relacionados con la ponderación y dimensionamiento de la operación de concentración son:

- Aplicación e interpretación del concepto de operación de concentración.
- Aplicación e interpretación de los umbrales para la notificación previa ante la autoridad de libre competencia.
- Subestimación de escenarios en los que se pueden gatillar incumplimientos graves ante la autoridad (por ejemplo, celebración anticipada de contratos).
- Alcance y magnitud de las obligaciones formales y de las previsiones adecuadas asociadas al expediente de solicitud ante la autoridad de libre competencia.

c) Riesgos procedimentales y formales (LOW).

Los riesgos procedimentales y formales se producen cuando las partes de una operación de concentración desconocen la necesidad de realizar notificación (o minimizan su relevancia o impacto en la transacción) y optan por priorizar el desarrollo de un conjunto de actividades previas, sin anticipar adecuadamente los plazos, duración y criterios de evaluación por parte de la autoridad de libre competencia.



LOW

RIESGOS PROCEDIMENTALES Y FORMALES

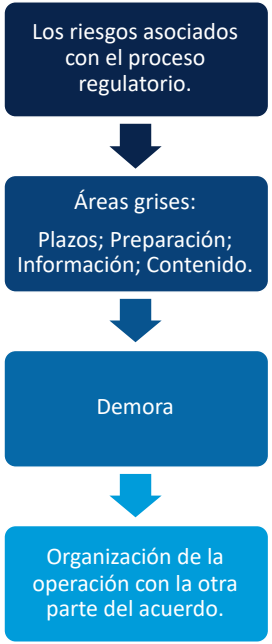




FIGURA N°5

Elaboración propia

En la práctica, estos riesgos suelen manifestarse cuando las partes de la operación estiman plazos de duración menores que los reales en la tramitación ante la autoridad de libre competencia, considerando prioritariamente los plazos de evaluación financiera y viabilidad del negocio. Ello sin tener en cuenta que la duración del proceso de autorización podría afectar el valor del acuerdo, su sostenibilidad y/o continuidad por la demora o la falta de aprobación de la autoridad.

❖ Conclusiones y recomendaciones

La notificación de una operación de concentración es, a menudo, una condición relevante que debe cumplirse antes de la entrada en vigencia del negocio que se planifica. Ponderar adecuadamente los riesgos que emanan de ella permite anticipar potenciales consecuencias altamente negativas, por ejemplo: años de investigación, condicionamientos complejos de cumplir para proceder con la operación, sanciones y bloqueos definitivos de la operación.



Elaboración propia

FIGURA N°6

Por ello, aunque el proceso de notificación está en gran medida en manos de la autoridad pertinente, las partes de la operación deben tomar medidas proactivas para reducir la duración de los procesos de autorización y sus riesgos asociados.



FIGURA Nº7

Elaboración propia

Estas medidas planificadas y con enfoque estratégico siempre serán beneficiosas, razón por la cual se recomienda, al menos, las siguientes iniciativas tempranas:

- Evaluación previa y completa de riesgos derivados de la operación de concentración, que podrían invitar a evaluar una notificación voluntaria ante la autoridad de libre competencia.

- Contar con un *clean team* de apoyo permanente a la operación, en particular para el desarrollo de actividades que puedan poner en riesgo la continuidad de la operación, por ejemplo: intercambios de información sensible.

- Contar con la asesoría experta de profesionales especialistas en libre competencia.

- Diseñar adecuadamente las actividades de relacionamiento temprano con la autoridad para aclarar, precisar y permitir comprensión sobre el alcance de la operación y sus efectos.

- Diseñar adecuadamente potenciales medidas de mitigación voluntarias y/o remedios asociados a los riesgos derivados de la operación con el objetivo de comprometer oportunamente su realización con la autoridad.

- Diseñar un plan de acción integral que considere la eventual intervención de terceros, que expresen posturas eventualmente desfavorables frente a la operación de concentración, en el proceso de autorización ante la autoridad de libre competencia.

8. Posible control posterior de operaciones de concentración y mitigación de sus riesgos asociados

❖ ¿Qué establece la regulación?

Mediante el Reglamento de la Ley se establece que incluso operaciones de concentración empresarial que no superen los **Umbrales Tipo 1** o **los Umbrales Tipo 2** pueden ser objeto de un control posterior, iniciado de oficio, por parte del Indecopi.

Se señala que existen algunos esquemas de operaciones de concentración que podrían generar indicios de que, con su realización, pueden generar posición de dominio o afectar la competencia efectiva en el mercado relevante. En consecuencia, podrían ser objeto de control posterior:

- Las concentraciones empresariales horizontales (es decir entre agentes económicos que participan o compiten en el mismo nivel de la cadena de producción o comercialización) realizadas en mercados concentrados.
- Las concentraciones empresariales horizontales que involucren la adquisición de un agente económico con una participación pequeña en el mercado, pero con potencial de crecimiento, o de un agente económico innovador que haya ingresado recientemente al mercado.
- Las concentraciones empresariales horizontales en las que el agente económico adquirente o su grupo económico ha realizado anteriormente operaciones de concentración empresarial que involucraron la adquisición de un competidor.
- Las concentraciones empresariales (no solamente horizontales) que presenten la potencialidad de generar posibles efectos restrictivos significativos de la competencia.

Este control posterior puede producirse hasta un (1) año después del cierre formal de la operación de concentración. Ello permitiría a la Comisión, en caso considere que una operación podría generar posibles efectos restrictivos significativos de la competencia, dictar órdenes o medidas para eliminar o mitigar este riesgo, pudiendo incluso ordenar la enajenación de las acciones o activos adquiridos de considerarlo viable, razonable y proporcional. Esta decisión puede ser apelada ante el Tribunal del Indecopi.

Ante el riesgo de que una operación de concentración empresarial pueda ser objeto de este control posterior, se prevé que los agentes económicos puedan notificar voluntariamente tales operaciones, sometiéndose al procedimiento de control previo previsto en la Ley.

❖ Riesgos y medidas

Los riesgos asociados al control posterior de operaciones de concentración no son sustantivamente distintos a los que enfrenta un grupo de agentes económicos que pueden enfrentarse a una notificación obligatoria. En particular, la intervención posterior de la autoridad puede tener como efecto relevante que los negocios ya consolidados en su estructura jurídica y económica sean objeto de investigaciones profundas por parte de la autoridad, que desencadenen un conjunto de medidas estructurales o conductuales, obligando a los intervinientes a cumplir obligaciones no previstas en la etapa previa de planificación y valoración del negocio futuro.

Por ello, se recomienda a las partes de una operación de concentración aplicar medidas preventivas como las identificadas en la Figura n° 7, que les permitan medir adecuadamente el alcance y consecuencias de la decisión, procurando desplegar las iniciativas de resguardo específicas ante contingencias provocadas por la intervención futura de la autoridad de libre competencia.

ESTUDIO MUÑIZ

https://www.munizlaw.com/



Jorge Muñiz
Socio principal
M&A / Corporativo



Mauricio Olaya
Socio principal
M&A / Corporativo



Pierino Stucchi
Socio principal
Antitrust / Competencia

AJ CONSULTING

http://www.ajconsulting.cl/



Ricardo Jungmann D.
Socio consultor



Richard Peña B.
Socio consultor



Rodrigo Álvarez Z.
Socio consultor



El ABC de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial es un documento informativo elaborado en conjunto por Muñiz (Perú) y AJ Consulting (Chile). Este documento no reemplaza la asesoría específica que requiere una operación de concentración empresarial concreta con efectos en la jurisdicción peruana. Ha sido elaborado por los señores Ricardo Jungmann D., Richard Peña B., Pierino Stucchi y Fernando Ballón Estacio.