

APRUEBAN LOS “LINEAMIENTOS PARA LA CALIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL”

Con fecha 30 de enero de 2023, mediante **Resolución N° 103-2022/CLC-INDECOPI**, disponen aprobar los «Lineamientos para la calificación y análisis de las operaciones de concentración empresarial».

Al respecto, cabe precisar que el Indecopi reconoce que, al tratarse de un régimen nuevo, podrían existir dudas legítimas respecto de la calificación de determinadas transacciones como operaciones de concentración y su aplicación al régimen de control de concentraciones. Por ello, considera importante desarrollar pautas generales que permitan a los agentes económicos determinar si una operación califica como un acto de concentración. En ese sentido, la Comisión de Libre Competencia (CLC) ha elaborado el presente documento con la finalidad de orientar a los agentes económicos sobre (i) los aspectos generales que deberán analizarse para determinar si una operación califica como un acto de concentración y (ii) los elementos a considerarse para la evaluación de los riesgos de la operación. Asimismo, atendiendo a circunstancias como el dinamismo de los mercados, la experiencia que adquiera la autoridad en la aplicación de la nueva Ley de Control de Concentraciones y la sofisticación de las transacciones comerciales, estos Lineamientos serán revisados y, de ser el caso, actualizados de forma periódica.

A continuación se detallan las principales disposiciones:

I. Cambio de control

Se produce una adquisición, transferencia o cambio de control cuando un agente económico obtiene la facultad de tomar decisiones sobre la estrategia competitiva de una empresa o parte de ella, conforme se desarrolla a continuación.

➤ Tipos de control:

a) Control exclusivo y conjunto

Un agente económico tiene control exclusivo cuando de forma individual ejerce una influencia decisiva y continua sobre la estrategia competitiva de una empresa. Así, el agente económico controlador puede tomar decisiones sin requerir de una voluntad o factor adicional¹³ y sin que exista otro poder que pueda oponerse a sus decisiones.

b) Control directo e indirecto

Existe control directo cuando un agente económico es titular de un derecho o facultad que le permite ejercer, por sí mismo, una influencia decisiva y continua para la toma de decisiones sobre la estrategia competitiva de otro agente económico.

c) Control positivo o negativo

Un agente económico tiene control positivo cuando puede determinar las decisiones sobre la estrategia competitiva de otro agente económico poniendo en marcha la realización de determinados actos¹⁷. Este tipo de control se ejerce, usualmente, a través de derechos de voto que permiten tomar decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo.

d) Control de jure o control de facto

Un agente económico tiene control de jure cuando su facultad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre otro agente económico deriva de la suscripción de actos jurídicos tales como contratos, estatutos, acuerdos de accionistas y otros instrumentos legales.

II. Modalidades de operación de concentración

1) Fusión de dos o más agentes económicos

El artículo 344 de la LGS²³ define fusión como la reunión de dos a más sociedades para formar una empresa, mediante alguna de las siguientes modalidades:

- Por constitución o consolidación, cuando dos o más sociedades (incorporadas) se fusionan para constituir una nueva sociedad (incorporante). La personalidad jurídica de las sociedades incorporadas se extingue y se transmite en bloque y a título universal a los patrimonios de la incorporante.
- Por absorción, cuando una o más sociedades son absorbidas por otra sociedad existente, ocasionando la extinción de la personalidad jurídica de las primeras. La sociedad absorbente asume, a título universal y en bloque, los patrimonios de las sociedades absorbidas.

2) Adquisición de derechos que permitan ejercer control

Es 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. Lo anterior, sin que ocurra una fusión entre los agentes económicos involucrados.

3) Constitución de una empresa en común, joint venture y modalidades análogas

La constitución por dos o más agentes económicos 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. Ahora bien, es necesario que este nuevo agente económico, joint venture o negocio en común se comporte como una entidad económica autónoma y funcional. Cabe agregar que la autonomía funcional implica contar y disponer de recursos humanos, operativos y financieros que le permita desarrollar una actividad económica de manera independiente y duradera en el mercado peruano.

4) Adquisición de activos productivos operativos

Son activos productivos operativos los bienes tangibles 29 o intangibles 30 a los que se les puede asignar ingresos, rentas, flujos de dinero o volumen de negocio. En particular, el Reglamento señala que un activo es operativo si ha generado ingresos, rentas, flujos de dinero o volumen de negocio en el año anterior a la notificación de la operación de concentración.

La adquisición de activos productivos operativos puede llevarse a cabo a través de diversos medios como suscripción de contratos de compraventa de activos (o, por sus siglas en inglés, Asset Purchase Agreement - APA), cesión de derechos de uso, posesión, usufructo u otros derechos reales. Para efectos de la Ley de Control de Concentraciones serán relevantes aquellas adquisiciones que permitan reforzar la posición competitiva de un agente económico en el mercado. Esta situación se presentaría cuando la adquisición de los activos permite desarrollar o incrementar su participación en el mercado (por ejemplo, la adquisición de una fábrica, marca o un negocio autónomo).

5) Cambios en la estructura del control entre accionistas de una empresa

Se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Control de Concentraciones, los cambios en la estructura de control de agentes económicos en tanto implican una modificación en la forma en que los accionistas pueden ejercer una influencia decisiva y continua sobre la estrategia competitiva de una empresa. Esta regla resulta también aplicable a las operaciones de concentración que involucren la modificación de la estructura de control interna de un joint venture u otras modalidades asociativas. En tal sentido, no califica como operación de concentración los cambios en los porcentajes accionariales al interior de una empresa cuando estos no produzcan una modificación en la estructura de control.

III. Actos que no constituyen operaciones de concentración empresarial

1) El crecimiento corporativo de un agente económico como resultado de operaciones realizadas al interior de su grupo económico

Una transacción entre agentes económicos parte de un mismo grupo económico, no genera un cambio en la estructura del mercado. En tal sentido, no califica como operación de concentración.

2) El crecimiento corporativo por inversión propia o con recursos de terceros que no participan en el mismo mercado

El crecimiento corporativo por inversión propia o con recursos de terceros no califica como una operación de concentración cuando este no implica una modificación en la estructura de control de un agente económico. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se aprueba realizar un aumento de capital por capitalización de cuentas patrimoniales³³ que beneficia a todos los accionistas de la sociedad en proporción a su participación en el capital social. Es decir, en tanto el porcentaje de participación de cada accionista no se ve modificado como consecuencia de la capitalización, no nos encontraríamos ante un caso de cambio de control.

3) El crecimiento corporativo sin efectos en los mercados dentro del territorio nacional

Como se ha detallado previamente, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Control de Concentraciones aquellas transacciones que no produzcan efectos en el Perú. Un ejemplo es la adquisición de bienes en el extranjero destinados a ser empleados para actividades económicas fuera del territorio peruano.

4) El control adquirido por mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de una concesión, reestructuración patrimonial, insolvencia, convenio de acreedores y procedimientos análogos

El control temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de una concesión, reestructuración patrimonial, insolvencia, convenio de acreedores y procedimientos análogos, ha sido expresamente excluido debido a que se trata de transacciones que no poseen la capacidad de desplegar efectos en el mercado modificando su estructura.

5) Cuando las entidades de crédito, otras entidades financieras, de seguros o del mercado de capitales, posean con carácter temporal acciones o participaciones con el propósito de revenderlas

La Ley de Control de Concentraciones no establece un criterio de durabilidad específico para considerar que una transacción debe ser notificada. En ese sentido, será relevante comprobar si la duración del cambio de control posee la capacidad de desplegar efectos en el mercado peruano modificando su estructura, tal y como se ha desarrollado en el presente documento. Adicionalmente, los agentes económicos adquirentes no deberán ejercer los derechos de voto correspondientes a las acciones o participaciones que posean temporalmente.

6) Operaciones sucesivas

Es posible que una sola operación de concentración esté estructurada de forma tal que comprenda transacciones separadas en el tiempo. El numeral 5.3 del artículo 5 de la Ley de Control de Concentraciones considera que se realiza una única operación de concentración cuando idénticos agentes o grupos económicos realizan un conjunto de transacciones que califican como operación de concentración, en un plazo de dos (2) años.

7) Transacciones en el mercado financiero

Existen transacciones que ocurren usualmente en el Sistema Financiero que ameritan un desarrollo especial a fin de determinar su posible calificación como operaciones de concentración. A continuación, se desarrollan algunos ejemplos de dichas transacciones.

8) Arrendamiento financiero o leasing

El contrato de arrendamiento financiero implica la adquisición de activos por parte de una empresa (arrendador), quien se obliga cederlos posteriormente en uso a otra empresa (arrendatario) a cambio del pago de dinero en cuotas periódicas, con la posibilidad de que los activos sean adquiridos posteriormente por el arrendatario en ejercicio de una opción de compra.

9) Retroarrendamiento financiero o leaseback

El retroarrendamiento financiero es una operación que implica que una empresa transfiere un activo de su propiedad a favor de una empresa especializada que, a su vez y de forma inmediata, se lo otorga a cambio del pago de cuotas periódicas y con la posibilidad de adquirirlo posteriormente en virtud de una opción de compra. Es decir, esta operación es similar al arrendamiento financiero, con la diferencia de que el activo adquirido fue previamente de propiedad del arrendatario.

10) Fideicomiso

Un contrato de fideicomiso implica la transferencia en dominio fiduciario de determinados activos por parte de un agente (fideicomitente) para la constitución de un patrimonio fideicometido, cuyo dominio fiduciario es ejercido por un tercero (fiduciario). El patrimonio fideicometido sirve al cumplimiento de un fin específico en favor de un beneficiario (fideicomisario).

11) Adjudicación de activos por ejecución de garantías a favor de una entidad del Sistema Financiero

La ejecución de garantías puede implicar la toma de control de determinados activos a favor de una entidad que pertenece al Sistema Financiero por un plazo definido, para su posterior enajenación. En dicho supuesto, la entidad financiera no posee la intención de conservar dichos activos en su patrimonio de manera permanente, sino que busca enajenarlos en el menor plazo posible. En ese sentido, para que esta transacción no califique como una operación de concentración deberá evidenciarse que: (a) la adjudicación se realiza en virtud de la ejecución de una garantía; (b) la adjudicación se efectúa a favor de la entidad financiera acreedora; y, (c) la entidad financiera mantiene control sobre los activos por un periodo máximo de 12 meses prorrogables por 6 meses adicionales, debiendo realizarse la transferencia del activo en este plazo, bajo su responsabilidad.

12) Operaciones de reporte

Son transacciones que implican la venta con compromiso de recompra, venta y compra simultánea de valores y transferencia temporal de valores. La adquisición de activos financieros como consecuencia de estas operaciones no califica como operación de concentración, toda vez que se adquiere únicamente un control temporal que no alcanza a desplegar efectos en el territorio nacional.

Para mayor información de la Resolución N° 103-2022/CLC-INDECOPI, ingresar al siguiente [enlace](#).

Para acceder a los lineamientos, ingresar al siguiente [enlace](#).

En caso de requerir mayor información, contactarnos al siguiente correo: alertalegal@sni.org.pe