

CON EL APOYO DE



EL RÉGIMEN DE CONTROL PREVIO DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL PERÚ

BALANCE A CASI UN AÑO Y MEDIO DE VIGENCIA

GARRIGUES

NOVIEMBRE, 2022

Participaron en la elaboración de este documento los miembros del departamento de Competencia, Regulación Económica & Propiedad Intelectual de la oficina de Garrigues en el Perú: Ivo Gagliuffi y Javier Coronado, liderando el proyecto, así como María Isabel Alvarado, Regina de la Cruz, Eduardo Ubaldo, Andrea Ho y Marcello Otárola.

Asimismo, se contó con la revisión, aportes y validación de la Cámara Oficial de Comercio de España en el Perú.

EL RÉGIMEN DE CONTROL PREVIO DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL PERÚ

BALANCE A CASI UN AÑO Y MEDIO DE VIGENCIA

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
2. EL RÉGIMEN DE CONTROL PREVIO DE CONCENTRACIONES	7
3. BALANCE DEL PRIMER AÑO DEL CONTROL PREVIO DE CONCENTRACIONES EN PERÚ	16
4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES	24

1. INTRODUCCIÓN

MOTIVACIÓN, APORTE Y OBJETIVOS DE LA PUBLICACIÓN

Hace aproximadamente un año y medio, el 14 de junio de 2021, entró en vigor la Ley 31112, que introdujo de manera definitiva en el Perú el control previo de operaciones de concentración empresarial, aplicable transversalmente a todos los sectores de la actividad económica y mercados de nuestro país; ya que, anteriormente, solo existía para el sector eléctrico¹.

El régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial peruano es liderado por el INDECOPI, estando su marco regulatorio compuesto por la citada Ley 31112 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 039-2021-PCM, así como por los Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación y otros que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia siga emitiendo como *softlaw* para orientar mejor a los usuarios².

La Cámara Española, en colaboración con Garrigues, ofrece este reporte ejecutivo cuya finalidad es exponer de forma sencilla y amigable los detalles del régimen y un balance de su desempeño inicial.

¿CUÁLES SON LOS OBJETIVOS GENERALES DE LOS RÉGIMENES DE CONTROL DE CONCENTRACIONES?

Si bien la gran mayoría de fusiones entre empresas suele responder al ánimo de crecimiento empresarial y tiene efectos positivos sobre la economía, no es menos cierto que, en ocasiones, este tipo de operaciones puede afectar la eficiencia en los mercados si tienen como efecto reducir significativamente la competencia.

¹ En efecto, la primera norma peruana vinculada con el control previo de operaciones de concentración empresarial fue la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico de 1997, pero ésta aplicaba exclusivamente al sector eléctrico.

A su vez, la primera norma nacional que estableció el control previo de operaciones de concentración empresarial de manera transversal, esto es, aplicable a todos los sectores económicos, no fue la Ley 31112 sino el Decreto de Urgencia 013-2019 emitido por el Poder Ejecutivo el 19 de noviembre de 2019, durante el interregno parlamentario que se produjo como consecuencia de la disolución del Congreso de la República.

Posteriormente, tanto la Ley 26876 como el Decreto de Urgencia 013-2019 fueron derogados por la Ley 31112 (aunque el Decreto de Urgencia 013-2019 ya había derogado de manera previa a la Ley 26876).

² A la fecha existe pendiente de aprobación el proyecto de Lineamientos para la Calificación y Análisis de Operaciones de Concentración Empresarial, el cual fue republicado para comentarios.

La forma más sencilla de entender esta última posibilidad es pensar en una situación en la que un mercado se caracteriza por tener solo dos competidores, A y B. Una fusión de estas empresas crearía una empresa C que gozaría de un monopolio.

Como es natural, una empresa que alcance una situación de monopolio o adquiera un tamaño importante en el mercado, como consecuencia de una fusión, puede tener la habilidad, y los incentivos, para incrementar sus precios, reducir el volumen de producción o, inclusive, dejar de sentir la presión del mercado para mejorar sus servicios, introducir innovaciones o nuevas variedades de productos o servicios.

Todo ello repercute negativamente en el funcionamiento eficiente del mercado y puede perjudicar el bienestar del consumidor final.

Un régimen de control previo de concentraciones permite a una autoridad evaluar ciertas operaciones de grandes dimensiones económicas, para determinar si se espera que generen algún efecto restrictivo significativo sobre la competencia, principalmente por la adquisición o incremento del poder de dominio en el mercado de las empresas involucradas.

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES Y EL CONTROL DE CONDUCTAS: INSTRUMENTOS COMPLEMENTARIOS

¿Para qué tener un control de concentraciones si ya existe control de conductas empresariales anticompetitivas? En el Perú el control de conductas se rige por el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, teniendo por objetivo prevenir y sancionar a los agentes económicos que se involucren en estrategias comerciales que puedan generar efectos negativos sobre la competencia y el consumidor final.

Las conductas que se persiguen son, por lo general, de dos tipos: a) las prácticas colusorias, y b) el abuso de una posición de dominio.

Las prácticas colusorias son comúnmente conocidas como concertaciones o carteles, pudiendo producirse entre competidores directos (colusión *horizontal*), o incluso entre agentes que participan en diferentes eslabones de la cadena (colusión *vertical*). Los casos más graves y dañinos de colusiones son los acuerdos para fijar precios o cuotas de producción, repartirse clientes o territorios, o incurrir en licitaciones colusorias.

En cuanto al abuso de posición de dominio, en el Perú solo se persiguen conductas de empresas con poder de dominio que puedan bloquear la entrada de nuevos competidores o expulsarlos del mercado (efectos *excluserios*), pero no se persigue el ejercicio del poder de mercado, es decir la habilidad de una empresa de subir sus precios de manera sustantiva por encima de sus costos (efectos *explotativos*).

El control previo permite a la autoridad de competencia evaluar si tras la fusión, los precios podrían subir como consecuencia de una menor dinámica competitiva, o si se esperase que la operación genere escenarios en los que las empresas puedan desarrollar estrategias que afecten la competencia. Es decir, el control previo de concentraciones empresariales puede prevenir el ejercicio unilateral del poder de mercado, algo que el control de conductas no puede hacer.

Por eso, es generalmente aceptado que el control previo de fusiones (control de estructuras), que implica un ejercicio de valoración *ex ante*, es complementario al control de conductas, que es un instrumento que se aplica *ex post*, cuando la conducta ya se ha materializado.

2. EL RÉGIMEN DE CONTROL PREVIO DE CONCENTRACIONES

¿QUÉ PERSIGUE EL RÉGIMEN DE CONTROL PREVIO DE CONCENTRACIONES EN EL PERÚ?


En el Perú este régimen busca promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en el mercado, por lo que la autoridad evalúa si una operación de concentración empresarial es capaz de generar una afectación a la eficiencia en perjuicio del bienestar del consumidor.

¿QUIÉN ES LA AUTORIDAD EN MATERIA DE CONTROL PREVIO DE CONCENTRACIONES?

En el Perú, la autoridad es la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (“Comisión”) del INDECOPI. Esta Comisión está compuesta por cuatro profesionales independientes quienes toman decisiones en función a sus propios criterios y a la información desarrollada por la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (“Dirección”) que, como su nombre indica, se encarga de desarrollar una labor de investigación técnica independiente sobre las posibles consecuencias de una fusión.

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (“SBS”) y la Superintendencia del Mercado de Valores (“SMV”) también intervienen en la aprobación de operaciones de concentración en determinadas circunstancias (**Ver el Cuadro 1**).

Cuadro 1 | Entidades encargadas de la aprobación de operaciones de concentración

Sector de la Operación	Entidad encargada de la aprobación en el ámbito de sus competencias
Operaciones de concentraciones de agentes económicos en general.	

Operaciones de concentración de agentes económicos comprendidos dentro del ámbito de la regulación y supervisión de la SBS.	
Operaciones de concentración de agentes económicos autorizados por la SMV.	
Operaciones de concentración que incluyan empresas del sistema financiero que captan depósitos del público o empresas de seguros, que presenten riesgos relevantes e inminentes, que comprometan la solidez o estabilidad de las referidas empresas o de los sistemas que integran	

* La SBS determina si una operación cumple con estas características.

¿QUÉ OPERACIONES SE ENCUENTRAN SUJETAS AL RÉGIMEN DE CONTROL PREVIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN?

Las operaciones de concentración que de manera obligatoria deben contar previamente con una autorización por parte de la Comisión, son aquellas que cumplen concurrentemente las tres condiciones que se detallan en la **Figura 1**.

Figura 1 | Condiciones de la ley de control previo de concentraciones

Primera Condición: Nexo Geográfico

Tienen efectos en territorio peruano, aun si se realizan en el extranjero

Segunda Condición: Cambio de Control

Implican que el control estratégico de un agente económico o un activo productivo (p.e.: una fábrica) pasa a manos de otro agente económico



Tercera Condición: Umbrales Económicos

Los agentes económicos involucrados alcanzan los umbrales de ingresos/ventas o activos definidos en la Ley

¿QUÉ OPERACIONES SON CONSIDERADAS COMO CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL?

La Ley ha señalado una lista de operaciones que se consideran actos de concentración, así como una lista de actos que no califican como tales (**Ver Figura 2**).

Figura 2 | Operaciones que son consideradas actos de concentración y cuáles no lo son

Operaciones que son actos de concentración: 	Operaciones que no son actos de concentración: 
<ul style="list-style-type: none">• Fusión de agentes económicos independientes.• Adquisición directa o indirecta de derechos que permitan control total o parcial de otro agente económico.• Constitución de empresas comunes, <i>joint venture</i> o cualquier otra modalidad contractual análoga.• Adquisición del control directo o indirecto de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.	<ul style="list-style-type: none">• Crecimiento corporativo de un agente económico por operaciones realizadas exclusivamente al interior del mismo grupo económico.• Crecimiento corporativo interno ya sea mediante inversión propia o recursos de terceros.• Control temporal conferido por ley.• Control temporal que hayan adquirido entidades financieras sobre acciones o participaciones de otros agentes con la finalidad de revenderlas, siempre que no se ejerzan los derechos de voto.

Únicamente las operaciones que se consideren actos de concentración serán las que deben ser evaluadas por el filtro del régimen de control previo de concentraciones, siempre que se cumplan las otras condiciones que ya hemos mencionado.

¿QUÉ VALOR TIENEN LOS UMBRALES ECONÓMICOS Y CÓMO SE CALCULAN?

Como el objetivo práctico del control de concentraciones es evaluar si una operación puede restringir de manera significativa la competencia en los mercados, el régimen supone que solo las operaciones que involucran a grandes agentes económicos podrían generar tales riesgos.

Es por ello por lo que se diseñaron dos umbrales económicos objetivos relativamente fáciles de cálculo para determinar qué operaciones deben solicitar obligatoriamente una autorización previa, los cuales deben cumplirse de manera conjunta (**Ver el Cuadro 2**):

Cuadro 2 | Umbrales económicos de la ley de control previo de concentraciones

Tipo	Forma de Cálculo	Valor Aproximado en US\$
Umbral Conjunto	Suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos en Perú durante el ejercicio fiscal anterior de las empresas involucradas en la operación alcanza 118,000 UIT ² .	136 millones
Umbral Individual	Valor de las ventas o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos en Perú durante el ejercicio fiscal anterior de al menos dos de las empresas involucradas en la operación alcanza <u>cada una 18,000 UIT</u>	21 millones

Nota: Se utiliza el tipo de cambio interbancario de compra promedio del mes de octubre 2022 para obtener la cifra de los umbrales en dólares.

Basta que alguno de los umbrales no sea alcanzado para que no exista obligación de solicitar una autorización previa para la operación de concentración. El análisis para el cálculo de ambos umbrales varía según el tipo de operación que se realice (**Ver el Cuadro 3**).

Cuadro 3 | Análisis de umbrales económicos según tipo de operación

Tipo de Operación	Suma de Ventas o Ingresos Brutos o Activos de:
Fusión en la que una empresa absorbe a otra (A+B=A)	Las empresas involucradas y de sus respectivos grupos económicos
Creación de una nueva empresa por fusión de dos o más empresas (A+B=C)	
Toma de control de una empresa por parte de otra	La empresa adquiriente y su grupo económico, así como de la empresa adquirida y los agentes sobre los que ejerza control
Adquisición directa o indirecta de los activos de una o más empresas por parte de una empresa	La empresa adquiriente y su grupo económico, así como las ventas o ingresos brutos generados por los activos productivos operativos adquiridos

También existen algunos detalles técnicos en la aplicación práctica del cálculo de umbrales económicos; conteniendo algunos ejemplos el **Cuadro 4**.

Cuadro 4 | Otros criterios para el cálculo de umbrales económicos

Variables	Criterios
Exportaciones	No se suman a las ventas o ingresos brutos
Activos (plantas, equipos, etc.) orientados a la exportación	Si más del 50% de las ventas generadas por los activos son exportaciones, el valor contable de esos activos no se suma en el cálculo de umbrales
Relaciones comerciales entre empresas de un mismo grupo económico	Las ventas entre empresas de un mismo grupo económico no se suman en el cálculo de umbrales

¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO ANTE EL INDECOPI?

El procedimiento puede llevarse a cabo en una o dos fases, dependiendo de que la operación no genere preocupaciones a la competencia o si, por el contrario, presenta indicios de producir efectos significativos a la competencia que deban ser estudiados con mayor detalle.

Las operaciones que representen menor posibilidad de generar efectos restrictivos significativos a la competencia serán aprobadas en la primera fase (Fase I), cuyo plazo de resolución es de 30 días hábiles. Este plazo puede extenderse hasta 65 días hábiles por diversas actuaciones que requiera la autoridad. Las operaciones que generen preocupaciones respecto de sus potenciales efectos significativos a la competencia deberán continuar su evaluación en la segunda fase (Fase II), cuyo plazo de resolución es de 90 días hábiles, el cual puede extenderse hasta 145 días hábiles.

Las eventuales extensiones de los plazos responden a las actuaciones que se realicen en el procedimiento (consultas a terceros, informes orales, presentación de compromisos, plazos de notificación, entre otros). En caso de que la entidad no resuelva un procedimiento de autorización dentro del plazo legal establecido, se considerará que la operación ha sido aprobada en aplicación de lo que se denomina “silencio administrativo positivo” o SAP.

A lo largo de ambas fases, las empresas pueden presentar compromisos con la finalidad de evitar o mitigar los eventuales efectos anticompetitivos vinculados a la operación.

La decisión adoptada en primera instancia por la Comisión puede ser apelada y será resuelta en un plazo máximo aproximado de 95 días hábiles por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (“Sala”) del Tribunal del INDECOPI que se constituye como segunda instancia administrativa.

En el caso de mayor complejidad, el procedimiento de control previo de concentraciones, sumando la etapa previa de admisibilidad, más ambas fases de la primera instancia (Fase I y Fase II) y una eventual segunda instancia, podría durar hasta 330 días hábiles (**Ver Figura 3**).

Figura 3 | Etapas y plazos máximos del procedimiento



* Estos plazos incluyen las actuaciones adicionales al procedimiento regular indicadas en la normativa de control de concentraciones, así como los plazos para notificación de actuaciones.

¿CUÁLES SON LAS DECISIONES QUE PUEDE ADOPTAR LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA?

En el **Cuadro 5** se exponen las posibles conclusiones a las que puede llegar la autoridad y las decisiones que puede adoptar en cada caso, según el procedimiento concluya en Fase I o se extienda a Fase II.

Cuadro 5 | Escenarios de decisión del INDECOPI según conclusiones de investigación

Conclusiones de la Investigación	Decisión de la Comisión
Fase I La operación de concentración no produce una restricción significativa a la competencia	Autorizar la operación sin condiciones
Fase II La operación de concentración podría generar una restricción significativa a la competencia	1) Autorizar la operación sin condiciones Los solicitantes deben demostrar la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos de la posible restricción significativa de la competencia.
	2) Autorizar la operación con condiciones o compromisos Las eficiencias de la operación no compensan los efectos anticompetitivos. Se identifican y establecen condiciones o compromisos con el fin de evitar o mitigar los posibles efectos anticompetitivos derivados de la operación. Estas condiciones pueden revisarse en el futuro para mantenerlas, modificarlas o eliminarlas.
	3) No autorizar la operación Los agentes económicos solicitantes no demuestran la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos de la posible restricción significativa de la competencia. No es viable establecer condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial.

¿QUÉ FACTORES ANALIZA EL INDECOPI?

La Ley prevé de forma enunciativa los elementos o factores que la autoridad puede evaluar dentro de su investigación para determinar si una operación de concentración genera efectos significativos restrictivos sobre la competencia. En el **Cuadro 6** exponemos algunos factores enunciados por la Ley. Asimismo, exponemos de manera resumida, las variables típicas y los objetivos del análisis, derivados de la experiencia internacional y las recientes decisiones de la Comisión.

Cuadro 6 | Factores que puede analizar el INDECOPI ante un acto de concentración

Factor	Variables Típicas	Objetivo
Estructura del Mercado	Índices de Concentración, Número de Competidores, Capacidad de Producción de las Empresas	Identificar la facilidad de observar el ejercicio de poder de mercado en los mercados relevantes afectados.
La Competencia Real o Potencial	Existencia de competidores con capacidad productiva o potenciales entrantes	Identificar si otras empresas ya establecidas en el mercado o los potenciales entrantes - posiblemente de industrias relacionadas -, podrían disciplinar el ejercicio de poder de mercado.
Evolución de la Oferta y Demanda de los Productos Involucrados	Crecimiento de la Demanda y de la Oferta	Identificar si se está en ciclos expansivos de demanda u oferta que facilitan el ejercicio de poder de mercado.
Fuentes de Distribución y Comercialización	Importancia de redes de distribución, acuerdos de distribución y comercialización	Identificar: (i) si contar con una red de distribución es esencial y puede generar una barrera de acceso, y/o (ii) si con la existencia de relaciones o acuerdos proveedor - distribuidor, que puedan limitar el acceso o expansión de otros competidores, en ambos casos, se facilita el ejercicio de poder de mercado.
Las Barreras de Acceso al Mercado	Barreras Estructurales: Tecnológicas Barreras Estratégicas: Conducta de agentes Barreras Regulatorias	Identificar si la entrada al mercado se ve retrasada o impedida por barreras propias del mercado , como economías de escala, economías de ámbito, efectos de red, costos hundidos; o por barreras estratégicas , como contratos de exclusividad, descuentos, discriminación de precios, orientados a limitar el acceso sin justificación; y/o por barreras regulatorias , determinadas por requisitos legales o la limitación legal a la concurrencia.

El Poder Económico y Financiero de las Empresas Involucradas	Si bien no se identifican variables típicas, se puede aproximar por el volumen de activos, capacidad y tasas de interés de endeudamiento	Identificar en qué medida las empresas podrían incurrir en prácticas de abuso de posición dominante que impliquen pérdidas en el corto plazo (precios predatorios), con el fin de consolidar dicha posición y facilitar el ejercicio de poder de mercado en el futuro.
Creación o Fortalecimiento de una Posición de Dominio	Cuota de mercado de las empresas involucradas	El análisis de cuotas, típicamente, considera que las cuotas por debajo del 20% no generan una preocupación sustantiva. Sin embargo, se deben analizar todos los otros factores anteriores para confirmar tal indicio.
Generación de Eficiencias Económicas	Reducción de costos variables de producción, o costos de innovación	Las empresas demuestran que existen reducciones de costos que son intrínsecos a la fusión, los cuales no pueden ser obtenidos de una forma menos anticompetitiva, y son susceptibles de ser trasladados a los consumidores de forma rápida.

¿ES POSIBLE PROCEDER AL CIERRE DE UNA OPERACIÓN ANTES DE PRESENTAR UNA SOLICITUD PARA EL CONTROL PREVIO DE OPERACIONES EMPRESARIALES?

La Ley establece un régimen sancionador en caso de que, por ejemplo, no se haya notificado al INDECOPI una operación que tenía la obligación de hacerlo antes de su cierre o, habiendo sometido la operación al control previo, el cierre se ejecute antes de que la autoridad emita una resolución o culmine el plazo legal establecido.

A la ejecución anticipada de una operación de concentración en cualquiera de estos supuestos se le conoce como “*gun jumping*” en el Derecho de la Competencia.

El *gun jumping* es considerado como una infracción grave que puede ser sancionada con una multa de hasta 1 000 UIT, siempre que la multa no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior.

Asimismo, la Ley señala que en caso de que se compruebe que los agentes económicos han incurrido en una infracción de tipo *gun jumping* se podrá, adicionalmente, declarar la nulidad de la operación y ordenar una medida correctiva de disolución o de venta de todas las acciones o activos adquiridos, hasta reestablecer la situación previa a la ejecución de la operación. En caso de que esto no fuese posible, la Comisión podrá ordenar medidas alternativas.

El plazo de prescripción de cualquier acción sancionadora contra una conducta de tipo *gun jumping* es de cuatro años.

¿LA AUTORIDAD PUEDE EVALUAR UNA OPERACIÓN QUE NO CUMPLE CON LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LA NORMA PARA EL CONTROL PREVIO?

La normativa incluye dos escenarios por los cuales una operación que no tiene la obligación de ser notificada, a pesar de ello, podría ser evaluada por la autoridad:

- ▶ **Investigación de oficio:** La Dirección puede revisar de oficio una operación, hasta el primer año después del cierre formal cuando existen indicios razonables para considerar que la operación puede generar una posición de dominio o afectar la competencia efectiva de un mercado determinado. La normativa dispone algunos ejemplos que dan lugar a tales indicios:
 - Operaciones horizontales, es decir, entre rivales directos, que ocurren en mercados que ya estaban concentrados en pocas empresas.
 - Operaciones horizontales que involucren la adquisición de un agente económico con una participación pequeña en el mercado, pero con un potencial de crecimiento; o, de un agente económico innovador que recientemente ha ingresado al mercado. En este caso, se busca identificar si la operación puede calificarse como una *killer acquisition*.
 - Operaciones 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.

Sin embargo, la normativa deja abierta la posibilidad de investigar otras operaciones que potencialmente puedan restringir de manera significativa la competencia.

En caso de que en la investigación de oficio se determine que la operación de concentración empresarial puede generar posibles efectos restrictivos significativos a la competencia, entonces se podrán dictar órdenes o medidas que se consideren pertinentes para eliminar o mitigar tales efectos, lo cual incluye, de ser el caso, y de resultar viable, razonable y proporcional, la venta de las acciones o activos adquiridos.

- ▶ **Notificación voluntaria:** El régimen otorga a los agentes económicos la posibilidad de notificar voluntariamente aquellas operaciones de concentración empresarial que no hayan sido ejecutadas, no superen los umbrales de notificación y sean aparentemente capaces generar riesgos a la competencia.

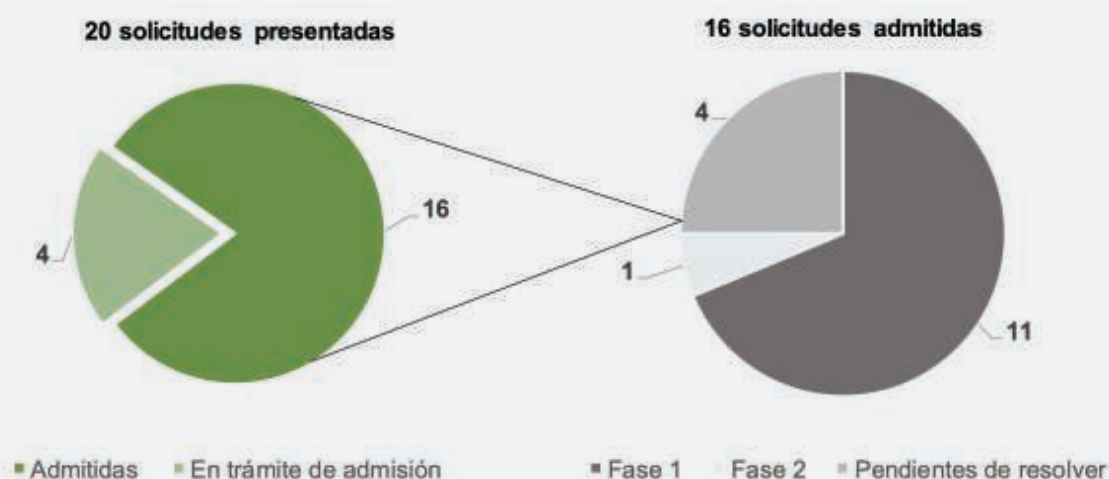
3. BALANCE DEL PRIMER AÑO DEL CONTROL PREVIO DE CONCENTRACIONES EN PERÚ

En esta sección presentamos las principales estadísticas de desempeño del INDECOPI en la aplicación del procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial.

ESTADÍSTICAS DE DESEMPEÑO

El **Gráfico 1** muestra que, a la fecha de este reporte - esto es, dentro del primer año y medio de vigencia del régimen -, el INDECOPI recibió 20 solicitudes de autorización de operaciones de concentración, de las cuales 16 fueron admitidas y 4 están aún en proceso de admisión. De las 16 solicitudes admitidas, 11 operaciones fueron aprobadas en Fase I, es decir, que no representaron riesgos para la competencia, mientras que 1 fue aprobada en Fase II, pero con condiciones.³ En total existen a la fecha 4 procedimientos en trámite con resolución pendiente.

Gráfico 1 | Solicitudes presentadas y estado del procedimiento



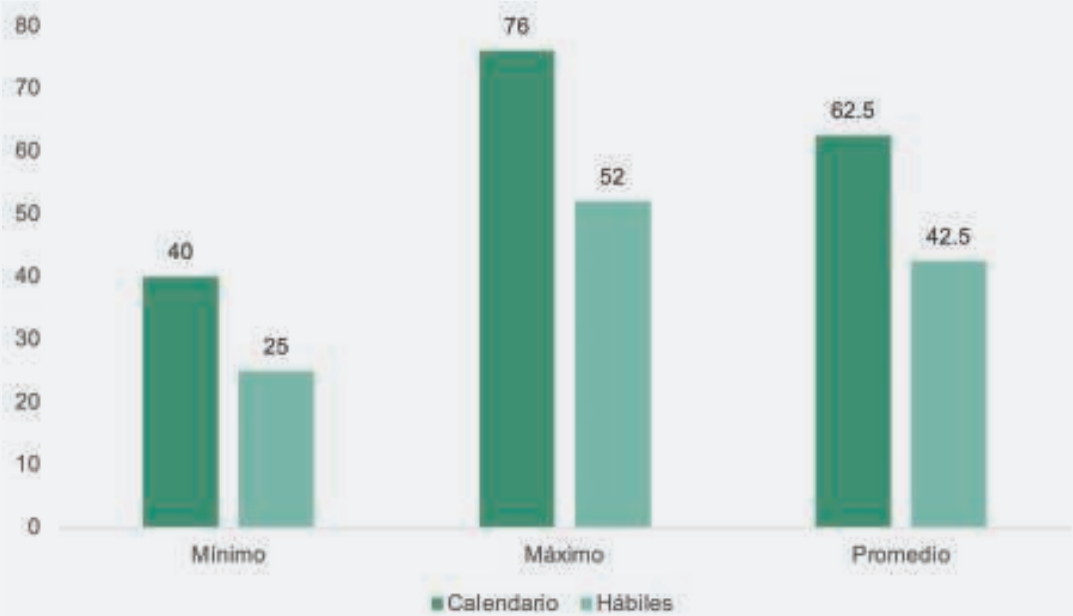
Elaboración: Propia

Fuente: INDECOPI

³ A la fecha de redacción de este reporte, Noviembre 2022, aún no se encontraba disponible la versión pública de esta Resolución aprobada en Fase II, pues estaba dentro del plazo legal de impugnación.

Respecto de las decisiones adoptadas en Fase I, la Comisión ha resuelto las solicitudes en plazos promedio de 42,5 días hábiles, o de 62,5 días si son contados en días calendario (**Ver Gráfico 2**). En ningún caso se han superado los plazos legales, pues nos referimos a la sumatoria de los plazos de la etapa previa de admisibilidad y de la Fase I.

Gráfico 2 | Plazos aproximados de resolución de decisiones en Fase 1



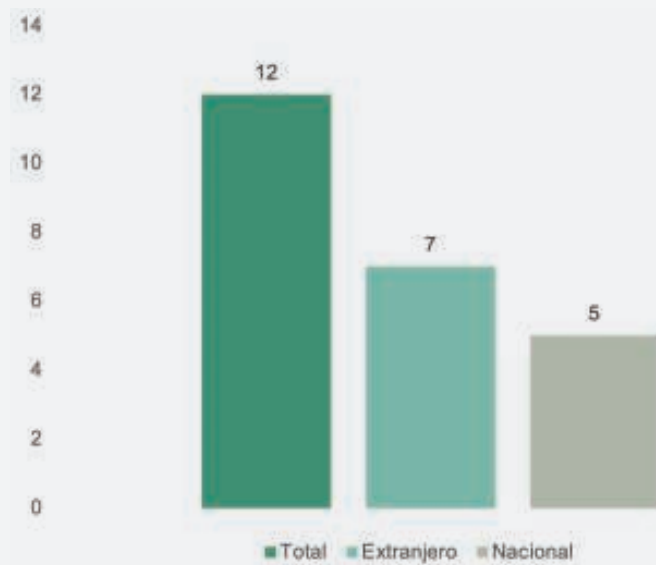
Elaboración: Propia
Fuente: Resoluciones de la Comisión (Versión pública)

ESTADÍSTICAS ECONÓMICAS

De las 12 solicitudes que ya cuentan con resolución de la Comisión, 7 corresponden a operaciones originadas en el extranjero con incidencia en el mercado peruano, mientras que las 5 restantes fueron operaciones de origen nacional (**Ver Gráfico 3**).

De acuerdo con información hecha pública por el INDECOPI, el valor de las 12 operaciones que ya cuentan con resolución es de US\$ 24 075 millones aproximadamente, de los cuales el 98,9% corresponde a las 7 transacciones originadas en el extranjero.

Gráfico 3 | Solicitudes resueltas según origen de la operación



Elaboración: Propia

Fuente: Resoluciones de la Comisión (versión pública)

El sector económico con mayor número de operaciones, tomando en cuenta el sector de las empresas *target*, es el de Manufactura, con 3 operaciones que alcanzarían un valor promedio total de US\$ 3 510 millones, lo que representa el 14,6% del valor total de las transacciones.

En segundo lugar, se encuentra el sector económico correspondiente a Otros Servicios, con 2 operaciones que alcanzaron en promedio un valor total de US\$ 3 455 millones, equivalente al 14,4% del valor total de las transacciones.

El **Gráfico 4** muestra los sectores económicos de las diversas operaciones que ya cuentan con una resolución por parte de la Comisión, así como el valor estimado de las transacciones en cuestión.

Gráfico 4 | Número de operaciones según sector económico objetivo y valor estimado de las transacciones



Fuente: Resoluciones de la Comisión (Versión Pública), definiciones del INEI, información pública del Indecopi
Elaboración: Propia

Desde el punto de vista del tipo de superposiciones o traslapes que se pueden observar en los mercados, entre las actividades de las empresas adquirientes y las empresas *target*, se identifican tres tipos de operaciones de concentración.

Operaciones con superposiciones de tipo horizontal, cuando la adquiriente y la empresa *target* compiten directamente en el mercado. Este tipo de operaciones son las que pueden tener una mayor probabilidad de generar impactos sobre la competencia.

Operaciones con superposiciones de tipo vertical, cuando la adquiriente y la empresa *target* no compiten directamente, pero operan en mercados que mantienen una relación de suministro a lo largo de la cadena de valor. Por lo general este tipo de operaciones suelen generar eficiencias positivas en los mercados; sin embargo, en ocasiones podrían generar algún tipo de riesgo de obstaculización de acceso a insumos básicos o a clientes importantes.

Finalmente, cuando la empresa adquiriente y la empresa objetivo operan en mercados no relacionados, estaremos ante operaciones por *conglomerados*. Este tipo de operaciones, por lo general, no generan preocupaciones en materia de competencia. La normativa reconoce este hecho al establecer, además, un proceso simplificado de notificación en estos casos.

La **Figura 4** muestra los resultados de nuestro análisis respecto de las 12 operaciones que ya cuentan con una decisión de la Comisión. De este total, 3 operaciones pueden catalogarse como de tipo conglomerado, 3 operaciones tendrían solo superposiciones de tipo vertical y 4 operaciones serían de tipo horizontal. Interesantemente, para las 2 operaciones restantes, se identificaron superposiciones tanto de tipo horizontal como vertical.

Figura 4 | Número de operaciones resueltas, según tipo de superposición competitiva



Elaboración: Propia

Fuente: INDECOPI (información extraída de las resoluciones públicas)

Cuadro 7 | Origen de las empresas involucradas en las operaciones

Operación	Empresas involucradas	Origen
1. Resolución 087-2021/CLC-INDECOPI	Adquiriente: <i>Patagonia Holdco LLC</i>	Domiciliada: Estados Unidos de América
	Target 1: <i>Level 3 GC Limited</i>	Domiciliada: Bermudas
	Target 2: <i>Global Crossing Americas Solutions, LLC</i>	Domiciliada: Estados Unidos de América
	Target 3: <i>CenturyLink Latin America Solutions, LLC</i>	Domiciliada: Estados Unidos de América
2. Resolución N° 098-2021/CLC-INDECOPI	Adquiriente: <i>Grupo Vinci S.A.</i>	Domiciliada: Francia
	Target: <i>Cobra Servicios, Comunicaciones y Energía, S.L.U.</i>	Domiciliada: España
3. Resolución N° 003-2022/CLC-INDECOPI	Adquiriente: <i>APMH INVEST XXVIII AB</i>	Constituida: Suecia
	Target: <i>Unilabs Holding AB</i>	Constituida: Suiza

4. Resolución N°005-2022/CLC-INDECOPI	Adquiriente: <i>Nugil S.A.A (Nugil)</i>	Constituida: Colombia
	Target: <i>Nutresa S.A.</i>	Constituida: Colombia
5. Resolución 007-2022/CLC-INDECOPI	Adquiriente: <i>FLS Germany Holding GmHB (FLS)</i>	Constituida: Alemania
	Target: <i>TK Mining</i>	Constituida: Alemania
6. Resolución 017-2022/CLC-INDECOPI	Adquiriente: <i>Norcobre S.A.C</i>	Domiciliada: Perú
	Target: <i>Contonga Minería S.A.C</i>	Constituida: Perú
7. Resolución 021-2022/CLC-INDECOPI	Adquiriente: <i>Intercorp Financial Services Inc. (IFS)</i>	Constituida: Panamá
	Target: <i>Procesos de Medios de Pago S.A.C. (PMP)</i>	Constituida: Perú
8. Resolución N° 025-2022/CLC-INDECOPI	Adquiriente: <i>Centro Logístico y de Fabricación S.A.C.</i>	Perteneciente al Grupo Intercorp (Perú)
	Target: <i>Ferreycorp S.A.A</i>	Operaciones en Perú
9. Resolución 037-2022/CLC-INDECOPI	Adquiriente: <i>Crystal Realty 2 S.A.C.</i>	Domiciliada: Perú
	Target: <i>Edificio (activo)</i>	Ubicado en Lima, Perú
10. Resolución N° 043-2022/CLC-INDECOPI	Adquiriente: <i>Al Makani -Luxembourg S.A.R.L.</i>	Domiciliada: Luxemburgo
	Target: <i>Holdings Hotelera GHL S.A.S.</i>	Operaciones en Perú
11. Resolución N° 045-2022/CLC-INDECOPI	Adquiriente: <i>Técnica Avícola S.A. (Tecavi)</i>	Constituida: Perú
	Target: <i>Oregon</i>	Constituida: Perú
12. Resolución N° 045-2022/CLC-INDECOPI	Adquiriente: <i>Pharmaceutica Euroandina S.A.C.</i>	Domiciliada: Perú
	Target: <i>Hersil S.A.</i>	Domiciliada: Perú

Fuente: Resoluciones de la Comisión (Versión Pública)

Elaboración: Propia

CRITERIOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO PRELIMINAR

De las decisiones de la Comisión resueltas en Fase I, es posible destilar algunos criterios para distinguir operaciones que tienen una escasa probabilidad de generar efectos significativos sobre la competencia, de aquellas que podrían requerir un mayor estudio por sus posibles efectos anticompetitivos.

En el **Cuadro 6** resumimos a grandes rasgos algunos de estos criterios que se basan en la denominada *evidencia indiciaria*, principalmente a través de variables que, de manera indirecta, dan una idea de las condiciones de competencia en los mercados y cómo podrían modificarse como consecuencia de una fusión.

Además de estos criterios, la Comisión también podría estudiar la existencia de *cláusulas de no competencia*, así como la existencia de regulaciones que puedan generar barreras a la entrada de nuevos competidores en el mercado, entre otros aspectos relevantes.

Cuadro 8 | Algunos criterios económicos aplicados por la Comisión

Tipo de Superposición	Cuotas de Mercado	Índices de Concentración y otros Criterios	Presencia de competidores
Horizontal	<p>En el formulario de notificación, se indica que para cuotas de mercado conjuntas inferiores a 20% no es necesario presentar información detallada del mercado, lo que podría indicar que operaciones que generen cuotas conjuntas menores a ese valor podrían no generar restricciones significativas a la competencia.</p> <p>Este indicativo se ha observado en la práctica, ya que la Comisión ha tomado una cuota de 20% como un umbral para distinguir fusiones potencialmente preocupantes.</p> <p>En la práctica, la Comisión ha considerado que inclusive cuotas cercanas al 30% no generan preocupación de competencia si el nivel de concentración solo se incrementa marginalmente.</p>	<p>Toma en cuenta las guías de la Comisión Europea (CE) y de la Federal Trade Commission (FTC) de los EE.UU, para la evaluación de fusiones horizontales, en función del Índice de Concentración de Herfindhal-Hirschman (HHI).</p> <p>A grandes rasgos, fusiones horizontales que generen incrementos de índices de concentración por debajo de 100 puntos, tendrían una presunción de no producir restricciones significativas sobre la competencia.</p>	<p>La existencia de competidores con cuotas de mercado superiores a las de los agentes involucrados puede reducir el riesgo de efectos anticompetitivos.</p>

<p>Vertical</p>	<p>En el formulario de notificación se indica que para cuotas individuales de empresas inferiores al 30% en mercados relacionados verticalmente, no es necesario presentar información detallada de dicho mercado. Esto podría indicar que las operaciones en las que existen empresas relacionadas verticalmente con cuotas inferiores al 30%, no generarían preocupaciones de efectos de cierre de mercados.</p> <p>El cierre de mercado implica que una vez concretada la fusión, las empresas relacionadas verticalmente puedan excluir a sus competidores, ya sea de mercados de insumos o de mercados de clientes.</p>	<p>La Comisión ha hecho referencia a las Directrices de la CE para el análisis de fusiones no-horizontales.</p> <p>En este caso, la Comisión evaluaría la habilidad, incentivos y efectos de generar estrategias de cierre de mercados de insumos y/o de clientes.</p> <p>Por lo general, empresas relacionadas verticalmente con cuotas de mercado inferiores al 30% no tendrían la habilidad de generar un cierre de mercado.</p>	<p>La diversidad de oferta independiente con tecnologías y características comparables reduce los posibles efectos anticompetitivos de tipo vertical.</p>
------------------------	--	---	---

4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

El primer año y medio de aplicación de la Ley 31112, que introdujo de manera definitiva en el Perú el control previo de operaciones de concentración, deja algunas importantes lecciones para el sector empresarial y la sociedad en general.

En primer lugar, los procedimientos y estándares de aplicación parecen ser bastante claros y sencillos, lo que ha facilitado un proceso de adopción sin mayores contratiempos.

En segundo lugar, los plazos de adopción de decisiones por parte de la autoridad han respetado los plazos legales, lo que demuestra el compromiso y esfuerzo de los equipos técnicos del INDECOPI que tienen a su cargo esta importante herramienta de política pública, en particular la Comisión con el apoyo técnico de la Dirección.

En tercer lugar, los criterios adoptados en la práctica por la autoridad siguen, generalmente, estándares internacionales y brindan, por lo tanto, predictibilidad sobre el tipo de operaciones que podrían generar preocupaciones de competencia.

En el futuro es posible que se deban enfrentar nuevos desafíos en la aplicación de este instrumento de política pública, sin embargo, con reglas claras, equipos técnicos bien preparados, y el diálogo estrecho entre la autoridad y los agentes económicos, esperamos que los mismos se puedan superar en beneficio del bienestar de toda la sociedad.

GARRIGUES

CON EL APOYO DE

